



731 07 58 / 02

Urteil vom 14. Januar 2009

Besetzung Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Christof Enderle und Michael Guex, Gerichtsschreiberin Barbara Jermann

Parteien X, Kläger, vertreten durch Dr. Annemarie Imhof, Advokatin.

gegen

A **Versicherungen AG**,
Beklagte, vertreten durch Dr. Claudia Götz
StaeHELIN, Rechtsanwältin, Nater Dallafior Rechtsanwälte,

Betreff Forderung

A.1 Der 1944 geborene X, studierter Mathematiker und Informatiker, war vor seiner Krankheit unabhängiger Software-Entwickler. Die Y AG bzw. X hatte bei der B Versicherungen AG eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Als Folge einer angekündigten Prämienhöhung der B Versicherungen AG holte die Y AG, bei welcher X angestellt war, eine Offerte für eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung ein. Gestützt auf die Offerte vom 13. September 2000 reichte die Y AG am 14. September 2000 den Antrag betreffend eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung bei der A Versicherungen AG (A; vormals "C Schweizerische Versicherungsgesellschaft) ein. Der Antrag wurde angenommen, worauf die Versicherung bei der B Versicherungen AG mit Schreiben vom 20. September 2000 per 31. Dezember 2000 gekündigt worden ist. Die Police betreffend die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung bei der A datiert vom 9. Oktober 2000. Der Versicherungsbe-

ginn wurde auf den 1. Januar 2001 und die Dauer auf drei Jahre – bis 31. Dezember 2003 – festgesetzt. Somit erfolgte ein lückenloser Übertritt von einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung zur anderen.

A.2 Am 31. Dezember 2001 meldete sich der Kläger krank. Für den Zeitraum vom 28. Januar 2002 bis 30. Juni 2002 erhielt er von der A ausgehend von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit ein Taggeld in Höhe von Fr. 547.94 pro Tag. Ab 1. Juli 2002 bis zum Leistungsende am 29. Oktober 2003 wurde das Taggeld gestützt auf die nach Ansicht der A veränderte Arbeitsunfähigkeit von 25 % (anstelle von bisher 100 %) gekürzt.

A.3 In der Folge reichte X, vertreten durch Dr. Annemarie Imhof, Advokatin in Basel, mit Eingabe vom 12. September 2005 Klage beim Bezirksgericht Arlesheim ein mit folgenden Rechtsbegehren.

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 37'812.-- für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 zuzüglich Zinses zu 5 % seit 23. April 2003 zu bezahlen.
2. Die Mehrforderung bleibt vorbehalten.
3. Unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten.
4. Die Parteien seien in eine Einleitungsverhandlung zu laden."

Die Beklagte habe für den Zeitraum vom 28. Januar 2002 bis 30. Juni 2002 Taggeldleistungen auf Grund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit des Klägers erbracht (Fr. 547.94 pro Tag). Ab 1. Juli 2002 bis zum Leistungsende am 29. Oktober 2003 sei lediglich ein Taggeld für eine 25%ige Arbeitsunfähigkeit erbracht worden. Vorliegend werde für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 die Taggeldzahlung auf Grund einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % geltend gemacht, da der Kläger während der gesamten Leistungsdauer keine Restarbeitsfähigkeit aufgewiesen habe. Für den eingeklagten Zeitraum ergebe sich somit ein Betrag von Fr. 37'812.-- (92 Tage à Fr. 411.-- [75 % von 547.94 = 410.95]). Auf die weiteren in der Klagebegründung vom 22. Mai 2006 gemachten Ausführungen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

B. Mit Eingabe vom 29. September 2006 reichte die A, vertreten durch Prof. Dr. Christian Brückner und/oder Dr. Claudia Götz, Advokaten in Basel, die Klageantwort beim Bezirksgericht Arlesheim ein mit folgenden Rechtsbegehren:

- "1. Es sei auf die Klage mangels sachlicher Zuständigkeit des Bezirksgerichts Arlesheim nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.
3. Es seien sämtliche ordentlichen und die ausserordentlichen Kosten des Verfahrens vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen.

Zudem wurden folgende Verfahrensanträge gestellt:

- "1. Es sei das Verfahren gemäss § 107 Abs. 2 der ZPO BL auf die Vorfrage der sachlichen Zuständigkeit zu beschränken.
2. Sollte der Verfahrens Antrag auf Beschränkung auf die Vorfrage der sachlichen Zuständigkeit abgewiesen werden oder sollte eingetreten werden, sei der Beklagten eine Nachfrist (entsprechend § 109 Abs. 3 resp. § 107 Abs. 3 der ZPO BL) zur Einreichung einer umfassenden materiell-rechtlichen Klageantwort zu setzen.
3. Alles unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Klägers."

Bezüglich der sachlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Arlesheim wies die Beklagte im Wesentlichen darauf hin, dass vorliegendenfalls Taggeldleistungen aus der mit der Beklagten abgeschlossenen Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach Versicherungsvertragsgesetz geltend gemacht würden. Die geltende Gesetzeslage und namentlich die neue Entwicklung in der Rechtsprechung ergebe, dass das Sozialversicherungsgericht dafür zuständig sei. Die sachliche Zuständigkeit sei zwingend und von Amtes wegen zu beachten.

C.1 Die Vernehmlassung zur Klageantwort datiert vom 25. Oktober 2006. Beantragt wurde unter anderem, es sei auf die Klage auf Grund der sachlichen Zuständigkeit des Bezirksgerichts Arlesheim einzutreten. Die Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts bedinge, dass die Zusatzversicherung einen sozialen Zweck verfolge. Gerade vorliegend stehe jedoch die vertragliche Beziehung des Klägers zur Beklagten deutlich im Vordergrund.

C.2 Mit Verfügung vom 8. Februar 2007 beschloss das Bezirksgericht Arlesheim, dass das Verfahren zuständigkeitshalber an das Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), überwiesen werde. Am 14. März 2007 verfügte das Bezirksgericht im Weiteren, dass das Verfahren bis zur Entscheid über die Eintretensfrage durch das Kantonsgericht sistiert werde.

C.3 Am 26. März 2007 verfügte der Präsident des Kantonsgerichts, dass das Verfahren vorerst auf die Eintretensfrage beschränkt werde. Den Parteien wurde Frist zur Stellungnahme betreffend die sachliche Zuständigkeit eingeräumt.

C.4 Mit Eingabe vom 18. April 2007 teilte der Kläger, vertreten durch Dr. A. Imhof, dem Kantonsgericht mit, dass er mit der sachlichen Zuständigkeit des Kantonsgerichts einverstanden sei. Beantragt wurde deshalb, dass die Eintretensfrage nicht separat zu beurteilen sei. In-nerstreckter Frist teilte auch die A, vertreten durch Dr. C. Götz Staehelin, Advokatin nunmehr in Zürich, mit, dass die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts zu bejahen sei.

C.5 Mit Verfügung vom 22. Juni 2007 zog der Präsident des Kantonsgerichts Ziffer 1 der Verfügung vom 26. März 2007 in Wiedererwägung und hob sie auf. Demnach wurde davon abgesehen, das Verfahren auf die Eintretensfrage zu beschränken.

D. Mit Eingabe vom 7. September 2007 reichte die A, vertreten durch Dr. C. Götz Staehelin, die Klageantwort beim Kantonsgericht ein. Beantragt wurde die vollumfängliche Ab-

weisung der Klage. Die ordentlichen und die ausserordentlichen Kosten des Verfahrens seien vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen. Zur Begründung wurde zusammenfassend ausgeführt, dass die Klage aus mehreren Gründen kostenfällig abzuweisen sei. Zum einen habe der Kläger im Jahr 2000 einen Auftrag bei Z angenommen, der ihn wohl technisch überfordert habe. Das Defizit habe er durch monatelanges Überlasten der Hände wettzumachen versucht. Dann habe er die Krankentaggeldversicherung über seine Einmann-AG abgeschlossen. Anschliessend habe er sich selbst krank gemeldet und eine Einkommenssituation vorgegaukelt, die mit der Realität nichts mehr zu tun gehabt habe. In Anwendung von Art. 9 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz; VVG) vom 2. April 1908 und gemäss den allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) entfalle eine Leistungspflicht der Beklagten. Zudem sei auf das Gutachten von Dr. med. E abzustellen, welches im relevanten Zeitraum erstellt worden sei. Auch das Parteigutachten von Prof. N halte schliesslich fest, dass der Kläger bei leichter körperlicher Arbeit zu 100 % arbeitsfähig sei. Dem Kläger sei es allemal zumutbar gewesen, eine angepasste Tätigkeit auszuüben. Die Leistungspflicht der Beklagten sei auch nicht begründet, weil der Kläger den Versicherungsanspruch betrügerisch begründet habe. Eventualiter wäre jede Leistungspflicht der Beklagten zu kürzen, da der Kläger den Versicherungsfall grobfahrlässig herbeigeführt habe. Die vorliegende Klage sei gestützt darauf abzuweisen und sämtliche ordentlichen und ausserordentlichen Kosten seien dem Kläger aufzuerlegen.

E. Mit Eingabe vom 24. September 2007 wird seitens des Klägers unter Bezugnahme auf die eingereichte Klageantwort vom 7. September 2007 ein weiterer Schriftenwechsel beantragt.

Die Replik datiert vom 21. Dezember 2007. An den in der Klage vom 12. Dezember 2005 gestellten Rechtsbegehren Ziffern 1-3 wurde vollumfänglich festgehalten. Sämtliche Vorbringen der Beklagten wurden bestritten. Das Gutachten von Dr. E, auf welches sich die Beklagte gestützt hat, wurde als unvollständig, un schlüssig, voreingenommen, nicht neutral, widersprüchlich und als schlicht nicht nachvollziehbar erachtet, wohingegen das Gutachten von Prof. N als vollständig, schlüssig und neutral angesehen wurde.

F. Die seitens der Beklagten eingereichte Duplik datiert vom 23. April 2008. Beantragt wurde die vollumfängliche Abweisung der Klage. Zudem seien die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten des Verfahrens vollumfänglich dem Kläger aufzuerlegen. Zusammenfassend wird geltend gemacht, die Ausführungen des Klägers seien unsubstantiiert. Abschliessend wurde darauf hingewiesen, dass sich das Honorar aufgrund der zusätzlichen Rechtsschrift gegenüber der Klageantwortbeilage 16 um 30 % erhöhen würde.

G. An der heutigen Parteiverhandlung nehmen der Kläger, Dr. A. Imhof als seine Rechtsvertreterin sowie Dr. C. Götz Staehelin als Rechtsvertreterin der Beklagten teil. Beide Parteien halten an ihren Anträgen fest. Auf die Begründung wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Gestützt auf das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 wird zwischen der obligatorischen Krankenpflegeversicherung (sog. soziale Krankenversicherung) einerseits und den Zusatzversicherungen zur Krankenversicherung andererseits unterschieden. Gemäss Art. 12 Abs. 2 KVG steht es den Krankenkassen frei, neben der sozialen Krankenversicherung Zusatzversicherungen anzubieten, welche dem VVG unterstehen (Art. 12 Abs. 3 KVG; vgl. GEBHARD EUGSTER in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Soziale Sicherheit [Band XIV], 2. Auflage, Basel/Genf/München 2007, Krankenversicherung, N 198 f.; vgl. das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht [KGE SV], vom 27. Juli 2007, 730 06 171, E. 1.1). Zu diesen Zusatzversicherungen zählen auch die von einer Krankenkasse betriebenen Taggeldversicherungen (vgl. GEBHARD EUGSTER, Die obligatorische Krankenpflegeversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Ulrich Meyer [Hrsg.], Basel/Genf/München 2007, N 199).

Aufgrund des privatrechtlichen Charakters der Zusatzversicherungen steht den Krankenkassen in diesem Bereich keine hoheitliche Gewalt zu. Sie sind demnach nicht befugt, über ihre daraus resultierenden Ansprüche gegenüber den versicherten Personen Verfügungen zu erlassen, weshalb bei Streitigkeiten ein Klageverfahren zur Anwendung gelangt (UELI KIESER, Die Neuordnung der Zusatzversicherungen zur Krankenversicherung in: Aktuelle Juristische Praxis [AJP] 1997 S. 11 ff., S. 17; RAYMOND SPIRA, Die Rechtspflege in der neuen Krankenversicherung in: Soziale Sicherheit [CHSS] 1995, S. 256 ff.).

1.2 Art. 85 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) vom 17. Dezember 2004 überlässt es den Kantonen, Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung den Sozialversicherungsgerichten zur Beurteilung zuzuweisen. In diesem Rechtsgebiet üben diese dann aber Zivilgerichtsbarkeit aus (vgl. THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 3. Auflage, Bern 2003, § 32 N 1; BGE 124 III 44 und 124 III 229). Der Kanton Basel-Landschaft hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und das Kantonsgericht in § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 für sachlich zuständig erklärt. Das Kantonsgericht hat in einem neueren Urteil entschieden, dass unter diese Bestimmung auch die sachliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus kollektiven Krankentaggeldversicherungsverhältnissen zwischen Versicherten und privaten Versicherungsträgern, die die soziale Krankenversicherung nicht durchführen, falle (KGE SV vom 23. Mai 2008, 730 06 98, E. 1.2; KGE SV vom 5. November 2008, 730 07 142, E. 1.2)

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens bilden Leistungen der Beklagten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung. Das Kantonsgericht ist somit *sachlich* zur Beurteilung der Streitigkeit zuständig.

1.3 Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte richtet sich schliesslich nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) vom 24. März 2000. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist eine Klage gegen eine juristische Person grundsätzlich an deren Sitz zu erheben. Art. 9 Abs. 1 GestG hält aber fest, dass – soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht – die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren können. Eine solche Vereinbarung haben die Parteien vorliegend in Ziffer C 8 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (Ausgabe 05/1999, AVB) getroffen. Danach sind für Klagen aus dem Versicherungsvertrag wahlweise die Gerichte in Winterthur oder am schweizerischen Wohnort der anspruchsberechtigten Person zuständig.

Da der Kläger seinen Wohnsitz in Oberwil, Kanton Basel-Landschaft, hat, ist das Kantonsgericht auch örtlich zur Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig.

1.4 In formeller Hinsicht ist des Weiteren erforderlich, dass der Kläger an seinen Begehren ein hinreichendes Rechtsschutzinteresse hat. Ein solches liegt vor, wenn für den Kläger eine Ungewissheit, Unsicherheit oder Gefährdung seiner Rechtsstellung besteht, deren Behebung gerechtfertigt und nicht auf andere Weise möglich ist. Bezüglich dem Begehren um Ausrichtung eines Betrages von Fr. 37'812.-- für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 zuzüglich Zins zu 5 % seit 23. April 2003 ist das Rechtsschutzinteresse ohne weiteres zu bejahen. Da auch die übrigen formellen Erfordernisse erfüllt sind – ist auf die Klage vom 12. September 2005 einzutreten.

2.1 Vorab ist auf folgende Verfahrensgrundsätze zu verweisen:

Gemäss Art. 85 Abs. 2 VAG haben die Kantone bei Verfahren, bei denen es um Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung geht, für ein einfaches und rasches Verfahren zu sorgen, wobei das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen und die Beweise nach freiem Ermessen zu würdigen hat. Zudem wird in Art. 85 Abs. 3 VAG festgelegt, dass den Parteien mit Ausnahme von mutwilliger Prozessführung keine Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen. Damit hat der Bundesgesetzgeber in die Prozesshoheit der Kantone im Bereich des Zivilprozessrechts eingegriffen, um die Anwendung der im Sozialversicherungsrecht geltenden, in Art. 61 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 statuierten Verfahrensgrundsätze auch im Rahmen von solchen Verfahren sicherzustellen. Aus denselben Gründen, die für eine sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts in der vorliegenden Streitigkeit sprechen (vgl. E. 1.2), sind die in Art. 85 VAG angeordneten verfahrensrechtlichen Privilegierung der Krankenzusatzversicherten nach KVG auch auf Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen von privaten Versicherungsträgern, die die soziale Krankenversicherung nicht durchführen, anwendbar (KGE SV vom 5. November 2008, 730 07 142, E. 3.1).

2.2 Der vorliegende Prozess ist demzufolge vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 85 Abs. 2 VAG). Danach hat das Gericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder die Beweisanträge der Parteien für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt, er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E.2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 E. 3b mit Hinweisen). Das Gericht hat alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten.

Insbesondere darf das Gericht bei einander widersprechenden medizinischen Berichten den Prozess nicht erledigen, ohne das gesamte Beweismaterial zu würdigen und die Gründe anzugeben, warum es auf die eine und nicht auf die andere medizinische These abstellt. Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten (vgl. BGE 125 V 352 E. 3a, 122 V 160 f. E. 1c, mit Hinweisen). In Bezug auf Atteste von Hausärzten und von behandelnden Spezialisten darf und soll das Gericht der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass diese mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (vgl. ULRICH MEYER-BLASER, Bundesgesetz über die Invalidenversicherung [IVG], Zürich 1997, S. 230; BGE 125 V 353, 122 V 62 E. 1c, 120 V 367 E. 3b), weshalb auf deren Aussagen nicht unbesehen abgestellt werden kann (vgl. Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts [EVG] vom 28. Januar 2004, I 294/04, E. 4.3.3).

2.3 Die Begründung des Versicherungsanspruches obliegt dem Anspruchsberechtigten. Beweisrechtlich folgt dies aus der allgemeinen Regel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907, wonach das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, wer aus ihr Rechte ableitet. Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt ist (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 136). Während das Gericht im So-

zialversicherungsrecht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen hat (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen), gründet die richterliche Überzeugung bei Streitigkeiten aus Zivilrecht wie im Zivilprozessverfahren üblich grundsätzlich auf dem vollen Beweis. Der besonderen Natur des Versicherungsvertrags Rechnung tragend, verlangen Lehre und Praxis in Versicherungsfällen, vorab wenn Beweisschwierigkeiten vorliegen, vom Anspruchsberechtigten nur einen abgeschwächten Beweis. Es genügt, wenn der geltend gemachte Sachverhalt nach der Lebenserfahrung einen hinreichend hohen Grad an Wahrscheinlichkeit erreicht (JÜRGEN NEF, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [Kommentar VVG], Basel/Genf/München 2001, N 21 zu Art. 39). Sind Tatsachen erstellt, die ernstliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Anspruchsberechtigten begründen, ist er verpflichtet, den vollen, strikten Beweis zu erbringen (NEF, a.a.O., N 23 zu Art. 39).

3.1 Strittig ist im vorliegenden Fall im Wesentlichen die Frage, ob die Versicherung die Taggeldleistungen für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 kürzen und nach Massgabe einer Arbeitsunfähigkeit von 25 % bemessen durfte.

3.2 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind privatrechtliche Verträge im Sinne von Art. 1 des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911. Das heisst, die Vertragsparteien sind frei in der Wahl des Vertragspartners und geniessen in der Festlegung des Vertragsinhalts grosse Freiheiten. Gleichzeitig wird diese Vertragsfreiheit aber durch zahlreiche, im Versicherungsvertragsgesetz statuierte zwingende oder einseitig zwingende Bestimmungen inhaltlich beschränkt (GERHARD STOESEL in: Kommentar VVG, a.a.O., Allgemeine Einleitung N 34 f.).

3.3 Der Leistungsumfang der Krankentaggeldversicherung ergibt sich unter anderem aus den AVB.

3.3.1 In Ziffer A 6 der AVB wird der Begriff der Krankheit definiert. Danach gilt als versicherte Krankheit jede Gesundheitsstörung, die der Versicherte unfreiwillig erleidet, kein Unfall oder keine Unfallfolge ist und eine ärztliche Behandlung erfordert (Abs. 1). Nicht versichert sind die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten unter anderem, wenn sie bei Arbeitsvertrags- oder Versicherungsvertragsbeginn bestehen, solange sie eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben (Abs. 3).

In Ziffer A 7 AVB sind die Rückfälle geregelt. Danach gilt das erneute Auftreten einer Krankheit (Rückfall) als *neue* Krankheit, wenn der Versicherte während 12 Monaten ihretwegen nicht arbeitsunfähig war.

3.3.2 Eine Arbeitsunfähigkeit gemäss Ziffer A 10 AVB liegt vor, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren derzeitigen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben.

3.3.3 Anspruch auf Leistungen hat der Versicherte gemäss Ziffer B 1, wenn er nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist. Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die A das in der Police aufgeführte Taggeld (Abs. 1), bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggelds nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25 % ergeben keinen Anspruch auf Taggeld (Abs. 2).

3.4 Wie eingangs dargelegt wird die Vertragsfreiheit durch zahlreiche, im VVG statuierte zwingende oder einseitig zwingende Bestimmungen inhaltlich beschränkt.

Die Beklagte verneint in der Klageantwort vom 7. September 2008 den Anspruch des Klägers auf Versicherungsleistungen unter anderem gestützt auf Art. 9 VVG und Ziffer A 6 AVB mit dem Einwand, der Kläger habe bereits vor Abschluss des Vertrags Handbeschwerden behauptet und seine Arbeit unterbrochen.

Art. 9 VVG lautet wie folgt:

"Der Versicherungsvertrag ist unter Vorbehalt der Fälle nach Artikel 100 Abs. 2 nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war."

Darin ist geregelt, dass der Versicherungsvertrag nichtig ist, wenn das befürchtete Ereignis schon eingetreten ist (Rückwärtsversicherungsverbot). Die Vorschrift von Art. 9 VVG gehört zu den absolut zwingenden Bestimmungen, weshalb durch Vertragsabrede nicht von ihr abgewichen werden kann. (URS CH. NEF in: Kommentar VVG, a.a.O., N 26 zu Art. 9). Die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages gemäss Art. 9 VVG ist vom Richter denn auch von Amtes wegen zu beachten (U. CH. NEF in: Kommentar VVG, a.a.O., N 27 zu Art. 9). Unter den Parteien bestimmt werden kann jedoch der Zeitpunkt, in dem das befürchtete Ereignis als eingetreten gelten soll. Da weder Art. 9 noch Art. 33 VVG einer vertraglichen Regelung bezüglich des Eintritts des befürchteten Ereignisses entgegenstehen, werden in der Versicherungspraxis die Voraussetzungen der Leistungspflicht des Versicherers regelmässig in den AVB umschrieben (U. CH. NEF in: Kommentar VVG, a.a.O., N 16 zu Art. 9).

Wie unter E. 3.3.1 aufgeführt, ist der Eintritt des befürchteten Ereignisses in den Ziffern A 6 und A 7 AVB geregelt. Demnach sind die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten unter anderem dann nicht versichert, wenn sie bei Arbeitsvertrags- oder Versicherungsvertragsbeginn bestehen, solange sie eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben (Ziffer A 6 Abs. 3 AVB). Das erneute Auftreten einer Krankheit (Rückfall) gilt gemäss Ziffer A 7 AVB dann als neu, wenn der Versicherte während 12 Monaten ihretwegen nicht arbeitsunfähig war. Nebst der versicherten

Krankheit gemäss Ziffer A 6 Abs. 1 AVB ist somit zusätzlich erforderlich, dass der Versicherte deswegen arbeitsunfähig gewesen ist. Erst wenn beide Voraussetzungen (Krankheit und Arbeitsunfähigkeit) bei Arbeitsvertrags- oder Versicherungsvertragsbeginn gegeben waren, ist das Ereignis eingetreten, welches dazu führt, dass die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten nicht versichert sind. Würde anders entschieden, hätte Abs. 3 von Ziffer A 6 AVB keine eigenständige Bedeutung.

Wie hiervor dargelegt, ist eine eigenständige Regelung des Eintritts des befürchteten Ereignisses in den AVB zulässig. Soweit die Krankheit des Klägers somit vor Versicherungsvertragsbeginn keine Arbeitsunfähigkeit zur Folge gehabt hat, kann das Ereignis nicht als eingetreten bezeichnet werden. Art. 9 VVG, welcher zwingend bestimmt, dass der Versicherungsvertrag nichtig ist, wenn das befürchtete Ereignis schon eingetreten ist (Rückwärtsversicherungsverbot), würde somit nicht zur Anwendung gelangen.

3.5 Zu prüfen ist deshalb zunächst, ob der Kläger vor dem Versicherungsvertragsabschluss wegen der Handbeschwerden arbeitsunfähig gewesen ist.

Die Versicherungspolice datiert vom 9. Oktober 2000. Damit das befürchtete Ereignis, welches den Versicherungsausschluss zur Folge hätte, gemäss Ziffer A 6 Abs. 3 AVB als eingetreten gelten kann, müsste der Kläger somit vor Oktober 2000 arbeitsunfähig gewesen sei.

Den Akten ist zu entnehmen, dass der Kläger im Jahre 2000 bei der Z einen Auftrag von US\$ 750'000 für ein Software Entwicklungsprojekt im kalifornischen Silicon Valley Labor der Z akquiriert hat. Beim intensiven Arbeiten am PC entwickelten sich ab Mai 2000 leichte Schmerzen in den Fingern. Ende August 2000 suchte er wegen dieser Schmerzen erstmals einen Arzt, Dr. med. F, Physiatry Medical Group, Inc., Sports, Orthopedic and Rehabilitation Medicine Associates, San Jose, USA, auf. Im Konsultationsbericht vom 29. August 2000 diagnostizierte dieser eine sehr wahrscheinliche Tendinitis des rechten Handgelenkes in Relation zur Computerarbeit. Er empfahl eine ergonomische Therapie. Eine Arbeitsunfähigkeit wurde nicht attestiert. Am 26. September 2000 wurde dem Kläger eine rehabilitative Behandlung durch Dr. F sowie eine Untersuchung durch die Handtherapeutin (NovaCare, Outpatient Rehabilitation) verschrieben. Dr. F empfahl dem Kläger auch nicht, dass er sich schonen sollte. Erstmals am 27. November 2000, folglich bereits nach Abschluss des Versicherungsvertragsbeginns, wurde der Kläger von Dr. med. G, Facharzt FMH für Plastisch-Rekonstruktive Chirurgie, Praxis-Klinik Birshof in Münchenstein, vorerst für drei Wochen arbeitsunfähig geschrieben. Anlässlich der 2. Konsultation am 20. Dezember 2000 wurde er von Dr. G im Rahmen des Möglichen wieder für voll arbeitsfähig erachtet (vgl. E. 5.2 hiernach). Weitere Arztberichte, welche bereits vor dem Versicherungsvertragsabschluss die Arbeitsunfähigkeit des Klägers belegen würden, liegen nicht vor.

3.6 Zusammenfassend kann demnach festgehalten werden, dass das befürchtete Ereignis, nämlich die Krankheit des Klägers und die dadurch bedingte Arbeitsunfähigkeit (vgl. Ziffer A 6 Abs. 3 und 7 AVB) nicht vor dem Versicherungsvertragsabschluss am 9. Oktober 2000 eingetreten sind, weshalb das in Art. 9 VVG statuierte Rückwärtsversicherungsverbot, welches eine zwingende Bestimmung darstellt, nicht zur Anwendung gelangt.

4.1 Die Beklagte hat für den Zeitraum vom 28. Januar 2002 bis 30. Juni 2002 Taggeldleistungen auf Grund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit des Klägers erbracht (Fr. 547.94 pro Tag). Ab 1. Juli 2002 bis zum Leistungsende am 29. Oktober 2003 wurden die Leistungen gekürzt und es wurde dem Kläger noch ein Taggeld basierend auf einer 25%igen Arbeitsunfähigkeit erbracht. Der Kläger beanstandet die Reduktion und fordert für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 Taggeldzahlungen basierend auf einer Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Zur Begründung bringt er im Wesentlichen vor, dass er während der gesamten Leistungsdauer keine Restarbeitsfähigkeit ausgewiesen habe. Für den eingeklagten Zeitraum ergebe sich somit ein Betrag von Fr. 37'812.-- (92 Tage à Fr. 411.--). Strittig ist im vorliegenden Fall somit die Frage, ob die Beklagte die Taggeldleistungen für den Zeitraum vom 1. Juli 2002 bis 30. September 2002 gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 25 % zu Recht gekürzt hat.

4.2 Der Leistungsumfang der Krankentaggeldversicherung ergibt sich im Wesentlichen aus den AVB. Gemäss dem in Ziffer A 6 AVB definierten Krankheitsbegriff, gilt als versicherte Krankheit jede Gesundheitsstörung, die der Versicherte unfreiwillig erleidet, kein Unfall oder keine Unfallfolge ist und eine ärztliche Behandlung erfordert. Anspruch auf Leistungen hat der Versicherte gemäss Ziffer B 1 AVB, wenn er nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist. Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die Beklagte das in der Police aufgeführte Taggeld, bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggelds nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25 % ergeben keinen Anspruch. Eine Arbeitsunfähigkeit gemäss Ziffer A 10 AVB liegt vor, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren derzeitigen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Massgebend ist dabei grundsätzlich die auf Grund ärztlicher Feststellungen ermittelte tatsächliche Unfähigkeit, am angestammten Arbeitsplatz nutzbringend tätig zu sein (BGE 114 V 283 E. 1c; RKUV 2001 Nr. KV 174 S. 292 E. 2a, 1987 Nr. U 27 S. 394 E. 2b). Von entscheidender Bedeutung für den vorliegenden Fall ist, in welchem Ausmass und in welcher Tätigkeit der Kläger ab Juli 2002 (Reduktion des Taggeldes) arbeitsunfähig ist.

5.1 Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit liegen im Wesentlichen folgende medizinischen Unterlagen vor.

5.2 Dr. G diagnostizierte im Verlaufseintrag vom 27. November 2000 eine Rhiarthrose rechts stärker als links und eine Scaphotrapeziale Arthrose rechts stärker als links. Die Arbeitsunfähigkeit beurteilte er mit 100 %. Der zweite Konsultationsbericht datiert vom

20. Dezember 2000. Darin wurde die Arbeitsunfähigkeit mit 0 % beziffert mit dem Vermerk "im Rahmen des Möglichen".

5.3 Vom 10. Januar 2002 datiert das erste Arztzeugnis von Dr. med. H, Rheumatologie FMH, Manuelle Medizin, Schmerzklinik Kirschgarten in Basel. Diagnostiziert wurde ein chronisches lumbovertebrales Syndrom sowie eine Rhizarthrose beidseits seit Anfang 2000. Als Therapien wurden Physiotherapie und Meidkamente empfohlen.

Im Zwischenbericht vom 13. August 2002 diagnostizierte Dr. H eine Fingerpolyarthrose, eine Rhizarthrose, ein chronisches lumbospondylogenes Syndrom bei degenerativen Veränderungen sowie ein zervikovertebrales und brachiales Syndrom. Es wurde eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 30. Oktober 2001 mit nicht definierter Dauer attestiert.

In seinem Schreiben vom 12. September 2002 an die Beklagte hält Dr. H fest, dass er den Kläger seit dem 30. Oktober 2001 betreue. Er sei einer von mehreren Ärzten, die ihn gleichzeitig betreut hätten. Aufgrund seiner Problematik habe er dessen Arbeitsfähigkeit nicht angesprochen, weil er geglaubt habe, diese sei bereits von einem anderen Kollegen festgelegt worden. Als die erste Anmeldung der Beklagten gekommen sei, habe er gerade sämtliche Unterlagen an einen anderen Kollegen auf Wunsch des Patienten weitergeleitet. Er habe annehmen müssen, dass dort seine Weiterbehandlung fortgeführt werden würde. Aus diesem Grund habe er den Kläger nicht krankgeschrieben, da er überzeugt gewesen sei, dass er sich in der Sprechstunde abgemeldet habe. Diese Annahme sei jedoch nicht zutreffend gewesen. Der Kläger habe sich lediglich eine Zweitmeinung bei Dr. I und Prof. Dr. J eingeholt. Genau aus diesem Grund habe er ebenfalls eine Zweitmeinung durch Dr. med. K, Rheumatologe FMH, eingeholt, der für diese Zeit eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert habe.

5.4 Dr. I hält in seinem Schreiben vom 4. November 2002 auf entsprechende Anfrage fest, dass er den Kläger in der Funktion als Hausarzt seit Dezember 1996 betreue. Der Versicherte sei durch diese Schmerzen in seiner Lebensqualität und in der Arbeitsfähigkeit massiv eingeschränkt. Das Thema der Arbeitsunfähigkeit sei in seiner Sprechstunde nie direkt besprochen worden. Er habe angenommen, dass das Thema der Arbeitsfähigkeit durch Dr. H behandelt worden sei, da der Kläger sowohl wegen seines Rückens als auch wegen seiner Handgelenke behandelt worden sei.

5.5 Das Gutachten von Dr. med. E, Spezialarzt FMH für Rheumatologie, Physikalische Medizin und Rehabilitation, Basel, welches von der Beklagten in Auftrag gegeben worden ist, datiert vom 23. Januar 2003. Diagnostiziert wurde eine Rhizarthrose beidseits mässigen Grades sowie eine Arthrose am Os naviculare und Trapezium beidseits; ein lumbovertebrales Syndrom bei degenerativen Veränderungen; ein zervikovertebrales Syndrom bei degenerativen Veränderungen vor allem im mittleren Drittel; eine initiale Gonarthrose beidseits; unspezifische

multilokale Schmerzangaben und eine Schmerzausbreitungstendenz bei anhaltender somatoformer Schmerzsymptomatik. Bezüglich Arbeitsfähigkeit hält Dr. E im Wesentlichen fest, dass der Kläger aus seiner Sicht in der angestammten Tätigkeit, sei es als Programmierer, sei es als Mathematiker bzw. in der Informatik voll – mindestens jedoch 75 % – arbeitsfähig sei. Die Prognose sei im Allgemeinen gut. Sicherlich könne der Versicherte schwere körperliche Arbeiten mit Heben und Tragen sowie häufigem Bücken oder auch mit schwererer manueller Arbeit nicht leisten, diese Tätigkeit könne ihm als Mathematiker bzw. als Informatiker ohnehin nicht zugemutet werden. Es stelle sich nun die Frage, bis wann die 100%ige Arbeitsunfähigkeit gegolten habe. Diese sei retrospektiv festzulegen, was ohnehin schwierig sei. Auffallend sei jedoch, dass keine spontane Arbeitsunfähigkeit von den voruntersuchenden Ärzten festgelegt worden sei. Die 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 30. Oktober 2001 sei erst nach Aufforderung zur Stellungnahme und nachdem niemand etwas festgelegt habe von Dr. H angegeben worden. Dies nach seinem Ermessen und gestützt auf die Aussagen des Versicherten. Dies möge auch zutreffend gewesen sein, wenn die damaligen lumbalen Beschwerden und die Schmerzen am Daumenwurzelgelenk derart aktiv gewesen seien. Dr. E geht jedoch davon aus, dass solche Beschwerden maximal sechs Monate andauern würden. Immerhin sei bei der MRI-Untersuchung vom 20. November 2001 keine Diskushernie lumbal festgestellt worden. Somit sei der Verlauf deutlich regredient. So gesehen dürfe seine oben angegebene Arbeitsfähigkeit von 25 % ab Mitte Jahr 2002 gelten.

5.6 Dr. med. L, Facharzt FMH für Innere Medizin und Intensivmedizin, Basel, hält in seinem Schreiben vom 3. Juni 2003 fest, dass er den Kläger seit dem 17. Dezember 2002 als Hausarzt betreue. Somit könne er zu dessen gesundheitlicher Problematik, die zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt habe, nichts sagen. Anamnestisch seien damals der Rheumatologe Dr. H sowie ein Dr. K zuständig gewesen, die beide die Arbeitsunfähigkeit des Klägers festgelegt hätten. Festzuhalten sei jedoch, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers gegenüber der Zeit als er bei ihm gewesen sei, sicher nicht gebessert habe und von einer nach wie vor 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden müsse.

5.7 Dr. med. M, Facharzt FMH für orthopädische Chirurgie und Handchirurgie in Basel, hält im Bericht vom 12. September 2003 fest, dass der Versicherte als hochqualifizierter Software-Entwickler tätig gewesen sei. Das Beschwerdebild des Versicherten zu begreifen, sei schwierig. Dieser habe früher höchst intensiv, konzentriert und über lange Zeitspannen am Computer gearbeitet. Die Computertätigkeit des Patienten könne nur teilweise mit derjenigen eines durchschnittlichen Informatikangestellten verglichen werden. Deshalb könne man annehmen, dass er wegen seiner Beschwerden heute seine Arbeit nicht mehr auf der bisherigen hohen Ebene weiterführen könne. Der Versicherte müsse bereit sein, im Sinne einer Teilerhaltung seiner Arbeitsfähigkeit, seinen Arbeitsrhythmus und seine Arbeitsintensität zu reduzieren. Man könne erwarten, dass er seine über alles geliebte und hochqualifizierte Computerarbeit unter allen Umständen weiterführen möchte. Ob er mit einer Reduktion seiner Arbeitsintensität noch lukrative Aufträge auf dem bisherigen Niveau erhalte, vermöge er nicht zu beurteilen. Er denke

aber, dass es möglich sein sollte, entsprechende Arbeitsverträge abzuschliessen, die den heutigen Fähigkeiten entgegenkommen würden. Aus handchirurgischer Sicht ergebe sich aufgrund der objektivierbaren Befunde im Bereich beider Handgelenke kein Grund, eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit zu attestieren. Eine 50%ige Arbeitsfähigkeit sei angemessen.

5.8 Prof. Dr. N, Klinikdirektor des UniversitätsSpitals Zürich, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, hält in seinem Gutachten vom 26. April 2004, welches vom Kläger in Auftrag gegeben worden ist, zur Arbeitsfähigkeit im Wesentlichen fest: Aufgrund der dokumentierten Akten, der Anamnese mit ausführlicher konsistenter Schilderung durch den Patienten und auch aufgrund der vom Kläger bereits früher und jetzt wieder aufgezeichneten zeitlichen Ereignisse müsse für die intensive Eingabearbeit am PC, wie er sie in den Jahren 2000 und 2001 habe durchführen müssen, eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit angenommen werden. Die Grundlage dieser Beschwerden liege mit hoher Wahrscheinlichkeit in den radiologisch dokumentierten Arthrosen im Bereiche der Daumensattelgelenke sowie der Skaphoid-Trapezium-Trapezoideum-Gelenke beidseits rechtsbetont. Objektive Hinweise für eine Tenosynovitis, wie sie zu Beginn der Erkrankung vermutet worden sei, hätten aufgrund der Akten nie bestanden. Auch heute fänden sich keine Hinweise für eine Sehnenerkrankung. Nach nun bereits 2 1/2-jähriger, relativer "Abstinenz vom PC" bestünden auch klinisch Zeichen einer Arthrose in den Daumensattelgelenke (derbe, leichte Schwellungen sowie Stauchungsschmerz rechts). Für eine Tätigkeit als Softwareentwickler mit der Notwendigkeit der selbstständigen Eingabe des Programms im PC bestehe bei dieser intensiven Belastung auch in Zukunft eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Bei allen anderen Tätigkeiten, wo die Eingabe nur zeitweise (während ein paar Minuten bis max. 1/2 Stunde täglich) erfolgen müsste, bestünde eine 100%ige Arbeitsfähigkeit. Dabei müssten die zervikalen und lumbalen Beschwerden berücksichtigt werden, wofür eine wiederholte Änderung der Position unbedingt notwendig wäre (Sitzen während max. 1/2 Stunde, Stehen während max. 1/4 Stunde am gleichen Ort).

5.9 Dr. med. O, Facharzt für Innere Medizin FMH, Luzern, hält in seinem Schreiben vom 11. Juni 2004 fest, dass ihn das Gutachten von Prof. Dr. N nicht zu überzeugen vermöge, da sich der Gutachter vorwiegend auf die subjektiven Angaben des Versicherten abgestützt habe. Bei den diskreten pathologischen Befunden, welche objektiv hätten erhoben werden können, sei eine retrospektiv attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit in den Jahren 2001/2 als Informatiker schwer nachvollziehbar. Auch müsse beachtet werden, dass Prof. Dr. N den Versicherten für eine körperlich leichte Tätigkeit mit wechselnden Positionen für 100 % arbeitsfähig halte. Umso mehr erstaune die Einschätzung, dass der gleiche Patient für die körperlich leichte Tätigkeit der PC-Bedienung 100 % arbeitsunfähig sein sollte. Auffällig für den Krankheitsverlauf sei zudem, dass bei einer Polyarthrose alle konservativen Therapieverfahren wirkungslos gewesen seien, was äusserst ungewohnt sei und auf die von Dr. E diagnostizierte Schmerzausbreitungstendenz hinweise. Die sehr aufschlussreichen Schreiben des Versicherten im Anhang 1 und 2 des Gutachtens von Dr. E seien im Gutachten von Prof. Dr. N überhaupt nicht berücksichtigt worden. Zusammenfassend sei er daher der

Auffassung, dass das Gutachten von Dr. E überzeugend nachweise, dass der Versicherte in seiner angestammten Tätigkeit ab Juli 2002 mindestens 75 % arbeitsfähig gewesen sei.

5.10 Im Schreiben vom 2. September 2004 nimmt Prof. Dr. N ergänzend Stellung zum Bericht von Dr. O vom 11. Juni 2004. Insbesondere betont er, dass sich die 100%ige Arbeitsfähigkeit nicht auf eine generelle "körperlich leichte Tätigkeit mit wechselnden Positionen", sondern auf leichte Tätigkeiten, welche, wie im Gutachten vom 21. April 2004 ausführlich hingewiesen worden sei, keine PC-Arbeiten mit längerer Tastatureingabe beinhalteten, beziehen würde. Wörtlich sei aufgeführt worden, dass "während ein paar Minuten bis maximal 1/2 Stunde täglich " eine solche Eingabe möglich wäre. Aufgrund dieser Aussage erstaune es deshalb nicht, wie Dr. O dies festhalte, dass für die monotone und stete 8-10-stündige PC-Bedienung eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestehe. Diese Tätigkeit möge leicht erscheinen, sei aber für die Daumen-Sattelgelenke intensiv und stelle eine lokale, sehr hohe Belastung dar, welche zu chronifizierten und auch invalidisierenden Beschwerden führen könne.

6. Von entscheidender Bedeutung für den vorliegenden Fall ist, in welchem Ausmass und in welcher Tätigkeit der Kläger ab Juli 2002 (Reduktion des Taggeldes von 100 auf 25 %) arbeitsunfähig gewesen ist. Echtzeitliche Dokumente, aus welchen sich die Arbeitsfähigkeit ergibt, liegen unter anderem von Dr. H und Dr. K vor. Dr. H attestierte dem Kläger eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Dr. I hält in seinem Schreiben vom 4. November 2002 fest, dass die Arbeitsfähigkeit in seiner Sprechstunde nie Thema gewesen sei, da er davon ausgegangen sei, dieses würde von Dr. H behandelt. Durch die geklagten Schmerzen sei der Versicherte in seiner Lebensqualität und in der Arbeitsfähigkeit jedoch massiv eingeschränkt. Auch Dr. L betreute den Kläger seit dem 17. Dezember 2002 und damit in der massgeblichen Zeit als Hausarzt. In seinem Schreiben vom 3. Juni 2003 hält er fest, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers gegenüber der Zeit als er bei ihm gewesen sei, sicher nicht gebessert habe und von einer nach wie vor 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden müsse.

Im Unterschied zu den hiervor genannten Ärzten mussten sowohl Dr. E als auch Prof. Dr. N eine retrospektive Schätzung der Arbeitsunfähigkeit vornehmen. Ersterer erachtete die Arbeitsfähigkeit des Versicherten mindestens im Umfang von 75 % für gegeben an, wohingegen Prof. Dr. N die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten bei intensiver Tipparbeit auf 100 % festsetzte, die Arbeitsfähigkeit für leichte angepasste Arbeit dagegen für gegeben erachtete.

Dr. E stellte fest, dass an Finger, Handgelenk, Rücken usw. degenerative Veränderungen bestehen würden. Diese Beschwerden liessen sich erklären. Einschränkungen in der Arbeitsfähigkeit seien jedoch nicht nachvollziehbar, da es sich bei der Tätigkeit des Versicherten um Kopfarbeit handeln würde und auch das Tippen am PC nicht belastend sei. Diese Aussage basiert auf einer Annahme von Dr. E und erweist sich bei näherer Betrachtung als unzutreffend. Obwohl er unter anderem auch eine Rhizarthrose beidseits mässigen Grades diagnosti-

ziert, geht er nicht darauf ein, wie sich die Dauerbelastung der Arbeit am PC auf diese Diagnose auswirken könnte. Er unterlässt es auch, dazu Stellung zu nehmen, weshalb die Beschwerden insbesondere nach stundenlanger belastender PC-Arbeit auftreten. Worauf er seine Aussage, die Arbeit des Klägers sei Kopfarbeit, stützt, ist nicht ersichtlich. Diese Annahme lässt sich nicht überprüfen. Insgesamt ist die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch Dr. E deshalb nicht schlüssig und nachvollziehbar. Zwar hat Dr. E anerkannt, dass sowohl die lumbalen wie auch die Handgelenkschmerzen einmal bestanden haben. Die Dauer der Schmerzen hat er jedoch auf sechs Monate beschränkt, ohne dies näher auszuführen. Schliesslich begründet Dr. E die Änderung der Arbeitsfähigkeit ab Juli 2002 mit dem regredienten Verlauf der Diskushernie, obwohl die belastungsabhängigen Handgelenkschmerzen vorliegendenfalls zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers geführt hatten. Somit ist auch diese Erklärung nicht einleuchtend.

Dem Schreiben von Dr. O kann ebenfalls keine Relevanz beigemessen werden. Zum einen geht er pauschal von einer "leichten Tätigkeit der PC-Bedienung" aus, ohne die konkrete Arbeit des Klägers, insbesondere das stundenlange Eingeben am PC, zu würdigen. Zum anderen erachtet er den Krankheitsverlauf bei einer Polyarthrose als auffällig, da alle konservativen Therapieverfahren wirkungslos gewesen seien. Seine Aussage, dass dies ungewohnt sei und auf die von Dr. E diagnostizierte Schmerzausbreitungstendenz hinweise, begründet er dagegen nicht näher.

Betreffend das Gutachten von Prof. Dr. N ist zu berücksichtigen, dass auch dieses eine retrospektive Schätzung der Arbeitsfähigkeit vornimmt. Allein vom Umfang her ist das Gutachten vollständig, die Beurteilung ist umfassend und die geklagten Beschwerden werden berücksichtigt. Prof. Dr. N gelangt anhand der objektiven Befunde und der Anamnese zu schlüssigen Ergebnissen. Die Anamnese ist sehr ausführlich. Es wird dargelegt, was der Kläger bei seiner Tätigkeit gemacht hat. Dabei geht Prof. Dr. N davon aus, dass der Kläger sehr viel "getippt" hat. Im Zusammenhang mit der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit geht Prof. Dr. N davon aus, dass der Kläger bei intensiver Tipptätigkeit nicht mehr arbeiten könne. Diese Einschätzung ist sehr einleuchtend. Im Gegensatz zum Gutachten von Dr. E ist zudem ein Zusammenhang zwischen der Daumensattelgelenkarthrose und der Arbeit erstellt. Es wird schlüssig dargelegt, dass der Beschwerdeführer voll arbeitsunfähig gewesen ist, da die festgestellten Beschwerden bereits im damaligen Zeitpunkt bestanden haben. Die Arbeitsunfähigkeit wurde bezüglich der intensiven Tipparbeit zutreffenderweise nur auf die Handbeschwerden bezogen. Die lumbale Problematik wurde ausser acht gelassen.

Die Einschätzung von Prof. Dr. N wird denn auch durch die Berichte von Dr. G und Dr. H gestützt. Die gegenüber der Einschätzung der Arbeitsfähigkeit durch Dr. H von Dr. E geäusserte Kritik ändert nichts daran, zumal im Bericht vom September 2002 glaubwürdig dargelegt wird, weshalb die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht bereits früher festgelegt worden ist. Soweit die Beklagte kritisiert, dass Prof. Dr. N im Zusammen-

hang mit der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit die Greifbewegung verstärkt bewertet hatte, ist darauf hinzuweisen, dass auch Dr. E die Arbeitsfähigkeit mit der Greifbewegung bewertet hat. Entscheidend ist jedoch, dass Dr. E im Gegensatz zu Prof. Dr. N zur Dauerbelastung keine Stellung genommen hat. Im Weiteren bestätigt auch Dr. M die Auffassung von Prof. Dr. N. In seinem Bericht vom 12. September 2003 geht er ebenfalls davon aus, dass der Kläger wegen seiner Beschwerden heute seine Arbeit nicht mehr auf der bisherigen hohen Ebene weiterführen könne. Der Kläger müsse aber bereit sein, im Sinne einer Teilerhaltung seiner Arbeitsfähigkeit, seinen Arbeitsrhythmus und seine Arbeitsintensität zu reduzieren. Aus handchirurgischer Sicht geht er zwar nicht von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit aus, attestiert jedoch eine 50%ige Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit.

Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass bezüglich der Arbeitsunfähigkeit des Klägers die Beurteilung im Gutachten von Prof. Dr. N massgebend ist, welche im Übrigen mit den echtzeitlichen Dokumenten übereinstimmt, so dass der Kläger bezüglich der bisher ausgeübten Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig ist.

7.1 Der Kläger stützt seine Forderung auf den Versicherungsvertrag mit der A, Police betreffend die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung vom 9. Oktober 2001. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob die vom Kläger ausgeübte Tätigkeit, bezüglich welcher er arbeitsunfähig geworden ist, versichert ist, so dass der entsprechende Erwerbsausfall gedeckt ist.

7.2 Gemäss der Police vom 9. Oktober 2000 werden unter der Rubrik "Art des versicherten Betriebs bzw. Berufs" "EDV-Dienstleistungen" angeführt. Aus dem Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Landschaft vom 22. August 2006 ergibt sich, dass der Zweck der eingetragenen Versicherungsnehmerin Y mit "Entwicklung und Vertrieb von Software sowie diesbezügliche Beratung" umschrieben ist. Nicht bestritten ist zwischen den Parteien, dass die Tätigkeit des Versicherten in der Entwicklung von Software bestanden hat, so dass es sich dabei um EDV-Dienstleistungen handelt, welche gemäss der Police betreffend die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung vom 9. Oktober 2001 grundsätzlich versichert sind.

8.1 Unter der Bedingung, dass der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist, bezahlt A bei voller Arbeitsfähigkeit das in der Police aufgeführte Taggeld (Ziffer B 1 Abs. 1 AVB). Eine Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge einer versicherten Krankheit ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren derzeitigen Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben (Ziffer A 10 AVB).

Von derselben Definition des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit geht auch die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung aus. Zwar sind im vorliegenden Verfahren Taggeldleistungen gestützt auf das VVG zu beurteilen und es handelt sich demnach – wie bereits ausgeführt – um eine privatrechtliche Streitigkeit. Aufgrund der grossen Sachnähe des Streitgegenstands zum allgemeinen Sozialversicherungsrecht ist es aber ohne weiteres angezeigt, bei der weiteren

Prüfung die Rechtsprechung des EVG in sinngemässer Weise mit zu berücksichtigen. Demgemäss gilt eine Person dann als arbeitsunfähig, wenn sie infolge eines Gesundheitsschadens ihre bisherige Tätigkeit nicht mehr, nur noch beschränkt oder nur unter der Gefahr, ihren Gesundheitszustand zu verschlimmern, ausüben kann (BGE 129 V 53 E. 1.1, 114 V 283 E. 1c; RKUV 1987 Nr. U 27 S. 394 E. 2b). Diese Definition gilt in allen Zweigen der Sozialversicherung (PETER OMLIN, Die Invalidität in der obligatorischen Unfallversicherung, 2. Auflage, Fribourg 1999, S. 67). Massgebend ist grundsätzlich die auf Grund ärztlicher Feststellungen ermittelte tatsächliche Unfähigkeit, am angestammten Arbeitsplatz nutzbringend tätig zu sein (BGE 114 V 283 E. 1c; RKUV 2001 Nr. KV 174 S. 292 E. 2a, 1987 Nr. U 27 S. 394 E. 2b).

8.2 In seiner zuletzt ausgeübten Tätigkeit war der Versicherte mit der Entwicklung von Software beschäftigt. Den Akten wie auch den Ausführungen des Klägers an der heutigen Parteiverhandlung muss entnommen werden, dass die intensive "Tipptätigkeit" am PC im Zusammenhang mit der Entwicklung und Programmierung von Software notwendig gewesen ist. Wie vom Versicherten für das Gericht nachvollziehbar ausgeführt, konnte er die ausgeübte Tätigkeit als hochspezialisierter Informatik-Spezialist ohne die Möglichkeit, die Daten selbst eingeben zu können, nicht länger ausüben. Aufgrund der interaktiven Tätigkeit am PC hätte der Beizug einer Hilfsperson zur Fehleranfälligkeit der Software geführt und die Entwicklung hätte zudem derart lange gedauert, dass sie nicht mehr bezahlbar bzw. für den Auftraggeber nicht länger lukrativ gewesen wäre. Somit hätte auch der Beizug einer Hilfsperson nicht dazu geführt, dass der Kläger seine Tätigkeit weiter hätte ausüben können. Schliesslich ergibt sich aus den Akten, dass ergonomische Massnahmen (Verwendung einer speziellen Maus, Tastatur usw.) zwar geprüft worden sind, dass diese aber nicht dazu beigetragen haben, die Schmerzen des Klägers zu vermeiden. Da aus den massgebenden ärztlichen Berichten, insbesondere dem Gutachten von Prof. Dr. N hervorgeht, dass er für eine mehrstündige Tipparbeit vollständig arbeitsunfähig war, ist zusammenfassend festzuhalten, dass der Kläger seine bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben konnte. Da es sich dabei aber um eine versicherte Tätigkeit an seinem angestammten Arbeitsplatz handelt, die der Versicherte vor seiner Arbeitsunfähigkeit ausgeübt hat, hat die Beklagte den Erwerbsausfall grundsätzlich zu übernehmen und die dem Versicherten zustehenden Taggelder auszurichten.

Daran ändert auch der Einwand der Beklagten, der Kläger hätte auch als Berater tätig sein können, nichts, war doch die Entwicklung von Software diejenige Tätigkeit, welche er vor der Krankheit ausgeübt hat und welche gemäss dem hiervor Gesagten auch versichert gewesen ist.

9.1 Art. 61 VVG führt aus, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für die Minderung des Schadens zu sorgen. Massgebend ist im Rahmen von Art. 61 Abs. 2 VVG, was ein vernünftiger Mensch in der gleichen Situation getan hätte, wenn keine Leistungspflicht Dritter bestanden hätte (vgl. GEBHART EUGSTER, Vergleich der Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Adrian von Kaenel [Hrsg.], Zürich 2007,

S. 85, FN 126, m.w.H.). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Art. 61 VVG Ausdruck des gleichen Prinzips der Schadenminderungspflicht sei, wie es vom EVG für die Taggeldversicherung (nach KVG) definiert worden sei, weshalb die betreffende EVG-Praxis in der Krankentaggeldversicherung nach VVG sinngemäss anwendbar sei, namentlich auch die Pflicht zur Einräumung einer angemessenen Anpassungszeit, während welcher das versicherte Taggeld geschuldet bleibe (Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 2. Mai 2002 5C 74/02, E. 5a; vgl. dazu auch EUGSTER, a.a.O. S. 85). Die Rechtsprechung betrachtet dabei eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen (vgl. BGE 114 V 281 E. 5b, Urteil R. des EVG vom 11. Juli 2005, K 42/05, E. 1.1).

9.2 Vorliegendenfalls ist das Gericht der Ansicht, dass der Versicherte die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann (vgl. E. 8.2 hiavor). Folglich müsste er im Rahmen der Schadenminderungspflicht eine neue Tätigkeit suchen. Dies ist jedoch erst möglich, wenn er zum einen weiss, dass er die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben kann und er zum anderen darüber aufgeklärt worden ist, was er noch machen kann. Schliesslich muss er darauf hingewiesen werden, dass er seinen Job ändern bzw. einen neuen Job suchen muss. Dem Versicherten konnte erst sehr spät klar sein, dass er seinen bisherigen Job nicht mehr wird ausüben können. Auch ist er von der Beklagten nie darauf hingewiesen worden, dass er sich eine andere Stelle suchen müsste. Entsprechend dem hiavor Gesagten kann sich die Beklagte deshalb auch nicht darauf berufen, dass der Versicherte die Schadenminderungspflicht verletzt habe.

10. Die Beklagte erhebt im Weiteren den Vorwurf, dass der Kläger den Versicherungsanspruch betrügerisch begründet bzw. zum Zwecke der Täuschung unrichtige Angaben gemacht habe, weshalb sie gemäss Art. 40 VVG keine Leistungen zu erbringen habe. Insbesondere habe der Kläger die Frage, ob sich unter den zu versichernden Personen der Inhaber des Betriebs befinde, fälschlicherweise mit einem "Nein" beantwortet. Hätte er diese Frage dagegen korrekt beantwortet, wäre eine als Summenversicherung ausgestattete Einzelversicherung für Betriebsinhaber und mitarbeitende Familienmitglieder oder eine andere passende Versicherung abgeschlossen worden. Bei Einzelversicherungen hätte sich der Antragsteller einer umfassenden Gesundheitsprüfung unterziehen müssen, welcher er sich habe entziehen können. Die falsche Beantwortung dieser Frage habe somit dazu geführt, dass vom Kläger keine zusätzlichen Gesundheitsfragen hätten beantwortet werden müssen.

Diesbezüglich muss sich die Beklagte entgegenhalten lassen, dass es sich bei der Versicherungsnehmerin um die in der Police aufgeführte Y AG und damit um eine Aktiengesellschaft, d. h. eine juristische Person handelt, so dass der Kläger Arbeitnehmer der Versicherungsnehmerin ist und nicht Inhaber im juristischen Sinn sein kann. Die entsprechende Frage ist vom Kläger somit korrekt beantwortet worden. Die Frage auf dem Antragsformular betreffend die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung dürfte auf nicht juristische Personen zugeschnitten sein, da der Betriebsinhaber bei einer nicht juristischen Gesellschaft in der Regel nur dann versichert ist, wenn er im Vertrag namentlich aufgeführt wird. Soweit die Beklagte vorbringt, die

Formulare seien vom Kläger nicht richtig ausgefüllt worden, kann ihr auch betreffend die übrigen gerügten Punkte nicht gefolgt werden. Insbesondere ist für das Gericht nicht ersichtlich, inwiefern er die Gesundheitsfragen falsch beantwortet haben sollte. Insgesamt konnte die Beklagte nicht überzeugend darlegen, worin das betrügerische Verhalten des Klägers liegen sollte, zumal dieser die Ernsthaftigkeit seiner Beschwerden zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses weder gekannt hat noch deswegen arbeitsunfähig gewesen war. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass Art. 40 VVG nicht zur Anwendung gelangt und sich die Beklagte nicht auf den Standpunkt stellen kann, sie sei an den Vertrag nicht mehr gebunden.

11.1 Schliesslich führt die Beklagte an, es seien die Taggelder wegen grobfahrlässigem Verhalten des Klägers zu kürzen. Alle Indizien würden darauf hin deuten, dass der Versicherungsnehmer bei der Erfüllung seines Auftrages in Kalifornien überfordert gewesen sei.

11.2 Gemäss Art. 14 Abs. 2 VVG ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung in einem dem Grade des Verschuldens entsprechenden Verhältnis zu kürzen, wenn der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte das Ereignis grobfahrlässig herbeigeführt hat. Grob fahrlässig handelt, wer eine elementare Vorsichtspflicht verletzt, deren Beachtung sich jedem verständigen Menschen in der gleichen Lage und unter den gleichen konkreten Umständen aufdrängt. Dies setzt voraus, dass es dem Versicherungsnehmer möglich und zumutbar gewesen wäre, ein anderes, Schaden vermeidendes Verhalten an den Tag zu legen. Der Sorgfaltsmassstab ergibt sich aus einem Vergleich mit dem objektivierten Durchschnittsverhalten (ANDREAS HÖNGER/MARCEL SÜSSKIND in: Kommentar VVG, a.a.O., N 18 zu Art. 14).

11.3 Vorliegendenfalls wusste der Kläger nicht um seinen Gesundheitszustand. Insbesondere hatte er keine Veranlassung, von der Tiptätigkeit am PC abzusehen. Insofern kann ihm auch nicht vorgehalten werden, er habe eine elementare Vorsichtspflicht verletzt. Der Beklagten kann somit auch bezüglich dieses Eventualbegehrens nicht gefolgt werden.

12.1 Die Höhe der Taggelder wird anhand von Ziffer A 11 AVB bemessen, wonach als Grundlage für die Bemessung der Taggelder der letzte vor Krankheitsbeginn im versicherten Betrieb bezogene AHV-Jahreslohn gilt. Zu berücksichtigen sind auch noch nicht bezahlte Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht. Dieser Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt (Abs. 1). Übt der Versicherte keine regelmässige Erwerbstätigkeit aus oder unterliegt sein Lohn starken Schwankungen, so wird auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt (Abs. 2), wobei der massgebende Höchstlohn pro Person und Jahr auf Fr. 250'000.-- begrenzt ist (Abs. 3).

12.2 Bei den Akten befinden sich diverse Unterlagen des Klägers, welche seinen Lohn während der letzten Jahre dokumentieren. Ausgehend von den Jahren 2000 und 2001 ergibt sich, dass der Kläger ein Einkommen von Fr. 520'000.-- bzw. Fr. 158'000.-- aufweisen kann. Unter Berücksichtigung der weiteren Unterlagen der AHV sowie der Bankbelege ist ersichtlich, dass

das Einkommen starken Schwankungen unterliegt, so dass bei der Bemessung der Taggelder Ziffer A 11 Abs. 2 AVB zur Anwendung gelangt, was wiederum bedeutet, dass auf einen angemessenen Durchschnittslohn pro Tag abgestellt wird.

Vorauszuschicken ist, dass die Beklagte den Lohn des Klägers grundsätzlich bereits anerkannt hat und gestützt darauf vom 28. Januar 2002 bis 30. Juni 2002 den Maximalbetrag der versicherten Taggelder ausgerichtet hat. Ab 1. Juli 2002 bis zum Leistungsende am 29. Oktober 2003 wurde dem Kläger ein Taggeld basierend auf einer 25%igen Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt. Der tiefere Betrag ergab sich einzig aufgrund der veränderten Arbeitsfähigkeit. An der ursprünglich anerkannten Höhe des Taggeldes änderte sich nichts. Da die Beklagte die Höhe vorliegendenfalls bestreitet, muss die Höhe der Taggelder unter Berücksichtigung der Untersuchungsmaxime dennoch überprüft werden. Angesichts der vorliegenden Belege, ist es gerechtfertigt, vom Einkommen der Jahre 2000 und 2001 auszugehen. Die in diesen Jahren erzielten und addierten Einkommen betragen Fr. 678'000.--, was einem jährlichen Durchschnittseinkommen von Fr. 339'000.-- entspricht. Dieses liegt deutlich über dem versicherten Höchstbetrag von Fr. 250'000.--.

Damit ist – wie vom Kläger beantragt – ein Taggeld von Fr. 410.95 (75 % von Fr. 547.94) während 92 Tagen, somit Fr. 37'807.40 geschuldet. Die Klage ist in diesem Punkt deshalb gutzuheissen, auch wenn die Berechnung einen um Fr. 4.60 tieferen als den geforderten Betrag 37'812.-- von ergibt.

13. Der Kläger beantragt zudem, die Forderung sei mit 5 % seit dem 23. April 2003 zu verzinsen.

Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR sind auf den Forderungsbetrag grundsätzlich Verzugszinsen zu 5 % geschuldet (vgl. NEF, a.a.O., N 22 zu Art. 41). Der Versicherer gerät nach Art. 102 OR mit der Mahnung in Verzug (vgl. ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 389). Geldforderungen sind in der Mahnung zu beziffern (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2003 [4C22/2003] E. 3.3.3).

Massgebend für den Zinslauf ist somit die Mahnung, mit welcher die Beklagte in Verzug gesetzt worden ist. Dem Gericht liegt keine Mahnung vor und seitens des Klägers wurde auch nicht geltend gemacht, dass diese erfolgt sei. Für die Zinsberechnung wird deshalb auf den Zeitpunkt der Klageeinreichung und damit auf den 12. September 2005 abgestellt.

14. Soweit die Beklagte geltend macht, der Kläger müsse sich gestützt auf die Schadenminderungspflicht Leistungen der Invalidenversicherung anrechnen lassen, ist sie darauf hinzuweisen, dass die Beklagte den Kläger nicht zur Anmeldung bei der Invalidenversicherung aufgefordert hat. Da der Anspruch auf die hypothetischen monatlichen IV-Leistungen zudem erst ein Jahr nach Beginn der Arbeitsunfähigkeit entstanden wäre, hätte der Kläger erstmals ab

1. November 2002 mit Leistungen der Invalidenversicherung rechnen können. Aufgrund dieser Wartefrist hätte er somit im massgebenden Zeitraum (1. Juli 2002 bis 30. September 2002) keine Leistungen der Invalidenversicherung beziehen können, so dass sich eine mögliche Anrechnung dieser Leistungen erübrigt.

15. Zusammenfassend gelangt das Gericht somit zum Schluss, dass die Klage im Sinne der Erwägungen gutzuheissen ist.

16.1 Abschliessend bleibt über die Kosten zu entscheiden. Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dürfen den Parteien – ausser bei mutwilliger Prozessführung – gemäss Art. 85 Abs. 3 VAG keine Verfahrenskosten auferlegt werden.

16.2 Gemäss § 21 Abs. 1 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden.

Die Rechtsvertreterin macht gemäss den eingereichten Honorarnoten vom 5. Oktober 2004, 12. September 2005, 6. Juni 2006 und 31. Dezember 2007 (ohne Aufwand im Zusammenhang mit der heutigen Parteiverhandlung) ein Honorar von Fr. 28'898.20 (inkl. Auslagen und 7.6 % Mehrwertsteuer) geltend.

Bei der Bemessung der Höhe der Parteientschädigung ist zu berücksichtigen, dass es sich vorliegendenfalls um eine Zivilstreitigkeit handelt. Unter Beizug der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte vom 17. November 2003 (Tarifordnung, SGS 178.112) könnte für den im vorliegenden Verfahren im Streite liegenden Betrag ein Grundhonorar von maximal Fr. 6'450.-- zugesprochen werden (§ 7 Abs. 1 Tarifordnung). Gemäss § 8 Tarifordnung sind zudem gewisse Zuschläge möglich. Aufgrund der umfangreichen Ausführungen – unter anderem auch bedingt durch die ausführliche Klageantwort, in welcher sämtliche klägerischen Ausführungen bestritten worden sind – ist ein Zuschlag von 50 % angemessen (§ 8 Abs. 1 lit. a Tarifordnung). Ein weiterer Zuschlag von 30 % ist aufgrund des zweiten Rechtsschriftenwechsels gerechtfertigt (§ 8 Abs. 1 lit. b Tarifordnung). Dies ergibt ein Honorar von Fr. 11'610.-- zuzüglich Auslagen von 829.30 (ohne diejenigen, welche gemäss der Honorarnote vom 6. Juni 2006 im Zusammenhang mit Abklärungen bei der Pensionskasse entstanden sind) sowie Mehrwertsteuer von 7.6 % (auf einem Betrag von Fr. 12'439.30), total Fr. 13'384.--. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens ist die Zusprechung einer reduzierten Parteientschädigung von Fr. 13'384.70 an die Rechtsvertreterin des Klägers auch in Anwendung von § 21 VPO als angemessen zu erachten.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. Die Klage wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen und die A Versicherungen AG verurteilt, X den Betrag von Fr. 37'807.85 zuzüglich Zins von 5 % seit 12. September 2005 zu bezahlen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die A Versicherungen AG hat X eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 13'384.70 (inkl. Auslagen und 7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Mitteilung an Parteien
Bundesamt für Privatversicherungen

Präsident

A. B. —



Gerichtsschreiberin

[Handwritten signature]

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 eingereicht werden. Diese Frist kann nicht verlängert werden (Art. 47 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Sie ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Beschwerde ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Beschwerde führende Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat. Ebenfalls beizulegen ist der angefochtene Entscheid (Art. 42 Abs. 3 BGG).