

S2 18 126

URTEIL VOM 24. APRIL 2019

**Kantonsgericht Wallis
Sozialversicherungsrechtliche Abteilung**

Besetzung: Dr. Thierry Schnyder, Präsident; Eve-Marie Dayer-Schmid und Thomas Brunner, Kantonsrichter/in; Renata Kreuzer, Gerichtsschreiberin

in Sachen

A., _____, Kläger, vertreten durch Rechtsanwalt Peter Zengaffinen,

gegen

X. Versicherungen, _____, Beklagte

(Zusatzversicherung / Krankentaggeld nach VVG)

Sachverhalt

A.

Der 1967 geborene A. war seit Mitte April 2017 in einem Pensum von 100% bei der Firma B. als Maler und Gipser angestellt und dadurch bei der X. Versicherungen (fortan: X.) kollektiv für Taggelder im Krankheitsfall versichert (Klagantwort [fortan: KA] Beilage 2), als er ab dem 5. Oktober 2017 durch seinen Hausarzt Dr. C., Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, wegen einer Überbelastung der linken Schulter und des linken Ellbogens zu 100% arbeitsunfähig geschrieben wurde (KA Beilage 3). Dr. C. rechnete mit der Wiederaufnahme der Arbeit ab dem 1. November 2017 (KA Beilage 4). Am 30. Oktober 2017 teilte Dr. C. mit, die Arbeitsunfähigkeit daure für unbestimmte Zeit an (KA Beilage 4). Am 5. November 2017 schliesslich, teilte Dr. C. der X. mit, eine vollständige Arbeitsfähigkeit innert 3 Monaten sei absehbar (KA Beilage 6). A. wurde von seinem Hausarzt an Dr. D., Facharzt für Orthopädische Chirurgie FMH, überwiesen. Ein Arthro-MRT des linken Schultergelenks zeigte am 9. November 2017 eine leichte Tendinopathie der Supraspinatussehne mit einem leichten Ansatz-Ödem und diskreten erosiven Veränderungen im Ansatzbereich und subakromial, ohne Ruptur, eine leichtgradige Bursitis subacromialis und subdeltoidea, eine Einengung des subacromialen Raumes und ein leichtgradiges Knochenödem am Ursprung der langen Bizepssehne. Gestützt auf das MRT und seine klinische Untersuchung erachtete Dr. D. am 28. November 2017 eine teilweise Arbeitsfähigkeit innert 3 Monaten als absehbar (KA Beilage 9). A. blieb zu 100% arbeitsunfähig (KA Beilagen 11, 13, 15, 16, 18, 19). Die X. bot ihn zu einer vertrauensärztlichen Untersuchung auf. Diese wurde am 1. Februar 2018 durch Dr. E., Facharzt für Allgemeine Innere Medizin FMH, Medizinischer Gutachter SIM, Arbeitsunfähigkeitsassessor SIM, durchgeführt. Dr. E. erstattete seinen Bericht am 4. April 2018 (KA Beilage 21). Er erachtete spätestens ab dem 16. April 2018 eine volle Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf als gegeben. Die X. teilte ihrem Versicherten am 10. April 2018 mit, sie werde die Taggeldleistungen ab dem 16. April 2018 einstellen, er solle sich beim RAV zur Stellenvermittlung bzw. Umschulung melden (KA Beilage 22). Dr. C. schrieb am 23. April 2018 (KA Beilage 23) zuhanden der X., sein Patient sei weiterhin zu 100% arbeitsunfähig in seinem extrem schulterbelastenden Beruf. Er erachte eine fachärztliche Beurteilung der Situation durch einen Schulter-/Ellbogenexperten sowohl bezüglich Arbeitsfähigkeit als auch in Bezug auf weitere

Therapien als notwendig. Dr. E. räumte ein, dass sich unter Umständen Veränderungen in den Beschwerden zwischen seiner Untersuchung am 1. Februar 2018 und seinem Bericht vom 4. April 2018 ergeben haben könnten (KA Beilage 24), dass aber Schmerzen, die eine Arbeitsunfähigkeit von über 6 Monaten verursachten, mit klinisch und technisch erhobenen Befunden erklärt werden können müssten. Die X. verlangte von Dr. C. entsprechende Untersuchungsberichte, um sie dann Dr. E. vorlegen zu können. Aus einem Bericht von Dr. D. vom 23. Mai 2018 (KA Beilage 28) ergab sich, dass die Schmerzen trotz Physiotherapie eher zugenommen hätten. Er habe den Patienten für Stretchingübungen instruiert und er unterstütze die Fortführung der Arbeitsunfähigkeit für belastende Arbeiten. Am 4. Juli 2018 (KA Beilage 31) teilte die X. A. mit, aufgrund der Unterlagen von Dr. D. gewähre sie eine Übergangsfrist bis zum 31. Juli 2018, während der die Taggelder weiterhin bezahlt würden. Für den 20. Juli 2018 sei er zu einer Untersuchung durch Dr. F., Firma G., Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates aufgeboten. Sollte dieser zum Schluss kommen, dass eine leidensadaptierte Tätigkeit zumutbar sei, würden die Taggelder per 31. Juli 2018 eingestellt.

Mit Vorentscheid vom 10. Juli 2018 stellte die Invalidenversicherung A. in Aussicht, auf sein Leistungsbegehren vom 25. Juni 2018 werde nicht eingetreten, da keine Veränderung der beruflichen oder medizinischen Situation seit der letzten Leistungsablehnung vom 5. Dezember 2016 belegt worden sei. Die Störung der linken Schulter sei nicht schwergradig, eine angepasste Tätigkeit könne vollschichtig ausgeübt werden (KA Beilage 33). Der Vorsehentscheid wurde durch die in Rechtskraft erwachsene Verfügung vom 20. September 2018 bestätigt (KA Beilage 47).

Am 6. August 2018 (KA Beilage 37) teilte A. mit, er sei am 20. Juli 2018 durch Dr. H., Firma G., untersucht worden. Dieser Bericht sei abzuwarten und falls eine leidensadaptierte Tätigkeit als zumutbar beurteilt würde, wären ihm während drei bis fünf Monaten weiterhin Taggelder auszurichten zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse und zur Stellensuche. Am 14. August 2018 (KA Beilage 38) stellte die X. A. das Gutachten von Dr. H. zu und machte ihn darauf aufmerksam, dass bei einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit die Arbeitslosenversicherung zuständig sei und nicht mehr die Krankentaggeldversicherung.

Dr. H., Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, Firma G., kam in seinem Gutachten vom 9. August 2018 (KA Bei-

lage 39), das er aufgrund der Untersuchung vom 20. Juli 2018 erstellt, zum Schluss, aktuell bestehe als Trockenbauer keine Arbeitsfähigkeit, in einer adaptierten Tätigkeit hingegen ab sofort eine 100%ige.

Am 14. August 2018 (KA Beilage 40) teilte die X. A. mit, die Krankentaggelder blieben per 31. Juli 2018 eingestellt. A. schrieb der X. am 7. September 2018 (KA Beilage 41), die Übergangsfrist sei ihm mit Schreiben vom 4. Juli 2018 rückwirkend ab dem 16. April 2018 bis zum 31. Juli 2018 gewährt worden. Dies entspreche in keiner Art und Weise der Rechtsprechung. Das Gutachten der Firma G. sei zum Schluss gekommen, dass aktuell keine Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit und eine 100%ige in einer angepassten bestehe. Die X. habe nicht abgeklärt, ob ihm ein Berufswechsel zumutbar sei. Hätte sie von ihm einen solchen erwartet, hätte sie ihn dazu auffordern und ihm eine angemessene Frist dafür gewähren müssen. Zudem benötige das RAV umgehend ein Arzteugnis, das sich zu seiner Arbeitsfähigkeit äussere. Daraufhin verlängerte die X. erneut die Taggeldleistungen bis zum 31. Oktober 2018 und verlangte ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis, damit sie diese ausrichten könne (KA Beilagen 43 und 49). Dr. C. bestätigte eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. November 2018 (KA Beilage 50). Nachdem A. sich nochmals für eine Weiterausrichtung der Taggeldzahlungen eingesetzt hatte, schrieb ihm die X. am 15. November 2018 (KA Beilage 52), es sei nicht ihre Aufgabe, für ihn eine neue Stelle zu suchen. Für die Arbeitsvermittlung sei das RAV zuständig. Es gehe nicht an, dass er über derart lange Zeit nicht bereit sei, sich überhaupt um eine neue Stelle (beispielsweise im Sicherheitsdienst, Objektüberwachung, Verkaufsberatung) zu bemühen. Wer seine Schadenminderungspflicht nicht wahrnehme, könne sich nicht auf endlose Übergangsfristen berufen. An der Einstellung der Taggeldzahlungen per 31. Oktober 2018 werde festgehalten.

B

A. erhob am 26. November 2018 Klage gegen die X. Er verlangte die Weiterausrichtung der Taggelder à CHF 162.66 pro Tag (ab 1. November 2018), nebst Zins zu 5% ab mittlerem Verfall. Es sei ihm eine angemessene Parteientschädigung zuzusprechen, subsidiär der unentgeltliche Rechtsbeistand zu gewähren, die vorprozessualen Kosten im Betrage von CHF 1'481.10 seien von der Beklagten zu übernehmen. Er sei aktuell noch immer zu 100% arbeitsunfähig geschrieben und somit für das RAV nicht vermittelbar, auch nicht für einen anderen Beruf. Der Gutachter Dr. H. habe eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit attestiert und zugleich festgehalten, nach weiteren Infiltrationen werde die Arbeit als Tro-

ckenbauer, sprich Maler und Gipser, wieder möglich sein. Der Versicherer dürfe einen Stellenwechsel aber erst verlangen, wenn die Weiterarbeit im angestammten Beruf nicht mehr möglich sei. Zudem wäre es Aufgabe der Versicherung, vorgängig abzuklären, ob auf dem in Frage kommenden Arbeitsmarkt tatsächlich Stellen vorhanden seien und dem Versicherten gestützt darauf konkrete Vorschläge zu machen. Aufgrund der aktuellen psychosozialen Stresssituation habe er sich auch in psychiatrische Behandlung begeben müssen, somit könne auch in einer leidensadaptierten Tätigkeit nicht von einer Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Ein Berufswechsel liege im Augenblick nicht drin. So oder so wäre dafür eine angemessene Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten zu gewähren (Art. 6 ATSG). Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG i.V.m. Art. 102 Abs. 1 OR sei die Forderung zu 5% ab mittlerem Datum, spätestens aber ab Klageeinreichung zu verzinsen.

Mit Klageantwort vom 12. Dezember 2018 beantragte die X. die vollumfängliche Abweisung der Klage. Gemäss Gutachten der Firma G. vom 9. August 2018 sei ab diesem Datum eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit gegeben gewesen und es werde sogar eine Rückkehr in die angestammte Tätigkeit für möglich gehalten, falls der Kläger durch zwei Infiltrationen völlig beschwerdefrei würde. Auch die Invalidenversicherung sei von einer vollschichtigen Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ausgegangen. In Anbetracht der Rechtslage, welche einem Versicherten eine Übergangsfrist von drei oder mehr Monaten gewähre, um in einer leidensadaptierten Tätigkeit zu arbeiten, sei das Beharren des Klägers auf immer wieder neue Übergangsfristen rechtsmissbräuchlich. Die Frist von drei bis fünf Monaten, welche für einen Berufswechsel zu gewähren sei, beginne mit der Aufforderung dazu durch die Taggeldversicherung. Im Gegensatz zur Arbeitslosenversicherung sei es nicht deren Aufgabe, einem Versicherten eine neue Arbeit zu verschaffen und auch nicht, ihm in einer konkreten Aufzählung zu erläutern, welche Tätigkeiten er ausüben könnte. Von einem Versicherten könne nur eine berufliche Umstellung verlangt werden, die ihm unter Berücksichtigung der gesamten objektiven und subjektiven Gegebenheiten des Einzelfalls zumutbar sei. Eine solche müsse er in Anbetracht der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht vornehmen.

Der Kläger replizierte am 10. Januar 2019. Er sei aktuell immer noch zu 100% arbeitsunfähig geschrieben durch Dr. C. Die Vermittlungsfähigkeit sei durch die DIHA verneint worden.

In ihrer Duplik vom 28. Januar 2019 bemängelte die X. die fehlende Bereitschaft des Klägers, seiner Schadenminderungspflicht nachzukommen und beurteilte dieses

Verhalten während Jahren als rechtsmissbräuchlich. Als Beweismittel wurde ein Stammdatenblatt des RAV vom 15. Juli 2016 eingereicht, aus dem hervorgeht, dass bereits damals die Arbeit auf dem Bau wegen Rückenproblemen aus gesundheitlichen Gründen dauerhaft nicht mehr möglich gewesen und deshalb vorgesehen worden war, nach beruflichen Alternativen zu suchen und eine Interessen- sowie Fähigkeitsabklärung vorzunehmen. Als weiteres Beweismittel brachte die Beklagte ein Attest von Dr. C. vom 11. November 2015 bei, das A. von der Arbeit als Maler und Gipser dispensierte. Die Arbeitgeberin hatte das Arbeitsverhältnis damals umgehend beendet.

Mit Schreiben vom 5. Februar 2019 lud das Kantonsgericht die Parteien dazu ein, mitzuteilen, ob sie auf die Durchführung mündlicher Schlussvorträge verzichteten und ob sie gegebenenfalls schriftliche Plädoyers einzureichen wünschten.

Die Beklagte verzichtete. Der Kläger reichte ein schriftliches Plädoyer ein, das der Beklagten zur Kenntnisnahme zugestellt wurde.

Auf weitere Parteivorbringen wird, soweit entscheidrelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Erwägungen

1.

1.1 Gemäss Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008, in Kraft getreten am 1. Januar 2011, können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung zuständig ist. Im Kanton Wallis ist dies die Sozialversicherungsrechtliche Abteilung des Kantonsgerichts (Art. 5 Abs. 1 lit. a des Einfügungsgesetzes zur ZPO [EGZPO] vom 9. Februar 2011 i.V.m. Art. 1 Abs. 2 des Verfahrensreglements des kantonalen Versicherungsgerichts vom 2. Oktober 2001 [RVG]).

1.2 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Wohnsitz oder dem Sitz einer der Parteien (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Der Kläger ist in _____ (VS) wohnhaft, womit die Zuständigkeit der Sozialversicherungsrechtlichen Abteilung des Kantonsgerichts Wallis auch in örtlicher Hinsicht gegeben ist.

1.3 Die vom Kläger eingereichte Rechtsschrift entspricht den Anforderungen von Art. 244 ZPO. Prozessgegenstand sind Ansprüche aus einer Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2 April 1908 (VVG), entsprechend ist die sachliche Zuständigkeit der angerufenen Instanz zu bejahen.

1.4 Gemäss Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Anspruchsberechtigt ist dem Wortlaut dieser Bestimmung nach grundsätzlich die versicherte Person (Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 12. November 2013, KV-Z 2013/4, E 3). A. ist daher zur Klage legitimiert.

1.5 Anwendbar ist das vereinfachte Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO. Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

2.

21 Klagen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, zu denen von zugelassenen Krankenversicherern (vgl. Verzeichnis des SAG, abrufbar über www.bag.admin.ch) angebotene Taggeldversicherungen gehören, sind gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren zu behandeln, wobei gemäss Art. 219 ZPO die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren sinngemäss gelten (vgl. Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bem 2010, N 11.154, N 11.157).

2.2 Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 ZPO).

2.3 Art. 247 Abs. 2 ZPO sieht vor, dass das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Diese sogenannte abgeschwächte oder soziale Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen. Es ist dabei nicht an die Beweisanträge gebunden und kann von sich aus Beweis erheben. Die Parteien werden dadurch aber nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhalts entbunden. Sie bleiben mitverantwortlich für die Beweisführung und haben insbesondere die Beweismittel zu benennen und beizubringen. Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Die soziale

Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen (BGE 140 III 450 E. 3.1, 139 III 457 E. 4.4.3.2; Bundesgerichtsurteil 4A_701/2912 vom 19. April 2013 E. 1.2).

2.4 Im Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Das Gericht hat bei der Bewertung der erhobenen Beweise unabhängig von abstrakten Regeln nach seiner eigenen Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft. Erachtet das Gericht die rechtserheblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen bei pflichtgemässer Beweiswürdigung als schlüssig, darf es den Prozess ohne Weiterungen abschliessen.

2.5 Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Der Vertragsinhalt richtet sich häufig nach vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (vgl. Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, S. 150 f.). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (Art. 100 Abs. 1 VVG). Da das VVG ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die Allgemeinen (AVB) und die Besonderen Vertragsbedingungen (BVB) der Beklagten massgebend.

3.

Der Kläger verlangt in seinen Rechtsbegehren die Ausrichtung von Krankentaggeldern à CHF 162.66 pro Tag durch die Beklagte auch nach dem 1. November 2018 sowie die Verzinsung zu 5% ab mittlerem Verfall.

4.

4.1 Gemäss Art. 324a OR hat der Arbeitgeber den Lohn für eine beschränkte Zeit weiterzubezahlen, wenn der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie namentlich Krankheit, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert ist. Häufig wird das entsprechende Risiko des Arbeitgebers mit einer Versicherung abgedeckt. Dies kann entweder in dem Sinne erfolgen, dass eine Versicherung die Leistungen gemäss Art. 324a OR erbringen soll, oder es kann auch nur darum gehen, dass der Arbeitgeber sein Lohnzahlungsrisiko absichert. Im letzteren Fall handelt es sich in der Regel nicht um eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien des Arbeits-

vertrages, da die Stellung des Arbeitnehmers nur insoweit betroffen wird, als ihm von Gesetzes wegen ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Kollektivversicherung zusteht (Art. 87 VVG).

4.2 Gemäss Kollektiv Krankentaggeldversicherung der Firma B. (Police Nr. _____) war A. als Angestellter für ein Taggeld in der Höhe von 80% des Lohnes mit einer Leistungsdauer von 730 Tagen innert 900 Tagen nach einer Wartefrist von 30 Tagen pro Kalenderjahr versichert. In der Versicherungspolice wird auf die AVB _____ sowie die Bestimmungen über die Taggeldversicherung x. _____ nach VVG und die BVB über die Kollektivverträge in der Taggeldversicherung x. _____ (BVB _____, KA Beilage 1) verwiesen, welche somit Vertragsbestandteil und bei der Anspruchsbeurteilung zu beachten sind. Leistungen werden gemäss Art. 2.4ff. der AVB für die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, Mutterschaft, Unfall sowie Berufskrankheit gewährt. Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 2.4 AVB). Damit die Gesellschaft das Taggeld bezahlt, muss mindestens eine Arbeitsunfähigkeit von 25% bestehen, wobei die Bezahlung entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit erfolgt und als Grundlage für die Bemessung der Leistung der letzte vor der Arbeitsunfähigkeit bezogene AHV-pflichtige Lohn einschliesslich allfälligem 13. Monatslohn, gilt (Art. 2.3 Abs. 1 der Bestimmungen über die Taggeldversicherung x. _____). Dabei bezahlt die Gesellschaft für die Dauer der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit das vereinbarte Taggeld (Art. 8 BVB, x. _____ Kollektivverträge). Vorausbescheinigungen der Arbeitsunfähigkeit werden längstens für einen Monat anerkannt (Art. 27 lit. a AVB). Gibt eine Krankheit voraussichtlich Anspruch auf Versicherungsleistungen, ist ein Arzt beizuziehen und für sachgemässe Pflege zu sorgen. Weiter muss ein Versicherungsfall dem Versicherer grundsätzlich innerhalb von 4 Wochen angemeldet werden. Der Versicherer teilt dem Versicherungsnehmer oder dem Versicherten mit, welche Unterlagen, allenfalls auch auf seine Kosten, für die Prüfung des Versicherungsanspruchs nötig sind (Art. 3.1 AVB). Der Versicherer ist berechtigt, über das versicherte Ereignis und über allfällige frühere Unfälle oder Krankheiten alle Auskünfte und Unterlagen, insbesondere ärztliche Zeugnisse, zu verlangen und Untersuchungen durch von ihm bezeichnete Ärzte anzuordnen (Art. 3.4 AVB).

5.

5.1 Die X. begründet die Einstellung der Taggelder mit dem passiven Verhalten des Klägers. Dieser sei gemäss dem Gutachten der Firma G. vom 9. August 2018 in einer adaptierten Tätigkeit voll arbeitsfähig. Sogar eine Rückkehr in die angestammte Tätigkeit werde nicht ausgeschlossen, falls durch zwei weitere Infiltrationen eine völlige Beschwerdefreiheit erreicht werden könne. Es seien seitens der Versicherung genügend lange Übergangsfristen gewährt worden, um eine angepasste Tätigkeit aufzunehmen, das Beharren des Klägers auf immer wieder neuen Übergangsfristen sei rechtsmissbräuchlich. Im Rahmen der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht wäre es dem Kläger in Berücksichtigung sämtlicher objektiver und subjektiver Kriterien zumutbar gewesen, eine berufliche Umstellung vorzunehmen.

5.2 Der Kläger bringt dagegen vor, er sei noch immer zu 100% arbeitsunfähig und somit für das RAV nicht vermittelbar, auch nicht für einen anderen Beruf. Da die Weiterarbeit im angestammten Beruf vom Gutachter Dr. H. als möglich erachtet worden sei, hätte kein Berufswechsel von ihm verlangt werden dürfen. Die Versicherung habe das rechtliche Gehör verletzt, indem sie ihm keine konkreten Vorschläge für in Frage kommende Stellen gemacht habe. Zudem habe er sich nun in psychiatrische Behandlung begeben müssen, sodass ein Wechsel in eine adaptierte Tätigkeit nicht möglich sei. Jedenfalls habe die Versicherung es im Weiteren versäumt, ihm dafür eine angemessene Übergangsfrist zu gewähren.

5.2.1 Unbestritten ist, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Leistungseinstellung durch die Beklagte in seiner angestammten Tätigkeit als Maler und Gipser nicht arbeitsfähig war. In Anbetracht der Tatsache, dass die Arbeit auf dem Bau gemäss Stammdatensblatt des RAV bereits in der vom 10. November 2015 bis zum 9. November 2017 dauernden Rahmenfrist aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen war und nach Alternativen hätte gesucht werden müssen, scheint die Tätigkeit als Maler und Gipser dauerhaft ungeeignet für den Kläger zu sein. Dies wird bestätigt durch das Schreiben des Hausarztes Dr. C. vom 11. November 2015, das ihn aus gesundheitlichen Gründen von seiner Arbeit als Maler und Gipser dispensierte. Die Invalidenversicherung trat mit in Rechtskraft erwachsener Verfügung vom 20. September 2018 auf das neue Leistungsbegehren des Klägers nicht ein, da seit Dezember 2016 keine wesentliche Veränderung seines Gesundheitszustandes eingetreten sei. Der Regionale Ärztliche Dienst der IV hatte die Störung der linken Schulter nicht als schwergradig erachtet und festgestellt, dass in der angestammten Tätigkeit keine Arbeitsfähigkeit mehr bestehe, eine angepasste, körperlich leichte Tätigkeit jedoch zu 100% ganztags

ausgeübt werden könne. Wenn der Kläger nun behauptet, es sei davon auszugehen, dass er seiner Arbeit als Maler und Gipser in absehbarer Zeit wieder nachgehen könne, kann dem nicht gefolgt werden. Auch Dr. H., auf den er sich bezieht, verneinte diese Möglichkeit in seinem Gutachten zwar nicht strikte, stellte aber klar fest, aktuell sei die Arbeitsfähigkeit als Trockenbauer aufgehoben. In einer leidensadaptierten Tätigkeit betrage die Arbeitsfähigkeit ab sofort 100%. Insgesamt ist somit als erwiesen zu erachten, dass nach einer Zeit von über zweieinhalb Jahren, in denen der Kläger höchstens vorübergehend als Maler und Gipser arbeitete, eine dauerhafte Rückkehr in diesen Beruf nicht mehr realistisch ist. Demgegenüber sind sich die behandelnden und beurteilenden Ärzte weitestgehend darüber einig, dass in einer leidensadaptierten Tätigkeit eine 100%ige Arbeitsfähigkeit besteht. Der Hausarzt Dr. C. bezog sich in seinen Arbeitsunfähigkeitszeugnissen und auch in den Schreiben vom 23. April 2018 und vom 9. Mai 2018 auf «den extrem Schulterintensiven Beruf als Maler und Gipser». Ebenfalls Dr. D. verneinte in den Berichten vom 20. November 2017 und vom 23. Mai 2018 eine Arbeitsfähigkeit nur «für belastende Arbeiten». Gestützt darauf und das nachvollziehbare Gutachten von Dr.H. kann von einer vollen Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit ausgegangen werden.

5.2.2 Weiter wirft der Kläger der Beklagten vor, sie wäre dazu verpflichtet gewesen, ihm auf dem in Frage kommenden Arbeitsmarkt tatsächlich vorhandene Stellen konkret vorzuschlagen und ihm dann für einen allfälligen Berufswechsel eine angemessene Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten zu gewähren.

Nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Dafür kann ein Berufswechsel notwendig sein (Bundesgerichtsurteil 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.3). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss der Versicherer, der vom Versicherten zur Erfüllung seiner Schadenminderungsobliegenheit einen Berufswechsel erwartet, dies dem Versicherten mitteilen und ihm dazu eine angemessene Frist ansetzen, um sich anzupassen und eine neue Stelle zu finden. Zu verweisen ist weiter auf Art. 21 Abs. 4 ATSG, welcher gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung (Bundesgerichtsurteil 4A_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1) analog im Privatversicherungsrecht, namentlich in der privaten Krankentaggeldversicherung als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben anwendbar ist. Entzieht oder widersetzt sich eine versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder

eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden. Sie muss vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen werden; ihr ist eine angemessene Bedenkzeit einzuräumen. Behandlungs- oder Eingliederungsmassnahmen, die eine Gefahr für Leib und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar (Art. 21 Abs. 4 ATSG). Die Rechtsfolge nach Art. 21 Abs. 4 greift nur, wenn - bei vorausgesetzter Zumutbarkeit der Behandlung bzw. Eingliederung - die versicherte Person die Behandlung bzw. Eingliederung durch ein ihr zuzurechnendes Verhalten vereitelt bzw. deren Erfolg verunmöglicht. Dabei kann das Verhalten aktiv oder passiv sein (vgl. dazu Ueli Kieser, ATSG Kommentar, 3. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2015 Rz 110ff. zu Art. 21 ATSG).

Die Beklagte teilte dem Kläger erstmals mit Schreiben vom 10. April 2018 mit, sie beabsichtige die Taggeldleistungen per 16. April 2018 einzustellen, er solle sich zur Arbeitsvermittlung bzw. zu einer Umschulung beim RAV melden. Nachdem der Kläger sich dagegen zur Wehr gesetzt hatte, verlangte die Beklagte weitere medizinische Berichte ein und gewährte ihm dann gestützt darauf am 4. Juli 2018 eine Übergangsfrist bis zum 31. Juli 2018, um eine leidensadaptierte Tätigkeit zu finden. Aufgrund des Gutachtens von Dr. H. und des Vorentscheids der Invalidenversicherung bestätigte die Beklagte die Einstellung des Taggeldes per 31. Juli 2018 und machte den Kläger darauf aufmerksam, dass für die Stellensuche bzw. eine Umschulung die Arbeitslosenversicherung und nicht die Taggeldversicherung zuständig sei. Der Kläger zeigte sich damit erneut nicht einverstanden. Die X. habe es versäumt, ihm eine genügend lange Übergangsfrist zu gewähren und ihn auch nicht zu einem Berufswechsel aufgefordert. Die Beklagte verlängerte die Taggeldleistungen daraufhin bis zum 31. Oktober 2018. Auch danach setzte der Kläger sich weiterhin für die Auszahlung der Taggelder ein, die X. hielt indessen an deren Einstellung fest.

Dazu ist festzuhalten, dass die Beklagte ihren Versicherten tatsächlich bereits ab Mitte April 2018 - und damit sechseinhalb Monate vor der definitiven Einstellung der Taggeldleistungen - dazu aufforderte, sich zur Arbeitsvermittlung oder Umschulung bei der Arbeitslosenversicherung zu melden und ihm die Einstellung der Taggeldzahlungen in Aussicht stellte. Dem Kläger ist beizupflichten, dass die Beklagten nicht von Anfang an genügend lange Übergangsfristen gewährte, sondern schlussendlich und insgesamt erst, nachdem er sich dafür zur Wehr gesetzt hatte. Grundsätzlich hätte der Kläger sich indessen der Notwendigkeit eines Berufswechsels bereits seit dem Jahr 2016 (vgl. E 5.2.1) bewusst sein sollen. Gemäss Stammdatenblatt des RAV vom 15. Juli 2016

war damals bereits beabsichtigt worden, neue Alternativen und Ideen zu entwickeln, wie bei den gegebenen gesundheitlichen Einschränkungen neue Zielsetzungen bezüglich Stellensuche bzw. Umschulung oder Kurse gefunden werden könnten. Es war eine Interessen- und Fähigkeitsabklärung vorgesehen. Ein Berufswechsel ist für den 1967 geborenen Kläger aus Sicht des beurteilenden Gerichts zumutbar. Ihm verbleiben noch einige Jahre, während denen er dem Arbeitsmarkt zur Verfügung steht. Er ist deutscher Muttersprache und verfügt über Englischkenntnisse. Damit darf davon ausgegangen werden, dass er auf dem Arbeitsmarkt vermittelbar sein wird. Als mögliches Betätigungsfeld kommen sicher die von der Beklagten genannten Berufe wie Sicherheitsdienst, Objektüberwachung und Verkaufsberatung in Frage, denkbar ist unter Umständen auch eine Computerausbildung und danach ein Bürojob. Es hätte vom Kläger bereits seit längerer Zeit erwartet werden können, dass er sich vom RAV beraten, bei der Stellensuche unterstützen sowie eventuell weiterbilden oder wenn arbeitsmarktlich von Interesse, auch umschulen gelassen hätte. Die Einstellung der Taggelder per 31. Oktober 2018 ist somit nicht zu beanstanden.

5.2.3 In einem letzten Punkt macht der Kläger geltend, er habe sich aufgrund der aktuellen psychosozialen Belastungssituation in psychiatrische Behandlung begeben müssen, weshalb die Aufnahme auch einer angepassten Tätigkeit zur Zeit nicht möglich sei. Dr. C. bestätigte mit Attest vom 22. November 2018, aufgrund von psychischen und psychosomatischen Problemen sei eine fachärztliche Beurteilung und Behandlung notwendig geworden. Ein psychiatrischer Bericht wurde vom Kläger nicht eingereicht, auch nicht mit der Replik nachdem die Beklagte diesen Punkt bestritten hatte. Nachdem gemäss den vorliegenden Akten (KA Beleg 39 S. 8 [Gutachten Dr. H.]) bereits vom Mai 2015 bis Februar 2016 eine psychiatrische Behandlung sowie ein zehnwöchiger stationärer Aufenthalt wegen Rückenproblemen in der psychosomatischen Abteilung im Spital _____ notwendig gewesen waren und in Anbetracht des protrahierten Verlaufs der Schulterbeschwerden ist unter Umständen auch aktuell eine psychosomatische Komponente nicht auszuschliessen, die indessen nicht zwingend Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit in einer leidensadaptierten Tätigkeit zeitigen muss. Dr. H. kam in seinem Gutachten nach einer ausführlichen persönlichen Anamnese und Untersuchung sowie dem Studium der ihm vorgelegten Akten zum Schluss, in einer leidensadaptierten Tätigkeit sei eine volle Arbeitsfähigkeit vorhanden. Es ist dem Kläger nicht gelungen, Zweifel an dieser Schlussfolgerung zu wecken. Die Beklagte hat gestützt darauf zu Recht an der Einstellung der Taggelder festgehalten.

5.3 Zusammenfassend ist die Klage vollumfassend abzuweisen.

6.

6.1 Der unterliegende Kläger hat keinen Anspruch auf die Zusprache einer Parteient-schädigung. Der vollständig obsiegenden Beklagten steht eine Entschädigung zulasten des Klägers zu, die den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufs-mässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist, eine angemessene Umtriebsentschädigung umfasst (Art. 95 Abs. 3 i.V.m. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die vorliegend nicht durch einen unabhängigen Anwalt vertrete-ne X. Versicherungen hat keinen Anspruch auf die Kosten einer berufsmässigen Vertretung. Es rechtfertigt sich, die notwendigen Auslagen zulasten des Klägers auf CHF 100 (Kopie- und Portokosten) festzusetzen.

6.2 Gerichtskosten sind keine aufzuerlegen (Art. 114 lit. e ZPO).

Demnach wird erkannt

1. Die Klage wird vollumfänglich abgewiesen.
2. Der Kläger bezahlt der Beklagten einen Ersatz der notwendigen Auslagen in der Höhe von CHF 100.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Sitten, 24. April 2019

Sozialversicherungsrechtliche Abteilung

Rechtsmittelbelehrung

Vorliegender Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Eröffnung mit Beschwerde beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Im Übrigen wird auf das im Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG; SR 173.110) enthaltene Rechtssystem verwiesen, welches auch den Inhalt der Rechtsschrift und die notwendigen Beilagen reglementiert (Art. 42 BGG).

Versand an

- Herr Rechtsanwalt Peter Zengaffinen (R)
- A.
- X. Versicherungen (R)
- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (R)