

## **KK.2009.00021**

Sozialversicherungsgericht  
des Kantons Zürich  
II. Kammer  
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichter Gräub

Sozialversicherungsrichterin Käch

Gerichtsschreiber Trüssel  
**Urteil vom 19. April 2011**  
in Sachen  
A.\_\_\_\_

Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch  
Chanson Lohrer Rusch Rechtsanwälte  
Bodmerstrasse 10, Postfach 1605, 8027 Zürich

gegen

innova Versicherungen AG  
Bahnhofstrasse 4, Postfach 184, 3073 Gümligen  
Beklagte und Widerklägerin

### **Sachverhalt:**

1.

1.1 A.\_\_\_\_, geboren 1954, ist seit Oktober 2005 als selbständiger Taxichauffeur in Z.\_\_\_\_ tätig (Urk. 7/1 Ziff. 6.1, Ziff. 6.3.1). Der Versicherte hatte bei der innova Versicherungen AG (nachfolgend: innova) eine Einzel-Lohnausfallversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) abgeschlossen (Urk. 2/2).

1.2 Am 1. Januar 2007 kollidierte der Versicherte mit einem Tram, wobei das Taxi gegen einen Signalständer geschoben wurde (Urk. 2/1 S. 5). Dabei erlitt er eine linksseitige Körperkontusion (Urk. 7/3/16). Die innova richtete vom 1. Januar 2007 bis 31. Dezember 2007 ein Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % aus. Am 10. November 2007 meldete sich der Versicherte bei der Invalidenversicherung zum Rentenbezug an (Urk. 7/1 Ziff. 7.8).

Aufgrund einer veranlassten Begutachtung bei Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Innere Medizin und bei Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, welche am 19. Dezember 2007 (Urk. 2/10) und am 24. Dezember 2007 (Urk. 2/9) erstattet wurden, teilte die innova dem Versicherten mit Schreiben vom 7. Januar 2008 mit, sie werde die Taggeldzahlungen per 30. Juni 2008 zu 100 % einstellen (Urk. 2/13). Dagegen erhob der Versicherte Einwände (Urk. 2/14, Urk. 2/16, Urk. 2/18). Daraufhin holte die innova einen weiteren Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ ein (Urk. 2/20). Mit Schreiben vom 13. Januar 2009 teilte die innova dem Versicherten mit, er sei per 30. Dezember 2008 aus der Lohnausfallversicherung ausgesteuert (Urk. 7/14/2). In einem weiteren Schreiben vom 13. Januar 2009 verschob die innova zu Gunsten des Versicherten den Austritt auf den 31. Dezember 2008 (Urk. 7/14/1). Daher richtete die innova vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 ein Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % aus (Urk. 2/11-12, Urk. 2/21-22). Am 25. Mai 2009 beantragte der Versicherte bei der Invalidenversicherung sodann die Versorgung mit einem Hörgerät (Urk. 7/17).

2. Am 25. Juni 2009 erhob der Versicherte Klage und beantragte, die innova sei zu verpflichten, ihm ausgehend von einem versicherten Taggeld von Fr. 200.-- für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 50 % Krankentaggelder für 365 Tage zu Fr. 100.--, also total Fr. 36'500.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. August 2008 (mittlerer Verfall) zu bezahlen (Urk. 1 S. 2).

Am 21. Juli 2009 offerierte die innova einen Vergleich mit einem Vergleichsbetrag von Fr. 18'250.- - per Saldo aller Ansprüche mit hälftiger Tragung der Gerichtskosten sowie Verzicht auf eine Prozessentschädigung (Urk. 6 S. 4). Mit Eingabe vom 7. August 2009 widerrief die innova den offerierten Vergleich, erhob Widerklage und beantragte, der Versicherte sei zu verpflichten, ihr Fr. 22'550.-- zurückzubezahlen (Urk. 10). Mit Replik vom 13. November 2009 hielt der Versicherte im Wesentlichen fest, die Widerklage sei verspätet und ferner wären die Voraussetzungen für eine Rückforderung von Taggeldern ohnehin nicht gegeben (Urk. 17 S. 5 f.). Mit Duplik vom 25. Januar 2010 hielt die innova an ihren Anträgen und Ausführungen fest (Urk. 21). Eine Kopie der Duplik wurde dem Versicherten am 27.

Januar 2010 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 22).

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem VVG. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur; strittige Ansprüche darüber sind in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen. Die Kantone haben das Verfahren unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze gemäss den bis Ende 2010 gültig gewesenen Art. 85 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) zu regeln und damit ein einfaches und rasches sowie grundsätzlich kostenloses Verfahren vorzusehen, in welchem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt.

1.2 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 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; § 2 lit. b GSVGer in der bis Ende Juni 2010 gültig gewesenen Fassung; seit 1. Juli 2010: § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei hier ergänzend das (bis Ende 2010 gültig gewesene) kantonale Gesetz über den Zivilprozess (ZPO ZH) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).

Die örtliche Zuständigkeit ist ebenfalls unstrittig zu bejahen (Art. G4 der Allgemeinen Vertragsbedingungen, AVB, Urk. 7/A).

2.

2.1 Nach dem hier geltenden Untersuchungsgrundsatz hat das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. 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).

2.2 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 Sachverhaltes 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).

2.3 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).

2.4 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes 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 in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c).

Berichte und Gutachten versicherungsinterner Ärztinnen und Ärzte unterliegen wie andere Beweismittel der freien richterlichen Beweiswürdigung. Es kann ihnen Beweiswert beigemessen werden, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Im Übrigen ist an die Unparteilichkeit auch der versicherungsinternen Gutachterinnen und Gutachter ein strenger Massstab anzulegen (BGE 123 V 333 f. Erw. 1c mit Hinweisen).

3.

3.1 Strittig und zu prüfen ist, in welchem Ausmass der Kläger im Jahre 2008 arbeitsunfähig war beziehungsweise auf der Basis welcher prozentmässigen Arbeitsunfähigkeit ein Taggeld auszurichten ist. In diesem Zusammenhang ist auch die Frage einer allfällig zulässigen Widerklage in der Höhe von Fr. 22'550.-- zu beantworten.

3.2 Zur Begründung seiner Klage führte der Kläger aus, die Beklagte habe wie im Jahr 2007 auch vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 ein Taggeld auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 100 %

auszurichten (Urk. 1 S. 5 ff.).

3.3 Die Beklagte erwiderte sodann, der Kläger sei bis zum 31. März 2008 zu 50 %, vom 1. April 2008 bis 30. Juni 2008 zu 75 % und danach wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen. Aus diesem Grund beantragte die Beklagte und Widerklägerin widerklageweise, der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 22'550.-- zurückzubezahlen (Urk. 10 S. 1 unten f.).

4.

4.1 In den aufliegenden Taggeldkarten für Einzel-Taggeldversicherte bescheinigte Dr. B.\_\_\_\_ vom 1. Januar 2007 bis 5. Mai 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % und hernach eine solche von 50 % (Urk. 2/5-7).

4.2 In seinem Bericht vom 1. November 2007 (Urk. 2/30) diagnostizierte Dr. med. C.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, eine nichtorganische Insomnie im Rahmen einer psychogenen Anpassungsstörung (S. 1 Mitte). Der Kläger klagte über Schlafprobleme, Müdigkeit, Nackenschmerzen und verlangsamte Reaktionsfähigkeit. Diese Probleme seien nach dem Unfall vom 31. Dezember 2006 (richtig: 1. Januar 2007) aufgetreten. Der massiv gestörte Schlaf, die Mühe sich zu konzentrieren, das rasche Ermüden und die Stimmungsschwankungen würden eine Arbeitsaufnahme zur Zeit verunmöglichen (S. 1 unten). Bezüglich Arbeitsfähigkeit verwies Dr. C.\_\_\_\_ auf die Beurteilung von Dr. B.\_\_\_\_ (S. 2).

4.3 In seinem Gutachten vom 19. Dezember 2007 (Urk. 2/10) berichtete Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, über die Untersuchung vom 12. Dezember 2007. Gleichzeitig sei eine rheumatologische Begutachtung bei Dr. E.\_\_\_\_ durchgeführt worden. Das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ sei in der Beurteilung berücksichtigt worden (S. 1 Mitte). Dr. D.\_\_\_\_ diagnostizierte eine Anpassungsstörung mit Ängstlichkeit und gestörtem Schlaf. Diese Diagnose stimme mit derjenigen von Dr. C.\_\_\_\_ überein. Die von Dr. B.\_\_\_\_ diagnostizierte posttraumatische Belastungsstörung sei nicht gerechtfertigt (S. 4 oben). In seiner Beurteilung führte Dr. D.\_\_\_\_ aus, nach dem Unfallereignis vom 1. Januar 2007 sei der Kläger nicht bewusstlos gewesen. Er könne die Geschehnisse rund um den Unfall lückenlos erzählen. Zwei Tage nach dem Unfall habe er wegen Nacken- und Schulterschmerzen einen Arzt aufgesucht. Der Heilungsverlauf sei ausserordentlich verzögert gewesen; der Kläger habe Angst, Auto zu fahren und würde schlecht schlafen. Letzte Versuche, wieder Auto zu fahren, hätten im Frühling 2007 stattgefunden. Seither verbringe der Kläger seine Zeit zu Hause und fühle sich gelangweilt und unausgefüllt. Er gehe alle zwei bis drei Wochen zu Dr. B.\_\_\_\_ und alle drei bis vier Wochen zu Dr. C.\_\_\_\_ und halte seinen Gesundheitszustand für unverändert (S 3 f.). Aktuell finde sich eine nervös hektische Stimmung; der Kläger gebe eine verminderte Schlafdauer (mit Hilfe von Schlafmitteln immerhin bis zu sechs Stunden), eine Ängstlichkeit beim Auto fahren, eine verlangsamte Reaktionszeit und Schmerzen im Bereich des Nacken- und Schulterbereichs an (S. 4 oben).

Zur Arbeitsfähigkeit hielt Dr. D.\_\_\_\_ fest, aus psychiatrischer Sicht sei der Kläger zu 50 % arbeitsfähig. Gemäss dem Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ (vgl. nachfolgende Erw. 4.4) bestehe aus rheumatologischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Die beiden Arbeitsunfähigkeiten könnten nicht kumuliert werden, sondern seien Einschätzungen aus zwei verschiedenen Blickwinkeln, die Arbeitsfähigkeit betrage also gesamthaft 50 % ab 1. Januar 2008. Dr. B.\_\_\_\_ sehe die ganze Angelegenheit ähnlich katastrophierend wie der Kläger, was den Heilungsverlauf nicht gerade fördere. Die Arbeitsunfähigkeit beziehe sich auf die Tätigkeit als Taxifahrer und der Kläger solle seine Fahrfähigkeiten per sofort trainieren und üben, so dass er seine Tätigkeit als Taxifahrer zu 50 % ab Januar 2008 aufnehmen könne (S. 4 Mitte).

4.4 Dr. E.\_\_\_\_ berichtete im Gutachten vom 24. Dezember 2007 (Urk. 2/9), in welches er die Diagnosen und Beurteilung von Dr. D.\_\_\_\_ einbezog, über seine Untersuchung vom 12. Dezember 2007. Er stellte folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 5 Ziff. 4.1):

- posttraumatisches cervikocephales und cervikales Schultergürtel- und Schulterblattschmerzsyndrom links fibromyalgisch mit diskreter Schulterperiarthropathie links nach auslösendem Tramauffahrunfall von links am 1. Januar 2007 ohne direktes Schleudertrauma, ohne Bewusstlosigkeit
- Schmerzpersistenz und im Verlauf psychovegetative Begleitsymptome (Insomnie, Nervosität, Gereiztheit, Depressivität)

Dr. E.\_\_\_\_ führte sodann aus, mit Ausnahme der Halswirbelsäule (HWS) bestehe eine auffallend gute Beweglichkeit und eine ausreichende Belastbarkeit. In einer sitzenden Tätigkeit bestehe aufgrund der Nacken- und Lumbalschmerzen und der Schmerzen in der Brustwirbelsäule (BWS) eine Einschränkung von ein bis zwei Stunden. Bisher habe keine Aufnahme der Tätigkeit als Taxifahrer stattgefunden (S. 6 Mitte). Insgesamt seien die somatischen Beschwerden stark rückläufig. Der Kläger fahre wieder mit dem Auto des Sohnes. Als Taxifahrer sei der Kläger zu 50 % (bestenfalls aufgeteilt in 2 x 2 ½ Stunden) arbeitsfähig. Nach drei Monaten könne die Arbeitsfähigkeit auf 75 % gesteigert werden und nach sechs Monaten sei er wieder voll arbeitsfähig. Der verzögerte Verlauf der cervikalen Restbeschwerden sei durch unfallfremd vorbestehende degenerative Veränderungen der HWS zu begründen. Ferner stünden die Beschwerden im Zusammenhang mit einer fibromyalgischen Beschwerdeentwicklung im linksseitigen cervikalen Schultergürtel und im interscapulären Bereich sowie der leicht schmerzhaften Lendenwirbelsäule (LWS), welche jedoch nicht einschränkend auf die Arbeitsfähigkeit wirke. Weiter bestünden multisegmentale Osteochondrosen, Bandscheibenprotrusionen ohne neurale Kompression und ohne Herniation. Entsprechend dem bisherigen Verlauf und klinischem Befund sei nicht von einer Instabilität auszugehen; neurologische Ausfälle fehlten (S. 6 unten).

Bezüglich der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht wiederholte Dr. E.\_\_\_\_ die Ausführungen von Dr. D.\_\_\_\_ im Gutachten vom 19. Dezember 2007 (vgl. vorstehende Erw. 4.3).

Eine schrittweise Steigerung der Arbeitsfähigkeit solle versucht werden. Falls aus dem Verlauf wesentliche Gründe dagegen sprechen würden, müsse eine somatisch-psychiatrische Neu Beurteilung erfolgen (S. 7 oben).

4.5 Dr. B.\_\_\_\_ hielt in seinem Bericht vom 1. Februar 2008 fest, da der Kläger weiterhin über häufige Cervicalgien mit klinisch eindeutigem paravertebralem Muskelhartspann cervical links und über Intervertebralgelenksblockierungen C3/4 sowie C4/5 klage, sei eine Taxifahrttauglichkeit noch nicht gegeben. Es würden häufig cervicogene Schwindelattacken bei herabgesetzter Konzentration auftreten. Dies dürfte dem Kläger auch eine anderweitige angepasste Tätigkeit verunmöglichen. Es wäre sinnvoller, den Kläger zur Arbeitsabklärung nach Appisberg zu überweisen unter Fortführung der Taggeldzahlungen (Urk. 2/31).

4.6 Dr. C.\_\_\_\_ führte in seinem Bericht vom 9. März 2008 aus, im bisherigen Therapieverlauf habe eine Zustandsstabilisierung erreicht und die Schlafqualität verbessert werden können. Dennoch scheine der subjektiv empfundene Leidensdruck hoch zu sein. Der Kläger habe angegeben, keine signifikante Symptomlinderung wahrzunehmen. In Anbetracht des bisherigen Therapieverlaufs, der dargestellten persistierenden Symptomatik und der bestehenden somatischen Probleme sei keine zuverlässige Prognose möglich. Eine weitere Besserung sei jedoch wahrscheinlich (Urk. 2/32).

4.7 Im Bericht vom 27. August 2008 nannte Dr. B.\_\_\_\_ folgende Diagnosen:

- Status nach schwerem Autounfall am 1. Januar 2007 mit
- posttraumatischem cerviko-, thorako-spondylogemem Syndrom
- posttraumatischer PHS von SSP Typ links
- cervicogenen Schwindelepisoden
- Cephalaea
- Visusstörungen
- reaktive Depression

In den letzten Monaten habe trotz Physiotherapie, aktivem Heimprogramm und medikamentöser Behandlung keine Verbesserung des Gesundheitszustandes erzielt werden können. Der Kläger weise weiterhin multiple Weichteiltriggerpunkte im Bereich der Nacken- und Schultermuskulatur bei gleichzeitiger segmentaler Dysfunktion C3/4 und C5/6 beidseits auf. Des Weiteren sei der Kläger vor allem durch die Schwindelepisoden stark beeinträchtigt. Auch die Behandlung der Depression habe zu keiner wesentlichen Besserung geführt, so dass der Kläger ein Wechsel des Psychiaters vorgenommen habe (Urk. 2/33).

In Ergänzung zum Bericht vom 27. August 2008 hielt Dr. B.\_\_\_\_ im Bericht vom 22. September 2008 fest, der Kläger sei aus rheumatologischer Sicht höchstens zu 10 % bis 20 % arbeitsfähig (Urk. 2/34).

4.8 Dr. E.\_\_\_\_ führte im Bericht vom 15. Oktober 2008 (Urk. 2/20) aus, die vorgesehene Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 75 % ab 30. März 2008 und auf 100 % ab 30. Juni 2008 sei gemäss Dr. B.\_\_\_\_ nicht erfolgt. Dieser habe festgehalten, der Versicherte leide weiterhin an rezidivierenden Cervikalgien, cervikogenem Schwindel, Cephalaea und reaktiver Depression (S. 1 unten). Die Einschätzung von Dr. D.\_\_\_\_ sei immer noch massgebend, da keine aktuelle Einschätzung durch den neuen Psychiater vorliege. Daher sei der Kläger aus rheumatologischer und psychiatrischer Sicht zu 50 % arbeitsfähig. Der Umstand, dass eine im Gutachten vom 24. Dezember 2007 erwartete Leistungssteigerung nicht möglich sei, müsse mit neuen Befunden begründet werden (S. 2 oben/Mitte).

4.9 In seinem Bericht vom 16. Dezember 2008 (Urk. 2/35) diagnostizierte Dr. med. F.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Neurologie, ein chronisches, posttraumatisches cerviko-cephales Schmerzsyndrom bei Status nach Überdehnungstrauma der HWS am 1. Januar 2007. Der Kläger leide unter ständigen Nacken- und Kopfschmerzen, vor allem auf der linken Seite; ferner trete immer wieder Schwankschwindel auf (S. 1 unten). Relevante Befunde seien eine deutlich eingeschränkte Beweglichkeit der HWS mit palpatorisch verdickter und druckdolenter Nacken- und Schultermuskulatur. Neurologische Ausfälle würden keine bestehen, so dass eine Verletzung am Nervensystem nicht anzunehmen sei. Der Kläger benötige weiterhin regelmässig Physiotherapie; damit sollte mittelfristig eine Teilarbeitsfähigkeit realisierbar sein (S. 3).

4.10 Dr. med. G.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Innere Medizin, Vertrauensarzt des Verbands der kleinen und mittleren Krankenversicherer (RKV), hielt in seiner Stellungnahme vom 2. Februar 2009 fest, auf die Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_ könne abgestellt werden. Der Bericht vom 16. Dezember 2008 von Dr. F.\_\_\_\_ sei kein Gutachten, sondern beschreibe die Befunde anlässlich der neurologischen Konsultation. Dr. F.\_\_\_\_ habe aus neurologischer Sicht keine pathologischen Befunde festgestellt (normaler Neurostatus). Sein Befund einer verspannten Muskulatur der HWS und seine Diagnosen würden denjenigen im Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ entsprechen. Überdies halte auch er eine Teilarbeitsfähigkeit für zumutbar. Die neurologische Untersuchung vermöge an der Begutachtung durch Dr. E.\_\_\_\_ nichts zu ändern. An einer Arbeitsfähigkeit von 50 % sei festzuhalten (Urk. 7B).

5.

5.1 Aufgrund der dargelegten Aktenlage ist eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit des Klägers möglich.

5.2 Vorweg ist festzustellen, dass die Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_ in sämtlichen Punkten den Kriterien der gefestigten Rechtsprechung (vgl. vorstehende Erw. 2.4) zu den Anforderungen einer Expertise entspricht.

So sind sie für die Beantwortung der gestellten Fragen (nach der verbleibenden Arbeitsfähigkeit) abschliessend und beruhen namentlich auf allseitigen Untersuchungen, führten doch die Gutachter umfassende Abklärungen in rheumatologischer und psychiatrischer Hinsicht durch. Dabei

berücksichtigten sie die geklagten Beschwerden und setzten sich damit sowie mit dem Verhalten des Klägers intensiv auseinander.

So nahm Dr. D.\_\_\_\_ insbesondere Stellung zur bestehenden Anpassungsstörung mit Ängstlichkeit und gestörtem Schlaf und zum dramatisierenden Verhalten des Klägers (Urk. 2/10 S. 3 f.). Dr. E.\_\_\_\_ berichtete sodann über die Nacken-, Lumbalschmerzen und den Schmerzen in der BWS, erwähnte aber auch die starke Rückläufigkeit der organischen Beschwerden (Urk. 2/9 S. 6 Mitte).

Dr. E.\_\_\_\_ und Dr. D.\_\_\_\_ waren weiter die Vorakten bekannt, welche in die Beurteilung einfließen. Die Gutachten leuchten sodann in der Darlegung der medizinischen Zustände und Zusammenhänge ein, da die Gutachter detailliert Stellung zu den Auswirkungen der somatischen und psychischen Beschwerden nahmen. Ihre Schlussfolgerungen sind in einer Weise begründet, dass die rechtsanwendende Person sie prüfend nachvollziehen kann.

5.3 Zusammenfassend kann den Ausführungen und den interdisziplinären Beurteilungen in den Gutachten vom 19. beziehungsweise 24. Dezember 2007 gefolgt werden und erweisen sich die gemachten Ausführungen als schlüssig.

Namentlich ist überzeugend dargetan worden, dass der Kläger in der Tätigkeit als Taxifahrer aus rheumatologischer und psychiatrischer Sicht gesamthaft zu 50 % arbeitsfähig ist (Urk. 2/10 S. 4 Mitte, Urk. 2/9 S. 6 unten).

Dr. E.\_\_\_\_ hielt in seiner Beurteilung ausserdem fest, drei Monate nach der Begutachtung könne die Arbeitsfähigkeit auf 75 % und nach sechs Monaten auf 100 % gesteigert werden (Urk. 2/9 S. 6 unten). Weiter attestierte er im Bericht vom 15. Oktober 2008 eine Arbeitsfähigkeit von 50 % und führte aus, die nicht erfolgte Steigerung der Arbeitsfähigkeit müsse durch neue Befunde begründet werden (Urk. 2/20 S. 2 oben/Mitte).

Eine bloss mögliche Steigerung der Arbeitsfähigkeit, welche jedoch vorliegend durch keinen ärztlichen Attest bestätigt wurde, genügt den Beweisanforderungen indes nicht. Es kann deshalb nicht von einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 100 % ab Juli 2008 ausgegangen werden, zumal auch der Vertrauensarzt der Beklagten am 2. Februar 2009 nicht von einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit über 50 % ausging.

5.4 Die Einschätzungen von Dr. B.\_\_\_\_ und Dr. C.\_\_\_\_ zeichne sich durch eine unkritische Auseinandersetzung mit den objektiven Befunden aus. Es entsteht denn auch der Eindruck, dass Dr. B.\_\_\_\_ bei seiner Einschätzung massgeblich auf die Angaben des Klägers abgestellt hat, ohne diese kritisch zu hinterfragen (Urk. 2/31). Ferner ist die von Dr. B.\_\_\_\_ im Bericht vom 27. August 2008 genannte Depression von keinem Psychiater diagnostiziert worden (Urk. 2/33). Des Weiteren machte Dr. C.\_\_\_\_ entweder keine Angaben zur Arbeitsfähigkeit (Urk. 2/32) oder verwies auf die Einschätzung von Dr. B.\_\_\_\_ (Urk. 2/30 S. 3). Es wäre jedoch seine Aufgabe gewesen, als Psychiater die psychischen Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers zu erläutern und zu begründen, was er jedoch nicht tat.

5.5 Das Vorbringen des Klägers, gestützt auf die Ausführungen von Dr. F.\_\_\_\_ sei eine Teilarbeitsfähigkeit erst nach dem 16. Dezember 2008 realisierbar (Urk. 1 S. 6 Mitte), ist unbegründet. Denn Dr. F.\_\_\_\_ hielt fest, es liege eine eingeschränkte Beweglichkeit der HWS mit palpatorisch verdickter und druckdolenter Nacken- und Schultermuskulatur vor. Neurologische Ausfälle würden jedoch keine vorliegen, so dass eine Verletzung des Nervensystems nicht anzunehmen sei. Damit äusserte sich Dr. F.\_\_\_\_ dahingehend, dass aus neurologischer Sicht keine Befunde vorliegen würden. Die eingeschränkte Beweglichkeit der HWS und die Druckdolenzen im Schulter- und Nackenbereich sind somit aus neurologischer Sicht nicht erklärbar, sondern rheumatologisch bedingt. Damit kann wiederum auf die Ausführungen von Dr. E.\_\_\_\_ verwiesen werden.

5.6 Zusammenfassend ist aufgrund der medizinischen Akten nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Kläger im Jahr 2008 in der Tätigkeit als Taxifahrer aus rheumatologischer und psychiatrischer Sicht gesamthaft wieder zu 100 % arbeitsfähig wurde (Urk. 2/10 S. 4 Mitte, Urk. 2/9 S. 6 unten, Urk. 2/20 S. 2 oben), sondern es bei der bestätigten 50%igen Arbeitsfähigkeit blieb.

Da die Beklage vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2008 Taggelder auf dieser Basis ausgerichtet hat, stehen dem Kläger keine weiteren Ansprüche zu. Demgemäss ist die Klage abzuweisen.

6.

6.1 Widerklageweise beantragte die Beklagte und Widerklägerin, der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 22'550.-- zurückzubezahlen (Urk. 10 S. 1 unten). Dabei ging sie gestützt auf den Vorbescheid der Invalidenversicherung vom 3. August 2009 (Urk. 11) von einer Arbeitsfähigkeit von 100 % ab 1. Juli 2008 aus (Urk. 10 S. 2).

6.2

6.2.1 Der Kläger und Widerbeklagte beantragte, auf die Widerklage sei wegen verspäteten Erhebens nicht einzutreten (Urk. 17 S. 5).

6.2.2 Gemäss der im Zeitpunkt der Widerklage anwendbaren § 28 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in Verbindung mit § 60 Abs. 1 Satz 1 ZPO ist die Widerklage zulässig, wenn für sie die gleiche Verfahrensart und die gleiche sachliche Zuständigkeit wie für die Hauptklage vorgesehen sind.

Laut § 117 ZPO ist die Widerklage mit der Klageantwort zu erheben und zu begründen. Mit Zustimmung des Klägers oder unter den Voraussetzungen von § 115 wird sie auch noch in einem späteren Zeitpunkt zugelassen.

Nach Ziff. 1 der letztgenannten Bestimmung fallen darunter unter anderem Anträge, die erst im

Laufe des Prozesses veranlasst werden.

6.2.3 Vorwegzuschicken ist, dass die Rechtsschrift der Beklagten vom 21. Juli 2009 (Urk. 6) wohl mit "Klageantwort" betitelt ist, darin aber im Wesentlichen ein Vergleichsvorschlag enthalten ist. Zur Vermeidung der Weiterführung des Prozesses und in Gewichtung des Prozessrisikos schlug sie die Bezahlung von Fr. 18'250.-- vor. Nachdem sie Kenntnis vom Vorbescheid der Invalidenversicherung erhalten hatte, widerrief sie dieses Angebot wenig später am 7. August 2009 (Urk. 10) und erhob die Widerklage.

Letztere Rechtsschrift hat demgemäss den Sinn einer ergänzenden Klageantwort, dessen Hauptantrag zudem erst im Laufe des Prozesses veranlasst wurde, nämlich durch den Entscheid der Invalidenversicherung. Damit aber ist die Widerklage unter beiden Titeln zulässig, handelt es sich doch dabei um den abschliessenden Antrag der Beklagten im Rahmen der Klageantwort und wurde dessen Inhalt erst im Laufe des Prozesses veranlasst.

6.3 Zu berücksichtigen ist vorweg, dass aufgrund der von der Beklagten und Widerklägerin aufgelegten Akten nicht von einer vollumfänglichen Arbeitsfähigkeit von 100 % ab 1. Juli 2008 ausgegangen werden kann. Sodann ist zu beachten, dass die Beklagte und Widerklägerin gemäss ihren Allgemeinen Versicherungsbedingungen bei einer Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf leistungspflichtig wird (Urk. 7/A lit. B3), wogegen die Invalidenversicherung auch die Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit zu prüfen hat. Die Fragestellung nach der Arbeitsfähigkeit und die entsprechenden Ergebnisse sind demgemäss nicht grundsätzlich identisch. Wollte die Beklagte und Widerklägerin - nach langer Dauer der Leistungsausrichtung - auf eine Arbeitsfähigkeit in einer anderen zumutbaren Tätigkeit abstellen, wäre vorgängig eine entsprechende Mitteilung an den Kläger und Widerbeklagten nötig gewesen. Demgemäss ist keine unrechtmässige Leistungsausrichtung ersichtlich.

6.4 Anzufügen bleibt, dass sich eine allfällige Rückforderung der Beklagten - mangels vertraglicher Grundlagen - auf Art. 62 ff. des Obligationenrechts (OR) stützen müsste. Die Zulässigkeit der Rückforderung ist damit von vornherein davon abhängig, dass sie sich bei Bezahlung der Taggelder in einem Irrtum über ihre Schuldpflicht befunden hatte (Art. 63 OR).

Der Beklagten und Widerklägerin waren die massgeblichen medizinischen Akten, namentlich das Gutachten des Dr. E. \_\_\_ vom 24. Dezember 2007 im Zeitpunkt der Leistungsausrichtung bekannt. Insofern kann nicht von einem Irrtum betreffend Schuldpflicht gesprochen werden, sondern allenfalls von einer nachträglichen abweichenden Würdigung der medizinischen Aktenlage. Der Beklagten und Widerklägerin war aber durchaus bekannt, dass an sich eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit im Laufe des Jahres zu erwarten ist. Wenn sie - aufgrund neuerer Berichte - sodann gleichwohl Taggelder ausgerichtet hat, kann nicht von einem diesbezüglichen Irrtum gesprochen werden.

6.4 Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für eine Rückforderung von geleisteten Taggeldern nicht gegeben, weshalb die Widerklage abzuweisen ist.

7. Angesichts des überwiegenden Unterliegens des Klägers ist ihm keine Prozessentschädigung zuzusprechen.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. a) Die Klage wird abgewiesen.
- b) Die Widerklage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Dem Kläger wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Norbert Rusch  
- innova Versicherungen AG  
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

5. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht 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).