Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 27. Juli 2017 (731 16 246 / 190)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Krankentaggeldversicherung / Beweisrechtliche Würdigung des medizinischen Sachverhalts / Zumutbarkeit eines Berufswechsels / Beurteilung eines teilweisen Leistungsanspruchs mittels Einkommensvergleich

Besetzung	Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Jgnaz Jermann, Kantonsrichter Yves Thommen, Gerichtsschreiberin Nadja Wenger
Parteien	**A.**____, Klägerin, vertreten durch Dr. Peter Studer, Rechtsanwalt und Notar, Neuarlesheimerstrasse 15, Postfach 435, 4143 Dornach gegen **Sympany Versicherungen AG**, Peter Merian-Weg 4, 4002 Basel, Beklagte
Betreff	Taggeld

A. Die 1965 geborene A.____ arbeitete ab 1. März 2011 als Reinigungsangestellte und Küchenhilfe bei der B.____ AG. Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses war sie als Mitarbeiterin in der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung der Arbeitgeberin bei der Sympany Versicherungen AG (Sympany) versichert gewesen. Mit Krankheitsmeldung vom 11. September 2014 teilte die B.____ AG der Sympany mit, dass A.____ seit dem 6. August 2014 arbeitsunfähig sei. In der Folge erbrachte die Sympany aufgrund der ärztlich ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit

Taggeldleistungen ab dem 9. August 2014. Die Arbeitgeberin löste sodann das Arbeitsverhältnis mit A.____ per 31. Dezember 2014 auf. Mit Schreiben vom 29. April 2015 stellte die Sympany die Taggeldleistungen per 30. Juni 2015 ein. Aufgrund der medizinischen Aktenlage, welche ihr Konsiliararzt geprüft habe, sei A.____ in ihrer bisherigen Tätigkeit zu 100% arbeitsunfähig. In einer leidensangepassten Tätigkeit ohne Überkopfarbeiten und ohne das Heben von Lasten von mehr als zehn Kilogramm bestünde jedoch eine Arbeitsfähigkeit von mindestens 80%. Der Versicherten wurde empfohlen, sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden, und es wurde ihr bis zur Leistungseinstellung eine Übergangsfrist von zwei Monaten bis am 30. Juni 2015 gewährt.

B. Am 5. August 2016 reichte A.____, vertreten durch Dr. Peter Studer, Advokat, Klage beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, (Kantonsgericht) ein. Sie beantragte, die Sympany sei zu verpflichten, ihr für den Zeitraum vom 1. Juli 2015 bis 5. August 2016 Taggeldleistungen in der Höhe von gesamthaft Fr. 39‘102.-- abzüglich Quellensteuer und nebst Zins zu 5% seit dem 1. Juli 2015 zu bezahlen. Im Weiteren beantragte sie die unentgeltliche Rechtspflege; unter Entschädigungsfolge. In ihrer Begründung führte sie im Wesentlichen aus, dass die Einstellung der Taggeldleistungen ausschliesslich auf einem rudimentären, nicht nachvollziehbaren Aktenbericht des Konsiliararztes beruhe. Ferner machte sie geltend, dass auch die Sympany von einer Arbeitsunfähigkeit von 100% in der angestammten Tätigkeit ausgehe. Es sei hingegen nicht rechtens, dass ihr eine Arbeitsfähigkeit von 80% in einer angepassten Tätigkeit, ohne Überkopfarbeit und ohne Heben von Lasten über zehn Kilogramm, angerechnet werde. Dies deshalb nicht, weil die Sympany sie nie mit genügender Klarheit zur Aufnahme einer derartigen Verweistätigkeit angehalten habe. Die Versicherung habe es insbesondere versäumt, rechtsprechungsgemäss darzulegen, welche konkreten Verweistätigkeiten in Frage kommen würden. Es bestehe deshalb ein Anspruch auf Taggeldleistungen für die Zeit vom 1. Juli 2015 bis 5. August 2016 für 392 Tage à Fr. 99.75.

C. Mit Verfügung vom 8. August 2016 bewilligte das Kantonsgericht der Klägerin die unentgeltliche Rechtspflege mit Advokat Dr. Peter Studer als Rechtsvertreter.

D. In ihrer Klageantwort vom 24. Oktober 2016 liess sich die Sympany bei ihrer Bereitschaft behaften, der Klägerin zusätzliche Taggelder für den Monat Juli 2015 zu leisten. Im Übrigen sei die Klage abzuweisen. Zur Begründung hielt die Sympany im Wesentlichen fest, dass aufgrund der Aktenlage und der Einschätzung des Konsiliararztes davon auszugehen sei, dass die Klägerin ab dem 1. Januar 2015 in einer nicht schulterbelastenden Tätigkeit zu mindestens 80% arbeitsfähig sei. Ferner sei rechtsprechungsgemäss keine explizite Aufforderung zur Suche einer neuen Stelle notwendig gewesen, da A.____ seit dem 1. Januar 2015 keine Stelle mehr gehabt habe.

E. Mit Replik, eingegangen am 27. Dezember 2016, hielt die Klägerin an ihren Rechtsbegehren fest. Sie unterstrich insbesondere, dass die Mitteilung der Beklagten vom 29. April 2015, wonach eine Arbeitsfähigkeit von 80% in einer leidensangepassten Tätigkeit bestanden habe, im Widerspruch zu den Erklärungen ihrer behandelnden Ärzte gestanden habe. Wenn sich die Beklagte mit einem reinen Aktengutachten begnüge, wäre sie zumindest verpflichtet gewesen,

die Beurteilung für die Versicherte transparent zu machen. Dies sei jedoch erst mit der nachträglichen Einschätzung des Konsiliararztes vom 26. September 2016 erfolgt.

F. Die Beklagte hielt mit Duplik vom 23. Februar 2017 an ihren Anträgen fest. Sie bestritt insbesondere den behaupteten Widerspruch zwischen den Einschätzungen des Konsiliararztes und jenen der behandelnden Ärzte.

G. Anlässlich der Parteiverhandlung vom 1. Juni 2017 nahmen die Klägerin, ihr Rechtsvertreter sowie C.____ für die Beklagte teil. Zu Beginn der Verhandlung stellte die Vertreterin der Beklagten den Beweisantrag, es seien die beratenden Ärzte der Sympany, Dr. med. D.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. med. E.____, FMH Innere Medizin, als Zeugen zu befragen. Nach der anschliessend erfolgten Parteibefragung schlossen die Parteien eine Vereinbarung mit Widerrufsvorbehalt. Im Falle des Widerrufs verzichteten beide Parteien auf eine Schlussverhandlung mit Plädoyers sowie auf einen weiteren Schriftenwechsel.

H. Mit Schreiben vom 8. Juni 2017 widerrief die Beklagte die Vereinbarung vom 1. Juni 2017.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 dem VVG. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ergibt sich aus Art. 7 ZPO i.V.m. § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Grundsatzentscheid vom 1. Dezember 2011 festhielt, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen, womit sie direkt am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, einzureichen sind (Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262).

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz der Versicherten eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRG BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 32 N 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 11.4 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB) von 2014, wonach ein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der Versicherten besteht. Da die Klägerin Wohnsitz in X.____ hat, ist das angerufene Gericht auch örtlich zuständig.

2. In formeller Hinsicht ist zunächst der Beweisantrag der Beklagten, es seien ihre beratenden Ärzte, Dr. E.____ und Dr. D.____, als Zeugen zu befragen, zu beurteilen.

2.1 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ist der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die 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 aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweise erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Das Bundesgericht hat die in den Vorgängernormen zu Art. 247 Abs. 2 ZPO enthaltene Untersuchungsmaxime daher bisweilen auch als gemilderte Verhandlungsmaxime bezeichnet. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Die Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen oder alle möglichen Beweise abzunehmen. Ebenso wenig verleiht die Untersuchungsmaxime den Parteien Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel. Das Gericht muss die betroffene Partei nur einmal auf etwaige Unzulänglichkeiten in ihren Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hinweisen. Bei anwaltlicher Vertretung ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf "einschlägige Fälle" beschränkt. Indessen verpflichtet die Untersuchungsmaxime das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheiderheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 247 Abs. 2 ZPO N 33 ff.).

2.2 Die Beklagte führte zum Beweisantrag aus, dass die Stellungnahmen von Dr. E.____ und Dr. D.____ als Beweise zu gelten hätten. Sollte das Gericht diese Auffassung nicht teilen, würde sie ihre beiden Vertrauensärzte als Zeugen benennen.

2.3 Entgegen der Auffassung der Beklagten haben die Stellungnahmen der Vertrauensärzte nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung keinen Beweiswert im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO. Sie sind vielmehr als blosse Parteibehauptungen zu qualifizieren (BGE 141 III 433 E. 2.3 ff.). Die beantragte Zeugenbefragung der beratenden Ärzte erweist sich aber dennoch als nicht angezeigt. Die Vertrauensärzte der Beklagten, Dr. E.____ und Dr. D.____, haben sich bereits vor und während des laufenden Verfahrens zur umstrittenen Arbeitsfähigkeit der Klägerin geäussert. Von einer zusätzlichen Befragung sind keine neuen Einschätzungen zu erwarten, weshalb sich diese erübrigt (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1). Der Beweisantrag wird deshalb abgewiesen.

3. Materiell strittig und zu beurteilen ist, ob die Klägerin Anspruch auf Ausrichtung von Krankentaggeldleistungen vom 1. August 2015 bis 5. August 2016 hat. Für den ursprünglich ebenfalls strittigen Monat Juli 2015 hat die Beklagte ihre Leistungspflicht anerkannt. Vorweg sind die beweisrechtlichen Fragen zu prüfen.

3.1 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenen Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1). Die besagte Beweislastverteilung gilt auch dann, wenn der Versicherer zunächst Taggelder ausbezahlt hat. Macht der Versicherer später geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien zum Vornherein zu Unrecht erbracht worden, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie weiterhin Anspruch auf Taggelder hat (Urteil des Bundesgerichts 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2).

3.2 Gelangt das Gericht in Würdigung der Beweise zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist; sie schliesst selbst eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 122 III 219 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 4A_346/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 3.3). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 130 III 591 E. 5.4). Ebenso wenig schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1).

3.3 Dem Versicherer steht ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 130 III 321 E. 3.4; 120 II 393 E. 4b) und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Gelingt der Gegenbeweis, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

3.4 Bei Krankentaggeldern handelt es sich um vorübergehende Leistungen und nicht um Dauerleistungen wie beispielsweise eine Invalidenrente. Mit den Krankentaggeldern soll in erster Linie die unmittelbare Sicherung des Einkommens im Krankheitsfall bewerkstelligt werden. Die Anforderungen an den Nachweis krankheitsbedingter Einschränkungen sind deshalb für die

Begründung des Anspruchs auf Krankentaggelder nicht zuletzt auch aus Gründen der Praktikabilität tiefer anzusetzen als für den Nachweis der Invalidität (Urteil des Kantonsgerichts 731 12 236 / 49 vom 14. März 2013 E. 4.1). Zu verweisen ist schliesslich auf das Äquivalenzprinzip. Die Versicherten versichern einen bestimmten Lohn bzw. danach bemessene Krankentaggelder und bezahlen dafür die entsprechenden Prämien. Der mit der Schadenminderung geforderte Berufswechsel führt meistens zu einer einseitigen Herabsetzung der geschuldeten Versicherungsleistungen zugunsten der Taggeldversicherung, was letztlich dem Äquivalenzprinzip zuwiderläuft. Bei der Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels ist daher eine gewisse Zurückhaltung angezeigt (CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, Rz. 353).

4.1 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 AVB der Ausgabe 2014, massgebend. Die Sympany zahlt während der ärztlich verordneten Arbeitsunfähigkeit das vereinbarte Taggeld während maximal 730 Tagen abzüglich der vereinbarten Wartefrist (Art. 4.2 AVB). Soweit nicht anders vereinbart, gelten für sämtliche Ansprüche sinngemäss die Leistungsvoraussetzungen und die Bestimmungen des VVG bzw. des ATSG mit der entsprechenden Anwendungspraxis (Art. 6.1 Abs. 3 AVB). Eine Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% besteht (Art. 6.2 Abs. 1 AVG). Taggeldleistungen setzen eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person voraus (Art. 6.2 Abs. 2 AVB). Die versicherte Person hat alles zu tun, was zur Leistungsminderung beitragen kann. Bleibt sie in ihrem ursprünglichen Beruf voraussichtlich voll oder teilweise arbeitsunfähig, ist sie verpflichtet, ihre verbleibende Erwerbstätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu verwerten resp. sie hat sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden. Die Sympany fordert die versicherte Person unter Ansetzung einer angemessenen Frist auf, die bisherige Tätigkeit anzupassen oder einen Stellen- resp. Berufswechsel vorzunehmen. Die versicherte Person ist verpflichtet, einen voraussichtlichen Leistungsanspruch bei der IV (Rente, Umschulung, Berufliche Massnahmen) anzumelden. Verweigert sie nach Aufforderung der Sympany die Anmeldung bei der IV, können die Taggeldleistungen vorübergehend eingestellt werden (Art. 8.2 Abs. 1 AVB). Zu verweisen ist schliesslich auf Art. 21 Abs. 4 ATSG, welcher gemäss den AVB und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung analog im Privatversicherungsrecht, namentlich in der privaten Krankentaggeldversicherung, anwendbar ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.1). Entzieht oder wiedersetzt 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 Leben und Gesundheit darstellen, sind nicht zumutbar (Art. 21 Abs. 4 ATSG).

4.2 Die Arbeitgeberin meldete der Sympany am 11. September 2014 eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab 6. August 2014. In der Folge richtete diese der Klägerin die vertraglich vereinbarten Leistungen nach Ablauf der Wartefrist aus. Der Hausarzt der Klägerin, Dr. med. F.____, FMH Allgemeine Medizin, diagnostizierte im ärztlichen Bericht zu Handen der Sympany vom 2. Dezember 2014 eine Hypertonie, ein Impingementsyndrom der rechten Schulter und eine depressive Episode bei psychosozialer Belastungssituation. Er attestierte ihr eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, welche er auch später laufend bestätigte. In Abweichung dieser Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen stellte die Beklagte ihre Leistungen unter Berufung auf die Einschätzung ihres Vertrauensarztes, Dr. E.____, per Ende Juni 2015 ein. Die Klägerin war in der B.____ AG als Reinigungskraft und Küchenhilfe angestellt. Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass sie in dieser Tätigkeit nicht mehr arbeitsfähig ist. Strittig ist hingegen, ob die Klägerin in einer Verweistätigkeit zu 80% arbeitsfähig ist. Es gilt daher im Folgenden zu prüfen, ob der medizinische Sachverhalt in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit rechtsgenüglich erstellt ist.

4.3 Die Klägerin stützte ihre 100%-ige Arbeitsunfähigkeit auf die ärztlichen Zeugnisse von Dr. F.____. Diese ärztlichen Bescheinigungen begründen eine rechtsgenügliche Grundlage für die Inanspruchnahme der Taggeldleistungen gemäss Art. 6.2 Abs. 2 AVB. Im Weiteren wurde der Klägerin im Bericht des Spitals G.____ vom 2. März 2015 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Zudem liegen für die Monate März und April 2016 Arztzeugnisse der psychiatrischen Klinik H.____ vor, welche ebenfalls eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen.

4.4 Im Widerspruch dazu wird im Bericht des Spitals G.____ vom 13. April 2015 festgehalten, dass eine Arbeitsfähigkeit von Seiten der Schulter gegeben sei. Der Umfang der Arbeitsfähigkeit wird darin jedoch nicht angegeben. Verwirrend ist ausserdem, dass im besagten Bericht auf die vormalige Einschätzung vom 2. März 2015 verwiesen wird, in welcher der Klägerin noch eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde. In einem weiteren Bericht des Spitals G.____ vom 20. Juli 2015 wird festgehalten, bei einer erfolgreichen Operation könne von einer Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit im Umfang von 100% ausgegangen werden. Daraus folgt, dass mit der angenommenen Arbeitsfähigkeit von Seiten der Schulter keine 100%-ige Arbeitsfähigkeit zum Vornherein gemeint sein konnte. Der Bericht vom 20. Juli 2015 erweist sich damit als widersprüchlich, was auch vom Vertrauensarzt der Beklagten in dessen Stellungnahme vom 26. September 2016 bestätigt wurde. In einem weiteren Bericht vom 31. August 2015 stellte das Spital G.____ sodann fest, es sei zu einer Blutdruckentgleisung und zu einer Schmerzexazerbation gekommen. Bei den anhaltenden Schulterschmerzen handle es sich um ein mehrere Monate therapiebedürftiges Krankheitsbild. Insgesamt sind die vorstehenden Berichte des Spitals G.____ nicht geeignet, die von der Klägerin geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit zu widerlegen.

4.5 Es stellt sich im Weiteren die Frage, ob die von der Sympany eingeholten Einschätzungen ihrer Vertrauensärzte, Dr. E.____ und Dr. D.____, geeignet sind, die von der Klägerin vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen zu erschüttern bzw. ob ihr damit der Gegenbeweis in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit gelingt. Dr. E.____ führte

in seinem ersten Aktenbericht vom 22. April 2015 aus, dass eine Arbeitsfähigkeit von 80% gegeben sei ohne Überkopfarbeiten und ohne Heben von Lasten über zehn Kilogramm. Im Weiteren verneinte er eine Arbeitsunfähigkeit bezüglich eines psychischen Leidens mit dem Hinweis, dass eine psychosoziale Problematik existiere. Diese Einschätzung erfolgte in Form von zwei handschriftlichen Eintragungen in einem von der Sympany vorbereiteten Fallbesprechungsformular. Auch der zweite Aktenbericht von Dr. E.____ vom 13. Januar 2016 erschien wiederum textlich mittels handschriftlicher Eintragung in einem ebenfalls vorbereiteten Fallbesprechungsformular. Darin stellte Dr. E.____ fest, es bestehe eine volle Arbeitsfähigkeit in einer nicht schulterbelastenden Tätigkeit. Eine Arbeitsunfähigkeit sei vom Spital G.____ nicht festgelegt und auch nicht beurteilt worden. Gestützt auf diese beiden vertrauensärztlichen Einschätzungen stellte die Beklagte ihre Taggeldleistungen per 30. Juni 2015 ein resp. bestätigte ihren Einstellungsentscheid. Im Zusammenhang mit der Rechtshängigkeit des Klageverfahrens resp. anlässlich der Ausarbeitung der Klageantwort holte die Beklagte bei ihren Vertrauensärzten, Dr. E.____ sowie auch bei Dr. D.____, weitere versicherungsmedizinische Einschätzungen ein. In der Stellungnahme von Dr. E.____ vom 26. September 2016 ging dieser – wie bereits erwähnt in Erwägung 3.2 – von einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit aus. In einer nicht schulterbelastenden Tätigkeit, d.h. ohne das Heben von Lasten über zehn Kilogramm und ohne Überkopfarbeiten, bestehe hingegen eine zumindest 80%-ige Arbeitsfähigkeit. Dr. D.____ kam in ihrer Akteneinschätzung vom 28. September 2016 zum Schluss, dass bis Ende Dezember 2014 keine medizinisch begründete Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischen Gründen vorgelegen habe.

Die Einschätzungen der Vertrauensärzte können die klägerischerseits vorgelegten Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen beweismässig nicht entwerten. Der Beklagten gelingt der rechtsnotwendige Gegenbeweis aus folgenden Gründen nicht: Vorab ist erneut darauf hinzuweisen, dass den eingeholten vertrauensärztlichen Stellungnahmen gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung keine Beweisqualität im Sinne von Art. 168 Abs. 1 ZPO zukommt, sondern dass sie bloss Parteibehauptungen darstellen (vgl. E. 2.3 hiervor). Des Weiteren ist festzustellen, dass sämtliche Einschätzungen von Dr. E.____ sowie auch jene von Dr. D.____ nicht auf einer Untersuchung beruhen, sondern reine Akteneinschätzungen sind. In Bezug auf die beiden ersten Berichte von Dr. E.____ ist ausserdem festzustellen, dass diese derart summarisch sind, dass sie als Einschätzungen ohne Begründung anzusehen sind. Zudem hat die Sympany der Klägerin die summarischen Einschätzungen von Dr. E.____ zunächst gar nicht offengelegt. Erst auf Nachfrage des Rechtsvertreters wurden der Klägerin die Berichte zugestellt, dies drei Monate nachdem die Versicherung die Einstellung mitgeteilt und beschlossen hatte. Aus den dargelegten Gründen steht fest, dass die beiden sehr summarischen Berichte von Dr. E.____ aufgrund der fehlenden Untersuchung, der fehlenden Argumentationsdichte und der fehlenden Transparenz keinen rechtsgenüglichen Gegenbeweis zu erbringen vermögen. Der dritte Bericht von Dr. E.____ vom 26. September 2016 sowie auch die Einschätzung von Dr. D.____ vom 28. September 2016 wurden sodann erst im Nachhinein und während der Dauer des Verfahrens erstellt. Für die vorliegend zu beurteilenden vorübergehenden Krankentaggeldleistungen können die ein Jahr und vier Monate nach dem Einstellungsentscheid nachgeschobenen Aktenberichte in beweisrechtlicher Hinsicht nicht mehr als massgeblich erachtet werden. Im Zeitpunkt der Einstellung der Taggeldleistungen gelang es der Beklagten somit nicht, den medi-

zinischen Sachverhalt in Bezug auf die behauptete Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit rechtsgenüglich nachzuweisen. Die Beklagte hat demnach keinen substantiierten Gegenbeweis erbracht, weshalb die Klage gutzuheissen ist.

5. Selbst wenn – entgegen den obigen Ausführungen – die Arbeitsfähigkeit in einer 80%-igen Verweistätigkeit aus medizinisch-theoretischer Sicht bejaht würde, wäre in einem weiteren Schritt zu klären, ob der Klägerin angesichts ihrer Schadenminderungspflicht ein Berufswechsel zumutbar wäre (Art. 61 VVG). Würde dies wiederum bejaht, müsste zudem geprüft werden, ob der Klägerin beim Wechsel in eine Verweistätigkeit ein Restschaden entstünde und ihr daher ein teilweiser Leistungsanspruch verbliebe. Dies wäre mittels Einkommensvergleich zu beurteilen. Im Sinne einer Eventualbegründung nimmt das Kantonsgericht nachfolgend zur Zumutbarkeit eines Berufswechsels in eine Verweistätigkeit sowie zum Einkommensvergleich Stellung.

6.1 Gemäss Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist die anspruchsberechtigte Person verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel angezeigt sein. Erwartet der Versicherer von der versicherten Person einen solchen Berufswechsel, muss er sie dazu auffordern und ihr eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden. Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Dem Versicherer ist es jedoch nicht erlaubt, eine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, welcher in der Praxis gar nicht realisierbar ist, vorzunehmen. Zu würdigen ist vielmehr die konkrete Ausgangslage. Es ist zu beurteilen, welche reellen Chancen die versicherte Person angesichts ihres Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, welche ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt. Es ist ausserdem zu prüfen, ob der versicherten Person ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung ihrer Ausbildung und ihrer Arbeitserfahrung tatsächlich zugemutet werden kann (Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.3 mit weiteren Hinweisen). Bei der Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels ist aufgrund des Äquivalenzprinzips eine gewisse Zurückhaltung angezeigt (vgl. E. 3.4 hiervor).

6.2 Der Beklagten ist zunächst beizupflichten, dass eine explizite Aufforderung an die Klägerin, sich eine neue Arbeitsstelle zu suchen, nicht erforderlich gewesen ist, weil diese im Zeitpunkt der Leistungseinstellung bereits arbeitslos war (Urteil des Bundesgerichts 8C_838/2012 vom 19. April 2013 E. 4.2.2).

6.3 Hingegen verletzt die Beklagte die rechtsprechungsgemäss vorgeschriebene und auch von der Klägerin als unzureichend gerügte Verweisgenauigkeit. Dies indem sie ihre Leistungen gestützt auf die bescheinigte medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit gemäss Aktenbericht von Dr. E.____ einstellte, ohne auf die Frage einzugehen, ob die Klägerin auf dem konkreten Arbeitsmarkt in einer 80%-igen Verweistätigkeit überhaupt reelle Chancen hätte. Die Klägerin war in der Schweiz ausschliesslich als Putzfrau und Küchenhilfe tätig. Ausserdem hat sie kaum Deutschkenntnisse, keine Ausbildung und war im Zeitpunkt der Leistungseinstellung fast 50-jährig. Zudem ist sie aufgrund ihrer Schulterbeschwerden körperlich

eingeschränkt. Anhand dieser Gesichtspunkte hätte die Beklagte genau abklären müssen, welche Verweistätigkeit für die Klägerin auf dem konkreten Arbeitsmarkt noch in Frage kommt. Dies hat sie jedoch vollkommen unterlassen. Die Einstellung vom 29. April 2015 erweist sich daher als ungenügend. Im Übrigen ergibt sich auch aus den IV-Akten kein Hinweis auf eine konkrete Verweistätigkeit. Dem Protokoll des Triage-Gesprächs vom 4. Juni 2015 sowie der Mitteilung der IV-Stelle vom 18. Juni 2015 kann entnommen werden, dass keine Eingliederungsmassnahmen angezeigt gewesen seien. Die vorliegende Ausgangslage führt somit zur Beweislosigkeit hinsichtlich der Frage der Zumutbarkeit des von Seiten der Beklagten geforderten Berufswechsels. Da der Beklagten die Beweislast für die anspruchshindernde Leistungspflicht obliegt (vgl. E. 2.2), hat sie die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Zumutbarkeit für den Wechsel in eine Verweistätigkeit ist nicht bewiesen und daher zu verneinen. Auch dies führt zur Gutheissung der Klage.

6.4 Hinzu kommt, dass die analoge Anwendung von Art. 21 Abs. 4 ATSG voraussetzt, dass die Versicherung die versicherte Person neben der schriftlichen Abmahnung auch auf die Rechtsfolgen hinweist, welche eintreten, wenn die Verweistätigkeit nicht aufgenommen wird. Ein diesbezüglicher Rechtsfolgehinweis fehlt im Schreiben der Beklagten vom 29. April 2015 gänzlich. Folglich erweist sich die Einstellung auch aus diesem Grund als rechtsungenüglich.

7. Abschliessend wird wiederum im Sinne einer Eventualbegründung zum Einkommensvergleich Stellung bezogen. Würde – entgegen der vorstehenden Erwägungen – der medizinische Sachverhalt als genügend erachtet und die Zumutbarkeit des Berufswechsels bejaht, wäre in einem letzten Schritt zu prüfen, ob der Klägerin ein teilweiser Leistungsanspruch verbleibt.

7.1 Nach Ablauf der angesetzten Übergangsfrist für einen Berufswechsel entfällt der Leistungsanspruch zugunsten der Versicherten nicht einfach, sondern muss neu beurteilt werden. Die Versicherung hat einen Einkommensvergleich vorzunehmen, indem sie das Einkommen ohne Erkrankung dem tatsächlich erzielten Einkommen in der Verweistätigkeit gegenüberstellt. Geht die versicherte Person nach Ablauf der Übergangsfrist keiner Beschäftigung nach oder ist deren Umfang oder Lohn tiefer als bisher, so muss der Einkommensvergleich mit einem hypothetisch erzielbaren Einkommen vorgenommen werden. Bei der Bemessung des hypothetischen Einkommensvergleichs ist auf den konkreten Arbeitsmarkt abzustellen (CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, a.a.o., Rz. 547 ff. mit weiteren Hinweisen). Die anhand des Einkommensvergleichs ermittelte Leistungseinbusse ergibt einen Prozentsatz. Dieser Prozentsatz des ursprünglich vereinbarten Taggeldanspruchs ergibt schliesslich den verbleibenden Leistungsanspruch der versicherten Person (Urteil des Bundesgerichts 4A_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.1 ff.).

7.2 Die Beklagte ging davon aus, dass mit der von ihr angenommenen 80%-igen Arbeitsfähigkeit in einer Verweistätigkeit keine Erwerbseinbusse von mindestens 25% vorliege, weshalb keine Taggelder geschuldet seien. Dem ist entgegenzuhalten, dass zunächst ein Einkommensvergleich vorgenommen werden müsste und erst wenn dieser zum Ergebnis gelangen würde, dass die Klägerin in der Verweistätigkeit keine Einbusse von mindestens 25% verzeichnet, keine Leistungen mehr geschuldet wären. Ein solches Ergebnis erscheint im vorliegenden

Fall als sehr fraglich. Nebst der 20%-igen Arbeitsunfähigkeit wäre sehr wahrscheinlich noch ein leidensbedingter Abzug geboten. Ausserdem müsste beurteilt werden, was die 50-jährige Klägerin mit geringen Deutschkenntnissen und ohne Ausbildung im konkreten Arbeitsmarkt verdienen könnte. Beide Parteien haben den Einkommensvergleich nicht thematisiert und es ist nicht Aufgabe des Kantonsgerichts, diese Rechnung vorzunehmen. An dieser Stelle ist indessen darauf hinzuweisen, dass der Vertreterin der Beklagten im Rahmen der Parteibefragung vom 1. Juni 2017 die Möglichkeit eingeräumt wurde, zum Einkommensvergleich Stellung zu beziehen. Davon hat sie nicht Gebrauch gemacht.

7.3 Aus dem Gesagten folgt, dass sich die Einstellung auch insofern als mangelhaft erweist, als die Beklagte es unterlassen hat, einen allfällig verbleibenden Leistungsanspruch der Klägerin anhand des Einkommensvergleichs rechtsgenüglich abzuklären.

8. Zusammenfassend gelangt das Gericht zum Ergebnis, dass die Klägerin ihre Arbeitsunfähigkeit und damit ihren Leistungsanspruch rechtsgenüglich nachgewiesen hat. Diesen Beweis vermag die Beklagte mangels genügender Abklärung des medizinischen Sachverhalts nicht zu entwerten. Selbst wenn ihr dies gelingen würde, ist im Sinne einer Eventualbegründung festzuhalten, dass die Beklagte den Beweis für die Zumutbarkeit der Aufnahme einer Verweistätigkeit nicht erbracht hat. Schliesslich hat die Beklagte auch die Beurteilung einer allfälligen verbleibenden Leistungspflicht mittels Einkommensvergleich unterlassen. Aus all diesen Gründen erweist sich die Klage als begründet und ist daher gutzuheissen. Die Klägerin verlangt 392 Taggelder à Fr. 99.75, was eine Gesamtforderung von Fr. 39‘102.-- ergibt. Diese Rechnung wird von Seiten der Beklagten nicht bestritten. Letztere wird somit verpflichtet, der Klägerin Fr. 39‘102.-- zu bezahlen.

9. Die Klägerin beantragt eine Verzinsung der Forderung zu 5% ab 1. Juli 2015. Den AVB sind keine Bestimmungen über den Zins bei Leistungen der Versicherung zu entnehmen. Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911 Anwendung. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR gerät der Versicherer mit einer Mahnung in Verzug. Eine rechtsgenügliche Mahnung liegt nicht vor, weshalb der Verzugszins erst ab Klageeinreichung am 5. August 2016 geschuldet ist. Der Betrag von Fr. 39‘1302.-- ist somit ab dem 5. August 2016 mit 5% zu verzinsen.

10. Abschliessend bleibt über die Kosten zu befinden. Das Verfahren vor dem Versicherungsgericht ist gemäss Art. 114 lit. e ZPO kostenlos. Es werden daher keine Verfahrenskosten erhoben. Hinsichtlich der Parteikosten ist festzuhalten, dass der Rechtsvertreter der Klägerin in seiner Honorarnote vom 17. März 2017 für das vorliegende Verfahren einen angemessenen Zeitaufwand von 17,83 Stunden geltend gemacht hat zu einem Stundenansatz von Fr. 230.--. Zusätzlich gewährt das Gericht 3,17 Stunden für die Parteiverhandlung mit Vorbesprechung. Die in der Honorarnote ausgewiesenen Auslagen von Fr. 268.-- sind nicht zu beanstanden. Der Klägerin ist deshalb eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 5‘505.85 (21 Stunden à Fr. 230.-- + Auslagen von Fr. 268.-- zuzüglich 8% Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten zuzusprechen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 39‘102.-- (abzüglich Quellensteuer) zuzüglich Verzugszins von 5% ab 5. August 2016 zu bezahlen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beklagte hat der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 5‘505.85 (inkl. Auslagen und 8% Mehrwertsteuer) zu entrichten.