



AZ.2010.2

## URTEIL

vom 6. Dezember 2010

Mitwirkende

Dr. Marie-Louise Stamm, Dr. Stephan Wullschleger, Dr. Heiner Wohlfart,  
lic.iur. Gabriella Matefi und Gerichtsschreiber Dr. Alexander Zürcher

---

Parteien

**A.**

vertreten durch lic. iur. Guido Ehrler, Advokat,

gegen

**X. Versicherungen**

Kläger  
Appellant

Beklagte  
Appellatin

Gegenstand

**Appellation** gegen ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts  
vom 13. Dezember 2009

betreffend Klage VVG (Taggeld)

## Sachverhalt

A. war als Vorarbeiter bei der Firma B. in \_\_\_\_\_ tätig. Er erlitt im Jahre 2002 einen Arbeitsunfall, für welchen die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) in der Folge die Behandlungskosten übernahm und Taggelder ausrichtete. Mit Verfügung vom 23. Februar 2007 und Einspracheentscheid vom 3. Januar 2008 stellte die SUVA ihre Taggeldleistungen per 30. November 2006 ein und gewährte A. eine Invalidenrente aufgrund eines Invaliditätsgrads von 37 %, dies ab 1. Dezember 2006, sowie eine Integritätsentschädigung von 10 %. Die Firma B. meldete A. daraufhin am 21. März 2007 bei der X. Versicherungen bei welcher sie Erwerbsausfall-Versicherung für Unternehmungen (Kollektiv-Taggeldversicherung) für ihre Arbeitnehmenden abgeschlossen hatte, zum Bezug von Taggeldern an. Mit Schreiben vom 30. Mai 2007 lehnte die X. Versicherungen einen Anspruch auf Krankentaggelder ab und empfahl A., sich unverzüglich bei der Arbeitskassenkasse anzumelden.

Am 18. Juni 2008 erhob A. beim Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt gegen die X. Versicherungen Klage auf Zahlung von CHF 90'291.– nebst Zins zu 5 % seit dem 1. August 2007 (mittlerer Verfall). Nachdem der Fall durch den Instruktionsrichter auf die Frage begrenzt worden war, ob und allenfalls wie lange Taggelder zu leisten sind, wurde die Klage mit Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 13. Dezember 2009 teilweise gutgeheissen und die X. Versicherungen im Grundsatz verurteilt, A. vom 1. Dezember 2006 bis zum 31. August 2007 ein Taggeld gestützt auf eine vollständige Arbeitsunfähigkeit zu entrichten.

Gegen dieses Urteil hat der Kläger rechtzeitig am 6. Januar 2010 die Appellation erklärt und mit Eingabe vom 18. Februar 2010 bzw. schriftlicher Appellationsbegründung vom 23. März 2010 beantragt, dass die Beklagte in teilweiser Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils zur Zahlung von CHF 90'291.– nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2007 (mittlerer Verfall) zu verurteilen sei. Die Beklagte schliesst in ihrer Appellationsantwort vom 31. Mai 2010 auf kostenfällige Abweisung der Appellation. Nachdem keine der Parteien innert gesetzter Frist Widerspruch gegen den Vorschlag des Instruktionsrichters erhoben hat, auf die Durchführung einer Verhandlung zu verzichten, ergeht der vorliegende Entscheid auf dem Zirkularweg.

Die Einzelheiten der Standpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## Erwägungen

### 1.

Das Sozialversicherungsgericht hat die Klage auf Zusprechung der strittigen Taggeldansprüche als eine Streitigkeit aus einer Krankentaggeldversicherung nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) eingestuft. Diese Qualifikation ist von keiner der Parteien bestritten worden. Sie deckt sich auch mit dem ausdrücklichen Hinweis im Titel der für das Vertragsverhältnis zwischen den Parteien massgeblichen Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) "Erwerbsausfall-Versicherung für Unternehmungen (VVG)". Ziff. 1.1. Abs. 1 der AVB erwähnt darüber hinaus ausdrücklich, dass die Erwerbsausfall-Versicherung "gemäss Versicherungsvertragsgesetz (VVG) durchgeführt" werde. Streitigkeiten aus einer Krankentaggeldversicherung sind, selbst wenn die Versicherung von einer Krankenkasse als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung angeboten wird, deshalb stets privatrechtlicher Natur (vgl. Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG], wonach diese Zusatzversicherungen dem VVG unterstehen; BGE 124 III 44 E. 1.a S. 46, 133 III 439 E. 2.1 S. 441 f.; GEBHART EUGSTER, Vergleich der Krankentaggeldversicherung [KTGV] nach KVG und nach VVG, in: Adrian von Kaenel [Hrsg.], Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich et al. 2007, S. 48 ff., 96). Nach neuerer basel-städtischer Praxis (vgl. die Hinweise unter E. 1 des angefochtenen Urteils) fallen Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen erstinstanzlich in die Kompetenz des Sozialversicherungsgerichts und werden nach Massgabe der Vorschriften von § 19 des Sozialversicherungsgerichtsgesetzes (SVGG) in der Fassung vom 9. Mai 2001 sowie der Bestimmungen der (basel-städtischen) Zivilprozessordnung (ZPO BS) geführt. Darüber hinaus gilt es die Bestimmungen von Art. 85 Abs. 2 und 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) in der aktuell noch gültigen Fassung zu beachten (vgl. BGer 5C.273/2001 vom 4. Februar 2002 E. 4 und 5C.228/2003 vom 6. Januar 2004 E. 3). Insbesondere hat das Gericht hierbei den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (sog. Untersuchungsmaxime).

### 2.

Die Vorinstanz hat in einem ersten, vorfrageweisen Schritt geprüft, ob der Kläger im Zeitpunkt, als er seinen Taggeldanspruch gegenüber der Beklagten geltend machte, noch bei der Beklagten versichert war. Da die Versicherteneigenschaft des Klägers von einem bestehenden Arbeitsverhältnis abhängig ist, war zu prüfen, ob er zu diesem Zeitpunkt, d.h. am 1. Dezember 2006, noch in einem Arbeitsverhältnis zur Firma B. gestanden hatte. Die Vorinstanz bejahte diese Frage, weil die von der Arbeitgeberin am 1. Juni 2005 ausgesprochen Kündigung nichtig im Sinne der zwingenden Kündigungsschutzbestimmungen von Art. 336c des Obligationenrechts (OR) sei, nachdem er im Zeitpunkt der Kündigung nachgewiesenermassen arbeitsunfähig gewesen sei und anderweitig ausgesprochene Kündigungen wieder rückgängig gemacht worden seien (E. 3).

Die Beklagte bestreitet mit ihrer Appellationsantwort, dass besagte Kündigung vom 1. Juni 2005 nichtig gewesen sei. Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Denn wollte man ihrem Standpunkt folgen, würde dies im Ergebnis zu einer unzulässigen Schlechterstellung des Klägers führen. Nach dem in § 235 Abs. 2 ZPO BS statuierten Verbot der *reformatio in peius* darf der Rechtsmittelkläger (Appellant) durch das Urteil der Rechtsmittelinstanz nicht schlechter gestellt werden, als wenn er das Rechtsmittel nicht ergriffen hätte. Erklärt nur eine Partei die Appellation, darf der unterinstanzliche Entscheid nicht zweitinstanzlich zu ihren Ungunsten abgeändert werden (ADRIAN STAEHELIN/THOMAS SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992, §§ 11 Rz 4 und 20 Rz 16). Wie ausgeführt, kann der Kläger vorliegend nur Versicherungsansprüche erheben, wenn er zum betreffenden Zeitpunkt bei der Beklagten versichert gewesen ist. Würde nun die Gültigkeit der Kündigung vom 1. Juni 2005 (oder eines anderen Datums) bejaht, müsste seine Klage mangels Bestehens eines Versicherungsverhältnisses vollumfänglich abgewiesen werden. Nachdem das Sozialversicherungsgericht aber diese Frage bejaht und gestützt hierauf seine Klage im Grundsatz zumindest teilweise gutgeheissen hat, hätte die Beklagte ihrerseits Appellation (oder wenigstens Anschlussappellation) erklären müssen, wenn sie ihren Standpunkt, dass das Arbeitsverhältnis des Klägers mit der Firma B. rechtsgültig aufgelöst wurde, hätte durchsetzen wollen. Nur in diesem Falle könnte das Urteil der Vorinstanz nach dem Gesagten auch zu Ungunsten des Klägers abgeändert werden. Nachdem die Beklagte aber innert den gesetzlichen Fristen weder Appellation noch Anschlussappellation erhoben hat (in ihrer Appellationsantwort beantragt sie allein, die Appellation des Klägers abzuweisen) -, muss der Kläger nach dem Gesagten mit seinen Begehren wenigstens so gestellt bleiben, wie wenn er keine Appellation erhoben hätte. Unter diesen Umständen erübrigt es sich, im Rahmen des zweitinstanzlichen Verfahrens noch über das allfällige Bestehen eines Arbeitsverhältnisses des Klägers mit der Firma B. und damit eines Versicherungsverhältnisses mit der Beklagten zu befinden.

### 3.

**3.1** Die Vorinstanz hat in einem zweiten Schritt geprüft, ob und wie lange der Kläger Anspruch auf Taggelder aus der Erwerbsausfall-Versicherung hat (E. 4 des angefochtenen Entscheids). Dabei hat sie zunächst festgestellt, dass sich die Parteien einig seien, dass der Kläger in seinem angestammten Beruf als Vorarbeiter nicht mehr arbeitsfähig sei. Dem Kläger hat sie allerdings unter Hinweis auf verschiedene Arztberichte, die ihm eine vollständige Arbeitsfähigkeit in einer Alternativtätigkeit attestiert hatten, entgegengehalten, dass es ihm an einer Mindesteinschränkung seiner Arbeitsfähigkeit von 25 % fehle (E. 4.3). Immerhin hat die Vorinstanz dem Kläger eine Anpassungsfrist von drei Monaten für einen Berufswechsel zugestanden, gerechnet ab dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte ihn aufgefordert hatte, sich hierfür bei der Arbeitslosenkasse zu melden. Im Ergebnis wurde somit ein Anspruch auf Taggelder für den Zeitraum vom 1. Dezember 2006 bis zum 31. August 2007 bejaht (E. 4.4).

**3.2** Der Kläger beruft sich in seiner Appellation wie im erstinstanzlichen Verfahren auf einen Bericht von Dr. C., Klinik F. vom 31. Oktober 2007, wonach er in einer adaptierten Tätigkeit bloss halbtagesweise arbeitsfähig gewesen sei. Darüber hinaus hat der Kläger im vorliegenden Verfahren ein Schreiben von Dr. G. vom 10. Januar 2010 eingereicht, worin sein multiloculäres Krankheitsbild als Sarkoidose, einer Überreaktion des Immunsystems, identifiziert wird. Da für diese Krankheit typisch sei, dass bis zur endgültigen Diagnose Wochen, Monate bis mitunter Jahre verstreichen könnten, seien die Einschätzungen der SUVA-Ärzte, auf welche die Vorinstanz ihr Urteil noch abgestützt hatte, durch diese neuen Erkenntnisse überholt.

### **3.3**

**3.3.1** Wie es sich mit der Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Rahmen seiner Erwerbsausfall-Versicherung verhält, ist nach den zwischen den Parteien vereinbarten Bestimmungen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zu beurteilen. Das Versicherungsvertragsgesetz, auf welches wie ausgeführt in Ziff. 1.1 AVB ausdrücklich verwiesen wird, enthält selber keine spezifischen Bestimmungen zur Krankentaggeld-Versicherung (BGE 133 III 185 E. 2 S. 186).

Gemäss Ziff. 8.2.1 AVB liegt Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Unfall oder Geburt ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben (Abs. 1). Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % besteht (Abs. 2). Taggeldleistungen setzen eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person voraus (Ziff. 8.2.2 AVB).

Zwischen den Parteien ist, wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, unstrittig, dass der Kläger im Zeitpunkt der Geltendmachung seines Versicherungsanspruchs, d.h. am 1. Dezember 2006 in seinem angestammten Beruf als Vorarbeiter in einer Bauunternehmung arbeitsunfähig war. Strittig ist hingegen, inwiefern ihm eine sog. Verweistätigkeit zumutbar ist.

**3.3.2** Bei den Akten finden sich verschiedene Arztberichte, die sich zur verbleibenden Arbeitsfähigkeit des Klägers äussern. Im Austrittsbericht der Rehaklinik M. vom 21. März 2006 (Klageantwortbeilage [KAB 22]), wo der Kläger sich vom 8. Februar – 2. März 2006 zur weiteren Abklärung befunden hatte, wurde nach eingehender Untersuchung zwar auf Unzumutbarkeit der bisherigen beruflichen Tätigkeit geschlossen, hingegen auf Zumutbarkeit ganztägiger anderer beruflicher Tätigkeit im Bereich leichter bis mittelschwerer Arbeit erkannt (10-15 kg, wechselbelastend ohne Tätigkeiten längerdauernd auf den Knien oder in der Hocke sowie mit wiederholten Leitern und Treppensteigen). Die Empfehlung der Rehaklinik lautete auf entsprechende Arbeitssuche. Zum gleichen Resultat kam Dr. D., Facharzt für Orthopädische Chirurgie, mit Bezug auf die vom Kläger geltend gemachten Kniebeschwerden. In seinem Bericht vom 5. Oktober 2006 bestätigte er, dass der Kläger für eine schwere körperliche Tätigkeit als Bauarbeiter nicht mehr arbeitsfähig

sei. Jegliche körperlich leichte Tätigkeit, z.B. sitzend oder wechselweise sitzend/stehend sei jedoch vollumfänglich zumutbar (KAB 24). Diesen Befunden schloss sich schliesslich auch Dr. E., FMH für Innere Medizin und Rheumatologie, an. In seinem Bericht vom 19. November 2006, welcher sich eingehend mit den Beschwerden des Klägers (Knie-, lumbale Rücken-, Schulter- und Kopfschmerzen) befasste, erachtete er für leichte körperliche Tätigkeiten ohne ausgesprochene Überkopftätigkeitsanteile und ohne repetitives Heben, Stossen oder Ziehen von Lasten mehr als 5 bis 7,5 kg eine volle Arbeitsfähigkeit als zumutbar. Auch wenn er am Bewegungsapparat an mehreren Stellen schmerzauslösende degenerative Veränderungen erkannte, hob er ausdrücklich hervor, dass diese sich jedoch weder klinisch noch radiologisch in einer Ausprägung präsentierten, dass auf eine höhergradige Arbeitsunfähigkeit geschlossen werden könnte (KAB 31).

**3.3.3** Der Kläger beanstandet mit seiner Appellation, dass sich diese Berichte nur zur Situation am rechten Knie bei hier unfallkausaler posttraumatischer Varus-Gonarthrose äussern würden. Im Rahmen der weiteren Abklärung seien bei ihm auch am linken Knie, in der Hüfte, am Rücken und in den Schultern Beschwerden aufgetreten. Seine Arbeitsfähigkeit ausserhalb seiner angestammten Tätigkeit könne deshalb nicht allein auf diese Berichte gestützt festgelegt werden. Selbst wenn diese Berichte im Zusammenhang mit den Ansprüchen des Klägers gegenüber der SUVA erstattet wurden, befassten sie sich keineswegs alleine mit den anlässlich des Unfalls im Jahre 2002 entstandenen Beschwerden des Klägers am rechten Knie. Die Untersuchungen in der Rehaklinik M. waren bezüglich der vom Kläger angegebenen Beschwerden (Knieschmerzen links und rechts, lumbale Rückenschmerzen, Hüftschmerzen) umfassend (Austrittsbericht vom 21. März 2006). Ebenso befasste sich Dr. E., wie vorstehend ausgeführt, eingehend mit den verschiedenen Schmerzen, wobei in der Zwischenzeit noch Schulter- und Kopfschmerzen hinzugekommen waren (Bericht vom 19. November 2006). Einzig Dr. D. beschränkte sich als Orthopäde auf die Kniebeschwerden, wobei er sich, wie aus seinem Bericht vom 5. Oktober 2006 augenscheinlich hervorgeht, mit den Knien beidseits befasste.

**3.3.4** Der Bericht von Dr. C., Klinik F., vom 31. Oktober 2007 (Replikbeilage [RB] 2) ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht geeignet, eine weitergehende Arbeitsunfähigkeit zu belegen. Die Einschätzung des Arztes, wonach dem Kläger eine Halbtagsarbeit bei wechselnd belasteter Tätigkeit sitzend/stehend möglich sei, steht zusammenhangslos da. Diese Aussage findet sich im besagten Schreiben unter der Überschrift "Beiblatt zu Arztbericht vom 16.08.2007" und ist als Antwort auf – wohl früher gestellte - Fragen formuliert, die jedoch unbekannt sind. Der Bericht macht überdies den Anschein, dass der Kläger in der Klinik F. nicht umfassend untersucht worden ist. Zumindest empfiehlt Dr. C. ausdrücklich eine rheumatologische Abklärung (wohl mit Bezug auf die Beschwerden in den Bereichen Schultergelenke, Rücken, Hüftgelenke und Fingergelenke, vgl. Antwort unter lit. C.6). Unter diesen Umständen kann nicht auf den Bericht von Dr. C. vom 31. Oktober 2007 abgestellt werden, zumal bei seiner Erstellung schon einige Zeit

seit Geltendmachung des Taggeldanspruchs am 1. Dezember 2006 verstrichen war und der Bericht somit keine verlässliche Auskunft über die Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu jenem früheren Zeitpunkt geben kann.

**3.3.5** Der Kläger hat mit seiner Appellationsbegründung vom 23. März 2010 als Novum (vgl. § 237 Abs. 2 ZPO BS) ein Schreiben von Dr. G., Facharzt für Allgemeine Medizin, vom 10. Januar 2010 an die IV-Stelle Basel-Stadt eingereicht. Darin berichtet Dr. G., dass als Ursache der zwischenzeitlich zugenommenen Beschwerden, insbesondere Augen- und Gelenksbeschwerden aufgrund rheumatologischer Abklärungen eine Sarkoidose habe diagnostiziert werden können. Der Kläger führt nun unter Bezugnahme auf einen entsprechenden Auszug einer Internetseite der Lungenliga aus, dass bis zur endgültigen Diagnose dieser Krankheit, welche eine Überreaktion des Immunsystems darstelle, Wochen, Monate bis mitunter Jahre verstreichen könnten, weshalb die Einschätzungen der SUVA-Ärzte durch diese neuen Erkenntnisse überholt seien. Das Schreiben von Dr. G. vom 10. Januar 2010 ist nicht geeignet, die Beurteilungen der Arbeitsfähigkeit in den verschiedenen Arztberichten aus dem Jahre 2006 grundlegend in Frage zu stellen. Denn es erwähnt nur in allgemeiner Form, dass beim Kläger neuerdings eine Sarkoidose diagnostiziert werden konnte. Das Schreiben enthält indessen keine näheren Angaben, wann diese Krankheit aufgetreten ist. Aus der Bezugnahme auf erneute rheumatologische Abklärungen bei der betreffenden Abteilung des Universitätsspitals nach dem früheren rheumatologischen Gutachten von Dr. H. vom 16. Februar 2009 ("Zwischenzeitlich haben die Beschwerden, insbesondere Augen- und Gelenksbeschwerden zugenommen ...") kann bestenfalls geschlossen werden, dass die diagnostizierte Sarkoidose Ursache für die Zunahme der bekannten Beschwerden im Jahre 2009 gewesen ist. Dass diese Krankheit bereits in den Jahren 2006 und 2007 aufgetreten ist und somit Ursache für die vom Kläger behauptete Arbeitsunfähigkeit auch in einer alternativen Tätigkeit gewesen sein könnte, ist dem Schreiben von Dr. G. jedenfalls nicht zu entnehmen. Unter diesen Umständen ist unverändert auf die entsprechenden Arztberichte aus dem Jahre 2006 abzustellen, worin dem Kläger aus medizinischer Sicht die Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit attestiert wurde. Es ist nachfolgend zu prüfen, ob dem Kläger im Zeitraum Ende 2006/Anfang 2007 auch aus rechtlicher Sicht ein Berufswechsel zugemutet werden konnte.

### **3.4**

**3.4.1** Gemäss Ziff. 8.2.1 AVB liegt eine anspruchsauslösende Arbeitsunfähigkeit nur vor, wenn der Versicherte auch in einer anderen, denn seiner angestammten Tätigkeit keine Erwerbstätigkeit ausüben kann, mit anderen Worten ihm ein Berufswechsel nicht zugemutet werden kann. Die Zumutbarkeit einer alternativen Tätigkeit wird regelmässig in Zusammenhang mit der Pflicht des Versicherten gebracht, zur Schadenminderung beizutragen. Im Bereich des Sozialversicherungsrechts ergibt sich die Schadenminderungspflicht indirekt aus der gesetzlichen Definition des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit in Art. 6 des Bundesgesetzes über den allgemeinen Teil des Sozi-

alversicherungsrechts (ATSG), wonach die Arbeitsunfähigkeit eines Versicherten sich bei langer Dauer auch nach der zumutbaren Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich bestimmt (dazu etwa UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 2. A., Zürich et al. 2009, Art. 6 N 22 ff.). Im Privatversicherungsbereich folgt die Zumutbarkeit der Schadenminderung in allgemeiner Weise aus Art. 61 Abs. 1 VVG, wonach der Versicherte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses "tunlichst" für Minderung des Schadens zu sorgen (dazu ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND, in: Heinrich Honsell et al. [Hrsg.], Kommentar Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 61 N 15 ff.). Das Bundesgericht hat in seiner früheren, d.h. vor Inkrafttreten des ATSG ergangenen Rechtsprechung im Bereich der Taggeldversicherung nach VVG die Schadenminderungspflicht des Versicherten aus Art. 61 VVG abgeleitet. Es hat dabei festgehalten, dass diese Bestimmung Ausdruck desselben Grundsatzes in der höchstrichterlichen Sozialversicherungsrechtsprechung sei, wonach der Versicherte zu einem Berufswechsel verpflichtet sei, wenn dies vernünftigerweise von ihm gefordert werden könne und der Versicherer ihm dies unter Ansetzung einer angemessenen Frist angezeigt habe (BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.a und 5C.211/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4.c, je m.w.H.). Demgegenüber hat das Bundesgericht im Entscheid 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.1 die Schadenminderungspflicht, wie sie in Art. 21 Abs. 4 ATSG zum Ausdruck gelangt, auch für den Bereich der Taggeldversicherung nach VVG anwendbar erklärt. Nach dieser Bestimmung dürfen Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person sich einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben entzieht oder widersetzt. Sie muss allerdings vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden. Nach dem Dictum des Bundesgerichts ist diese Bestimmung wiederum eine Konkretisierung des in Art. 2 Abs. 1 des Zivilgesetzbuchs (ZGB) statuierten Gebots des Handelns nach Treu und Glauben. Im Sinne dieser Rechtsprechung darf der Taggeldversicherer, erachtet er die Arbeitsfähigkeit des Versicherten als wiederhergestellt, seine Leistungen erst nach Ansetzung einer angemessenen Frist für die (schrittweise) Wiederaufnahme der Erwerbstätigkeit (bzw. den Berufswechsel) einstellen bzw. kürzen (BGer 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.1 und 3.2 und 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.b; zustimmend EUGSTER, a.a.O., S. 85).

**3.4.2** Die Bestimmung von Art. 61 VVG ist allerdings dispositives Recht. Die Parteien des Versicherungsvertrags können deshalb die Schadenminderungspflichten durch Abrede verschärfen, abschwächen oder gar ganz erlassen (BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.c; HÖNGER/SÜSSKIND, a.a.O., Art. 61 N 29). Im vorliegenden Fall wird die Schadenminderungspflicht des Versicherten vertraglich geordnet. Sie ist in die Definition der Arbeitsunfähigkeit durch Ziff. 8.2.1 integriert, wonach hierfür auch auf die Arbeitsfähigkeit in einer zumutbaren Verweisungstätigkeit abgestellt wird (vgl. EUGSTER, a.a.O., S. 85 mit dem Hinweis, dass auch die Legaldefinition der Arbeitsunfähigkeit in Art. 6 ATSG die Möglichkeit der Erwerbsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit zumindest ab einem bestimmten Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf miteinbezieht). Wie weit die Schadenminderungspflicht des Versicherten

geht, hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab. Verlangt Art. 61 Abs. 1 VVG vom Anspruchsberechtigten, dass er nach Schadeneintritt tunlichst für Minderung des Schadens sorgt, so besteht diese Pflicht nicht schlechthin, sondern nur insoweit, als ihm entsprechende Vorkehrungen überhaupt möglich sind und ihm mit Blick auf die konkreten Umstände billigerweise zugemutet werden können. Zumutbar sind Schadenminderungsmassnahmen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte (HÖNGER/SÜSSKIND, a.a.O., Art. 61 N 15 m.w.H.; vgl. auch BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.a m.w.H., woraus sich ergibt, dass im Französischen die Zumutbarkeit eines Berufswechsel mit "lorsqu'un tel changement peut *raisonnablement* être exigé de lui" umschrieben wird; ebenso die französische Fassung von Art. 21 Abs. 4 ATSG, wonach die geforderte Eingliederungsmassnahme "*raisonnablement exigible*" sein muss).

**3.4.3** Es versteht sich von selbst, dass jeder verunfallte oder erkrankte Arbeitnehmer, sobald feststeht, dass er aufgrund seines Leidens nicht länger in seinem angestammten Beruf arbeiten kann, sich um eine Erwerbstätigkeit in einem angepassten Bereich bemühen würde, wenn er von Dritten keine Ersatzleistungen für den wegfallenden Lohn mehr erhält (BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.c). Im vorliegenden Fall hat sich der Kläger, wie sich aus den Akten ergibt, beharrlich gegen jegliche Eingliederungsmassnahmen gewehrt. Zu Beginn des Jahres 2006 wurde er der Rehaklinik M. zur Abklärung seiner beruflichen Reintegration zugewiesen. Der Austrittsbericht vom 21. März 2006 (KAB 22) kam zum Schluss, dass das Ausmass der demonstrierten, erheblichen physischen Einschränkungen sich nur unzureichend mit den objektivierbaren pathologischen Befunden der klinischen Untersuchung und bildgebenden Abklärungen sowie den Diagnosen aus somatischer Sicht erklären liessen. Wie oben ausgeführt (E. 3.3.2) erachteten die Ärzte (mindestens) leichte bis mittelschwere Arbeit (d.h. Lasten 10-15 kg), ganztags, wechselbelastend ohne Tätigkeiten längerdauernd auf den Knien oder in der Hocke sowie mit wiederholtem Leiten und Treppensteigen durchaus als zumutbar. Da sich der Kläger nach seinem Bekunden jedoch für jegliche angepasste Tätigkeit als nicht arbeitsfähig betrachtete, sahen sich die Ärzte ausserstande, konkrete berufliche Eingliederungsmassnahmen einzuleiten. Stattdessen empfahlen sie ihm, sich beim Arbeitsamt zur Stellensuche zu melden. Auch Dr. D. hatte dem Kläger, wie seinem Bericht vom 5. Oktober 2006 zu entnehmen ist (KAB 24), angesichts der deutlichen Diskrepanz zwischen den subjektiv angegebenen Beschwerden und den objektivierbaren Befunden dringlich berufliche Umschulungsmassnahmen empfohlen. Er erachtete jegliche körperliche leichte Tätigkeit, zum Beispiel sitzend oder wechselweise sitzen/stehend als dem Kläger zumutbar. Schliesslich hatte Dr. E. zwar degenerative Veränderungen am Bewegungsapparat des Klägers festgestellt, doch präsentierten sie sich weder klinisch noch radiologisch in einer Ausprägung, die auf eine höhergradige Arbeitsunfähigkeit hätte schliessen lassen (Bericht vom 19. November 2006, KAB 31).

**3.4.4** Die Beurteilung der Zumutbarkeit einer Verweisungstätigkeit durch die Ärzte in der Rehaklinik M. stützte sich zugegebenermassen auf medizinisch-theoretische Überlegungen. Angesichts der unmissverständlichen ärztlichen Bescheinigungen der Arbeitsfähigkeit wäre es dem Kläger zuzumuten gewesen, es wenigstens mit beruflichen Eingliederungsmassnahmen zu probieren. Auch die IV-Stelle Basel-Stadt wäre bereit gewesen, ihm bei der Stellensuche behilflich zu sein. Doch scheiterte ihre Beratung ebenfalls an der mangelnden Eingliederungsbereitschaft des Klägers, weshalb ihm wie schon zuvor in der Rehaklinik M. nahe gelegt wurde, sich beim Arbeitsamt zur weiteren Betreuung zu melden (Verfügung vom 20. April 2006, KAB 23). Seine fehlende subjektive Bereitschaft, sich Eingliederungsmassnahmen zu unterziehen, stellt eine Verletzung seiner Mitwirkungspflichten dar, wie sie auch in Ziff. 9.2 AVB niedergelegt sind. Nach dieser Vertragsbestimmung ist die versicherte Person gehalten, alles zu tun, was zur Leistungsminderung beitragen kann. Ist der Kläger dieser Vertragspflicht nicht nachgekommen, so durften die Leistungen der Taggeldversicherung gekürzt werden (Ziff. 8.5.1 Abs. 1 lit. a AVB). Dass ihn in der Verletzung seiner Schadenminderungspflicht kein Verschulden getroffen hat, hat der Kläger nicht nachweisen können (vgl. HÖNGER/SÜSSKIND, a.a.O., Art. 61 N 30, wonach der Versicherte nachzuweisen hat, dass er kein Verschulden an der Pflichtverletzung trägt). Das von ihm im Appellationsverfahren eingereichte Schreiben von Dr. G. vom 10. Januar 2010, wonach bei ihm eine Sarkoidose diagnostiziert worden ist, lässt, wie oben unter E. 3.3.5 ausgeführt, keinen Aufschluss zu, dass diese Krankheit schon Ende 2006/Anfang 2007 bei ihm ausgebrochen gewesen wäre und somit seine Arbeitsfähigkeit auch in einer angepassten Tätigkeit eingeschränkt hätte. Dass der Kläger subjektiv von einer (weitgehenden) Arbeitsunfähigkeit auch in einer Verweisungstätigkeit überzeugt war, vermag ihn ebenfalls nicht zu entschuldigen. Aus objektiver Sicht wäre es ihm zuzumuten gewesen, sich kooperativer zu zeigen und sich den vorgeschlagenen Eingliederungsmassnahmen wenigstens probenhalber zu unterziehen (vgl. ANDREAS BRUNNER, Arbeitsunfähigkeit und Schadensminderungspflicht – Zumutbarkeit der Verweisungstätigkeit, in: Gabriela Riemer-Kafka [Hrsg.], Case Management und Arbeitsunfähigkeit, Zürich et al. 2006, S. 67 ff., 72 f.). Dies gilt umso mehr, als die Schadenminderungspflicht des Versicherten bei längerer Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich weiter geht als im Falle kurzer Arbeitsunfähigkeit (vgl. BRUNNER, a.a.O., S. 86 f.). Bei langdauernder Arbeitsunfähigkeit kann dem Versicherten daher eher zugemutet werden, sich um die Wiedereingliederung ins Berufsleben zu bemühen. Wer sich in einer solchen Situation unversucht gegen einen Berufs- oder Stellenwechsel wehrt, verletzt seine Schadenminderungspflicht schuldhaft (BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 3.c).

**3.4.5** Der Kläger schliesst auch auf Unzumutbarkeit einer Verweisungstätigkeit, weil die Verpflichtung zu einem Berufswechsel bedeuten würde, dass er seine Anstellung bei der Firma B. aufgeben und damit auf den Kündigungsschutz nach Art. 21 des für ihn massgeblichen Landesmantelvertrags für das Bauhauptgewerbe (LMV) verzichten müsste. Das würde auf ein Unterlaufen dieses Gesamtarbeitsvertrags (GAV) hinauslaufen. Dieser Einwand ist unbegründet. Der Kläger bestätigt

ausdrücklich, dass er nie mehr wird als Vorarbeiter bei einer Baufirma arbeiten können. Der Kündigungsschutz nach der genannten Bestimmung hat den Sinn, einem Arbeitnehmer auch nach längerer Krankheitszeit die Fortsetzung seiner Arbeit beim gleichen Arbeitgeber zu ermöglichen. Dies ist vorliegend jedoch nicht mehr möglich. Damit wird der Zweck des Kündigungsschutzes nach GAV nicht unterlaufen. Der Kläger will ihn mit seiner Argumentation vielmehr ad absurdum führen, was keinen Schutz verdient. Der gesamtarbeitvertraglich begründete Kündigungsschutz kann, auch wenn der LMV allgemein-verbindlich erklärt worden ist, nicht die gesetzliche Schadenminderungspflicht des Versicherten nach VVG aufheben. Ansonsten könnte ein Arbeitnehmer, der bei voller Arbeitsfähigkeit in einem Betrieb des Baugewerbes eingetreten ist, die vollumfänglichen Leistungen aus der Taggeldversicherung geltend machen, wenn er keine schweren Lasten mehr heben kann, in anderen Tätigkeiten aber voll einsatzfähig ist (HANS-RUDOLF MÜLLER, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Adrian von Kaenel [Hrsg.], Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich et al. 2007, S. 19 ff., 36).

**3.5** Der Kläger hält dafür, dass es der Beklagten oblegen hätte, vorgängig zur Aufforderung zu einem Berufs- oder Stellenwechsel abzuklären, in welchen konkreten Berufen oder Tätigkeiten er die medizinisch-theoretische Restarbeitsfähigkeit hätte verwerten können und ob auf dem Arbeitsmarkt tatsächlich entsprechende Stellen vorhanden sind. In der Tat ist der Versicherer nach der oben unter E. 3.4.1 dargestellten Rechtsprechung gehalten, den Versicherten explizit aufzufordern, sich wieder in die Arbeitswelt einzugliedern, will er seine Leistungen kürzen oder gar einstellen, weil er den Versicherten für (wieder) arbeitsfähig hält. Dabei hat er der versicherten Person eine angemessene Frist einzuräumen, um sich auf die neuen Umstände einzustellen, wie auch auf die Folgen hinzuweisen, die sich aus der Nichtbefolgung dieser Aufforderung ergeben können.

Gleichwohl vermag der Kläger mit diesem Vorbringen nicht durchzudringen. Zum einen käme eine derartige Aufforderung nur einem formalen Leerlauf gleich, wenn der Versicherte durch sein bisheriges Verhalten unmissverständlich zum Ausdruck gebracht hat, dass er zu einem Berufs- oder Stellenwechsel unter keinen Umständen bereit ist (vgl. KIESER, a.a.O., Art. 21 N 90). Im vorliegenden Fall war die mangelnde Eingliederungsbereitschaft des Klägers bereits mehrfach aktenkundig, so dass der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen kann, keine weiteren Abklärungen hinsichtlich möglicher Einsatzbereiche getroffen zu haben.

Zum anderen führt die Unterlassung einer förmlichen Aufforderung zum Berufs- oder Stellewechsel nicht per se dazu, dass die Beklagte ihre Taggeldleistungen ungekürzt auszurichten hätte. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts reicht es, wenn der Versicherer dem Versicherten unter Hinweis auf entsprechende Arztberichte mitteilt, dass sie ihn als (ganz oder teilweise) arbeitsfähig erachtet und ihre Leistungen auf einen bestimmten Zeitpunkt hin einzustellen bzw. zu kürzen gedenkt. Ist der Zeitraum, innerhalb welchen der Versicherte seine Erwerbstätigkeit wiederaufzu-

nehmen hat, zu kurz bemessen, besteht die Sanktion einzig in einer Verlängerung der Taggelderleistungen auf eine angemessene Dauer (BGer 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3). In casu hat die Beklagte mit Schreiben vom 30. Mai 2007 (Klagebeilage [KB] 8/KAB 30) dem klägerischen Rechtsvertreter mitgeteilt, dass der Kläger aufgrund von Arztberichten zwar weiterhin nicht in der Lage sei, seine herkömmliche Tätigkeit auf dem Bau auszuführen, dass ihm jedoch jede andere Verweistätigkeit ohne Heben und Tragen von grösseren Gewichten, sowie ohne repetitivem Knien-Müssen für körperlich leichte Tätigkeiten in Wechselpositionen zu 100 % zumutbar sei. Aus diesem Grund verneinte die Beklagte ihre Pflicht zur Leistung von Taggeldern ab dem Zeitpunkt ihrer Geltendmachung. Stattdessen forderte die Beklagte den Kläger ausdrücklich auf, sich unverzüglich bei der Arbeitslosenkasse anzumelden. In Übereinstimmung mit der Vorinstanz wie auch mit dem genannten Bundesgerichtsentscheid ist festzuhalten, dass dieser Brief vom 30. Mai 2007 die unmissverständliche Aufforderung des Versicherten an den Versicherten darstellt, seiner Schademinderungspflicht nachzukommen.

**3.6** Dass die Beklagte dem Kläger keine Frist gesetzt hat, bis zu deren Ablauf er sich um einen Berufs- oder Stellenwechsel zu bemühen hätte, sondern jegliche Taggelderleistungen abgelehnt hat, ist von der Vorinstanz nach dem Gesagten zu Recht nicht gebilligt worden. Die Vorinstanz hat dem Kläger eine Übergangsfrist von drei Monaten eingeräumt, gerechnet ab dem Zeitpunkt, in dem die Beklagte ihn aufgefordert hatte, sich um eine angepasste Arbeit zu bemühen, d.h. bis zum 31. August 2007. Entsprechend hiess sie seine Taggeldforderungen gut ab dem Zeitpunkt, als er seinen Anspruch geltend gemacht hatte, d.h. am 1. Dezember 2006. Der Kläger hält die festgesetzte Übergangsfrist von drei Monaten für zu kurz. Aufgrund seiner erschwerten Vermittelbarkeit hätte ihm eine angemessene Anpassungszeit von mindestens fünf Monaten eingeräumt werden müssen.

In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung wird im Regelfall eine Übergangsfrist zwischen drei und fünf Monaten zugestanden (BGE 114 V 281 E. 5.b S. 289 f.; 111 V 235 E. 2.a S. 239 m.w.H.; BGer 5C.74/2002 vom 7. Mai 2001 E. 3.a und 5C.211/2000 vom 8. Januar 2001 E. 4.c). Die Bemessung der Frist hängt im Einzelfall von den konkreten Umständen ab. In casu dürfte der Kläger angesichts des fortgeschrittenen Alters, seiner Vorbildungen und mangelnden Sprachkenntnisse nicht ohne weiteres eine Arbeit in einer seinem Gesundheitszustand angepassten Tätigkeitsbereich finden. Allerdings wurde er schon zu Beginn des Jahres 2006 ärztlicherseits aufgefordert, sich um einen Berufs- bzw. Stellenwechsel zu bemühen (Austrittsbericht Rehaklinik M. vom 21. März 2006, KAB 22). Zur gleichen Zeit musste dem Kläger im Rahmen seiner sechsmonatigen Berufsberatung bei der IV-Stelle Basel-Stadt ohne Zweifel auch klar geworden sein, dass er sich einem Berufswechsel stellen muss (Verfügung der IV-Stelle vom 20. April 2006 [KAB 23], worin der Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass er grundsätzlich in der Lage sei, eine berufliche Tätigkeit mit durchschnittlichen Anforderungen auszuüben). Auch Dr. D. riet dem Kläger später, wie seinem Bericht vom 5. Oktober 2006 zu entnehmen ist

(KAB 24), dringend, sich um seine berufliche Zukunft zu kümmern. Angesichts des Umstandes, dass der Kläger schon länger als ein Jahr vor Zurückweisung seines Taggeldanspruchs durch die Beklagte mit deren Schreiben vom 30. Juni 2007 mit der Frage einer Wiedereingliederung ins Arbeitsleben konfrontiert war und er somit genügend Zeit gehabt hatte, sich mit einem Berufs- bzw. Stellenwechsel zu befassen, vermag seine allenfalls erschwerte Vermittelbarkeit keine Verlängerung der Anpassungsfrist über das erwähnte Regelmass hinaus zu begründen (BGE 114 V 281 E. 5.b S. 289 f.). Dass die Vorinstanz diese Frist mit drei Monaten am unteren Rand des vorgegebenen Rahmens angesetzt hat, ist mit Blick auf die fortgesetzte hartnäckige Weigerung des Klägers, an Eingliederungsmassnahmen mitzuwirken, nicht weiters zu beanstanden.

#### 4.

Der Kläger hält das angefochtene Urteil auch deshalb für falsch, weil er über den Ablauf der Anpassungsfrist hinaus Anspruch auf Versicherungsleistungen wenigstens aus dem unfallkausalen Schaden habe, was bei einem Einkommensvergleich, wie er seinerzeit von der SUVA vorgenommen worden sei, einen Anspruch auf ein volles Taggeld ergebe. Dieser Einwand scheidet schon daran, dass die Arbeitgeberin des Klägers seinerzeit nur eine Versicherung zur Deckung des Erwerbsausfalls abgeschlossen hat, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit entsteht (Versicherungspolice der Firma B. vom 3./6. November 2000, Beilage 1 zur Eingabe der Beklagten vom 5. Mai 2009). Die Deckung des Erwerbsausfalls infolge Unfall hätte zusätzlich vereinbart werden müssen (Ziff. 1.1 Abs. 3 AVB). Ohnehin übersieht der Kläger, dass Ziff. 11.2 AVB Leistungen der Beklagten ausschliesst, die zu Lasten der Unfallversicherung gehen, wie auch dass deren Leistungen im Umfang der Leistungen von Dritten gekürzt werden (Verbot der Überversicherung, Ziff. 11.4 AVB).

#### 5.

Der Kläger macht schliesslich geltend, die Vorinstanz habe ihm zu Unrecht einen Verzugszins verweigert. Mit seiner Klage vom 18. Juni 2008 hatte er tatsächlich einen Verzugszins von 5 % seit 1. August 2007 (mittlerer Verfall) verlangt. Der Schuldner einer Forderung schuldet Verzugszins erst, nachdem er vom Gläubiger in Verzug gesetzt worden ist (Art. 104 Abs. 1 i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR). Der Kläger will die Beklagte mit seinem Schreiben vom 7. Februar 2007 in Verzug gesetzt haben. Allerdings konnte er die Beklagte damit noch gar nicht in Verzug setzen, hatte ihn seine Arbeitgeberin doch erst am 21. März 2007 bei der Beklagten zum Bezug von Krankentaggeldern angemeldet (KAB 29). Nach Art. 41 Abs. 1 VVG werden Forderungen aus dem Versicherungsvertrag erst mit dem Ablauf von vier Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Da vor Eintritt der Fälligkeit eine Mahnung ausgeschlossen ist, konnte die Beklagte mit dem vorgängigen Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 7. Februar 2007 auch nicht in Verzug gesetzt werden.

**6.**

Gemäss Art. 85 Abs. 3 VAG (a.F.) ist das Verfahren kostenlos. Es sind somit keine Kosten zu erheben. Trotz seines Unterliegens im Appellationsverfahren ist dem Kläger keine Parteientschädigung zu auferlegen, da die Beklagte nicht anwaltlich vertreten war.

**Demgemäss erkennt das Appellationsgericht:**

://: Das erstinstanzliche Urteil wird bestätigt.

Es werden keine Kosten erhoben. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Alexander Zürcher

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Zivilsachen** erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.– bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.