

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer I



I 2018 89

Urteil vom 10. April 2019

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.med. Bernhard Zumsteg, Richter
Dr.med. Pierre Lichtenhahn, Richter
lic.iur. Josef Mathis, Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____,
Kläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. B. _____,

gegen

C. _____ AG,
Beklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. D. _____,

Gegenstand

Krankenversicherung (Krankentaggeld nach VVG)

Sachverhalt:

A. A._____ (Jg. 1973) war seit März 2013 als Mitarbeiter Ausrüsterei bei der Druckerei E._____AG angestellt. Dieses Arbeitsverhältnis wurde am 29. August 2016 mündlich und schriftlich per 31. Oktober 2016 gekündigt (Kläger-act. [nachfolgend K-act.] 6), wobei sich die Kündigungsfrist infolge Krankheit verlängerte und das Arbeitsverhältnis am 30. April 2017 endete (K-act. 9, 7). Als Angestellter der Druckerei E._____AG war A._____ bei der C._____AG krankentaggeldversichert.

B. Mit Meldung vom 7. Oktober 2016 informierte die Arbeitgeberin die C._____AG über eine seit dem 31. August 2016 bestehende 100% Arbeitsunfähigkeit (Krankheit, Beschwerden Rücken) von A._____. Letzter Arbeitstag sei der 30. August 2016 gewesen (K-act. 4, 5). In der Folge anerkannte die C._____AG ihre Leistungspflicht und erbrachte nach Ablauf einer Wartefrist von 90 Tagen Taggelder (K-act. 10).

C. Am 19. Mai 2017 teilte die C._____AG A._____ mit, sie sei durch die IV-Stelle informiert worden, ihm sei aus rheumatologischer Sicht eine körperlich mittelschwere Tätigkeit als Hilfsarbeiter möglich. Man erbringe Taggeldleistungen noch für eine Übergangszeit von 3 Monaten, was ihn in der Arbeitssuche unterstützen solle. Ab spätestens 1. September 2017 werde die C._____AG die Taggeldleistungen einstellen (Beklagt.-act. [nachfolgend BK-act.] 6).

D. Am 6. Oktober 2017 liess A._____ der C._____AG durch seine Rechtsschutzversicherung mitteilen, er befinde sich wegen einer Coxa saltans in spezialärztlicher Behandlung; es sei während des laufenden Versicherungsfalles ein neuer Versicherungsfall eingetreten, weswegen die Arbeitsunfähigkeit über die Taggeld-Einstellung vom 31. August 2017 hinaus anhalte (K-act. 36). Nachdem die C._____AG an der Taggeld-Einstellung festhielt, liess A._____ seine Forderung am 6. Februar 2018 erneuern (K-act. 37). Mit Schreiben vom 23. Mai 2018 bekräftigte die C._____AG ihre Haltung und den Entscheid vom 19. Mai 2017, die Taggeldleistungen per 31. August 2017 einzustellen.

E. A._____ lässt am 13. September 2018 beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz gegen die C._____AG Klage einreichen mit den Rechtsbegehren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger CHF 59'276.00 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2018 zu bezahlen.
2. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger aufgrund einer noch zu ermittelnden Teilarbeitsfähigkeit Krankentaggelder ab September 2017 bis August 2018 nebst Zins zu 5% seit 1. März 2018 zu bezahlen.

3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge (zuzüglich MWST) zulasten der Beklagten.

F. Mit Klageantwort vom 3. Oktober 2018 beantragt die C. _____ AG:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter gesetzlicher Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers.

G. Mit Replik vom 30. November 2018 hält der Kläger an den Rechtsbegehren gemäss Klageschrift vollumfänglich fest. Am 7. Januar 2019 reicht die Beklagte Duplik ein und bestätigt die Rechtsbegehren gemäss Klageantwort.

H. Der instruierende Richter teilte den Parteien mit Schreiben vom 8. Januar 2019 mit, das Gericht beabsichtige, in der Sache ohne Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung zu entscheiden. Innert der angesetzten Frist bis 31. Januar 2019 ging seitens der Parteien kein Einwand gegen dieses Vorgehen ein.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1. Seitens der Parteien ist unbestritten, dass zwischen der Druckerei E. _____ AG und der Beklagten ein Erwerbsausfallversicherungsvertrag nach VVG bestand, wonach im Krankheitsfall des Personals während maximal 730 Tagen bei einer Wartefrist 90 Tagen Taggelder in der Höhe von 80% geleistet werden (K-act. 2). Unbestritten ist ebenso, dass der Kläger als Angestellter der Druckerei E. _____ AG versicherte Person war und die mit Meldung vom 7. Oktober 2016 angezeigte krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ab 31. August 2016 einen Versicherungsfall darstellte und Leistungen der Beklagten auslöste. Strittig ist hingegen die Dauer der Leistungspflicht der Beklagten.

Einigkeit besteht, dass es sich bei vorliegender Streitigkeit um eine solche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung handelt, dass hierfür im Kanton Schwyz das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz zuständig ist (Art. 7 Schweizerische Zivilprozessordnung [Zivilprozessordnung, ZPO; SR 272] vom 19.12.2008 i.V.m. § 24 Abs. 2 Einführungsgesetz zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung [EGzKVG; SRSZ 361.100] vom 19.9.2007), dass Streitigkeiten aus solchen Versicherungen privatrechtlicher Natur sind (BGE 138 III 2 Erw. 1.1) und dass sich das Verfahren nach der ZPO richtet (Urteil BGer 4A_110/2017 vom 27.7.2017 Erw. 3), wobei vor der Klageeinreichung kein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 Erw. 4) und nach Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert das vereinfachte Verfahren gilt.

2. Was das Verfahren anbelangt, so besteht zwischen den Parteien Uneinigkeit betreffend die Beweislast. Gemäss Kläger hat die Beklagte nachzuweisen, dass der anerkanntermassen krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewordene Kläger wieder arbeitsfähig wurde, dass mithin der Kläger per Einstellung der Taggelder nicht mehr arbeitsunfähig, sondern arbeitsfähig sei. Dem hält die Beklagte entgegen, den Kläger treffe die Beweislast nachzuweisen, dass er im Zeitpunkt der Taggeld-Einstellung weiterhin arbeitsunfähig gewesen sei.

2.1 In vorliegender Streitigkeit kommt wie dargestellt das vereinfachte Verfahren zur Anwendung (Erw. 1). Dabei hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO), es gilt die sogenannte soziale oder auch eingeschränkte Untersuchungsmaxime (vgl. Urteil BGer 5A_2/2013 vom 6.3.2013 Erw. 4.2).

Bei der eingeschränkten Untersuchungsmaxime sind die Parteien nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen (Urteile BGer 5A_875/2015 vom 22.4.2016 Erw. 3.2.2; 5A_2/2013 vom 6.3.2013 Erw. 4.2; 4A_79/2012 vom 27.8.2012 Erw. 4.3). Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (Urteil BGer 4A_360/2015 vom 12.11.2015 Erw. 4.2 mit weiteren Hinweisen). Das Mass der richterlichen Hilfe hängt vom Einzelfall ab, namentlich von der sozialen und intellektuellen Disposition der Parteien. Stehen sich anwaltlich vertretene Parteien gegenüber, soll sich das Gericht zurückhalten (Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 S. 7221 ff. S. 7348; Urteile BGer 4A_519/2010 vom 11.11.2010 Erw. 2.2; 4A_635/2009 vom 24.3.2010 Erw. 2.2).

2.2 Im Rahmen des Versicherungsvertrags hat die anspruchsberechtigte Person - in der Regel der Versicherungsnehmer - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen. Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat (BGE 141 III 241 Erw. 3; Urteile BGer 4A_592/2015 vom 18.3.2016 Erw. 3; 4A_516/2014 vom 11.3.2015 Erw. 1; je mit Hinweisen).

Es ist der Kläger, der einen Versicherungsanspruch geltend macht und die Beweislast für die anspruchsbegründenden Tatsachen (hier eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% über die Taggeldeinstellung hinaus) trägt. Nicht die Beklagte hat ab April bzw. September 2017 eine Zustandsverbesserung zu beweisen, sondern der Kläger hat mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit den Nachweis zu erbringen, dass die Arbeitsunfähigkeit zu mindestens 25% weiter andauert hat. Für eine Klageabweisung genügt es, dass Zweifel am Fortbestand einer Arbeitsunfähigkeit aufkommen, diese nicht als überwiegend wahrscheinlich erscheint. Derartige Zweifel können auch allein durch Parteivorbringen beziehungsweise Privatgutachten ausgelöst werden. Auch aus einer Beweislosigkeit kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten; er müsste vielmehr aufzeigen, dass aufgrund der gegebenen Umstände keine Zweifel daran aufkommen durften, dass eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% überwiegend wahrscheinlich ist (Urteil BGer 4A_85/2017 vom 4.9.2017 Erw. 2.3).

Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen, wie u.a. die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG. Das Ende der Arbeitsunfähigkeit stellt keine derartige Tatsache dar, weshalb diesbezüglich nicht die Beklagte die Beweislast trägt, sondern der Kläger für deren Fortbestand bis zum Ende des Zeitraums, für den er Leistungen beansprucht.

2.3 Die Beweislastverteilung regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Gelangt ein Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Tatsächliche Vermutungen lassen den Schluss auf das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Tatsachen zu und bilden Teil der Beweiswürdigung (BGE 141 III 241 Erw. 3.2 mit Hinweisen u.a. auf BGE 138 III 359 Erw. 6.3; BGE 135 II 161 Erw. 3; BGE 134 III 235 Erw. 4.3.4).

2.4 Vorliegend gilt es somit zu prüfen, ob der Kläger über den 31. August 2017 hinaus überwiegend wahrscheinlich zu mindestens 25% arbeitsunfähig war, was der Kläger zu beweisen hat. Bestehen Zweifel am Fortbestand einer Arbeitsunfähigkeit, so dass das Fortdauern der Arbeitsunfähigkeit nicht als überwiegend wahrscheinlich erscheint, ist die Klage abzuweisen.

3. Was den Gesundheitszustand des Klägers anbelangt, so ergibt sich aus den Akten:

3.1 Am 7. und 21. Oktober 2016 meldete die Arbeitgeberin der Beklagten die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab dem 31. August 2016 (K-act. 4 und 5). In den Akten liegen ärztliche Arbeitsunfähigkeitsatteste ab dem 31. August 2016 bis 21. Februar 2017 vor. Am 21. Februar 2017 hat der Kläger die Arbeit für 2 ½ Tage wieder aufgenommen (K-act. 7), war dann vom 24. Februar 2017 bis 30. April 2017 für 100%, vom 25. April 2017 bis 26. Mai 2017 50%, anschliessend erneut 100% krankgeschrieben (vgl. K-act. 33).

3.2.1 In einem ärztlichen Zeugnis vom 3. November 2016 beantwortete Dr.med. F._____ (FMH Rheumatologie, FMH Physikalische Medizin und Rehabilitation, FMH Allgemeine Medizin, Interventionelle Schmerztherapie SSIPM) Fragen der Beklagten und nannte dabei als Diagnose ein Thorako- und Lumbospondylogenes Syndrom links, was am ehesten die Folge einer Krankheit sei. Der Kläger sei seit dem 6. Oktober 2016 in seiner Behandlung. Er sei 100% arbeitsunfähig, eine Prognose könne nicht abschliessend gegeben werden, es sei aber nicht mit einer bleibenden Gesundheitsschädigung zu rechnen (K-act. 11).

3.2.2 Am 14. November 2016 ergänzte Dr.med. F._____, der Arbeitsunfähigkeit liege die Diagnose Thorako- und Lumbospondylogenes Syndrom links - Spondylarthrosen mit Reizzustand kaudal (MRI LWS 9/2016) zu Grunde. Der Kläger habe seit 6 bis 7 Monaten Schmerzen lumbal beiderseits sowie nach kranial links ziehend in den dorsolateralen Thorax sowie nach gluteal und in dorsolateralen Oberschenkel links, belastungabhängige Schmerzen. In Behandlung habe bislang nur eine 30% Verbesserung erreicht werden können; es sei eine muskuloskelettale Rehabilitation beantragt. Der Kläger sei 100% arbeitsunfähig, ein Zeitpunkt für den beruflichen Wiedereinstieg könne nicht angegeben werden. Bleibende Nachteile seien nicht wahrscheinlich. In einer anderen Tätigkeit sei aus rein medizinischer Sicht die Arbeitsfähigkeit höchstwahrscheinlich höher. Im Moment sei ein 100% Wiedereinstieg in die angestammte Tätigkeit prioritär und Ziel der Behandlung (K-act. 12).

3.2.3 In einem Beschlussprotokoll vom 17. November 2016 hielt der versicherungsärztliche Dienst der Beklagten vor diesem Hintergrund eine vollständige Arbeitsunfähigkeit als gerechtfertigt. Nach der Rehabilitation sei der Stand zu klären (K-act. 13).

3.2.4 In einem weiteren Bericht vom 2. Februar 2017 wiederholt Dr.med. F._____ die früheren Ausführungen. Er bestätigte, die bisherigen Therapien (Physiotherapie [4x9], Akupunktur, Medikation) hätten nur eine ca. 30%ige Besserung der Beschwerdesymptomatik gebracht. Der Kläger habe nun am 23. Januar 2017 die beantragte Rehabilitation angetreten. Der Verlauf und poststatio-

näre Verlauf bleibe abzuwarten. Hieraus ergäben sich Implikationen für die weitere Behandlung. Auch bezüglich Einschätzung der Arbeitsfähigkeit sei der Verlauf der stationären Rehabilitation abzuwarten. Ziel sei die volle Wiedereingliederung im angestammten Beruf. Ein bleibender Nachteil sei im Moment eher nicht zu erwarten (K-act. 14).

3.3.1 Vom 23. Januar 2017 bis 11. Februar 2017 war der Kläger auf Zuweisung von Dr.med. F._____ zur Rehabilitation in der Klinik G._____AG hospitalisiert. Dr.med. I._____ (Oberarzt) und die Fachpsychologin lic.phil. J._____ stellten folgende Rehabilitationsdiagnosen (K-act. 15):

- Chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren
- Osteochondrose, Spondylarthrosen mit Reizzustand (MRI LWS 9/16 und Rx), muskuläre Dysbalance und Insuffizienz, Ausweitung Bein links

Als Nebendiagnose wurde eine symptomatische Inguinalhernie rechts aufgeführt (die am 13.12.2016 operiert wurde). In der medizinischen Beurteilung wurde ausgeführt, der Kläger leide an einer chronischen Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren. Die klinischen Befunde (Diskus-Bulging, Facetenarthrose, muskuläre Dysbalance und Insuffizienz) alleine würden die Beschwerden und Einschränkungen nicht erklären. "Red flags" habe man jedoch keine finden können. In der psychologischen Beurteilung dürften psychosoziale Belastungsfaktoren v.a. im Zusammenhang mit seinem Arbeitsplatz und der Kündigung eine zentrale Rolle an der Aufrechterhaltung der Schmerzen spielen. Es imponiere die "fehlende Kündigungsakzeptanz und ein dysfunktionales Festhalten an gemäss seines Empfindens Unrecht und Kränkung durch Arbeitgeber". Ansonsten ergäben sich im psychopathologischen Befund keine Abweichungen von der Norm. Zudem sind dem Austrittsbericht unter "Therapie und Verlauf" u.a. folgende Angaben zu entnehmen:

(...) In der Psychotherapie lag der Fokus auf einem funktionalen Umgang mit seinen Auseinandersetzungen am Arbeitsplatz und v.a. mit der Kündigung i.S. einer verbesserten Akzeptanz. Im Verlauf der Therapie gelang es dem Patienten jedoch kaum, sich von den Kränkungen durch Kündigung zu distanzieren, um eine neue Perspektive zu entwickeln. Dieser Akzeptanzprozess ist durch den erhobenen Einspruch zusätzlich erschwert.

Der Schwerpunkt während des Aufenthalts wurde auf die Rumpfstabilität gelegt. Der Pat. konnte ebenso gezielt auf die Rückenstabilität im Alltag instruiert werden. Die Leistungsbereitschaft des Patienten beurteilen wir im Wesentlichen als zuverlässig. Infolge der mässigen Selbstlimitierung und Inkonsistenz sind die Resultate von ergonomischen Tests für die Beurteilung der funktionellen Belastbarkeit verwertbar. Es ist davon auszugehen, dass im Rahmen eines adäquaten Schmerzmanagements der Patient mehr leisten könnte, als was er bei den Tests zeigte. Bei Eintritt und Austritt konnte der Patient 30 kg vom Boden zur Taille und 20 kg von Taille zum Kopf heben. Überkopparbeiten war bei Eintritt 4 min und bei Austritt 5

min möglich, im 6 Minuten Gehstest schaffte der Patient bei Eintritt 540 m und bei Austritt 600 m.

Die Schmerzen der LWS blieben bei 5/10 auf der NRS.

(...) Insgesamt konnte der Patient die aktiven Therapien alle gut durchführen und die Intensität steigern, beeinträchtigend bleibt jedoch die Schwierigkeit des Patienten, sich von der Kündigung zu distanzieren. Allerdings hat sich der Patient während der Rehabilitation um eine neue Stelle beworben. Am Ende der Rehabilitation zeigte sich klinisch eine Coxa saltans ohne Schmerzen, zum Ausschluss anderer Befunde wurde am 10.02.2017 eine Beckenübersichtsaufnahme angefertigt, die eine Coxa Valga-Stellung (ohne pathologischen Wert) zeigte und keine Zeichen einer Coxarthrose, Fraktur, femoroazetabuläres Impingement oder eines entzündlichen Geschehens zeigte.

Es wurde die Weiterführung des erlernten Heimprogrammes, der ambulanten Physiotherapie und der medizinischen Trainingstherapie empfohlen, die Fortführung einer psychologischen Therapie wurde als nicht zielführend beurteilt. Dringend empfohlen wurde die intensive Weiterführung der Jobsuche.

Im erwähnten Austrittsbericht der Klinik G._____AG wurde eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit wegen der Leistenhernienoperation bis 13. Februar 2017 attestiert. Für den Zeitraum ab dem 21. Februar 2017 – nach der Rehabilitation – sei der Patient aus rheumatologischer Sicht für eine mittelschwere Tätigkeit ohne ständige Zwangshaltung zu 100% arbeitsfähig (Beurteilung anhand Kurz-EFL; vgl. auch ausgestelltes Arztzeugnis in K-act. 33), für die aktuelle Tätigkeit sei er zu 100% arbeitsunfähig (BK-act. 9).

3.3.2 Dieses Arztzeugnis erfolgte mitunter ausdrücklich gestützt auf die am 8. Februar 2017 im Rahmen der Rehabilitation und im Auftrag von Dr.med. I._____ durchgeführten Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit ohne ärztliche Supervision und Beurteilung (BK-act. 4). Ärztlicherseits wurden keine Limiten für die EFL-Testung vorgegeben. Die Berichterstatterinnen konstatieren keine Symptomausweitung. Es bestehe aber eine Verunsicherung über die körperliche Belastbarkeit, Angst bei erhöhter Belastung vor einer Schmerzexacerbation; er zeige eine übervorsichtige Bewegung. Der Kläger schätze seine Leistungsfähigkeit im Allgemeinen zu tief ein. Die Unsicherheit habe auch mit intensiver Edukation und funktionellem Training nicht vollständig beseitigt werden können. Die beobachtete Belastbarkeit entspreche im Wesentlichen einer mittelschweren Tätigkeit (Hantieren von Lasten selten bis max. 25kg). Dies liege momentan knapp unter den Belastungsanforderungen der bisherigen Arbeit. Diese könne er aus funktioneller Sicht nur knapp bewältigen; bei Nutzung der vorhandenen Hilfsmittel sollte die Belastung tolerierbar, die bisherige Arbeit zu bewältigen sein.

3.4.1 Am 22. Mai 2017 stellte sich der Kläger in der H._____ Klinik vor. K._____ (Assistenzärztin) und Dr.med. L._____ (Leitender Arzt Orthopädie) stellten die Diagnose einer ausgeprägten Coxa saltans externa links sowie als Nebendiagnosen ein Thorako- und Lumbospondylogenes Syndrom links (Spondylarthrosen mit Reizzustand kaudal, keine Neurokompression, keine höhergradige Degeneration [MRI LWS 09/2016]) und eine symptomatische Inguinalhernie rechts (K-act. 16). Die Coxa saltans externa links bereite ihm seit 2 Jahren Probleme, erstmals aufgefallen sei diese im Rahmen der stationären Rehabilitation aufgrund der bestehenden Rückenbeschwerden. Die Therapien hätten bislang wenig Einfluss auf die Beschwerden gehabt. Weiter erwähnt der Bericht, beim Kläger liege aktuell eine schwierige Grundsituation mit bestehender Arbeitslosigkeit vor; dem aktuellen Beruf könne er aufgrund der unterschiedlichen Beschwerden nicht vollumfänglich nachkommen. Als Befund wurde erhoben:

Flüssiges aber vorsichtiges Gangbild. Spontan weist das linke Bein um eine etwa 10° zur Gegenseite erhöhte Innenrotation auf. Bewegungsausmass linkes Hüftgelenk: F/E 110/0/0°. Beim Übergang von Flexion zur Extension massives Tractuspringen. Dies wird als schmerzhaft im Ansatzbereich angegeben. Uneingeschränkte Rotationsfähigkeit der Hüfte. Gute Kraftentwicklung der Hüfte. Gute Kraftentwicklung der Hüftabduktoren.

Zur näheren Beurteilung wurden weitere Abklärungen veranlasst.

3.4.2 Am 16. Juni 2017 wurde ein CT Beinrotation beidseits durchgeführt bei klinischer Angabe und Fragestellung "Coxa saltans externa links. Torsionsverhältnisse" (K-act. 19). Der Befund wurde am 20. Juni 2017 in der H._____ Klinik besprochen (K-act. 20). Zu dieser Konsultation halten K._____ und PD Dr.med. M._____ (Leitender Arzt Orthopädie) fest:

Befund

CT-Beinrotation bds. vom 16.06.2017
Femurantetorsion links 16°, rechts 13°
Tibiaausserrotation links 31°, rechts 35°
CAM-Deformität bds. leichte Acetabulumrandossifikationen bds.
Zusätzlich Ossifikation ventral am Übergang Schenkelhals Trochanter

Beurteilung und Procedere (vidit et dixit PD Dr.med. M._____):

(...) Da die Symptomatik erst seit etwa 2 Jahren besteht, möchten wir zunächst einen Versuch mittels ultraschallgesteuerter Infiltration des Tractus vornehmen lassen, bevor wir dem Patienten eine operative Befundsanieuerung anbieten. (...) Mittelfristig gehen wir aber davon aus, dass eine alleinige Behebung der Beschwerden aufgrund der bestehenden Coxa saltans externa links nicht zu einer wesentlichen Auswirkung auf die bestehende schwierige Gesamtsituation mit Arbeitsunfähigkeit/Arbeitslosigkeit nehmen wird. Herr Ljeskovica klagt über zahlreiche andere Beschwerden, die zusätzlich seine Arbeitsfähigkeit einschränken würden. Hinsichtlich der linken Hüfte bitten wir um Rücküberweisung des Patienten zur Planung des weiteren Procedere nach erfolgter Infiltration (...).

Gleichentags wurde dem Kläger ab dem 20. Juni 2017 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert.

3.4.3 In der Verlaufssprechstunde vom 4. August 2017 berichtete der Kläger, die lokale Infiltration vom 12. Juli 2017 habe zu keinem Zeitpunkt eine Befundverbesserung gebracht. Es wurde ihm daher eine operative Befundsanierung angeboten. Der Kläger zeigte sich diesbezüglich zurückhaltend und wollte die Physiotherapie fortsetzen (K-act. 21).

3.4.4 Da auch die Physiotherapie keine ausreichende Befundverbesserung zeigte, stellte sich der Kläger am 26. September 2017 erneut in der H. _____ Klinik vor zwecks operativer Sanierung. Es wurde ihm eine Z-Plastik des Tractus iliotibialis links angeboten, dem der Kläger zustimmte. Der Eingriff wurde für Anfangs Dezember 2017 geplant (Vi-act. 22).

3.4.5 Am 22. November 2017 stellte K. _____ folgenden Versicherungsbericht aus (K-act. 24):

Bezugnehmend auf Ihr neuerliches Schreiben vom 21.11.2017 verweise ich auf die Ihnen bereits zugestellten Sprechstundenberichte sowie die bereits erfolgte Stellungnahme zur körperlichen Belastbarkeit des Patienten vom 09.10.2017. Sollten darüber hinaus spezifischere Angaben hinsichtlich der beruflichen Einsatzfähigkeit des Patienten gewünscht werden, bitten wir, den Patienten im Rahmen eines Gutachtens aufbieten zu lassen.

3.5 Am 10. November 2017 berichtete Dr.med. N. _____ (Facharzt für Orthopädische Chirurgie FMH und Sportmedizin) der Beklagten, der Kläger sei seit dem 11. April 2017 bei ihm in Behandlung (11.4., 25.4., 26.5. und 7.7.2017). Gegenwärtig bestehe eine Arbeitsunfähigkeit infolge massiver Coxa saltans Hüfte links; aufgrund der massiven Beschwerden sei er vollständig arbeitsunfähig. Er sollte anfangs Dezember operiert werden. Eine Prognose konnte Dr.med. N. _____ nicht abgeben. Auf die Frage nach der Arbeitsfähigkeit in anderer Tätigkeit aus medizinischer Sicht hielt er fest: "Allenfalls wäre in einer sitzenden Tätigkeit eine zeitweilige Arbeitsfähigkeit gegeben. Der Patient bereitet sich doch aktuell auf seine Operation im Dezember vor, entsprechend muss danach neu beurteilt werden" (K-act. 27).

Am 7. Dezember 2017 stellte Dr.med. N. _____ folgendes Arztzeugnis aus (K-act. 25):

O.g. Patient weist, aufgrund einer massiven Coxa saltans, ausgeprägte Bewegungs- und Belastungsbeschwerden von Seiten der linken Hüfte auf. Die bisherigen konservativen Therapiemaßnahmen und auch eine entsprechende Abklärung in der H. _____ Klinik erbrachten keinerlei Besserung.

Von Seiten der H._____ Klinik wurde daraufhin eine operative Massnahme für Anfang Dezember 2017 festgelegt. Entsprechend ist seit Juli 2017 von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen, wir erwarten die baldige stationäre Aufbietung des Patienten für einen operativen Eingriff.

Am 12. Januar 2018 informierte Dr.med. N._____ die Beklagte, die geplante Operation habe aufgrund von unklaren Krankenversicherungsbedingungen letztlich abgesagt werden müssen, ohne dass sich die Beschwerdesymptomatik gebessert habe. Bei der Untersuchung vom 10. Januar 2018 habe er unveränderte Beschwerden von Seite der linken Hüfte aufgewiesen, die eine Arbeitsfähigkeit verunmöglichten (K-act. 26).

3.6 Vom 25. bis 28. März 2018 war der Kläger im Spital Einsiedeln hospitalisiert, nachdem er sich notfallmässig mit immobilisierenden bewegungsabhängigen Rückenschmerzen (VAS 10/10) selbst vorgestellt hat (K-act. 28). Die Schmerzen seien am Vortag so stark gewesen, dass er nicht mehr habe aufstehen können. Es bestehen keine Ausstrahlung, keine neurologischen Ausfälle, keine Sensibilitätsstörungen, kein Fieber, kein Trauma. Er sei in der H._____ Klinik in Behandlung gewesen, wo eine operationsbedürftige Coxa saltans links festgestellt worden sei; die Operation sei aus versicherungsrechtlichen Gründen bislang nicht erfolgt. Der Kläger fühle sich aufgrund der aktuell ungelösten gesundheitlichen, finanziellen und sozialen Problematik emotional sehr belastet. Als relevante Eintrittsbefunde wurde dokumentiert:

Eine Bewegungsuntersuchung lässt der Patient schmerzbedingt kaum zu. Gehen und Stehen kann er. Die Schmerzen um LWS und ISG beidseits sind durch Palpation nicht verstärkbar, exazerbieren bei Bewegungen jedoch. Neurologisch bei schmerzbedingt inkompletter Untersuchung aktuell keine Auffälligkeiten. Laborchemisch unauffällig bei CRP 5.1 mg/l, Lc $9.7 \times 10^9/l$. Radiologisch finden sich keine Hinweise für eine Hüftfraktur oder LWS-Pathologie.

3.7 Am 3. April 2018 berichtete Dr.med. P._____ (Hausarzt), die aktuell stark einschränkenden Beschwerden seien durch ein Hüftleiden ausgelöst, das operativ behandelt werden könne. Die geplante Operation habe aus versicherungstechnischen Gründen aufgeschoben werden müssen, solle aber in den nächsten Monaten durchgeführt werden (K-act. 30).

3.8 Aus den Beurteilungen des vertrauensärztlichen Dienstes der Beklagten ergibt sich (BK-act. 5):

3.8.1 Am 17. November 2016 wurde die vollständige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als gerechtfertigt beurteilt (vgl. Erw. 3.2.3).

3.8.2 Am 13. November 2017 wird auf die ursprüngliche Diagnose, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt hatte (Erw. 3.2), sowie auf den Bericht der Klinik G. _____ AG verwiesen (Erw. 3.3). Da sei ihm dringend die Jobsuche sowie intensive Trainingstherapie inkl. auf Aktivität ausgerichtete Physiotherapie empfohlen worden. Offensichtlich seien diese Empfehlungen nicht durchgeführt worden. Ende Mai 2017 habe er die H. _____ Klinik aufgesucht wegen linksseitigen Hüftbeschwerden, die als ausgeprägte Coxa saltans externa links interpretiert worden seien. Diese Beschwerden seien als seit etwa 2 Jahre bestehend beschrieben worden, was sich mit dem Bericht der Klinik G. _____ AG nicht decke. Schliesslich sei eine Operation empfohlen worden. "Wie weit die Hauptdiagnose Coxa saltans externa für eine allfällige berufliche Belastung relevant ist, bleibt anhand der vorgelegten Akten im Dunkeln." Auch die IV vertrete die Ansicht, dem Kläger sei eine angepasste Tätigkeit absolut zumutbar. In Beantwortung der gestellten Fragen hält der VAD fest:

1. Gemäss des Rehabilitationsberichtes bzw. kurz danach Anfang Februar durchgeführten Bestimmung der funktionellen Leistungsfähigkeit lag damals diese ursprüngliche Tätigkeit knapp oberhalb der Belastungsgrenze des Patienten. Allerdings muss auch darauf hingewiesen werden, dass mit einem entsprechenden intensiven Training die Belastbarkeit des Patienten zumutbar erhöht hätte werden können.
2. Diese (AF bei angepasster Tätigkeit) liegt bei entsprechender Anpassung sicher bei 100%. Hauptproblematik betreffend AF ist die lumbospondylogene Symptomatologie, welche mit entsprechender intensiver Therapie betreffend Symptomatologie und Belastbarkeit durchaus verbessert werden kann. Die von der H. _____ Klinik monierte Coxa saltans-Problematik ist je nach Belastung als kompromittierender Faktor vorstellbar. Von der Klinik wurde allerdings keine AUF bestimmt. So erachte ich die AF anhand der vorgelegten Akten für eine angepasste Tätigkeit ab Mitte Februar 2017 als zumutbar.
3. Grundsätzlich besteht kein Grund für weitere medizinische Abklärungen. Es ist vorgesehen die Coxa saltans, d.h. die schnappende Hüfte Anfang Dezember 2017 operativ zu korrigieren. Man darf hier von einer 4- bis 6-wöchigen AUF postoperativ ausgehen.

3.8.3 Am 7. Dezember 2017 bestätigte der VAD diese Beurteilung. Die zwischenzeitlich eingegangenen Arztberichte würden nichts ändern. Es sei der Einschätzung des RAD vom 12. und 20. April 2017 zu folgen, wonach dem Kläger eine mittelschwere Tätigkeit ohne Zwangshaltung zu 100% zumutbar sei. Am 16. Januar 2018 wird ergänzt, bislang habe kein ärztlicher Bericht ein Funktionsdefizit des Klägers beschrieben und begründet, weshalb versicherungsmedizinisch von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit auszugehen sei. Die blosser Nennung einer Diagnose sei nicht ausreichend.

3.8.4 An der bisherigen Einschätzung hielt der VAD auch in der Beurteilung vom 13. Februar 2018 fest. Eine Coxa saltans sei wohl eine unangenehme Problematik, müsse jedoch nicht automatisch zu einer Arbeitsunfähigkeit führen. Eine operative Sanierung führe rasch zur Genesung resp. vollen Leistungsfähigkeit. Aus medizinischer Sicht sei der bisherige Verzicht auf die Operation nicht ganz nachvollziehbar (wobei dies wohl auf versicherungstechnische Gründe zurückzuführen sei). Abgesehen von der sozialen Problematik müsse medizinisch zusammengefasst werden, dass die ehemals als handicapierend beschriebenen WS-Probleme nun gemäss fachärztlichen Berichten nicht relevant seien; nun werde die Coxa saltans als medizinischer Grund für die Arbeitsunfähigkeit genannt, was operativ behoben werden könne. Wieweit die Problematik im Alltag überhaupt beeinträchtigend sei, sei aus den Akten nicht objektiv nachvollziehbar. Auch bei fortbestehender Coxa saltans einseitig könne der Patient in adaptierter Tätigkeit praktisch uneingeschränkt arbeiten, wobei adaptiert bedeute, dass er keiner schweren körperlichen Belastung nachgehe und eher selten Aufstehen bzw. Absitzen resp. Lage wechseln müsse. Am 4. April 2018 wird ergänzt, bei der Coxa saltans handle es sich um ein unangenehmes Phänomen, das von 'leichtem Schnappen' bis Schmerzen bei 'jeder diesbezüglichen Bewegung' reichen könne. Sinngemäss könnten Tätigkeiten im Sitzen oder bei halbhohen Sitzstühlen praktisch ohne Beschwerden wahrgenommen werden. Bislang hätten sich die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse auf die bisherige Tätigkeit als Hilfsarbeiter bezogen.

3.8.5 Eine letzte Einschätzung durch den VAD erfolgte am 8. Mai 2018. Die Anamnese, dass der Kläger schon zwei Jahre vorher Beschwerden empfunden habe, sei medizinisch gut nachvollziehbar, da eine solche Problematik nicht innerhalb von Minuten entstehe. Es stelle sich allerdings die Frage, ab wann die Beschwerden so stark waren, dass der Kläger in seiner sozialen Funktion erheblich behindert worden sei. Dies lasse sich aufgrund der Akten nicht klar definieren. Gemäss Anwaltsschreiben stehe fest, dass bereits bei der Erstbescheinigung der Arbeitsunfähigkeit diese Problematik vorhanden gewesen sei. Die Fragen der Versicherung beantwortete der VAD wie folgt:

1. Wie beurteilt man die Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit?

Eine schwerwiegende symptomatische Coxa saltans behindert vor allem beim Laufen und bei der Schwerpunktverlagerung im Stehen. Somit sind Arbeiten im Stehen und Laufen bei andauernder Symptomatologie nicht voll zumutbar.

2. Welchen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit hat die Coxa saltans links im konkreten Fall? Ist eine Arbeitsunfähigkeit auf Grund dieser Diagnose im vorliegenden Fall begründet? Falls ja, ab welchem Zeitpunkt und wie lange? Uns liegen Arztzeugnisse ab 20.6.2017 ff. vor.

Wie bereits oben beschrieben, ist es glaubhaft, dass der Patient Symptome zwei

Jahre vor der Krankschreibung schon empfunden hat. Entscheidend ist grundsätzlich, ab wann die Beschwerden so schwerwiegend waren, dass eine Arbeitsfähigkeit wie unter Punkt 1 genannt, nicht mehr zumutbar war. Dieses Datum lässt sich anhand der vorgelegten Akten nicht sauber definieren. Feststeht jedenfalls, dass der Patient im 2017 in der H._____ Klinik auf diese Problematik behandelt wurde. Im Extremfall könnte man aussagen, dass der Patient bereits bei der ersten Krankschreibung durch die Hüftproblematik handicapiert war.

3. Wie hoch ist die Arbeitsfähigkeit in leidensangepassten Tätigkeiten? Kann hier auf die bisherigen medizinischen Einschätzungen, wonach der Versicherte für leidensangepasste Tätigkeiten voll arbeitsfähig ist, abgestellt werden, oder gibt es wesentliche Aspekte, die bis zum heutigen Zeitpunkt nicht berücksichtigt wurden? Falls ja, ab wann? Zu beachten gilt auch das ablehnende IV-Leistungsbegehren, welches zu gegebenem Zeitpunkt auf Grund bundesgerichtlich beurteilt wird.

Wie bereits oben erwähnt, entwickelt sich eine solche Problematik schleichend. Eine vollumfängliche Leistungsfähigkeit besteht nicht von einem Tag auf den anderen. Grundsätzlich sind die Beschwerden beim Laufen oder eventuell auch beim Gewichtsverlagern beim Stehen vorhanden. Sinngemäss sind Tätigkeiten in sitzender oder halbsitzender Stellung zumutbar, da dabei keine Beschwerden erwartet werden. Eine entsprechende funktionelle Behinderung im Alltag, wie zum Beispiel kein Fahrzeug führen zu können, wurde zu keinem Zeitpunkt gegenüber der C._____AG ausgewiesen. Sinngemäss sind solche Tätigkeiten dem Patienten ohne Einschränkung zumutbar.

4. Inwiefern wurde die Schadenminderungspflicht aus medizinischer Sicht verletzt, wenn kein operativer Eingriff erfolgt ist? Der operative Eingriff war für den 24.11.2017 geplant; Patient hat den Termin jedoch abgesagt (...)

Wie bereits oben mehrfach erwähnt, war die Indikation zur Operation ab anfangs August 2017 gegeben. Wie ebenfalls schon früher beschrieben, kann man bei dieser Entlastungsoperation spätestens nach zwei Monaten mit einer abgeschlossenen Reintegration rechnen. Da es sich um eine recht komplikationsarme Operation handelt, erachte ich dies als zumutbar. Die Tatsache, dass der Patient auf eine entsprechende operative Therapie verzichtet, darf auch dahingehend interpretiert werden, dass der Leidensdruck offensichtlich nicht so hoch ist, dass die Behebung der Störung wesentlich im Fokus der Interessen des Patienten wäre.

3.9 Des Weiteren ergibt sich aus den Akten:

3.9.1 Am 28. April 2017 meldete sich der Kläger zur Arbeitsvermittlung an und stellte Antrag auf Arbeitslosenentschädigung ab dem 1. Mai 2017 im Umfange eines Vollzeitpensums (K-act. 23). Das RAV liess die Vermittlungsfähigkeit prüfen. Das Amt für Arbeit hielt fest, diverse Arztzeugnisse seit seiner Anmeldung würden eine Arbeitsunfähigkeit attestieren. Bis zum 26. Mai 2017 sei er 50% arbeitsfähig gewesen, danach 100% arbeitsunfähig. Ein Ende der Arbeitsunfähigkeit sei gemäss RAV nicht in Sicht. In einer mündlichen Stellungnahme vom 27. September 2017 habe sich der Kläger dahingehend geäußert, dass er weiterhin zu 100% krankgeschrieben sei. Er müsse sich voraussichtlich im Dezember 2017 einer Operation unterziehen und bis dahin 100% arbeitsunfähig bleiben.

Aufgrund dieser Fakten wurde der Kläger ab dem 1. Juni 2017 als nicht vermittlungsfähig erklärt.

3.9.2 Am 25. November 2016 meldete sich der Kläger infolge "Beschwerden am Rücken" zum Bezug von IV-Leistungen an. Am 8. Juni 2017 wurde das Begehren abgelehnt. Eine dagegen erhobene Beschwerde wies das Verwaltungsgericht mit VGE I 2017 69 vom 13. Dezember 2017 ab, was vom Bundesgericht mit Urteil 9C_135/2018 vom 11. Juli 2018 bestätigt wurde.

Die IV-Stelle führte im Vorbescheid vom 28. April 2017 aus, er sei ab dem 21. Februar 2017 aus rheumatologischer Sicht für eine mittelschwere Tätigkeit ohne ständige Zwangshaltungen zu 100% arbeitsfähig. Die bisherige Tätigkeit als Druckerei-Maschinenführer sei mit sehr häufigem Stehen und sehr häufigem Heben von leichten Gewichten verbunden. Durch einen Kumulationseffekt würden solche Tätigkeiten mit "repetitivem leichtem Heben" auch mittelschwer bis gar schwer eingestuft. Eine gewisse anhaltende Arbeitsunfähigkeit werde akzeptiert. Aus dem Einkommensvergleich resultierte ein Invaliditätsgrad von 10.5%, was keinen Anspruch auf eine IV-Rente begründete (BK-act. 8).

Im Verfahren I 2017 69 fasste das Verwaltungsgericht den medizinischen Verlauf zusammen und zitierte dabei auch den RAD-Arzt. Dieser habe in der Stellungnahme vom 7. August 2017 u.a. ausgeführt (VGE I 2017 69 vom 13.12.2017 Erw. 2.8), das Hüftproblem sei bekannt und stelle ein Nebenproblem dar. Das Hauptproblem sei ein chronisches Schmerzsyndrom, welches höchstens teilweise organisch erklärbar sei. Weiter sei es so, dass eine Coxa saltans keine schwerwiegende Diagnose darstelle und im Sinne einer Minderbelastbarkeit der Hüfte höchstens für schwere Tätigkeiten IV-relevant sein könne. Eine Coxa saltans sei in aller Regeln überwiegend unangenehm (Springen der Hüfte bei gewissen Bewegungen) und werde allermeist nicht eigentlich als schmerzhaft empfunden.

In Würdigung der medizinischen Unterlagen gelangte das Gericht zum Schluss (VGE I 2017 69 vom 13.12.2017 Erw. 3.1), dass der Beschwerdeführer in medizinischer Hinsicht hinreichend abgeklärt worden sei. "Die massgebenden Diagnosen umfassen u.a. ein thorako- und lumbospondylogenes Syndrom links bzw. ein chronisches Schmerzsyndrom mit somatischen und psychischen Faktoren sowie eine ausgeprägte Coxa saltans externa links. Der geäusserte Verdacht auf eine Hüftgelenksinstabilität wurde mit der Diagnose der Coxa saltans externa präzisiert. Ob es sich bei der auch nach der Herniotomie vom 13. Dezember 2016 wieder zitierten "symptomatischen Inguinalhernie links" allenfalls um eine Rezi-divhernie handelt, geht aus den Akten nicht hervor. Eine solche wäre für eine abweichende Einschätzung der Arbeitsfähigkeit nicht relevant, da sich Ein-

schränkungen (nach einer Zweitoperation) nur für körperlich schwere Arbeiten ergäben. Insgesamt stimmen die Beurteilungen der erhobenen Befunde durch die involvierten Fachpersonen weitgehend überein. Es besteht nach der Aktenlage kein Anlass, die erwähnten Diagnosen in Frage zu stellen und weitere medizinische Abklärungen vorzunehmen, auch wenn der Beschwerdeführer aufgrund der bekannten Coxa saltans weiterhin in Behandlung ist. Unbesehen davon führte der RAD-Arzt in seiner Stellungnahme vom 7. August 2017 schlüssig und nachvollziehbar aus, dass sinngemäss dieses Hüftproblem (Coxa saltans) für die zu beurteilende Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit (alternative, höchstens mittelschwere Tätigkeit ohne Zwangshaltung, siehe auch nachfolgend) nicht IV-relevant ist. Dies wird konkludent auch in der Beurteilung der erwähnten Ärzte der H. _____ Klinik (Stellungnahme vom 20.6.2017) anerkannt.

Bezüglich Einschätzung der Arbeitsfähigkeit führte das Gericht aus, die medizinischen Beurteilungen, namentlich von Dr.med. F. _____, RAD-Arzt sowie der Klinik G. _____ AG, seien nachvollziehbar und schlüssig. In der bisherigen Tätigkeit sei er zu 50% arbeits(un)fähig, was jedoch nicht relevant sei, da diese Stelle gekündigt sei. In einer leidensangepassten Tätigkeit sei der Kläger 100% arbeitsfähig. Auch den nachgereichten Berichten der H. _____ Klinik seien keine neuen Erkenntnisse zu einer anhaltenden Einschränkung der Arbeitsfähigkeit des Beschwerdeführers in leidensangepassten Tätigkeiten zu entnehmen. Diesbezüglich leuchte die Argumentation des RAD-Arztes ein, wonach eine Coxa saltans höchstens für schwere Tätigkeiten (welche ohnehin aufgrund der weiteren Diagnosen ausscheiden) IV-relevant sein könne (VGE I 2017 69 vom 13.12.2017 Erw. 3.2).

In Prüfung dieses Verwaltungsgerichtsentscheides hielt das Bundesgericht fest, das Gericht habe in sorgfältiger und umfassender Würdigung der Aktenlage festgestellt, dass nach erfolgter Rehabilitation in der Klinik G. _____ AG (ab Februar 2017) eine Arbeitsfähigkeit von 100% für mittelschwere Tätigkeiten ohne ständige Zwangshaltung bestehe. Es habe erwogen, der Sachverhalt sei aus medizinischer Sicht hinreichend abgeklärt; von weiteren ärztlichen Beurteilungen seien keine neuen Erkenntnisse zu erwarten. Aus den Berichten der H. _____ Klinik ergebe sich zudem nicht, dass sich sein Zustand bis Erlass der IV-Verfügung (8.6.2017) verschlechtert hätte; vielmehr würden die behandelnden Orthopäden wie bereits die Ärzte der Klinik G. _____ AG auf eine zufolge psychosozialer Belastungsfaktoren schwierige Grundsituation verweisen (Urteil BGer 9C_135/2018 vom 11.7.2018 Erw. 2). Das Bundesgericht erachtete die Beschwerde als offensichtlich unbegründet und wies sie ab.

3.9.3 In der Klage führt der Kläger aus, sich im Mai 2018 zu einer konservativen Behandlung bei Dr. O. _____ (Chiropraktor SCG/ECU) entschieden zu haben. Dies habe soweit Fortschritte gebracht, dass er am 3. September 2018 wieder eine neue Vollzeitstelle als Printmedienverarbeiter habe aufnehmen können.

4.1 Bevor die verschiedenen medizinischen Berichte gewürdigt werden, gilt es insbesondere auf die Bedeutung des Austrittsberichtes der Klinik G. _____ AG einzugehen (vgl. Erw. 3.3.1). Der Kläger bestreitet die Verwertbarkeit dieses Berichtes. Es komme diesem keine gutachterliche Qualität zu, es habe nie einen Gutachtauftrag gegeben, das rechtliche Gehör sei nicht gewährt worden, es handle sich letztlich um ein reines Parteigutachten der Beklagten, was nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung kein Beweismittel darstelle. Demgegenüber ist der Bericht laut der Beklagten differenziert und nicht vage; die Qualifikation als Parteigutachten sei unzutreffend; es bestehe überhaupt keine Vertragsbeziehung zwischen ihr und der Klinik, ein Gutachterauftrag sei nie erteilt worden. Vielmehr richte sich der Bericht an den behandelnden Arzt, der die Rehabilitation verordnet habe.

4.2 Im hier massgeblichen Zivilprozess besteht ein numerus clausus der Beweismittel (Art. 168 ZPO; BGE 141 III 433 Erw. 2.5.1). Rechtsprechungsgemäss stellen von den Parteien in Auftrag gegebene Gutachten (Parteigutachten) weder ein Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO dar, noch fallen dem Gericht eingereichte Parteigutachten unter den Begriff der Urkunde nach Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO (BGE 141 III 433 Erw. 2). Gutachten im Sinne von Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO sind einzig vom Gericht eingeholte Gutachten. Von den Parteien eingeholte Gutachten, etwa von einer Versicherung veranlasste Aktengutachten, stellen keine Beweismittel dar, sondern gelten als blosser Parteibehauptungen. Und von ihnen in Auftrag gegebene Stellungnahmen sind, soweit sie über allgemein und jederzeit zugängliche Erfahrungstatsachen Auskunft geben, über die eine beliebige sachverständige Person Auskunft geben könnte, nach dem Willen des Gesetzgebers für sich allein nicht zum Beweis geeignet und fallen insoweit auch nicht unter den Begriff der Urkunde (BGE 141 III 433 Erw. 2.6 mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht geht aber auch davon aus, dass Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, meist besonders substantiiert sein werden. Entsprechend genüge eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreite. Werde jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen (BGE 132 III 83 Erw. 3.5). Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachge-

wiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden.

4.3 Entgegen der Darstellung des Klägers stellt der Austrittsbericht der Klinik G._____AG kein von der Beklagten eingeholtes (Partei-)Gutachten dar. Aufgrund seiner Beschwerden begab sich der Kläger bei Dr.med. F._____ in Behandlung. Wegen nur mässigem Erfolg der Therapie wies dieser den Kläger in eine stationäre muskuloskeletale Rehabilitation ein (vgl. Erw. 3.2). Der Austrittsbericht der Klinik richtete sich denn auch an den einweisenden, behandelnden Facharzt. Es handelt sich weder um eine vom Kläger noch von der Beklagten in Auftrag gegebene Stellungnahme noch um ein Gutachten. Dem Bericht kommt dieselbe Bedeutung zu wie den weiteren von den Parteien beigebrachten medizinischen Berichten der behandelnden Ärzte. Sie stellen alle Parteibehauptungen dar (Urteil BGer 4A_558/2015 vom 25.2.2016 Erw. 4).

4.4 Anzuführen ist, dass das Verwaltungsgericht im sozialversicherungsrechtlichen Verfahren I 2017 69 den Austrittsbericht der Klinik G._____AG als mit den weiteren Berichten übereinstimmend beurteilt hatte und den Schlussfolgerungen folgte. Die vom RAD-Arzt aus sämtlichen Berichten inkl. diesem Austrittsbericht vorgenommene Beurteilung der Arbeitsfähigkeit des Klägers erachtete das Verwaltungsgericht als schlüssig und nachvollziehbar, was das Bundesgericht in Prüfung des Entscheides nicht beanstandete.

5. Ob die Beklagte pflichtig ist, über den 31. August 2017 hinaus weiterhin Taggelder zu leisten, hängt vorliegendenfalls von verschiedenen Punkten ab. Zum einen muss es überwiegend wahrscheinlich sein, dass der Kläger krankheitsbedingt zu mindestens 25% arbeitsunfähig war. Der Kläger selber begründet diese Arbeitsunfähigkeit mit den durch die Coxa saltans externa links verursachten Beschwerden. Damit stellt sich weiter die Frage, ob es sich dabei um denselben Versicherungsfall handelt, aufgrund dessen er bereits seit dem 31. August 2016 arbeitsunfähig war. Stellt es hingegen eine neue Krankheit dar, gilt es zu prüfen, ob die Beklagte leistungspflichtig ist, nachdem das Anstellungsverhältnis des Klägers am 30. April 2017 endete. Und schliesslich muss mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststehen, dass die Coxa saltans externa links eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% effektiv begründet hat.

5.1 Es besteht keine Veranlassung, von der mit VGE I 2017 69 vom 13. Dezember 2017 vorgenommenen Würdigung der medizinischen Berichte (bis zur Verfügung der IV-Stelle vom 8.6.2017) und deren Bestätigung durch das Bundesgericht (Urteil BGer 9C_135/2018 vom 11.7.2018) abzuweichen. Damit steht

fest, dass der Kläger nach Abschluss der Rehabilitation per 21. Februar 2017 bezüglich der rheumatologischen Leiden wieder volle Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit erlangt hat (Erw. 3.9.2).

5.2 Die Krankschreibung im Herbst 2016 erfolgte gestützt auf die Diagnose eines Thorako- und Lumbospondylogenen Syndroms links (Erw. 3.2.2). Gestützt hierauf leistete die Beklagte Taggelder (Erw. 3.2.3). Die stationäre muskuloskelettale Rehabilitation wurde aufgrund dieser Beschwerden angeordnet. Als Rehabilitationsdiagnose nennt der Austrittsbericht "Chronische Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren - Osteochondrose, Spondylarthrosen mit Reizzustand (MRI LWS 9/16 und Rx), muskuläre Dysbalance und Insuffizienz, Ausweitung Bein links" (Erw. 3.3.1). Nach Abschluss der Rehabilitation wurde dem Kläger aus rheumatologischer Sicht volle Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit attestiert (was im IV-Verfahren bestätigt wurde; Erw. 5.1). Im Bericht der H._____Klinik zur Sprechstunde vom 22. Mai 2017 stellen diese Beschwerden lediglich noch eine Nebendiagnose dar; als Hauptdiagnose nennt der Bericht eine ausgeprägte Coxa saltans externa links (Erw. 3.4.1). Entsprechende Beschwerden bestünden seit rund 2 Jahren; aufgefallen sei die Coxa saltans erstmals während der stationären Rehabilitation. Im Zentrum der folgenden ärztlichen Behandlung standen denn auch nicht mehr die ursprünglichen Rückenbeschwerden, sondern die Coxa saltans externa links.

Bei der Diagnose Coxa saltans externa links handelt es sich um eine neue Diagnose, um eine andere Krankheit als die Rückenbeschwerden, die zur Arbeitsunfähigkeit ab 31. August 2016 geführt haben. Dies ist letztlich unbestritten und ergibt sich auch aus den Ausführungen des Klägers. Am 6. Oktober 2017 berichtete seine Rechtsschutzversicherung der Beklagten, mit der Coxa saltans sei ein neuer Versicherungsfall eingetreten (K-act. 36). Am 6. Februar 2018 führte sie aus, die Coxa saltans sei seit Mitte 2017 symptomatisch, seit Mai 2017 sei er deswegen in Behandlung. Es sei damit während eines Versicherungsfalles ein neuer Versicherungsfall eingetreten (K-act. 37). In der Klageschrift wird wohl geltend gemacht, bereits die ursprüngliche Diagnose spreche von Ausweitung der Beschwerden ins Bein links, womit die Hüftproblematik bereits angedeutet werde (Klage Ziff. 16). Zu Recht macht er aber nicht geltend, die Coxa saltans externa links sei bereits der Grund für die Arbeitsunfähigkeit ab 31. August 2016 gewesen, sondern er bestätigt die frühere Ausführung der Rechtsschutzversicherung, die Problematik sei noch während des Anstellungsverhältnisses, sicher aber während des laufenden Versicherungsfalles eingetreten (Klage Ziff. 14 ff.). Entsprechend macht er explizit auch nicht einen Rückfall geltend, sondern eine weitere Krankheit im Laufe eines Versicherungsfalles (Klage Ziff. 17). Damit steht

fest, dass es sich bei der Coxa saltans externa um eine neue Krankheit handelt, die vom Versicherungsfall, der zur Taggeldleistung ab 31. August 2016 geführt hat, losgelöst zu betrachten ist.

5.3.1 Der Kläger verweist auf den Austrittsbericht der Klinik G. _____ AG vom Februar 2017, wo die Coxa saltans bereits erwähnt werde (wenn seines Erachtens auch zu Unrecht mit dem Zusatz "ohne Schmerzen"). Damit stehe fest, dass die Krankheit noch während der erst am 30. April 2017 beendeten Anstellung und während der Krankentaggeldzahlung aufgetreten sei (Klage Ziff. 14 ff.). Es liege kein Rückfall vor, sondern eine weitere Krankheit im Laufe eines Versicherungsfalles (Klage Ziff. 17).

5.3.2 Es trifft zu, dass die Coxa saltans im Austrittsbericht der Klinik G. _____ AG vom 20. Februar 2017 erwähnt wird: "Am Ende der Rehabilitation zeigte sich klinisch eine Coxa saltans ohne Schmerzen". Um andere Befunde auszuschliessen, wurde eine Beckenübersichtsaufnahme angefertigt, die eine Coxa Valga-Stellung ohne pathologischen Wert zeigte (K-act. 15; Erw. 3.3.1). Im Bericht der H. _____ Klinik vom 22. Mai 2017 wird die Diagnose einer ausgeprägten Coxa saltans externa links ausdrücklich genannt (K-act. 16; Erw. 3.4.1). Die Diagnosestellung allein stellt jedoch entgegen der Darstellung des Klägers noch keinen Versicherungsfall dar, der Taggeldleistungen auslöst.

Sowohl bei der Schaden- als auch der Summenversicherung bezwecken die Taggelder die Kompensation eines durch Arbeitsunfähigkeit bedingten Erwerbsausfalls (Urteil 4A_521/2015 vom 7.1.2016 Erw. 2.5). Ziffer 1.1 der AVB (K-act. 3) nennt denn als Zweck der Versicherung auch explizit, die Erwerbsausfall-Versicherung diene der Deckung des Erwerbsausfalls, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit entstanden sei. Dem entsprechend ist der Beginn der Wartefrist auf den Tag angesetzt, an dem nach ärztlicher Bescheinigung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt, frühestens jedoch 3 Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung (AVG Ziff. 8.3). Denn dies entspricht dem Zweck der Versicherung, indem das Risiko abgedeckt wird, infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit das regelmässige Einkommen zu verlieren. Versichertes Ereignis des vorliegenden Versicherungsvertrages ist mithin nicht das bestätigte Vorliegen einer Krankheit, sondern eine aufgrund einer Krankheit gegebene Arbeitsunfähigkeit. Dies entspricht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, die den Versicherungsfall als Verwirklichung der Gefahr definiert, gegen welche die Versicherung abgeschlossen worden ist. Bei der Krankentaggeldversicherung versteht das Bundesgericht als Versicherungsfall die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, denn das versicherte Ereignis tritt erst ein, wenn eine Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (BGE 142 III 671 Erw. 3.6 ff.).

Damit aber entstand eine Leistungspflicht der Beklagten nicht aufgrund einer gestellten Diagnose Coxa saltans externa links. Ein (etwaiger) Versicherungsfall ist erst gegeben mit dem Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit infolge einer Coxa saltans. Damit aber ist vorliegend nicht relevant, ob ein Arzt noch während dem bis 30. April 2017 dauernden Arbeitsverhältnis oder während der Leistung von Taggeldern aufgrund eines andern Versicherungsfalles eine Krankheit festgestellt hat. Vielmehr muss eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund dieser Krankheit überwiegend wahrscheinlich gegeben sein.

5.4.1 Am 21. Februar 2017 erreichte der Kläger volle Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit. Daran änderte sich gemäss Bundesgerichtsurteil sicher bis zum Erlass der IV-Verfügung am 8. Juni 2017 nichts. Bis dahin seien keine Verschlechterungen des Gesundheitszustandes eingetreten, so dass die Sozialversicherung ihre Feststellung einer vollen Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit hätte korrigieren müssen (Urteil BGer 9C_135/2018 vom 11.7.2018). Die H._____ Klinik, in welcher der Kläger in Bezug auf Coxa saltans in Behandlung war, stellte das erste Arbeitsunfähigkeitszeugnis denn auch erst per 20. Juni 2017 aus (Erw. 3.4.2). Auch der Kläger selber führte mit Verweis auf die medizinischen Unterlagen aus, die Coxa saltans sei erst Mitte 2017 symptomatisch geworden (K-act. 37). Damit steht fest, dass bis Ende der Anstellung des Klägers am 30. April 2017 keine (neue) Arbeitsunfähigkeit infolge der Coxa saltans externa eingetreten ist. Während der Dauer der Anstellung ist somit kein neuer Versicherungsfall eingetreten.

Gemäss Kläger besteht dennoch eine Leistungspflicht der Beklagten, da die Arbeitsunfähigkeit während der bis Ende August 2017 andauernden Taggeldzahlung eingetreten sei. Mithin sei der neue Versicherungsfall während eines laufenden Versicherungsfalles eingetreten. Dies nach Darstellung des Klägers gestützt auf AVB Ziff. 8.4.4, wonach Taggelder unter Anrechnung der im ersten Versicherungsfall bezahlten Taggelder zu leisten seien, wenn während diesem ein neuer Versicherungsfall eingetreten sei (Klage Ziff. 17 und 18).

5.4.2 Die Erwerbsausfallversicherung als Krankentaggeldversicherung, welche der vorliegenden Klage zugrunde liegt, richtet sich nach VVG. Dieses enthält keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es ist deshalb grundsätzlich auf die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien abzustellen (BGE 133 III 185 Erw. 2). Die Police verweist auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen AVB, Ausgabe 2014 (K-act. 2). AGB-Klauseln sind, wenn sie in Verträge übernommen werden, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 142 III 671 Erw. 3.3). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien

und in zweiter Linie, falls ein solcher - wie hier - nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 140 III 391 Erw. 2.3; BGE 138 III 659 Erw. 4.2.1). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 142 III 671 Erw. 3.3; BGE 140 III 391 Erw. 2.3). Mehrdeutige Klauseln in allgemeinen Versicherungsbedingungen sind nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen. Sie gelangt jedoch nur zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen (BGE 135 III 225 Erw. 1.3; BGE 133 III 61 Erw. 2.2.2.3).

5.4.3 Zwischen den Parteien besteht Uneinigkeit, ob gestützt auf die AVB eine Leistungspflicht besteht, insbesondere, ob die Beklagte gestützt auf AVB Ziff. 8.4.4 Taggelder aufgrund einer allfälligen Arbeitsunfähigkeit infolge einer Coxa saltans zu erbringen hat. Mangels übereinstimmendem Willen ist der Versicherungsvertrag daher nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

5.4.4 Massgebend sind vorliegend unbestrittenermassen die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zur C._____AG Erwerbsausfall-Versicherung, Ausgabe 2014 (K-act. 2 und 3). Gemäss AVB Ziff. 6.2 endet der Versicherungsschutz u.a. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Versicherungsnehmer (lit. a). Trotz Ende des Versicherungsschutzes regelt AVB Ziff. 8.2.3 unter 'Leistungsumfang' für Versicherte, die zum Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses voll oder teilweise arbeitsunfähig sind, bestehe der Leistungsanspruch bis zum Ende des die Nachleistung begründenden Krankheitsfalles, längstens jedoch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer. Bereits aus diesem Wortlaut erhellt zweifelsfrei, dass die Nachleistung endet, wenn diejenige Krankheit wegfällt, welche die Nachleistung begründet hat. Mithin bleibt eine später (während der Nachleistung) hinzutretende Krankheit unbeachtlich. So dann ergibt sich aus AVB Ziff. 6.2 i.V.m. AVB Ziff. 8.2.3, dass die Nachleistung nach der Beendigung des Anstellungsverhältnisses einsetzt. Mit dem Ende der Anstellung endet gemäss klarem Wortlaut gleichzeitig auch der Versicherungsschutz. Dies hat zur Folge, dass die versicherte Person während der Dauer der Nachleistung zwar weiterhin Anspruch auf Erbringung der bereits während des Anstellungsverhältnisses bzw. Versicherungsschutzes begründeten Taggeldleistungen hat, dass aber kein Versicherungsschutz mehr besteht. Dem entspricht schliesslich auch die AVB Ziff. 8.4.4. Systematisch befindet sich diese Bestimmung weder unter den Bestimmungen zum Versicherungsschutz noch jenen zum Leistungsumfang. Geregelt wird ausschliesslich die Leistungsdauer. Diese be-

misst sich dabei grundsätzlich pro Leistungsfall (AVB Ziff. 8.4.1). Die AVB unterscheidet sodann zwischen dem Tatbestand eines 'neuen Versicherungsfalles' (AVB Ziff. 8.4.3) und jenem eines 'zweiten Versicherungsfalles' (AVB Ziff. 8.4.4). Vorliegend ist die Bestimmung 'neuer Versicherungsfall' nicht massgebend, da diese als neuen Fall das erneute Auftreten einer gleichen Krankheit regelt. Handelt es sich jedoch - wie vorliegend - um eine neue Krankheit, so gilt dies ggfs. als 'zweiter Versicherungsfall'. Die AVB hält dazu fest: "Tritt während eines Versicherungsfalles ein neuer Versicherungsfall ein, werden die anspruchsberechtigten Tage des ersten Falls an die Leistungsdauer des zweiten Falls angerechnet". Damit wird aber weder der Versicherungsschutz als solcher noch der Leistungsumfang, sondern allein die Leistungsdauer geregelt. Bestimmt wird einzig, dass sich die maximale Leistungsdauer von 730 Tagen (K-act. 2) nicht verlängert, wenn während eines Versicherungsfalles aufgrund einer anderen Krankheit ein neuer Versicherungsfall eintritt (vielmehr erfolgt eine Anrechnung der Tage des ersten Falles). Damit diese Bestimmung überhaupt zur Anwendung gelangt, muss ein zweiter Versicherungsfall eintreten. Ein Versicherungsfall liegt aber nur dann vor, wenn ein versichertes Risiko eintritt, wenn sich also bei einer versicherten Person eine versicherte Gefahr verwirklicht. Dies setzt mitunter voraus, dass überhaupt Versicherungsschutz besteht. Wie zuvor dargestellt, endet der Versicherungsschutz indes mit Beendigung des Anstellungsverhältnisses und auch während einer Nachleistungspflicht besteht kein Versicherungsschutz. Damit aber kann während einer Nachleistung kein zweiter Versicherungsfall im Sinne von AVB Ziff. 8.4.4 eintreten, da kein Versicherungsschutz mehr besteht, mithin die nachleistungsberechtigte Person nicht versicherte Person ist und sich damit keine versicherte Gefahr verwirklichen kann. Dies entspricht so der Formulierung von AVB Ziff. 8.2.3, wonach die Nachleistungspflicht mit dem Ende der die Nachleistung begründenden Krankheit (spätestens nach Ablauf der maximalen Leistungsdauer) endet. Dies ergibt sich so aus dem Wortlaut der AVB; die Bestimmungen sind hinreichend klar, weshalb kein Raum bleibt für eine Auslegung nach der Unklarheitsregel.

5.4.5 Damit steht fest, dass der Versicherungsschutz des Klägers mit Beendigung seiner Anstellung per 30. April 2017 endete. Die Beklagte blieb nachleistungspflichtig, soweit Taggelder aufgrund des Versicherungsfalles 'Rückenbeschwerden' zu leisten waren. Soweit jedoch eine neue / andere Krankheit während der Dauer der Nachleistung eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt hat oder hätte, bestand hierfür kein Versicherungsschutz; die neue / andere Krankheit stellt keinen Versicherungsfall dar und vermochte keine Verlängerung der Nachleistung zu bewirken. Vielmehr endete der Leistungsanspruch des Klägers mit dem Ende des die Nachleistung begründenden Krankheitsfalles, nämlich

den Rückenbeschwerden. Selbst wenn also die Coxa saltans externa nach Beendigung des Anstellungsverhältnisses (30.4.2017) aber vor Einstellung der Taggelder (Nachleistung bis 31.8.2017) eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt hätte, würde dies keinen zweiten Versicherungsfall im Sinne von AVB Ziff. 8.4.4 darstellen. Die Nachleistungspflicht der Beklagten endet so oder anders mit Dahinfallen der Taggeldleistungspflicht aufgrund der die Nachleistung begründenden Krankheit 'Rückenbeschwerden'.

Damit erübrigt sich eine weitere Klärung der Frage, inwieweit aufgrund der Coxa saltans externa links überhaupt eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers vorgelegen hat, da diese ohnehin kein versichertes Ereignis darstellen würde.

5.5.1 Schliesslich bringt der Kläger vor, die von der Beklagten gewährte Übergangsfrist bis 31. August 2017 sei zu kurz. Die Voraussetzungen für eine Einstellung der Taggeldleistungen seien überhaupt nicht erfüllt gewesen. Es müsse nicht bloss eine medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit nachgewiesen sein, sondern ein in Frage stehender Wechsel der Arbeitstätigkeit müsse objektiv und subjektiv möglich sein; die ins Auge gefasste Tätigkeit müsse möglich und auf dem konkreten Arbeitsmarkt in ausreichender Zahl angeboten werden. Die Beklagte habe nichts dergleichen nachgewiesen.

5.5.2 Mit Schreiben vom 19. Mai 2017 teilte die Beklagte dem Kläger mit, aus der IV-Beurteilung gehe hervor, dass ihm aus rheumatologischer Sicht eine körperlich mittelschwere Tätigkeit als Hilfsarbeiter möglich sei. Taggeldleistungen würden daher noch für eine Übergangszeit von 3 Monaten erbracht. Diese Übergangszeit solle ihn auf der Suche nach einer neuen Arbeit unterstützen. Ab spätestens 1. September 2017 würden die Taggeldleistungen eingestellt. Dieses Vorgehen sei im VVG sowie den AVB vorgesehen.

5.5.3 Die Beklagte verweist explizit auf die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 61 VVG, nach dessen Abs. 1 eine anspruchsberechtigte Person verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Gemäss AVB Ziff. 8.1.3 ist bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu berücksichtigen, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als 30 Tage dauert. Und Versicherte, die in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich voll oder teilweise arbeitsunfähig bleiben, haben ihre allfällige verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten (AVB Ziff. 9.2).

Zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit kann ein Berufswechsel notwendig sein. Beziehungsweise dürfen Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden, wenn die versicherte Person sich

einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben entzieht oder widersetzt (Urteil BGer 4A_111/2010 vom 12.7.2010 Erw. 3; BGE 133 III 527 Erw. 3.2.1 = Pra 2008 Nr. 28; Urteil BGer 4A_495/2016 vom 5.1.2017 Erw. 2.3; BJM 2012 S. 41 ff.). Erwartet der Versicherer vom Versicherten einen solchen Berufswechsel, muss er dies dem Versicherten indes mitteilen und ihm eine angemessene Frist setzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (BGE 133 III 527 Erw. 3.2.1). Im Regelfall ist eine Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten zu gewähren, wobei die Festsetzung vom Einzelfall abhängt (BGE 114 V 281 Erw. 5.b).

Wie weit die Schadenminderungspflicht eines Versicherten geht, hängt von den konkreten Umständen im Einzelfall ab. Bei der Beantwortung der Frage nach der Zumutbarkeit eines Berufswechsels im konkreten Fall stellt die medizinisch-theoretische Würdigung nur einen ersten Schritt dar. Das Gesetz erlaubt dem Versicherer keine Reduktion seiner Leistungen einzig aufgrund eines theoretisch möglichen Berufswechsels, der indessen in der Praxis nicht realisierbar ist. Die Pflicht besteht für den Versicherten nur insoweit, als ihm ein Berufswechsel überhaupt möglich ist und ihm mit Blick auf die konkreten Umstände billigerweise zugemutet werden können. Zumutbar sind Schadenminderungsmassnahmen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte. Mithin ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit nur solange unter Berücksichtigung des bisherigen Berufes festzusetzen, als von der versicherten Person vernünftigerweise nicht verlangt werden kann, ihre restliche Arbeitsfähigkeit in einem anderen Berufszweig zu verwerten (Urteil BGer 9C_74/2007 vom 19.10.2007 Erw. 3.2). Das Gericht hat dazu die konkrete Ausgangslage zu würdigen. Es muss sich fragen, ob ein Berufswechsel vernünftigerweise zumutbar ist, ob dem Versicherten ein entsprechender Berufswechsel unter Berücksichtigung seiner Ausbildung, seiner Arbeitserfahrung und seines Alters tatsächlich zugemutet werden kann. Es hat ebenfalls zu beurteilen, welche realen Chancen der Versicherte angesichts seines Alters und der Situation auf dem Arbeitsmarkt hat, eine Arbeit zu finden, die seiner gesundheitlichen Beeinträchtigung Rechnung trägt (Urteil BGer 4A_495/2016 vom 5.1.2017 Erw. 2.3 mit Hinweisen; BJM 2012 S. 41 ff.).

5.5.4 Der Kläger ist mit Jahrgang 1973 noch jung. Er kam 1989 in die Schweiz und arbeitete seither (ohne Berufsausbildung; BK-act. 8) als Hilfsarbeiter in verschiedenen Druckereien. Die letzte Stelle wurde dem Kläger gekündigt, noch bevor er die Arbeit krankheitsbedingt niedergelegt hat. Mithin war der Kläger bereits gekündigt, als die Arbeitsunfähigkeit eintrat. Er musste damit bei Erreichen der

Arbeitsfähigkeit so oder anders eine neue Anstellung suchen und finden, an den angestammten Arbeitsplatz konnte er nicht zurückkehren.

Medizinisch-theoretisch war der Kläger aus rheumatologischer Sicht ab dem 21. Februar 2017 in leidensangepasster Tätigkeit vollständig arbeitsfähig (vgl. Erw. 5.1). Konkret wurde in der Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit vom 10. Februar 2017 festgestellt (BK-act. 4), dass es sich bei der bisherigen Arbeit als Druckereihelfer in der Druckerei E._____AG um eine schwere Tätigkeit handle, die dem Kläger knapp nicht mehr zumutbar sei. In der angestammten Tätigkeit wurde er daher zu 100% arbeitsunfähig beurteilt (Arztzeugnis Klinik G._____AG vom 22.2.2017; K-act. 33). Mithin war klar, dass der Kläger nicht an die bisherige Arbeitsstelle zurückkehren konnte und ihm die bisherige Tätigkeit auch nicht mehr zumutbar war. Zudem verfügt der Kläger über keine eigentliche Berufsausbildung, sondern vermag als Hilfsarbeiter verschiedenste Tätigkeiten auszuführen. Damit stand vernünftigerweise ein Berufswechsel im Vordergrund.

Dem Kläger waren hingegen mittelschwere Tätigkeiten (Hantieren von Lasten selten bis 25kg) ohne ständige Zwangshaltungen ganztags möglich (K-act. 15; 33). Diese Einschätzung teilte der RAD-Arzt im IV-Verfahren, was gemäss Entscheidung des Verwaltungsgerichts VGE I 2017 69 vom 13. Dezember 2017 in Würdigung der medizinischen Unterlagen nicht zu beanstanden war. Fest steht damit, dass dem Kläger eine leidensangepasste Tätigkeit ab dem 21. Februar 2017 ganztags theoretisch zumutbar war. Eine solche Arbeit war nach Ansicht der Klinik G._____AG nicht bloss zumutbar. Sie beurteilte die Jobsuche und Wiederaufnahme der Arbeit insgesamt auch als dringliche Massnahme, da er mitunter durch die Kündigung belastet sei (K-act. 15). Unter Berücksichtigung seiner (noch vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit) gekündigten Stellung, seines jungen Alters (im Zeitpunkt der Beurteilung 44jährig), seiner langjährigen Anwesenheit in der Schweiz (seit 1989) mit Niederlassungsbewilligung und der Tatsache, dass er über keine Berufsausbildung verfügt, bisher als Hilfsarbeiter tätig war (wenn auch stets in der Druckereibranche) und ihm sämtliche mittelschweren Tätigkeiten ohne ständige Zwangshaltungen zumutbar waren, ist es auch faktisch überwiegend wahrscheinlich, dass der Kläger als Hilfsarbeiter eine Stelle im Kompetenzniveau 1 findet. Weder liegen weitergehende Einschränkungen beim Kläger vor, die seine Chancen auf dem Arbeitsmarkt grundsätzlich reduzieren würden, noch ist das ihm zumutbare Tätigkeitsprofil dermassen eingeschränkt, dass auf dem bestehenden Arbeitsmarkt keine Stellen vorhanden wären.

Indem die Beklagte dem Kläger eine Übergangszeit von etwas mehr als drei Monaten (ab Information vom 19.5.2017) gewährte (resp. sechs Monate ab errei-

chen der Arbeitsfähigkeit für eine leidensangepasste Tätigkeit) und Taggelder noch bis Ende August 2017 leistete, hat sie diese Gesamtumstände angemessen berücksichtigt. Zu beachten ist dabei auch, dass die Klinik G. _____ AG dem Kläger bereits im Februar 2017 dringend empfohlen hatte, die Stellensuche intensiv zu betreiben. Dass innert dieser Frist ggfs. eine zusätzliche Einschränkung infolge des symptomatisch Werdens der Coxa saltans hinzugetreten ist, hat hierbei unberücksichtigt zu bleiben, da es sich - wie ausgeführt - nicht um ein versichertes Risiko handelte. Unbeachtlich ist ebenso, dass sich der Kläger - entgegen der medizinischen Beurteilung - nicht arbeitsfähig fühlte (BJM 2012 S. 41 ff.). Zusammenfassend war dem Kläger ein Berufswechsel zumutbar und er hätte gestützt auf die Schadenminderungspflicht einen solchen verfolgen müssen. Die im von der Beklagten eingeräumte Übergangsfrist von etwas mehr als drei Monaten ab Aufforderung war den gesamten Umständen angemessen.

5.5.5 Mit der Zumutbarkeit der Aufnahme einer leidensangepassten Tätigkeit erlischt die Leistungspflicht des Taggeldversicherers nicht automatisch vollumfänglich. Ist das in dieser anderen Tätigkeit erzielbare Einkommen geringer, so verbleibt ein Restschaden, für den der Taggeldversicherer leistungspflichtig bleibt (Urteil BGer 9C_595/2008 vom 5.11.2008 Erw. 5 m.H.a. BGE 114 V 281 Erw. 3).

Das Bundesgericht bestätigte im IV-Verfahren, der Kläger vermöge mit einer zumutbaren Tätigkeit in einem anderen Beruf ein rentenausschliessendes Einkommen zu erzielen (Urteil BGer 9C_135/2018 vom 11.7.2018). Allerdings besteht in der IV ein Rentenanspruch erst ab einem IV-Grad von 40%, wogegen die Beklagte bei Arbeitsunfähigkeiten ab 25% leistungspflichtig ist. Gemäss IV-Verfügung vom 8. Juni 2017, auf welche sich das Bundesgericht abstützte, konnte der Kläger ein Invalideneinkommen von Fr. 66'633.-- erreichen, wogegen das Valideneinkommen Fr. 74'100.-- betrug (VGE I 2017 69 vom 13.12.2017 Erw. 4.1). Hieraus resultiert eine Einkommenseinbusse von 10%.

Auch bei Annahme einer Einkommenseinbusse von 10% verbleibt kein Restschaden, für welchen die Beklagte leistungspflichtig würde. Der Kläger trägt dazu vor, es müsse zusätzlich ein Leidensabzug vorgenommen werden und beim maximalen Abzug von 25% resultiere eine Einkommenseinbusse von 35%, was eine Leistungspflicht der Beklagten auslöse. Im IV-Verfahren sah das Gericht keinen Grund für die Vornahme eines leidensbedingten Abzuges (VGE I 2017 69 vom 13.12.2017 Erw. 4). Vorliegend substantiiert der Kläger nicht weiter, aus welchen Gründen er Anspruch auf einen Leidensabzug haben sollte. Seine Ausführung beschränkt sich auf den Hinweis, bei maximalem Leidensabzug würde eine Arbeitsunfähigkeit von 35% resultieren. Da es sich jedoch um den Nachweis bestehender Arbeitsunfähigkeit handelt, ist der Kläger beweisbelastet.

Wird das Invalideneinkommen auf der Grundlage von statistischen Durchschnittswerten ermittelt, ist der entsprechende Ausgangswert allenfalls zu kürzen. Damit soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass persönliche und berufliche Merkmale, wie Art und Ausmass der Behinderung, Lebensalter, Dienstjahre, Nationalität oder Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können (BGE 142 V 178 Erw. 1.3; BGE 124 V 321 Erw. 3b/aa) und die versicherte Person je nach Ausprägung deswegen die verbliebene Arbeitsfähigkeit auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt nur mit unterdurchschnittlichem erwerblichem Erfolg verwerten kann (BGE 126 V 75 Erw. 5b/aa i.f.). Der Abzug soll aber nicht automatisch erfolgen. Er ist unter Würdigung der Umstände im Einzelfall nach pflichtgemäsem Ermessen gesamthaft zu schätzen und darf 25% nicht übersteigen (BGE 135 V 297 Erw. 5.2). Gegenstand des Abzugs vom Tabellenlohn bildet nur die Frage, ob mit Bezug auf eine konkret in Betracht fallende Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage verglichen mit einem gesunden Mitbewerber nur bei Inkaufnahme einer Lohneinbusse reale Chancen für eine Anstellung bestehen. Ist von einem genügend breiten Spektrum an zumutbaren Verweisungstätigkeiten auszugehen, können unter dem Titel leidensbedingter Abzug grundsätzlich nur Umstände berücksichtigt werden, die auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt als ausserordentlich zu bezeichnen sind (Urteil BGer 8C_146/2017 vom 7.7.2017 Erw. 5.2.2). Lediglich wenn - auch auf einem ausgeglichenen Arbeitsmarkt - unter Berücksichtigung solcher Einschränkungen, die personen- oder arbeitsplatzbezogen sein können, kein genügend breites Spektrum an zumutbaren Verweisungstätigkeiten mehr besteht, rechtfertigt sich allenfalls ein (zusätzlicher) Abzug vom Tabellenlohn (Urteil BGer 8C_91/2018 vom 14.6.2018 Erw. 5).

Vorliegend bestehen keine beruflichen oder persönlichen Merkmale, die einen Abzug von mindestens 15% auf den Tabellenlohn Kompetenzniveau 1 rechtfertigen würden. Mit Jahrgang 1973 ist der Kläger noch jung; er ist seit 1989 in der Schweiz und verfügt über eine Niederlassungsbewilligung. Sprachliche Probleme bestehen keine. Dem Kläger ist eine ganztägige Tätigkeit zumutbar und das Spektrum an realistischen Tätigkeiten bzw. Stellen im Bereich Hilfsarbeiter ist gross. Er selber begründet denn auch nicht ansatzweise, weshalb er gestützt auf welche Kriterien nur mit einem reduzierten Lohn rechnen könnte. Es besteht daher keine Veranlassung, vom Tabellenlohn einen leidensbedingten Abzug vorzunehmen.

6. Zusammenfassend ist die Klage abzuweisen. Es ist nicht überwiegend wahrscheinlich, dass beim Kläger eine über den 31. August 2017 hinaus bestehende, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% bestand, die

gestützt auf den Vertrag über die Erwerbsausfall-Versicherung, Police Nr. 5925823, taggeldversichert gewesen wäre.

7. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO).

7.1 Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

7.2.1 Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil BGer 4A_194/2010 vom 17.11.2010 Erw. 2.2.1). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

7.2.2 Die obsiegende Beklagte ist durch einen externen Anwalt vertreten; sie hat entsprechend Anspruch auf eine Parteientschädigung (Urteil BGer 4A_158/2018 vom 17.7.2018 m.V.a. BGE 133 III 439 Erw. 4).

7.2.3 Bei der Bemessung der Parteientschädigung kommt der kantonale Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975 zur Anwendung. Demgemäss ist das Honorar im Zivilverfahren vor einziger Instanz vom Streitwert abhängig (§ 8 GebTRA). Im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen. Wird die Vergütung pauschal zugesprochen, gilt die Mehrwertsteuer als in diesem Betrag enthalten; bemisst sich das Honorar nach dem zeitlichen Aufwand, ist sie zusätzlich zu entschädigen (§ 2 GebTRA). Die aus einem Anwaltswechsel resultierenden Mehrkosten können nicht belastet werden (§ 4 Abs. 2 GebTRA). Erscheint eine eingereichte, spezifizierte Kostennote angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen; fehlt eine Kostennote, ist die Vergütung gestützt auf den GebTRA nach pflichtgemässen Ermessen festzusetzen (§ 6 Abs. 1 GebTRA).

7.2.4 Vorliegend hat der Kläger eine Forderung von Fr. 59'276.-- nebst Zins zu 5% seit 1. März 2018 eingeklagt. Bei einem Streitwert von Fr. 50'001.-- bis Fr. 100'000.-- beträgt das Grundhonorar zwischen Fr. 3'300.-- und Fr. 9'250.-- (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Dem entsprechend wird die Parteientschädigung in pflichtgemässen Ermessen auf Fr. 3'500.-- festgesetzt.

8. Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die

Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 in Betracht kommt (BGE 133 III 439 Erw. 2.1; BGer 4A_695/2011 vom 18.1.2012 Erw. 1.2). Weil das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenkassenversicherung als einzige kantonale Instanz beurteilt, ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, auch wenn der Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht erreicht werden sollte (BGE 138 III 2, Regeste und Erw. 1).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Der Kläger hat der beanwalteten Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 3'500.-- (inkl. MwSt und Barauslagen) zu entrichten.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in Zivilsachen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 72ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17.6.2005).

Soweit die Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter des Klägers (2/R)
 - den Rechtsvertreter der Beklagten (2/R)
 - und die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (A).

Schwyz, 10. April 2019

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 15. April 2019