



II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Meyer als Einzelrichter  
Gerichtssekretärin Fehr

Urteil vom 30. November 2009

in Sachen

A.

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Hanspeter Zraggen

gegen

X. Versicherungen  
Beklagte

## Sachverhalt:

1.

1.1 A. , geboren 1952, arbeitete seit März 1997 als Hilfsmetzger bei der Firma B. (Urk. 1 S. 1), und war über die Arbeitgeberin durch Kollektivversicherungsvertrag bei der X. Versicherungen gegen krankheitsbedingten Lohnausfall versichert, wobei das versicherte Taggeld 90 % des versicherten Lohnes betrug und nach einer Wartefrist von 30 Tagen zu leisten war (vgl. Police für Kollektiv-Krankenversicherung Nr. \_\_\_\_\_ , Urk. 11/A S. 1).

1.2 Wegen Rückenbeschwerden stellte A. seine Arbeitstätigkeit ab dem 19. Mai 2006 ein und wurde ab diesem Zeitpunkt zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben (vgl. ärztliches Zeugnis von Dr. med. C. vom 19. Mai 2006, Urk. 11/1, und dessen Eintragungen auf der Krankenkarte, Urk. 11/7).

Nachdem die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis mit A. per 28. Februar 2007 aufgelöst hatte (Kündigungsschreiben vom 21. November 2006, Urk. 11/13 = Urk. 2/2), teilte X. dem Versicherten mit Schreiben vom 4. April 2007 mit, gemäss medizinischer Beurteilung sei ihm eine leichte bis mittelschwere, wechselbelastende Arbeit zumutbar, weshalb sie das Taggeld im Sinne einer Übergangentschädigung noch bis 31. Mai 2007 ausrichten und ab 1. Juni 2007 einstellen werde (Urk. 11/24). Auf Einsprache von A. vom 27. April 2007 (Urk. 11/25) hin holte X. bei Dr. med. C. ; Innere Medizin, speziell Rheumatologie FMH, das Gutachten vom 27. Juni 2007 (Urk. 11/28) ein und hielt mit Schreiben vom 6. Juli 2007 an der Taggeldeinstellung per 30. Juni 2007 fest (Urk. 11/30).

2. Mit Eingabe vom 24. Oktober 2007 reichte A. gegen X. Klage ein und stellte folgendes Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 1):

„Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ab 1. Juli 2007 weiterhin vertragsgemäss Taggelder bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % auszurichten, nebst Zins zu 5 % seit 1. Juli 2007; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten. Es sei dem Kläger überdies die unentgeltliche Prozessführung und die unentgeltliche Rechtsvertretung zu gewähren.“

X. beantragte mit Klageantwort vom 18. Januar 2008 die Abweisung der Klage (Urk. 10). Auf Aufforderung des Gerichts hin (Verfügung vom 5. Februar 2008, Urk. 12) präzisierte der Kläger in der Replik vom 10. März 2008 das Rechtsbegehren dahingehend, dass die Beklagte zu verpflichten sei,

dem Kläger Fr. 8'618.80 zu bezahlen, nebst 5 % Zins seit 1. September 2007 (Urk. 14). Die Beklagte hielt in der Duplik vom 28. April 2008 an ihren Anträgen fest (Urk. 17). Am 17. November 2008 reichte der Kläger den Vorbescheid der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich (SVA), IV-Stelle, vom 18. September 2008 über die Zusprache einer Viertelsrente der Invalidenversicherung ab 1. Mai 2007 ein (Urk. 19 und 20), welche Eingabe der Beklagten am 18. Juni 2009 zugestellt wurde (Urk. 21).

### Der Einzelrichter zieht in Erwägung:

1. Da der Streitwert Fr. 20'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Klage in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer).
  
2.
  - 2.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur; strittige Ansprüche darüber sind in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen, das die Kantone unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze von Art. 85 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) zu regeln haben. Im Kanton Zürich ist das Sozialversicherungsgericht zuständig für die Behandlung der Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (vgl. den Beschluss des Kantonsrates vom 27. November 1995 in Verbindung mit § 4 GSVGer; ab 1. Januar 2005: § 2 lit. b GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend das Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).
  - 2.2 Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sehen die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (Art. 85 Abs. 2 VAG).

Das Verfahren ist daher einerseits vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 238 f. Erw. 4a). Sie haben die für die Beurteilung des Anspruchs notwendigen Auskünfte zu erteilen und zur Beschaffung der erforderlichen Unterlagen Hand zu bieten (vgl. BGE 116 V 27).

- 2.3 Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn es von ihrem Bestehen überzeugt ist (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984 S. 136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen). Dieser im Sozialversicherungsprozess allgemein gültige Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelangt auch im Klageverfahren betreffend Leistungen aus der Zusatzversicherung zur Anwendung (Christine Grünig, Verfahrensfragen in der Krankenversicherung, in: Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Hrsg. Hans-Jakob Mosimann, Zürich 2001, S. 193 mit Hinweisen).
- 2.4 Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein (BGE 115 V 113 Erw. 3d/bb; Maurer, Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. unveränderte Aufl., Bern 1983, S. 438 Ziff. 7a). Die Parteien tragen mithin in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 115 V 142 Erw. 8a). Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 Erw. 3b).
- 2.5 Nach dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung hat das Sozialversicherungsgericht die Beweise frei, d.h. ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Dies bedeutet, dass das Sozialver-

sicherungsgericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Insbesondere darf es bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c).

- 2.6 In Bezug auf Berichte von Hausärztinnen und Hausärzten darf und soll das Gericht der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass diese mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patientinnen und Patienten aussagen (BGE 125 V 353 Erw. 3b/cc).

3.

- 3.1 Das grundsätzlich anwendbare Versicherungsvertragsgesetz (VVG) enthält ausser in Art. 87 VVG keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb vorab die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien massgebend. Einschlägig sind die Kollektiv-Krankenversicherung vom 18. November 2004, Police Nr. \_\_\_\_\_ (Urk. 11/A) sowie die Allgemeinen Bedingungen (AB) für Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2000 (Urk. 11/E), und die Zusatzbedingungen (ZB) für die Krankentaggeld-Versicherung (Urk. 11/D).

- 3.2 Die Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG ist als Erwerbsausfallversicherung konzipiert, indem Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen (Erwerbsausfall) von Krankheit gewährt wird (Art. 1 ZV, Urk. 11/D).

Als Krankheit gilt jede vom Willen des Versicherten unabhängige, medizinisch wahrnehmbare Störung der Gesundheit, die ärztliche Behandlung erfordert und die nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist (Art. 3 AB, Urk. 11/E).

Gemäss Art. 4 Ziff. 1 ZB (Urk. 11/D) richtet sich die Höhe des Taggeldes nach dem ärztlich attestierten Grad der Arbeitsunfähigkeit. Eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % gibt keinen Anspruch auf Taggeld.

4. Die Beklagte machte geltend, der Kläger sei unter Beachtung einer angemessenen Übergangsfrist von drei Monaten seit dem 1. Juli 2007 in einer angepassten, leichten bis mittelschweren wechselbelastenden Tätigkeit voll arbeitsfähig. Der Einkommensvergleich zwischen dem versicherten Einkommen von Fr. 60'250.-- und dem zumutbarerweise erzielbaren „Invalideneinkommen“ von Fr. 59'197.30 ergebe einen Einkommensausfall von Fr. 3'584.65 oder von 6,1 %, was keinen Anspruch auf Krankentaggelder begründe (Urk. 10 S. 8 f.). In medizinischer Hinsicht stützte sich die Beklagte auf das von ihr eingeholte Gutachten von Dr. med. D. ; Innere Medizin, speziell Rheumatologie FMH, vom 27. Juni 2007 (Urk. 11/28).

Dagegen machte der Kläger im Wesentlichen geltend, er sei auch nach dem 1. Juli 2007 dauerhaft nur noch zu 50 % arbeitsfähig, weshalb er für die Zeit vom 1. Juli bis zum Klagedatum vom 24. Oktober 2007 weiterhin Anspruch auf das halbe Taggeld habe (Urk. 1 S. 2 und Urk. 14). In medizinischer Hinsicht berief sich der Kläger auf die Beurteilung von Dr. med. E. FMH Physikalische Medizin, vom 3. Juli 2007 (Urk. 11/29 = Urk. 2/7) und auf den Bericht von Dr. med. F.

, vom 28. Februar 2007 (Urk. 11/19 = Urk. 2/8).

- 5.
- 5.1 Unbestrittenermassen richtete die Beklagte dem Kläger für die ab 19. Mai 2006 wegen Krankheit eingetretene Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung einer Wartezeit von 30 Tagen Taggeldleistungen bis 30. Juni 2007 aus. Für die Beurteilung des medizinischen Sachverhalts und der Arbeitsfähigkeit des Klägers seit dem 1. Juli 2007 sind die nachfolgenden Akten relevant.
- 5.2 Am 27. Juni 2007 erstattete Dr. D. ein Gutachten (Urk. 11/28), basierend auf den überlassenen Akten (S. 1-3) und auf den anlässlich der Untersuchung des Klägers vom 29. Mai 2007 gemachten Angaben und erhobenen Befunden (S. 3-5). Der Gutachter nannte folgende Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit:
- überwiegend myotendinotisches Lumbalsyndrom mit/bei
    - Verkürzung der Hamstrings, M. rectus femoris beidseits und der paralumbalen Muskulatur
    - klinisch überwiegend wahrscheinlich nicht relevanter kleiner subligamentärer Protrusion bis Discusherniationen median L2/3, L3/4 und L5/S1, sowie leichter Protrusion L4/5, sowie geringen disco-ossären Neuroforaminalstenosen auf Höhe L5/S1 beidseits ohne sichere Tangierung neuraler Strukturen

- stärkerer Beschwerdeausgestaltung mit Positivität der Waddel-Zeichen
- Diabetes mellitus Typ II
  - wahrscheinlich beginnender Polyneuropathie (Hypaesthesie der Füsse)

Gemäss Gutachter könne die Frage, ob eine behandlungsbedürftige Krankheit vorliege, bedingt mit ja beantwortet werden. Die objektiven Befunde beinhalten eine Verkürzung der Hamstrings und des M. rectus femoris wie auch der paralumbalen Muskulatur, wobei die Prüfung dieser Strukturen durch die Gegeninnervationen und Abwehrbewegungen gestört werde. Die beklagten lumbosacralen Schmerzen mit Ausstrahlung ins rechte Bein mit Dysästhesien in allen Zehen und permanenten Lumbalgien und positivem Hustenreiz suggerierten einen Zusammenhang dieser Beschwerden mit den in der MRT nachgewiesenen allerdings winzigen und kleinen und erst noch medianen Discushernien auf drei Niveaus und der Discusprotrusion auf einem Niveau, ohne dies allerdings gewichtend zu formulieren, ausser dass eine rückenbelastende Tätigkeit aufgrund dieser in der Bildgebung nachgewiesenen Veränderungen nicht mehr möglich oder zumutbar sei (S. 6). Beim Beschwerdebild des Klägers handle es sich um keine lumbo-radikuläre Kompressionssymptomatik, zumal keine klinischen Befunde vorhanden seien, die Hypästhesien und Dysästhesien an den Füssen diffuser Prägung ohne Dermatombezug seien und dasselbe wahrscheinlich auf eine beginnende Polyneuropathie im Zusammenhang mit dem Diabetes mellitus zurückzuführen sein dürfte (S. 7).

Bei der Frage, ob die Erwerbsfähigkeit zurzeit eingeschränkt sei, wies der Gutachter darauf hin, dass unter Berücksichtigung der geringgradigen degenerativen Veränderungen mittel- und längerfristig eine rückenschonendere Tätigkeit als die bisherige als schwer zu taxierende berufliche Ausrichtung als Metzger anzustreben sei, was heisse, einen Arbeitsbereich mit nur leichter bis mittelschwerer körperlicher Belastung, wie das im angestammten Beruf als Auto-mechaniker der Fall wäre. Ein solche Tätigkeit wäre zu 100 % möglich und zumutbar, während körperlich schwer belastende Tätigkeiten (Heben von Lasten über 20 bis 30 kg, längeres gebücktes Arbeiten) nicht mehr zumutbar seien. Leichtere Metzger-Tätigkeiten (Wursterei, Ausbeineln von kleineren Terteilen am Band, etc) wären im bisherigen Hilfsmetzgerstatus dennoch denkbar und zumutbar (S. 7 f.).

Der Gutachter bejahte schliesslich die Frage, ob allenfalls aggravative oder simulative Ursachen eine Rolle spielten. Die starken Gegeninnervationen bei der Beweglichkeitsprüfung sowohl der Wirbelsäule als auch der Hüftgelenke mit handkehrum fehlenden Einschränkungen bei der Untersuchung des Klägers in

für ihn ungewohnter Körperstellung und die positiven Waddel-Zeichen seien Hinweise für eine Beschwerdeausweitung (S. 8).

- 5.3 Die behandelnde Ärztin Dr. E. bestätigt mit unbegründeter Eintragung in die Krankenkarte vom 3. Juli 2007 eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers von 50 % ab 1. Juni 2007 (Urk. 2/7). Zuvor hatte Dr. E. in einem Bericht vom 9. März 2007 auf Fragen der Beklagten ausgeführt, der Kläger leide an lumbosacralen Schmerzen mit Ausstrahlungen ins rechte Bein mit Dysästhesien in allen Zehen, an permanenten Lumbalgien, an positiven Hustenschmerzen und an belastungsabhängigen Schmerzen der rechten Schulter. Langes Sitzen, Stehen und Heben und Tragen von schweren Lasten sowie eine rückenbelastende Arbeit seien nicht zumutbar. Die Aufnahme einer behinderungsangepassten Tätigkeit sei in absehbarer Zeit zumutbar (Urk. 11/20).
- 5.4 Im Auftrag des Krankenversicherers berichtete Dr. F. am 28. Februar 2007 über eine Untersuchung des Klägers vom 22. Februar 2007 und stellte folgende Diagnosen (Urk. 2/8 S. 3):
- chronisches lumboradikuläres Reizsyndrom mit multiplen Wurzelbeteiligungen, vorwiegend L5 und S1 rechts
  - belastungsabhängige Schmerzen der rechten Schulter bei periartikulären Verkalkungen
  - leichte Stammadipositas
  - Diabetes mellitus Typ II

Beim Versicherten bestehe eine starke Bewegungsbeeinträchtigung im unteren Lumbalsegment. Dies wirke sich insofern auf die Arbeitsfähigkeit aus, als die bisherige Arbeit als Metzger im Schlachthof und bei der G. nicht mehr möglich sei. Bei Beachtung der Behandlungsempfehlungen - vor allem Eigenaktivitäten und Gewichtsreduktion - sollte in einem Zeitraum von 2 bis 3 Monaten das Wiedererlangen einer (Teil-)Arbeitsfähigkeit möglich sein, jedoch nicht mehr im angestammten Beruf. Nach der Besserung sei eine Arbeit mit nur leichter körperlicher Belastung und der Möglichkeit zu häufigem Positionswechsel möglich (Urk. 2/8 S. 3 f.).

- 5.5 Diese medizinischen Akten sind dahingehend zu würdigen, dass das Gutachten von Dr. D. vom 27. Juni 2007 sämtliche nach der Rechtsprechung für eine beweiskräftige medizinische Entscheidungsgrundlage (Beweiseignung) vorausgesetzten Kriterien erfüllt. Das Gutachten von Dr. D. enthält eine ausführliche Anamnese, setzt sich mit den vom Kläger geklagten Beschwerden auseinander und gründet seine Beurteilung auf den Ergebnissen eigener Untersuchungen. Schliesslich vermögen die Schlussfolgerungen zu überzeugen. Es ist nach-

vollziehbar, dass der Kläger aufgrund der geringgradig zu objektivierenden Rückenbeschwerden die bisherige Schwerarbeit als Metzger nicht mehr ausüben kann. Gleichermassen ist jedoch aufgrund der erhobenen Befunde nachvollziehbar, dass dem Kläger eine körperlich leichte bis mittelschwere Arbeit zu 100 % zumutbar ist. Dieser Beurteilung stehen die vom Kläger angeführten Berichte von Dr. E. [redacted] und von Dr. F. [redacted] nicht entgegen. Auf Attest von Dr. E. [redacted] vom 3. Juli 2007 über eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % ab 1. Juni 2007 kann mangels Begründung zum Vornherein nicht abgestellt werden. Dr. E. [redacted] hat zudem am 9. März 2007 die Aufnahme einer behinderungsangepassten Arbeit in absehbarer Zeit als möglich erachtet, was mit der Beurteilung des Gutachters Dr. D. [redacted] übereinstimmt. Auch Dr. F. [redacted] hat in seinem Bericht vom 28. Februar 2007 die Aufnahme einer behinderungsangepassten körperlich leichten Tätigkeit innert 2 bis 3 Monaten als möglich erachtet, was wiederum mit der Beurteilung von Dr. D. [redacted] vereinbar ist. Schliesslich geht auch die Invalidenversicherung im Vorbescheid vom 18. September 2008 (Urk. 20) davon aus, dass der Kläger seit Mai 2006 zwar in seiner Arbeitsfähigkeit erheblich eingeschränkt sei, dass ihm jedoch eine behinderungsangepasste Tätigkeit zu 100 % zumutbar sei. Der Kläger hat auf Einwände gegen diesen Vorentscheid ausdrücklich verzichtet (vgl. Urk. 19) und damit die diesem Entscheid zugrunde liegende Beurteilung seiner vollen Arbeitsfähigkeit in einer behinderungsangepassten Tätigkeit anerkannt.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger in einer behinderungsangepassten körperlich leichten bis mittelschweren Tätigkeit als voll arbeitsfähig zu betrachten ist.

6. Spätestens ab dem Zeitpunkt der Mitteilung der Beklagten vom 4. April 2007 (Urk. 11/24) war es der Kläger zuzumuten, eine angepasste Tätigkeit für die Verwertung ihrer Arbeitsfähigkeit aufzunehmen. Denn er hatte die angestammte Stelle bereits per Ende Februar 2007 verloren (Urk. 11/13). Somit hätte der Kläger, um seiner Schadenminderungspflicht nachzukommen, bereits nach Erhalt der Kündigung vom 21. November 2006 (Urk. 11/13), spätestens aber ab April 2007 eine leidensangepasste Tätigkeit suchen und annehmen müssen. Die von der Beklagten schliesslich gewährte Übergangsfrist bis zum 30. Juni 2007 ist unter diesen Umständen als angemessen zu betrachten und nicht zu beanstanden.

7.

7.1 Die AB und ZB der Beklagten enthalten keine Vorschriften zur Taggeldbemessung in den Fällen, wo eine versicherte Person zur Aufnahme einer behinderungsangepassten Tätigkeit angehalten werden kann. Diesfalls kommt die Rechtsprechung des früheren Eidgenössischen Versicherungsgerichts (EVG) zur Anwendung, wonach sich der Taggeldanspruch in diesen Fällen nicht mehr allein nach der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf richtet, sondern vielmehr nach der Höhe des Restschadens, welcher zu definieren ist als die Differenz zwischen dem, was die versicherte Person ohne Krankheit in ihrem bisherigen Beruf verdienen könnte, und dem Einkommen, das sie zumutbarer Weise in der angepassten Tätigkeit erzielt oder erzielen könnte (BGE 114 V 286 f. Erw. 3c).

Für die Festlegung des Einkommens, das der Kläger ab dem 1. Juli 2007 mit einer vollzeitlichen behinderungsangepassten Tätigkeit zu erzielen vermöchte, sind gestützt auf die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Invalidenversicherung die Tabellenlöhne heranzuziehen, wie sie der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) zu entnehmen sind (vgl. BGE 126 V 76 f. Erw. 3b mit Hinweisen). Dabei ist vom Zentralwert (Median) des nicht nach Branchen differenzierten monatlichen Bruttolohns (inklusive 13. Monatslohn, basierend auf einer wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden) für männliche Arbeitskräfte ohne vorausgesetzte Berufs- und Fachkenntnisse (Anforderungsniveau 4) auszugehen. Nach den Daten des Bundesamtes für Statistik betrug dieser Tabellenlohn im Jahr 2006 bei einer Arbeitsfähigkeit von 100 % Fr. 4'732.-- pro Monat (Die Schweizerische Lohnstrukturerhebung, Bundesamt für Statistik, Neuchâtel 2008, TA1 S. 25). Angepasst an die wöchentliche Arbeitszeit von 41.7 Stunden und unter Berücksichtigung der Nominallohnentwicklung von 1,5 % für das Jahr 2007 ergibt dies ein hypothetisches Invalideneinkommen von Fr. 60'085.-- (Fr. 4'732.-- x 12 : 40 x 41.7 x 1.015)

Wird das zumutbarerweise zu erzielende Erwerbseinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert allenfalls zu kürzen. Mit dem sogenannten Leidensabzug wurde ursprünglich berücksichtigt, dass versicherte Personen, welche in ihrer letzten Tätigkeit körperliche Schwerarbeit verrichteten und nach Eintritt des Gesundheitsschadens auch für leichtere Arbeiten nurmehr beschränkt einsatzfähig sind, in der Regel das entsprechende durchschnittliche Lohnniveau gesunder Hilfsarbeiter nicht erreichen. Der ursprünglich nur bei Schwerarbeitern zugelassene Abzug entwickelte sich in der Folge zu einem allgemeinen behinderungsbedingten Abzug, wobei die Rechtsprechung dem Umstand Rechnung trug, dass

auch weitere persönliche und berufliche Merkmale der versicherten Person wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Höhe des Lohnes haben können. Ein Abzug soll aber nicht automatisch, sondern nur dann erfolgen, wenn im Einzelfall Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die versicherte Person wegen eines oder mehrerer dieser Merkmale ihre gesundheitlich bedingte (Rest-)Arbeitsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem Einkommen verwerten kann. Bei der Bestimmung der Höhe des Abzuges ist der Einfluss aller in Betracht fallenden Merkmale auf das Invalideneinkommen unter Würdigung der Umstände im Einzelfall gesamthaft zu schätzen und insgesamt auf höchstens 25 % des Tabellenlohnes zu begrenzen (vgl. zum Ganzen BGE 126 V 75).

Nach der medizinischen Beurteilung kann der Kläger nur noch leichte bis mittelschwere Tätigkeiten verrichten und ist ihm das Heben von Lasten nur eingeschränkt möglich. Unter zusätzlicher Berücksichtigung der ausländischen Nationalität und des Alters des Klägers erweist sich ein Abzug von 25 % als gerechtfertigt.

Demnach beträgt das nach Eintritt des Gesundheitsschadens vom Beschwerdeführer zumutbarerweise in behinderungsangepassten Tätigkeiten zu erzielende Resterwerbseinkommen im Jahr 2007 Fr. 45'063.-- (Fr. 60'085.-- x 0.75).

- 7.2 Das versicherte Einkommen beträgt Fr. 60'250.--, was unbestritten ist (vgl. Art. 5 Ziff. 1 Abs. 4 ZB, Urk. 11/D sowie Urk. 10 S. 7 und Urk. 14). Ein Vergleich zwischen dem versicherten Einkommen von 60'250.-- mit dem nach Eintritt des Gesundheitsschadens zumutbarerweise zu erzielenden Resterwerbseinkommen von Fr. 45'063.-- ergibt eine Einkommenseinbusse von Fr. 15'187.-- oder 25,2 %. Da die Erwerbseinbusse 25 % erreicht, sind die Voraussetzungen für ein dem Grad der Arbeitsunfähigkeit entsprechendes Taggeld erfüllt (vgl. Art. 5 Ziff. 1 ZB, Urk. 11/D).
- 7.3 Die Parteien gehen übereinstimmend von einem vollen Taggeld von Fr. 148.56 aus (Urk. 14 und 17 S. 3), wobei 116 Taggelder für die Zeit vom 1. Juli bis 24. Oktober 2007 eingeklagt sind (vgl. Urk. 14). Das anteilmässige Taggeld von gerundet 25 % beträgt Fr. 37.14 und der Anspruch für 116 Tage Fr. 4'308.25. In diesem Betrag ist die Klage teilweise gutzuheissen.
- 7.4 Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR (vgl. Hasenböhler, in: Honsel et al. [Hrsg], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001, Art. 20 VVG, S. 328 Rz 81) sind auf diesem Betrag auch die ab

1. September 2007 (mittlerer Verfall) geltend gemachten Verzugszinsen zu 5 % geschuldet, was von der Beklagten unbestritten blieb.

8.

8.1 Dem Kläger ist aufgrund seiner Bedürftigkeit (vgl. Urk. 7 und 8/1-2) antragsgemäss die unentgeltliche Rechtsvertretung zu bewilligen.

8.2 Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung für den unentgeltlichen Rechtsbeistand bemisst sich nach der eingereichten Zusammenstellung über den Zeitaufwand und die Barauslagen (§ 8 Abs. 2 in Verbindung mit § 9 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht). Mit Kostennote vom 11. August 2009 (Urk. 23) machte der unentgeltliche Rechtsvertreter einen Aufwand von 13,75 Stunden zuzüglich Auslagen von Fr. 81.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) geltend.

Vom genannten Stundenaufwand entfallen 4,5 Stunden auf vorprozessualen Aufwand, der nur im Ausmass von einer Stunde für die Instruktion berücksichtigt werden kann. Auch der Aufwand von 3 Stunden für die nur eine Seite umfassende Replik erscheint unangemessen hoch und ist auf 1,5 Stunden zu kürzen. Der geltend gemachte Aufwand von 13,75 Stunden ist somit um 5 Stunden auf einen gerechtfertigten und entschädigungsberechtigten Aufwand von insgesamt 8,75 Stunden zu kürzen, womit sich die Entschädigung unter Anwendung des praxisgemässen Stundenansatzes von Fr. 200.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) und unter Berücksichtigung der genannten Barauslagen von Fr. 81.-- auf insgesamt Fr. 1'970.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) beläuft.

9. Nach § 34 GSVGer hat die obsiegende Partei - auf Antrag oder wenn dies von anderen Gesetzen so vorgesehen ist - auf den vom Gericht festzusetzende Ersatz der Parteikosten, der ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird.

Der Kläger dringt mit seiner Klage rund zur Hälfte durch und hat deshalb im Umfang von Fr. 985.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) Anspruch auf eine Prozessentschädigung durch die Beklagte.

Im weitergehenden Betrag von Fr. 985.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) ist der Rechtsvertreter aus der Gerichtskasse zu entschädigen.

Der nicht anwaltlich vertretenen Beklagten steht mangels eines erheblichen Aufwandes keine Prozessentschädigung zu.

### Der Einzelrichter beschliesst:

In Bewilligung des Gesuchs vom 24. Oktober 2007 wird dem Kläger Rechtsanwalt Hanspeter Zraggen, Zürich, als unentgeltlicher Rechtsvertreter für das vorliegende Verfahren bestellt.

### und erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 4'308.25 zu bezahlen, nebst Verzugszins zu 5 % seit dem 1. September 2007.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Hanspeter Zraggen, Zürich, eine reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 985.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Der unentgeltliche Rechtsvertreter der Kläger, Rechtsanwalt Hanspeter Zraggen, Zürich, wird mit Fr. 985.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der Kläger wird auf § 92 ZPO hingewiesen.
5. Zustellung gegen Empfangschein an:
  - Rechtsanwalt Hanspeter Zraggen
  - X. Versicherungen
  - Bundesamt für Privatversicherungen
6. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.-- liegt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

Soweit keine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten.

Werden sowohl die zivilrechtliche Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Die Fristen stehen während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

## Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Einzelrichter

  
Meyer

Die Gerichtssekretärin

  
Fehr

BM/PF/BS

versandt

7. Dez. 2009