



**Fall-Nr.:** KV-Z 2014/7  
**Stelle:** Versicherungsgericht  
**Rubrik:** KV - Krankenversicherung  
**Publikationsdatum:** 15.12.2020  
**Entscheiddatum:** 26.02.2016

### **Entscheid Versicherungsgericht, 26.02.2016**

**Krankentaggeldversicherung; Schadenminderungspflicht. Zumutbarkeit zur Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit (Taxibetrieb) zugunsten einer unselbständigen Tätigkeit in Würdigung der konkreten Verhältnisse verneint (Entscheid des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen vom 26. Februar 2016, KV-Z 2014/7).**

#### **Entscheid vom 26. Februar 2016**

Besetzung

Vizepräsidentin Miriam Lendfers, Versicherungsrichterin Christiane Gallati Schneider, Versicherungsrichter Joachim Huber; Gerichtsschreiberin Marilena Gnesa

Geschäftsnr.

KV-Z 2014/7

Parteien

**A.\_\_\_\_,**

**Kläger,**

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. August Holenstein,  
Rorschacher Strasse 107, 9000 St. Gallen,

gegen



**AXA Versicherungen AG**, General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur,

**Beklagte,**

Gegenstand

**Versicherungsleistungen**

**Sachverhalt**

A.

A.a A.\_\_\_\_ ist bei der Axa Versicherungen AG, Winterthur (in der Folge: Axa), im Rahmen einer kollektiven Krankentaggeldversicherung mit Police Nr. XXXXXX vom 7. Dezember 2011 gegen das Lohnausfallrisiko im Falle von Krankheit versichert (act. G 1.1). Der Versicherungsschutz umfasst die Deckung eines krankheitsbedingten Lohnausfalls zu 100 % des versicherten Jahreslohns von Fr. 42'000.-- bei einer Leistungsdauer von 730 Tagen nach einer Wartefrist von 14 Tagen. Der Versicherte ist gemäss Police Betriebsinhaber und einzige versicherte Person (vgl. Art. B 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen [AVB], Ausgabe 07.2010).

A.b Der Versicherte führt seit 2004 in St. Gallen ein B.\_\_\_\_ als selbständig erwerbender C.\_\_\_\_ und -unternehmer. Er beschäftigt in Teilzeit einige C.\_\_\_\_ (act. G 1.1; act. G 7.1, A2 und A7).

A.c Mit Krankmeldung vom 11. April 2013 zeigte der Versicherte der Axa an, er leide seit 12. März 2013 an starken Schmerzen im rechten Arm und in der rechten Schulter (act. G 7.1, A1).

A.d Der behandelnde Arzt Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für allgemeine Medizin FMH, diagnostizierte im Bericht vom 22. April 2013 einen grippalen Infekt, eine Pollinosis sowie ein hartnäckiges cervicobrachiales Syndrom (act. G 7.1, M1). Am 5. Juli 2013 berichtete Dr. D.\_\_\_\_, der Versicherte leide an anhaltenden Schmerzen in der Schulter und im Arm rechts mit Sensibilitätsstörungen bis Finger I-III sowie an einer eingeschränkten Beweglichkeit im rechten Oberarm für Ab- und Adduktion. Er



diagnostizierte eine Cervicobrachialgie rechts bei Streckhaltung der HWS und mässigen degenerativen Veränderungen C5-C7 rechts (act. G 7.1, M2). Vom 12. März 2013 bis 15. April 2013 attestierte er dem Versicherten eine volle Arbeitsunfähigkeit und ab 16. April 2013 anhaltend eine solche zu 75 % (act. G 7.1, M1, M2).

A.e Die Axa beauftrage daraufhin Dr. med. E.\_\_\_\_, Spezialarzt für Orthopädie FMH sowie Sportmedizin, mit einem orthopädischen Assessment (Schreiben vom 15. August 2013, act. G 7.1, A4 und A5, vgl. auch act. G 7.1, A3). Dr. E.\_\_\_\_ diagnostizierte nach orthopädischer Untersuchung vom 4. September 2013 gestützt auf die Ergebnisse der Röntgenuntersuchung des Diagnosezentrums F.\_\_\_\_, vom 25. Juni 2013 (nicht in den Akten) eine Cervicobrachialgie beidseits bei Osteochondrose C5 bis C7 mit mässiger Degeneration der Fazettengelenke C5/6 und C6/7 beidseits. Aus orthopädischer Sicht sei zur Klärung aller Beschwerdebilder sowie zur Beurteilung der Arbeitsfähigkeit eine MRI-Untersuchung empfehlenswert (das orthopädische Gutachten datiert unzutreffend auf den 21. August 2013, act. G 7.1, M3).

A.f Mit Schreiben vom 14. November 2013 teilte die Axa dem Versicherten bezugnehmend auf ein Gespräch vom 24. Oktober 2013 mit einem Aussendienstmitarbeiter (act. G 7.1, A7) mit, auf Grund der seit Monaten effektiv verwerteten Arbeitsfähigkeit von mindestens 50 % werde sie die Taggeldleistungen ab 1. November 2013 entsprechend einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % ausrichten. Sie forderte den Versicherten ausserdem auf, sich „wie besprochen“ (vgl. act. G 7.1, A2, A3) bei der Invalidenversicherung (IV) anzumelden (act. G 7.1, A8).

A.g Dr. D.\_\_\_\_ schätzte die Arbeitsfähigkeit des Versicherten am 28. November 2013 auf 50 % ab 5. November 2013 (act. G 7.1, M5).

A.h Basierend auf der unterdessen am 7. Oktober 2013 im Diagnosezentrum F.\_\_\_\_ durchgeführten MRI-Untersuchung (act. G 7.1, M4) stellte Dr. E.\_\_\_\_ am 20. Dezember 2013 die Diagnosen Pseudocervicobrachialgie beidseits bei Chondrose und Spondylarthrose C2 bis C7 mit Diskushernie C3/4 und Kontakt zur Nervenwurzel C4 links, Diskusprotrusion C5/6 und mittelschwerer Foraminalstenose rechts sowie Diskushernie C6/7 mit Kompression der Nervenwurzel C7 rechts (act. G 7.1, M6). Zur Arbeitsfähigkeit führte Dr. E.\_\_\_\_ folgendes aus: „Die Arbeitsunfähigkeit als



selbständiger Taxifahrer, einer vorliegend sitzenden Tätigkeit mit häufig rotierten Kopfhaltungen, beträgt dementsprechend seit 9/2013 bei voller Stundenpräsenz eines normalen Pensums 40 % (Arbeitsunfähigkeit 60 %)“. Am 10. Januar 2014 hielt Dr. E.\_\_\_\_ auf Anfrage hin fest, dass die Arbeitsfähigkeit in adaptierter Tätigkeit (d.h. körperlich leichte Tätigkeit in temperierten Räumen, die abwechslungsweise sitzend und stehend ausgeübt werden könne, ohne dass dabei häufig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Kopfhaltungen eingenommen werden müssten) seit jeher bei voller Stundenpräsenz 90 % betrage (Arbeitsunfähigkeit 10 %; act. G 7.1, M7).

A.i Mit Schreiben vom 17. Januar 2014 teilte die Axa dem Versicherten mit, er sei in seiner Tätigkeit als Taxifahrer zu 60 % arbeitsunfähig und in einer adaptierten Tätigkeit zu 90 % arbeitsfähig. Er werde deshalb im Sinne des Gebots der Schadenminderung aufgefordert, sich per sofort um eine berufliche Neuorientierung in einer leidensadaptierten Tätigkeit zu bemühen. Dazu werde die Axa für eine Übergangszeit bis 31. März 2014 zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse die Taggeldleistungen zu 50 % erbringen und diese alsdann einstellen (act. G 7.1, A12; act. G 1.1, 6). Auf Intervention des durch den Kläger mandatierten Rechtsvertreters, Rechtsanwalt lic. iur. A. Holenstein, St. Gallen (Schreiben vom 3. März 2014, act. G 1.7), erklärte sich die Axa „entgegenkommend“ bereit, vom 1. Januar bis 31. März 2014 die Taggelder auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 60 % zu erbringen (act. G 1.8). Eine erneute Intervention von Rechtsanwalt Holenstein (Schreiben vom 19. März 2014, act. G 1.9) blieb ohne Erfolg (Schreiben vom 26. März 2014, act. G 1.10).

B.

B.a Mit Klage vom 7. Juli 2014 beantragt der Versicherte (in der Folge: Kläger), vertreten durch Rechtsanwalt Holenstein, die Axa (in der Folge: Beklagte) sei zu verpflichten, ihm ab 1. April 2014 bis längstens 11. März 2015 weiterhin Taggelder auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 60 % auszurichten, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beschwerdegegnerin. Zur Begründung liess der Kläger im Wesentlichen vorbringen, es sei ihm unter Berücksichtigung der selbständigen Tätigkeit als C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ nicht zumutbar, vor Ablauf der Maximaldauer der Taggeldberechtigung bzw. solange die Heilbehandlung andauere, seine Arbeit als C.\_\_\_\_ zugunsten einer anderen Tätigkeit aufzugeben. Es sei nicht



## St.Galler Gerichte

erwiesen, dass eine andere, adaptierte Tätigkeit, in welcher die Arbeitsunfähigkeit wesentlich geringer wäre, überhaupt existiere. Selbst wenn die adaptierte Tätigkeit zumutbar wäre und die Arbeitsfähigkeit des Klägers 90 % betragen würde, sei fraglich, ob er dabei 90 % des vor der Erkrankung erzielten Einkommens erzielen würde, oder auch nur mehr als 75 % (act. G 1).

B.b Mit Klageantwort vom 12. November 2014 beantragt die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (act. G 7). Dies begründete sie im Wesentlichen mit dem Hinweis auf die Schadenminderungspflicht, welche auch für Selbständigerwerbende gelte und dazu führe, dass bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt werde.

B.c Mit Replik vom 4. Februar 2015 hielt der Kläger an seinen Anträgen fest (act. G 15); Rechtsanwalt Holenstein reichte zudem seine Honorarnote ein (act. G 15.1).

B.d Mit Duplik vom 26. Mai 2015 hielt die Beklagte ebenfalls an ihrem Standpunkt fest (act. G 22).

B.e Die Verfahrensleitung ersuchte den Kläger am 19. Januar 2016 um Zustellung einer Arbeitsunfähigkeitsbestätigung betreffend den Zeitraum Juni 2014 bis und mit März 2015 (act. G 24). Dieser Aufforderung kam der Kläger am 3. Februar 2016 nach (act. G 25, 25.1; vgl. auch act. G 26).

B.f Auf die näheren Begründungen der Rechtsschriften sowie die weiteren Ausführungen in den medizinischen Akten wird, soweit erforderlich, im Rahmen der Erwägungen eingegangen.

## Erwägungen

1.

Das vorliegende Verfahren beschlägt Leistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Gemäss Art. F 1 der zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses anwendbaren AVB (act. G 1.2) kann der Versicherungsnehmer



bzw. der Anspruchsberechtigte gegen die Axa betreffend die VVG-Deckung an seinem schweizerischen Wohnort, an seinem schweizerischen Arbeitsort oder in Winterthur Klage erheben. Sowohl der Wohn- als auch der Arbeitsort des Beschwerdeführers befinden sich in G.\_\_\_\_ (act. G 1.1). Damit ist die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts gegeben. Das Versicherungsgericht entscheidet gemäss Art. 9 des st. gallischen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EG-ZPO; sGS 961.2) i. V. m. Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) als einzige kantonale Instanz über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10). Damit ist die sachliche Zuständigkeit ebenfalls gegeben. Vor der Klageanhebung beim Versicherungsgericht ist kein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 197 i.V.m. Art. 198 lit. f ZPO durchzuführen (BGE 138 III 558 E. 4). Auf die Klage ist somit einzutreten.

2.

2.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1). Nach Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO gilt für vermögensrechtliche Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach KVG das vereinfachte Verfahren ohne Rücksicht auf den Streitwert.

2.2 Die rechtskundig vertretenen Parteien haben auf eine mündliche Verhandlung verzichtet (act. G 10; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_65/2014, auszugsweise publiziert als BGE 140 III 450). Stattdessen wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt (vgl. Art. 246 Abs. 2 ZPO).

2.3 Gemäss der in Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO festgehaltenen sog. sozialen Untersuchungsmaxime stellt das Gericht den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich während des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den



Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, das Tatsächliche vorzutragen und Beweise beizubringen (BGE 125 V 193 E. 2; BGE 125 III 231 E. 4a; Stephan Mazan, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. Basel 2013 [nachfolgend: BSK-ZPO], N. 4, 9 und 13 zu Art. 247). Es gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Das Gericht hat bei der Bewertung der erhobenen Beweise unabhängig von abstrakten oder schablonenhaften Regeln nach seiner eigenen Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft. Dabei bleibt es dem Gericht überlassen, die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung festzulegen. Die verschiedenen Beweismittel sind in Bezug auf ihre Beweiskraft gleichberechtigt (vgl. Franz Hasenböhler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen ZPO, Zürich/Basel/Genf 2013 [nachfolgend: Kommentar zur ZPO], N 8 f. zu Art. 157).

3.

Zwischen den Parteien umstritten und nachfolgend zu prüfen ist der Taggeldanspruch des Klägers ab 1. April 2014.

3.1 Die Beklagte erbringt die in der Police aufgeführten Leistungen für die wirtschaftlichen Folgen der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit (Art. B1 Ziff. 1 AVB). Als Krankheit gilt nach Art. A 4 Abs. 1 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Gemäss Art. A 4 Abs. 2 AVB ist Arbeitsunfähigkeit die durch eine Krankheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (vgl. Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG; SR 830.1]). Unter Erwerbsunfähigkeit ist der durch eine Krankheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt zu verstehen. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu



berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. A 4 Abs. 3 AVB; vgl. Art. 7 ATSG).

3.2 Ist die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, bezahlt die Taggeldversicherung das Taggeld nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist, längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer (Art. B 7 Abs. 1 AVB). Bei voller Arbeitsunfähigkeit hat die versicherte Person Anspruch auf das in der Police aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggeldes nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; die Arbeitsunfähigkeit muss jedoch mindestens 25 % betragen. Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % zählen für die Ermittlung der Wartefrist und der Leistungsdauer voll (Art. B 7 Abs. 2 AVB). Die Wartefrist pro Krankheit beginnt am Tag, an dem nach ärztlicher Feststellung die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit einsetzt, frühestens jedoch 3 Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung (Art. B 7 Abs. 4 AVB). Führt eine Krankheit voraussichtlich zu Leistungen, hat die versicherte Person der Versicherung dies innert 30 Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen, in jedem Fall aber spätestens 5 Tage nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist. Ausserdem ist die versicherte Person verpflichtet, einen voraussichtlichen Leistungsanspruch rechtzeitig bei der IV (Rente, Umschulung, berufliche Massnahmen) anzumelden. Verweigert sie nach Aufforderung der Versicherung die Anmeldung bei der IV oder nimmt sie trotz schriftlicher Aufforderung der Versicherung die Anmeldung nicht rechtzeitig vor, werden die Taggeldleistungen ab dem 365. Tag seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit um den Betrag der maximalen einfachen IV-Rente gekürzt (Art. D 2 Abs. 1 AVB).

4.

4.1 Der Kläger macht geltend, er sei als C.\_\_\_\_ im eingeklagten Zeitraum ärztlich attestiert arbeitsunfähig. Es bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 60 %, welche die Beklagte anerkenne (act. G 1, S. 4 ff.). In der Replik hielt er fest, er beharre nicht auf einer Arbeitsunfähigkeit von 60 %, wohl aber auf einer solchen in der Höhe von 50 %, was auch der Beurteilung von Dr. D.\_\_\_\_ entspreche (act. G 15, S. 3 f.). Der Kläger bestreitet sodann, dass ihm die Aufgabe seiner Tätigkeit als selbständiger B.\_\_\_\_ zumutbar sei. Ferner bestreitet er mit Nichtwissen, dass er in leidensangepasster Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 90 % realisieren könnte. Die Beklagte berufe sich



dabei auf den Gutachter Dr. E.\_\_\_\_, der keine neutrale Begutachtung geliefert habe (act. G 1, S. 5 ff.; act. G 15, S. 3).

4.2 Die Beklagte wendet ein, dass der Kläger auf Grund einer täglichen Einsatzzeit als C.\_\_\_\_ von 15 bis 18 Uhr werktags und des Managings der Telefonanrufe und seiner C.\_\_\_\_ während täglich 24 Stunden und sieben Tagen pro Woche (vgl. dazu act. G 7.1, zu A 2, und zu A 7) seit 16. April 2013 eine Arbeitsfähigkeit von mindestens 50 % realisiere (act. G 7.1, A 8). Dr. E.\_\_\_\_ habe dem Kläger eine Arbeitsfähigkeit von 40 % in der Tätigkeit als selbständiger C.\_\_\_\_ und von 90 % in adaptierter, körperlich leichter Tätigkeit attestiert. Letztere Arbeitsfähigkeit sei vom Kläger im Sinne der Schadenminderungspflicht zu verwerten (G 7, S. 5 f.). Die Aufgabe des B.\_\_\_\_s hält die Beklagte nicht für notwendig; vielmehr könne der Kläger die (leidensadaptierte) Arbeitsfähigkeit in der Organisation seines B.\_\_\_\_ verwerten (act. G 7, S. 9; G 22 S. 4).

4.3 Zunächst ist die Höhe der Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als C.\_\_\_\_ und B.\_\_\_\_ zu prüfen.

4.3.1 Der Kläger meldete der Beklagten am 11. April 2013, dass er auf Grund von starken Schmerzen im rechten Arm sowie der rechten Schulter mit Sensibilitätsstörungen bis Finger I-III rechts (act. G 7.1, M 2) seit 12. März 2013 arbeitsunfähig sei (act. G 7.1, A 1; vgl. auch Aussendienstbericht vom 28. Juni 2013, act. G 7.1, A 2). Dr. D.\_\_\_\_ attestierte dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit 12. März 2013 bis 15. April 2013, von 75 % vom 16. April 2013 bis 4. November 2013 sowie von 50 % ab 5. November 2013 anhaltend (vgl. Kranken- und Unfallkarte, act. G 1.4 und 25.1; act. G 7.1, M 1, 2 und 5). Die Frage, ob in Zukunft mit einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen sei, bejahte Dr. D.\_\_\_\_, hielt jedoch fest, dies sei schwer zu beurteilen (act. G 7.1, M 2; vgl. auch den weiteren Bericht von Dr. D.\_\_\_\_ vom 28. November 2013, act. G 7.1, M 5). Nach Beurteilung durch Dr. D.\_\_\_\_ beträgt somit die Arbeitsunfähigkeit als C.\_\_\_\_ ab 5. November 2013 und für den gesamten eingeklagten Zeitraum 50 %.

4.3.2 Dem orthopädischen Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ ist keine zuverlässige Arbeitsfähigkeitsschätzung für die Tätigkeit als C.\_\_\_\_ zu entnehmen. Seine Angaben sind widersprüchlich (40% Arbeitsunfähigkeit und 60% Arbeitsunfähigkeit, vgl.



act. G 7.1, M 6). Der Widerspruch wurde von der Beklagten nicht aufgeklärt. Sie anerkannte ursprünglich zugunsten des Klägers eine Arbeitsunfähigkeit von 60 % (act. G 7.1, M 6). Wie es sich damit verhält, kann offen bleiben. Ausgewiesen ist jedenfalls eine Arbeitsunfähigkeit als C.\_\_\_\_ von 50 % ab 5. November 2013 gemäss Beurteilung durch Dr. D.\_\_\_\_.

4.4 Dr. D.\_\_\_\_ hielt auf die Frage nach der Arbeitsfähigkeit in einer anderen zumutbaren Erwerbstätigkeit fest, eine solche sei nicht möglich, der Versicherte sei C.\_\_\_\_ (act. G 7.1, M 2). Offenbar hat er die Frage nicht richtig verstanden. Jedenfalls gab er keine brauchbare Einschätzung der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit ab. Gemäss Dr. E.\_\_\_\_ beträgt die Arbeitsfähigkeit in einer dem Leiden angepassten Tätigkeit (körperlich leichte Tätigkeit in temperierten Räumen, die abwechslungsweise sitzend und stehend ausgeübt werden kann, ohne dass dabei häufig inklinierte und reklinierte sowie rotierte Kopfhaltungen eingenommen werden müssen) 90 % bei voller Stundenpräsenz (act. G 7.1, M 7). Auch wenn der Kläger das Gutachten von Dr. E.\_\_\_\_ grundsätzlich bemängelt, ist doch davon auszugehen, dass die Arbeitsfähigkeit in einer dem Rückenleiden angepassten Tätigkeit jedenfalls klar über 50% liegt. Folglich stellt sich die Frage, ob der Kläger sein B.\_\_\_\_ entweder so umorganisieren kann, dass er die 50% übersteigende Arbeitsfähigkeit für adaptierte Tätigkeiten ausschöpfen kann (vgl. nachfolgende E. 5.1), oder ob ihm die Aufgabe der selbständigen Tätigkeit und die Aufnahme einer leidensangepassten Tätigkeit im Sinne von Art. A 4 Abs. 2 AVB für den massgebenden Zeitraum ab 1. April 2014 zumutbar ist/war (E. 5.2).

5.

5.1 Der Ansicht der Beklagten, wonach der Kläger sein B.\_\_\_\_ nicht notwendigerweise auflösen müsste, weil er seine Restarbeitsfähigkeit von 50 % als C.\_\_\_\_ und die restlichen 40 % in der Administration auswerten könnte, kann nicht gefolgt werden. Es kann als notorisch gelten, dass bei dem kleinen B.\_\_\_\_ mit fünf eingesetzten Z.\_\_\_\_ kaum administrativer Aufwand anfällt, jedenfalls nicht im Ausmass einer 40%igen Stelle. Ausserdem können die anfallenden administrativen Tätigkeiten mehrheitlich in Wartezeiten vom Z.\_\_\_\_ aus erledigt werden. Ein Wertschöpfungspotential durch Umstrukturierungen ist nicht vorhanden, sodass der



Kläger den Ausfall, den er durch seine gesundheitsbedingt kürzere Y.\_\_\_\_ als C.\_\_\_\_ erleidet, durch administrativen Mehreinsatz nicht kompensieren könnte. Die Beklagte hat es ebenso versäumt, die konkreten Verhältnisse im Betrieb des Klägers zu erheben, wie sie es unterlassen hat, Umstrukturierungsmöglichkeiten und deren implizit behaupteten günstigen Einfluss auf den Schaden substantiiert aufzuzeigen. Weiterungen erübrigen sich deshalb.

5.2 Es bleibt somit die Frage zu prüfen, ob dem Kläger die Aufgabe seines B.\_\_\_\_ zugemutet werden kann.

5.2.1 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung zum bei der Invaliditätsbemessung im Sozialversicherungsrecht massgeblichen Grundsatz der Schadenminderungspflicht der versicherten Person ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit unter Berücksichtigung des bisherigen Berufes festzusetzen, solange von ihr vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, ihre restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten. Aus der sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht folgt, dass es einer versicherten Person grundsätzlich zumutbar ist, eine unselbständige Erwerbstätigkeit aufzunehmen, sofern damit eine wesentlich bessere Verwertung der Restarbeitsfähigkeit erreicht werden kann (BGE 129 V 460 E. 4.2; 133 III 527 E. 3.2.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1). Eine versicherte Person ist unter Umständen so zu behandeln, wie wenn sie ihre Tätigkeit als selbständig Erwerbende aufgab; d.h. sie hat sich im Rahmen der Invaliditätsbemessung jene Einkünfte anrechnen zu lassen, die sie bei Aufnahme einer leidensangepassten unselbständigen Erwerbstätigkeit zumutbarerweise verdienen könnte. Bei der Frage der Zumutbarkeit einer Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit sind praxisgemäss die gesamten subjektiven und objektiven Gegebenheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen. Im Vordergrund stehen bei den subjektiven Umständen die verbliebene Leistungsfähigkeit sowie die weiteren persönlichen Verhältnisse, wie das Alter, die berufliche Stellung und die Verwurzelung am Wohnort. Bei den objektiven Umständen sind insbesondere der ausgeglichene Arbeitsmarkt und die noch zu erwartende Aktivitätsdauer massgeblich (m.w.H. Urteil des Bundesgerichts 8C\_492/2015 vom 17. November 2015 E. 2.2).



5.2.2 Auch im Bereich der privatrechtlichen Krankentaggeldversicherungen ist den Versicherten ein Berufswechsel grundsätzlich unter vergleichbaren Voraussetzungen zumutbar wie im Sozialversicherungsrecht (vgl. Urteilshinweise bei Christoph Häberli/ David Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, S. 166, Rz. 522), wobei mitunter dafür plädiert wird, dass bei den objektiven Umständen – anders als bei der Invaliditätsbemessung der Sozialversicherungen – nicht auf den ausgeglichenen, sondern auf den realen Arbeitsmarkt abzustellen sei (vgl. Häberli/Husmann, a.a.O., S. 169 Rz. 533 f.). In der Praxis werden mit Hinweis auf die relativ kurze Leistungsdauer in der Krankentaggeldversicherung an die Bejahung der Zumutbarkeit eines Berufswechsels erhöhte Anforderungen gestellt (vgl. den Entscheid KK.2012.00027 des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Februar 2014 E. 5.4.1). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit führt dazu, dass erst recht die Zumutbarkeit der Aufgabe einer selbständigen Erwerbstätigkeit im Bereich der zeitlich befristeten Krankentaggelder eher zu verneinen ist als im Bereich der Dauerleistungen. Zu diesem Ergebnis führt auch der Grundsatz, dass die Anforderungen an die Schadenminderungspflicht praxisgemäss dort strenger sind, wo eine erhöhte Inanspruchnahme der Versicherung in Frage steht, so namentlich, wenn der Verzicht auf schadenmindernde Vorkehren Rentenleistungen auszulösen vermag (vgl. etwa die Urteile des Bundesgerichts 8C\_128/2015 vom 25. Juni 2015 und 8C\_459/2009 vom 23. Juli 2009 E. 4.3.1, je mit Hinweis insbesondere auf BGE 113 V 22 E. 4b). Dass die Inanspruchnahme der Versicherung naturgemäss – wie erwähnt – auf eine verhältnismässig kurze Dauer begrenzt ist, muss bei der Abwägung des Interesses der Versicherung an einer sparsamen Versicherungspraxis einerseits und jenem der versicherten Person an ihrer Lebensgestaltung in Bezug auf ihre grundrechtlich geschützten Betätigungsmöglichkeiten andererseits berücksichtigt werden.

5.2.3 Im vorliegenden Fall ist das Kriterium der langen Dauer der Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. A 4 Abs. 2 AVB erfüllt. Eine Arbeitsunfähigkeit bestand seit 12. März 2013 und damit im Zeitpunkt der Leistungseinstellung am 31. März 2014 seit über einem Jahr. Die relativ kurze Dauer der maximal verbleibenden Leistungspflicht von weniger als einem Jahr spricht allerdings dafür, an die Bejahung der Zumutbarkeit der Aufgabe der selbständigen Erwerbstätigkeit des Klägers erhöhte Anforderungen zu stellen. Wichtig ist insbesondere der Umstand, dass der Kläger als Einzelunternehmer nicht nur seine bisherige Erwerbstätigkeit als C.\_\_\_\_, sondern auch seine Einzelfirma, die seit



2004 besteht, aufzugeben und zu liquidieren hätte, was mit der Entlassung der Angestellten und der Auflösung von Leasingverträgen einhergehen würde und somit erheblich gegen die Zumutbarkeit eines Berufswechsels ins Gewicht fällt. Dies gilt umso mehr, als die verbliebene Leistungsfähigkeit im bisherigen Beruf im massgebenden Zeitraum 50 % betrug und unklar ist, ob der Gesundheitszustand aus ärztlicher Sicht noch verbesserungsfähig ist, womit die Stabilität des Gesundheitsschadens (vgl. dazu etwa das Urteil des Bundesgerichts K 224/05 vom 29. März 2007 E. 3.2; Häberli/Husmann, a.a.O., S. 167 Rz. 525) noch nicht ausgewiesen ist (act. G 7.1, M 2, 3 und 5). Mit Blick auf das Kriterium der beruflichen Stellung des Klägers drängt sich die Frage auf, welche Tätigkeiten ihm nach Aufgabe seines B.\_\_\_\_ möglich wären. Eine Tätigkeit im administrativen Bereich eines anderen – aufgrund der nötigen erheblichen Nachfrage offenkundig deutlich grösseren – B.\_\_\_\_ wäre grundsätzlich denkbar; entsprechende Abklärungen hat die Beklagte aber nicht vorgenommen. Realistischerweise würde es dem Kläger wohl nicht gelingen, in einem solchen Betrieb eine Anstellung zu finden, die seinen gesundheitlichen Einschränkungen genügend Rechnung trägt, bei der in erheblichem Ausmass administrative, keine Zwangshaltungen beinhaltende Tätigkeiten (vgl. Anforderungsprofil in angepasster Tätigkeit, act. G 7.1, M 7) anfallen. Denn dem Kläger fehlt eine entsprechende Ausbildung im kaufmännischen Bereich. Auf Grund seines Alters wäre eine berufliche Neuorientierung auch im Hinblick auf die verbleibende Aktivitätsdauer und die fehlende Erfahrung in körperlich angepassten Tätigkeiten, z. B. im kaufmännischen, handwerklichen oder gewerblichen Bereich, einschneidend und die Aussichten, dass er in einem solchen Bereich erfolgreich Fuss fassen könnte, fraglich. Eine Verwurzelung am Wohnort ist schliesslich besonders im Hinblick auf die beiden schulpflichtigen Kinder (act. G 7.1, zu A 7) anzunehmen – auch diesbezüglich hat die Beklagte keine Abklärungen vorgenommen.

5.2.4 Insgesamt erscheint es in Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen nicht verhältnismässig, vom Kläger die Aufgabe seiner selbständigen Erwerbstätigkeit zu verlangen, um ein knappes weiteres Jahr Taggelder einsparen zu können. Die Festsetzung der für den geltend gemachten Taggeldanspruch massgebenden Arbeitsunfähigkeit hat folglich allein unter Berücksichtigung der selbständigen Tätigkeit als B.\_\_\_\_/C. \_\_\_\_ zu erfolgen. Danach beträgt die Arbeitsunfähigkeit im eingeklagten Zeitraum ab 1. April 2014 50 %. In dieser Höhe dauerte sie bis über das Ende der



maximalen Taggeldbezugsdauer im Februar 2015 (vgl. Erw. 6.1) hin an, wie Dr. D.\_\_\_\_ bestätigt hat (act. G 25.1).

6.

Schliesslich bleibt die Höhe des Taggeldanspruchs ab 1. April 2014 zu bestimmen.

6.1 Gemäss Klageschrift hat die Beklagte dem Kläger bis 31. März 2014 385 Taggelder mit einem Tagesansatz von Fr. 115.10 ausgerichtet (act. G 1, S. 5, Ziff. 4.). Diese klägerische Behauptung ist seitens der Beklagten unwidersprochen geblieben, so dass vorliegend davon ausgegangen werden kann, dass der Kläger einen Restanspruch aus Krankentaggeldversicherung von 331 Tagen hat (730 Tage abzüglich 14 Tage Wartefrist abzüglich bereits erhaltene 385 Taggelder). Die Höhe der noch geschuldeten Taggeldleistungen ab 1. April 2014 bis zur Ausschöpfung des Taggeldanspruchs von insgesamt 716 Tagen (damit bis und mit 25. Februar 2015) bemisst sich gemäss Versicherungspolice ausgehend von einem Tagessatz von Fr. 115.05 (42'000.-- / 365 Tage) und beträgt bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % Fr. 57.50. Bei einem Restanspruch von 331 Tagen ergibt dies einen Taggeldbetrag in der Höhe von Fr. 19'032.50.

6.2 Die Beklagte bringt unter Bezugnahme auf Art. D 2 Ziff. 1 Abs. 2 AVB vor, berechtigt zu sein, einen Abzug von einem allfällig vom Gericht zugesprochenen Taggeldanspruch ab 1. April 2014 wegen unterlassener IV-Anmeldung zu tätigen (Kürzung im Betrag der maximalen einfachen IV-Rente ab 365. Tag seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit, vgl. Klageantwort, act. G 7, S. 8). Die Beklagte begründet dies mit dem Hinweis auf die Schadenminderungspflicht.

6.2.1 Führt eine Krankheit zu Leistungen, ist die versicherte Person verpflichtet, einen voraussichtlichen Leistungsanspruch rechtzeitig bei der IV anzumelden. Verweigert sie nach Aufforderung der Axa die Anmeldung bei der IV oder nimmt sie trotz schriftlicher Aufforderung der Axa nicht rechtzeitig die Anmeldung vor, werden die Taggeldleistungen ab dem 365. Tag seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit um den Betrag der maximalen einfachen IV-Rente gekürzt (Art. D 2 Ziff. 1 Abs. 2 Aufzählungsstrich 2 AVB).



6.2.2 Vorliegend ist keine hinreichende schriftliche Aufforderung mit Androhung der Konsequenzen der Unterlassung aktenkundig. Die Beklagte hat den Kläger mit Schreiben vom 14. November 2013 lediglich aufgefordert, die IV-Anmeldung vorzunehmen, ohne jeglichen Hinweis auf die Bedeutung der Anmeldung bzw. die Folgen der Unterlassung (act. G 7.1, A 8), wobei der Kläger bestreitet, dieses Schreiben erhalten zu haben. Darauf braucht nicht näher eingegangen zu werden. Denn die Beklagte hatte auf telefonische Anfrage bereits am 6. Dezember 2013 von der IV erfahren, dass der Kläger sich nicht angemeldet hatte (act. G 7.1, A 9). In dieser Situation wäre sie nach Treu und Glauben (Art. 2 des Zivilgesetzbuchs [ZGB; SR 210]) gehalten gewesen, ihn zeitnah, also noch im Dezember 2013, über die möglichen Konsequenzen der unterlassenen IV-Anmeldung zu informieren. Da sie dies unterlassen hat, ist eine Anrechnung einer fiktiven IV-Rente von vornherein nicht statthaft. Die Rechtmässigkeit der genannten Bestimmung der AVB braucht vor diesem Hintergrund nicht näher überprüft zu werden.

7.

7.1 Im Ergebnis ist somit die Klage gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger für die Zeit ab 1. April 2014 bis 25. Februar 2015 Taggelder in der Höhe von Fr. 19'032.50 zu entrichten.

7.2 Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt.

7.2.1 Das Verfahren ist kostenlos. Es sind keine Gerichtskosten zu erheben (Art. 114 lit. e ZPO).

7.2.2 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 96 ZPO). Das mittlere Honorar ist abhängig vom Streitwert (vgl. Art. 14 der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten [HonO; sGS 963.75]). Der Streitwert richtet sich gemäss Art. 13 Abs. 1 HonO nach den Bestimmungen der ZPO. Nach Art. 91 ZPO wird der Streitwert durch das Rechtsbegehren bestimmt. Er richtet sich nach den Verhältnissen im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtshängigkeit; nach Klageeinreichung eintretende Änderungen sind



unbeachtlich (m.w.H. Matthias Stein-Wigger, in: Kommentar zur ZPO, N 12 zu Art. 91). Der Kläger liess in der Klage Taggelder auf der Basis einer Arbeitsunfähigkeit von 60% ab 1. April 2014 bis längstens 11. März 2015 beantragen. Daraus ergibt sich ein Streitwert von Fr. 23'822.25 (345 Tage à Fr. 69.05 [60% von Fr. 115.05]). Das mittlere Honorar beträgt demzufolge gemäss Art. 14 lit. c HonO Fr. 1'850.-- + 12.3 % des Streitwerts, folglich Fr. 4'780.15. Da das Versicherungsgericht in Streitigkeiten betreffend eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung anstelle des Kantonsgerichts als erste Instanz im Sinne von Art. 15 HonO entscheidet, ist die Parteientschädigung praxisgemäss analog um einen Fünftel zu erhöhen, womit sich bei vollem Obsiegen ein Betrag von Fr. 5'736.20 ergibt. Der Kläger obsiegt im Ausmass von 79.9 %. Demnach beläuft sich die durch die Beklagte auszurichtende Parteientschädigung auf Fr. 4'583.20 (79.9 % von Fr. 5'736.20; vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 28<sup>bis</sup> Abs. 1 HonO besteht Anspruch auf den pauschalen Ersatz für Barauslagen von 4 % des Honorars, höchstens Fr. 1'000.--. Beim Honorar von Fr. 4'583.20 beträgt dieser Fr. 183.35. Zum Honorar und zu den Barauslagen wird die Mehrwertsteuer von 8 % (Fr. 381.30) hinzugerechnet (Art. 29 HonO). Die Beklagte hat demnach den Kläger mit Fr. 5'147.85 zu entschädigen.

7.2.3 Die vom Rechtsvertreter des Klägers eingereichte Honorarnote (act. G 15.1) weist ein Honorar nach Zeitaufwand auf und richtet sich nicht nach dem Streitwert. Da es sich beim vorliegenden Verfahren jedoch um einen Zivilprozess und nicht um ein Verwaltungsrechtspflegeverfahren handelt, gelangen die in der Honorarnote referenzierten Art. 22 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 24 Abs. 1 HonO nicht zur Anwendung.

7.2.4 Die teilweise obsiegende Beklagte hat die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers beantragt. Das Verfahren wurde von einem Angestellten ihres Rechtsdienstes geführt, der nicht als berufsmässiger Vertreter im Sinne von Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO gilt (vgl. Viktor Rüegg, in: BSK-ZPO, Art. 95 N 18; Benedikt A. Suter/Christina von Holzen, in: Kommentar zur ZPO, N 38 und N 42 Art. 95, je mit Hinweisen). Daher besteht unter diesem Titel kein Anspruch auf eine Parteientschädigung. Es liegt auch kein begründeter Fall gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vor, wonach der Beklagten eine angemessene Umtriebsentschädigung zuzusprechen wäre. Ersatz für notwendige Auslagen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO



wird ebenfalls nicht geltend gemacht. Die Beklagte hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

### Entscheid

im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 14 der sankt-gallischen Verordnung über die Organisation und den Geschäftsgang des Versicherungsgerichts (OrgV; sGS 941.114)

1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Taggelder im Betrag von Fr. 19'032.50 zu bezahlen.

2.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

3.

Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 5'147.85 zu bezahlen.

4.

Die Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.