

**Note par Werner Gloor :**

Cet arrêt paraît **mettre un terme à l'insécurité juridique** créée par le malencontreux TF 4A\_391/2016 du 8 novembre 2016 (arrêt présenté dans la Newsletter du mois de février 2017).

Le Tribunal fédéral, dans cet arrêt rédigé en allemand, semble vouloir enterrer l'idée selon laquelle l'*arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit* ne serait pas une incapacité de travail, ou pas une incapacité de travail à prendre en considération par l'assurance perte de gain parce que limitée à la place de travail, et qu'il ne resterait au travailleur qu'à retrouver tout de suite du travail ailleurs.

En résumé les faits, dans cette affaire bernoise, sont les suivants : voici un travailleur qui a résilié son contrat de travail pour l'échéance du 19 novembre 2019. Du 14 juin 2019 jusqu'au 30 novembre 2019, il a été prétendument *arbeitsplatzbedingt arbeitsunfähig*. L'assurance perte de gain de l'employeur a pris le cas en charge jusqu'au 31 août 2019. Elle a cessé ses prestations au motif qu'à partir du 1<sup>er</sup> septembre 2019, l'incapacité de travail était, selon elle, « limitée à la place de travail » et ne reposait plus, du reste, sur un fondement « médical ».

Y répond l'action en paiement du travailleur contre l'assureur – pour les indemnités journalières afférentes aux mois de septembre à novembre 2019. Par jugement du 28 septembre 2020, le Tribunal régional du Berner Oberland accueille l'action et condamne l'assurance. Appel de cette dernière à l'Obergericht du Canton de Berne. Par arrêt du 8 janvier 2021, l'Obergericht rejette l'appel et confirme le jugement entrepris. S'ensuit un recours en matière civile de l'assurance au Tribunal fédéral.

Dans son recours, l'assurance a repris les moyens développés devant les instances cantonales, à savoir : du 1<sup>er</sup> septembre 2019 au 30 novembre 2019, l'assuré ne se trouvait plus en incapacité de travail au sens des Conditions générales d'assurance (CGA). Elle a critiqué la thèse de l'Obergericht selon laquelle une incapacité de travail, fût-elle limitée à la place de travail, était néanmoins bel et bien une incapacité de travail. L'assurance a également critiqué la lecture faite, par les instances cantonales, du certificat médical établi par le médecin traitant du travailleur. Selon elle, ce dernier n'aurait, à vrai dire, certifié une incapacité de travail médicale que pour la période du 14 juin 2019 jusqu'au 31 août 2019 ; le certificat médical n'attesterait, du reste, que d'une incapacité de travail limitée à la place de travail. En retenant que l'incapacité de travail, fût-elle limitée à la place de travail, devait être prise en considération et qu'elle avait duré jusqu'au 30 novembre 2019, l'Obergericht aurait procédé à une constatation arbitraire des faits et à une appréciation insoutenable des preuves.

Le Tribunal fédéral rejette ces griefs aux considérants 4.4 et 4.5 de son arrêt. En substance, il reprend l'argumentation de l'Obergericht. Retenir qu'une incapacité de travail, fût-elle limitée à la place de travail, constituait néanmoins une réelle incapacité de travail, n'a rien d'arbitraire. S'agissant de la valeur probatoire du certificat médical, il s'agissait certes – comme l'avait déjà relevé l'Obergericht – d'un « *Parteigutachten* » ; toutefois, un certificat médical jouirait d'une force probatoire accrue du fait que l'établissement d'un faux certificat est puni par l'art. 318 CP.

Enfin, ajoute le Tribunal fédéral, l'Obergericht pouvait se dispenser d'examiner la question de savoir si l'intimé aurait été à même de travailler auprès d'autres employeurs (*i.e.* durant les mois de septembre à novembre 2019). Certes, l'assurance l'avait allégué en appel, mais sans discuter, de manière substantielle, les considérants topiques du jugement du Tribunal.

La Haute Cour juge donc qu'une *arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit* pouvait parfaitement constituer une incapacité de travail qui devait être prise en considération. La portée de cette considération est certes, *in casu*, limitée à la question de l'obligation de l'assureur perte de gain en cas de maladie de continuer à verser les indemnités journalières assurées – et a donc trait, de façon indirecte, au sens à donner à l'art. 324a al. 4 CO ; mais force est de penser que cette jurisprudence revêt également une portée par rapport à la question de savoir si une incapacité de travail limitée à la place de travail était génératrice ou non de l'effet protecteur prévu par l'art. 336c al. 1 let. b CO (protection contre le congé donné en temps inopportun).

Besetzung  
Bundesrichterin Hohl, Präsidentin,  
Bundesrichterinnen Kiss, Niquille,  
Gerichtsschreiber Bittel.

Verfahrensbeteiligte  
A. AG,  
Beschwerdeführerin,

gegen

B.,  
vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Hueber,  
Beschwerdegegner.

Gegenstand  
Krankentaggeld,

Beschwerde gegen den Entscheid des Obergerichts des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, vom 8. Januar 2021  
(ZK 20 462).

Sachverhalt:

A.

B. (Versicherter, Beschwerdegegner) war als Angestellter der C. AG tätig. Er kündigte den Arbeitsvertrag auf den 30. November 2019. Vom 14. Juni 2019 bis zum 30. November 2019 war er (angeblich) arbeitsplatzbedingt arbeitsunfähig. Gestützt auf die zwischen der C. AG und der A. AG (Versicherung, Beschwerdeführerin) abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung richtete die Versicherung dem Versicherten Taggelder aus. Per 1. September 2019 stellte die Versicherung die Zahlungen ein, da ihr zufolge ab diesem Datum die Arbeitsunfähigkeit ausschliesslich arbeitsplatzbezogen und nicht medizinisch gewesen sei.

B.

B.a. Am 1. Mai 2020 erhob der Versicherte Klage beim Regionalgericht Oberland. Er verlangte, die Versicherung zur Leistung von Taggeldern auch für die Monate September bis November 2019 in der Höhe von Fr. 20'643.35 zuzüglich Zins zu verpflichten. Mit Entscheid vom 28. September 2020 hiess das Regionalgericht die Klage gut.

B.b. Gegen diesen Entscheid erhob die Versicherung am 12. Oktober 2020 Berufung beim Obergericht des Kantons Bern. Sie beantragte, den Entscheid des Regionalgerichts aufzuheben und festzustellen, dass sie dem Versicherten ab dem 1. September 2019 keine Krankentaggelder mehr schulde. Mit Entscheid vom 8. Januar 2021 wies das Obergericht die Berufung ab, soweit es auf diese eintrat. Es erwog, der Versicherte habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen, dass im Zeitraum vom 14. Juni bis zum 30. November 2019 ein Versicherungsfall bestanden habe, weshalb die Versicherung leistungspflichtig sei.

C.

Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 8. Februar 2021 verlangt die Beschwerdeführerin, den Entscheid des Obergerichts kostenfällig aufzuheben und festzustellen, dass sie dem Beschwerdegegner ab dem

1. September 2019 keine Krankentaggeldleistungen mehr schulde. Eventualiter beantragt sie die Rückweisung der Sache an die Vorinstanz. Es wurden keine Stellungnahmen eingeholt. Mit präsidialer Verfügung vom 10. März 2021 wurde der Beschwerde aufschiebende Wirkung erteilt.

Erwägungen:

1.

Das angefochtene Urteil ist ein verfahrensabschliessender Endentscheid (Art. 117 i.V.m. Art. 90 BGG) einer letzten kantonalen Instanz (Art. 114 i.V.m. Art. 75 Abs. 1 BGG), der eine Streitigkeit aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 7 ZPO zum Gegenstand hat (siehe dazu Urteil 4A\_12/2016 vom 23. Mai 2017 E. 1.2 mit Hinweisen). Da der Kanton Bern von der ihm durch Art. 7 ZPO eingeräumten Kompetenz, für derartige Streitigkeiten ein Gericht zu bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz zuständig ist, keinen Gebrauch gemacht hat, ist eine streitwertunabhängige Beschwerde nach Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG nicht möglich (vgl. Urteil 4A\_228/2012 vom 28. August 2012 E. 1.1). Somit gilt die allgemeine Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG. Da diese vorliegend nicht erreicht wird, ist die Beschwerde in Zivilsachen unzulässig. Die erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde erweist sich demnach als das einschlägige Rechtsmittel (Art. 113 BGG).

2.

2.1. Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die subsidiäre Verfassungsbeschwerde - gleich wie die Beschwerde in Zivilsachen - ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG i.V.m. Art. 117 BGG), darf sich der Beschwerdeführer grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern muss einen Antrag in der Sache stellen. Er hat demnach anzugeben, welche Punkte des Entscheids angefochten und welche Abänderungen beantragt werden. Grundsätzlich ist ein materieller Antrag erforderlich; Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosser Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig (BGE 134 III 379 E. 1.3 S. 383).

2.2. Die Beschwerdeführerin beantragt dem Bundesgericht nebst der Aufhebung des angefochtenen Urteils die Feststellung, dass sie dem Beschwerdegegner ab dem 1. September 2019 keine Krankentaggeldleistungen schulde. Es erscheint fraglich, ob dieses Begehren rechtsgenügend ist. Der Beschwerdegegner stellte ein Leistungsbegehren. Darauf ist mit dem Antrag auf (teilweise) Abweisung zu antworten und nicht mit einem Feststellungsbegehren. Mit Blick auf die Begründung der Beschwerde, in deren Lichte die Rechtsbegehren auszulegen sind (BGE 137 II 313 E. 1.3 S. 317; 135 I 119 E. 4 S. 122; 134 III 235 E. 2 S. 236 f.), lässt sich das Begehren indes so auffassen, dass die Beschwerdeführerin die Abweisung der Klage beantragen möchte.

3.

Mit subsidiärer Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 116 BGG). Der Beschwerdeführer muss angeben, welches verfassungsmässige Recht verletzt wurde, und substantiiert darlegen, worin die Verletzung besteht (Art. 117 i.V.m. Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 138 I 171 E. 1.4 S. 176; 135 III 127 E. 1.6 S. 130; 133 III 439 E. 3.2 S. 444). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als verfassungswidrig erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116). Auf rein

appellatorische Kritik am angefochtenen Entscheid tritt das Bundesgericht nicht ein (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246).

4.

Umstritten ist, ob der Beschwerdegegner im Zeitraum vom 1. September bis zum 30. November 2019 im Sinne der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beschwerdeführerin (nachfolgend: AVB) arbeitsunfähig war. Die Beschwerdeführerin rügt eine willkürliche Beweiswürdigung.

4.1. Das Bundesgericht greift in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 141 III 564 E. 4.1 S. 566; 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f.; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 141 III 564 E. 4.1 S. 566; 135 II 356 E. 4.2.1 S. 362). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266; 137 III 226 E. 4.2 S. 234). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 f.; 116 Ia 85 E. 2b S. 88).

4.2. Die Vorinstanz erwog, die Erstinstanz habe den Versicherungsvertrag ausführlich und nachvollziehbar ausgelegt und sei zum Schluss gekommen, dass eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit versichert sei. Als solche sei auch eine (rein) arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit zu verstehen, sofern eine gesundheitliche Einschränkung der Grund für die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit sei. Vorliegend sei eine solche mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Gemäss dem Arztzeugnis von Dr. med. D. vom 31. Oktober 2019 stehe der Beschwerdegegner wegen Krankheit seit dem 14. Juni 2019 in Behandlung und seine Arbeitsunfähigkeit dauere bis November 2019. Diese Formulierung weise eindeutig darauf hin, dass eine gesundheitliche Einschränkung der arbeitsplatzbezogenen Arbeitsunfähigkeit zugrunde liege. Dem Arztzeugnis lasse sich auch kein Hinweis entnehmen, wonach die gesundheitliche Einschränkung ab dem 1. September 2019 nicht mehr bestanden hätte. Soweit die Beschwerdeführerin - unter Verweis auf von ihr verfasste Telefonnotizen - dagegen vorbringe, einerseits habe der Beschwerdegegner selbst bestätigt, die Arbeitsunfähigkeit sei ausschliesslich arbeitsplatzbezogen, und andererseits habe Dr. med. D. erklärt, dass beim Beschwerdegegner zu Beginn zwar eine medizinisch ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe, diese jedoch aktuell ausschliesslich arbeitsplatzbezogen sei, sei ihr entgegenzuhalten, dass gemäss dem Versicherungsvertrag auch eine arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit die Leistungspflicht auslöse, sofern ihr eine gesundheitliche Einschränkung zugrunde liege. Des Weiteren widerspreche die Notiz betreffend das Telefonat mit Dr. med. D. der Argumentation der Beschwerdeführerin, wonach nie eine medizinische Arbeitsunfähigkeit bestanden habe. Schliesslich komme Telefonnotizen ohnehin kein Beweiswert zu, der wesentlich über eine reine Parteibehauptung hinausgehe. Dementsprechend könne nicht auf die behauptete Aussage von Dr. med. D. abgestellt werden.

4.3. Die Beschwerdeführerin moniert, die Vorinstanz sei gestützt auf das Arztzeugnis von Dr. med. D. zum Schluss gelangt, es ergebe sich mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdegegners im Zeitraum

vom 1. September bis zum 30. November 2019. Diese Schlussfolgerung sei willkürlich. Das Arztzeugnis datiere vom 31. Oktober 2019. Folglich habe die Vorinstanz eigenmächtig rückwirkend nicht fundierte medizinische Annahmen getroffen. Die rückwirkende Annahme, die Beschwerdeführerin sei krankheitsbedingt arbeitsunfähig gewesen, entbehre sowohl jeder Grundlage als auch jeder nachvollziehbaren Begründung und sei somit willkürlich. Dem Arztzeugnis sei lediglich zu entnehmen, dass dem Beschwerdegegner vom 14. Juni bis zum 30. November 2019 eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei. Aus dem Zeugnis gehe nicht hervor, welche Krankheit vorgelegen und wie sich dies auf die Arbeitsfähigkeit ausgewirkt haben solle. Es handle sich nicht um einen qualifizierten Arztbericht, sondern lediglich um ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis. Mithin sei das Beweisergebnis der Vorinstanz offensichtlich unrichtig, aktenwidrig und willkürlich. Hinzu komme, so die Beschwerdeführerin, dass dem Bericht ihres Leistungsaussendienstes zu entnehmen sei, dass die attestierte Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. September 2019 ausschliesslich arbeitsplatzbezogen gewesen sei, was Dr. med. D. ihr gegenüber bestätigt habe.

4.4. Diesen Vorbringen ist kein Erfolg beschieden. Die Beweiswürdigung der Vorinstanz ist jedenfalls nicht geradezu willkürlich. Dem Arztzeugnis kann entnommen werden, dass der Beschwerdegegner seit dem 14. Juni 2019, aufgrund einer nicht genannten Krankheit bei Dr. med. D. in Behandlung ist und arbeitsunfähig ist, wobei es sich um eine arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit handelt. Daraus konnte die Vorinstanz willkürfrei ableiten, dass eine gesundheitliche Einschränkung Grund für die arbeitsplatzbedingte Arbeitsunfähigkeit war. Die Arbeitsunfähigkeit dauerte den Angaben des Arztes zufolge vom 14. Juni bis zum 30. November 2019, schloss mithin auch die vorliegend zur Diskussion stehende Periode vom 1. September bis zum 30. November 2019 ein. Insofern war der vorinstanzliche Schluss, die gesundheitliche Einschränkung des Beschwerdegegners habe auch in dieser Zeit bestanden, ebenfalls nicht willkürlich. Der Vorwurf, wonach die Vorinstanz rückwirkend eigene medizinische Annahmen getroffen habe, ist in Anbetracht des Vorerwähnten nicht nachvollziehbar. Betreffend den Beweiswert des Arztzeugnisses erwog die Vorinstanz, dieses sei ein Parteigutachten und könne als solches Basis substanzierter Parteibehauptungen bilden. Mit Blick darauf, dass das Zeugnis von einer fachkundigen Person ausgestellt wurde und die Ausstellung eines falschen ärztlichen Zeugnisses mit Strafe nach Art. 318 StGB bedroht ist, erkannte die Vorinstanz dem Zeugnis einen gewissen Beweiswert zu. Auch dieses Vorgehen ist nicht geradezu willkürlich. Schliesslich führt auch der erwähnte Bericht des Leistungsaussendienstes der Beschwerdeführerin nicht dazu, dass das Beweisergebnis unhaltbar wäre, legte die Vorinstanz doch dar, weshalb dieser Bericht die aus dem Arztzeugnis gezogenen Schlüsse nicht umzustossen vermag. Diesen Erwägungen setzt die Beschwerdeführerin nichts entgegen.

4.5. Soweit die Beschwerdeführerin vorbringt, die Vorinstanz sei offensichtlich aktenwidrig und willkürlich davon ausgegangen, es sei eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen, welche sich auch auf andere Arbeitsplätze beziehe, ist ihr nicht zu folgen. Diese Frage stellte sich vorliegend überhaupt nicht. Unter Bezugnahme auf das Auslegungsergebnis der Erstinstanz untersuchte die Vorinstanz bloss, ob die arbeitsplatzbezogene Arbeitsunfähigkeit gesundheitsbedingt war. Ob der Beschwerdegegner bei einem anderen Arbeitgeber hätte arbeiten können, musste die Vorinstanz nicht prüfen. Die Beschwerdeführerin behauptete zwar vor der Vorinstanz, dass der Beschwerdegegner an einem anderen Arbeitsplatz arbeitsfähig gewesen sei. Allerdings setzte sie sich nicht hinreichend substanziiert mit den Erwägungen der Erstinstanz auseinander, weshalb die Vorinstanz das erstinstanzliche Auslegungsergebnis nicht überprüfte. Wenn die Beschwerdeführerin nun erneut eine eigene Auslegung der AVB vorträgt, wiederholt sie bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, ohne jedoch aufzuzeigen, inwiefern die Vorinstanz ein verfassungsmässiges Recht verletzt hätte. Folglich erübrigen sich auch hierzu Ausführungen materieller Natur (vgl. E. 3 hiervor).

5.

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Dem Beschwerdegegner ist kein Aufwand entstanden, für den er nach Art. 68 Abs. 2 BGG zu entschädigen wäre.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Bern, 1. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 12. April 2021

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Hohl

Der Gerichtsschreiber: Bittel