

KK.2007.00040

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich
II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichter Meyer
Sozialversicherungsrichter Hurst
Gerichtssekretärin Fehr

Urteil vom 28. August 2009

in Sachen

X.____

Kläger

gegen

Basler Versicherungs-Gesellschaft
Hauptsitz
Aeschengraben 21, Postfach, 4002 Basel
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Adelrich Friedli
Stationsstrasse 66 A, 8907 Wettswil

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1955, arbeitete seit 1. Juni 2005 als technischer Berater bei der Y.____ GmbH (Urk. 8/K1a; vgl. auch Auszug aus dem individuellen Konto, IK-Auszug, Urk. 12). Über diese war er im Rahmen eines Kollektivvertrages bei der Basler Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: Basler) taggeldversichert.

Die Arbeitgeberin erstattete der Basler (wohl) am 13. Dezember 2005 eine Krankheitsanzeige (Urk. 8/K1b). Dr. med. Z.____, Arzt für Allgemeine Medizin FMH, bescheinigte ab 14. Dezember 2005 wegen einer Bronchitis und einer Sehnenscheidenentzündung an der rechten Hand eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 8/K2-6, Urk. 8/M1). Am 22. März 2006 diagnostizierte Dr. Z.____ überdies eine Depression und attestierte weiterhin eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit von 100 % (Urk. 8/M2-3).

1.2 Am 11. April 2006 (Urk. 8/M4a) veranlasste die Basler eine Begutachtung durch Dr. med. A.____, FMH für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 8/M4b). Sie zog sodann Berichte der behandelnden Dr. med. B.____, Facharzt für Psychiatrie & Psychotherapie FMH, und C.____, Psychoanalytiker & Psychotherapeut (Urk. 8/K24, Urk. 8/M9), und von Dr. Z.____ bei (Urk. 8/K33, Urk. 8/K57, Urk. 8/M4-8). Weiter holte sie die Akten der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, ein (Urk. 8/1-12, Urk. 8/IV0-19).

1.3 Die Basler erbrachte Taggeldleistungen aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 14. Dezember 2005 bis am 31. März 2007 (Urk. 8/TG1-15).

Mit Schreiben vom 2. November 2007 eröffnete die Basler dem Versicherten, er habe die psychiatrische Behandlung verspätet aufgenommen und deshalb die Wiedereingliederung verzögert. Hiefür habe sie nicht einzustehen, weshalb sie keine Taggelder mehr ausrichte (Urk. 8/K60 = Urk. 2).

2. Mit Eingabe vom 27. November 2007 erhob X.____ Klage gegen die Basler und verlangte die Auszahlung von Fr. 4'260.-- pro Monat für insgesamt zehn Monate (Urk. 1). Mit Klageantwort vom 22. Januar 2008 beantragte die Basler die Abweisung der Klage (Urk. 7 S. 1).

Auf Antrag der Beklagten hin (Urk. 7 S. 2) zog das Gericht am 30. Januar 2008 von der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, Ausgleichskasse, den IK-Auszug des Klägers bei (Urk. 9, Urk. 11-12). Im daraufhin angeordneten zweiten Schriftenwechsel (Urk. 13) hielt der Versicherte mit Replik vom 18. April 2008 an seinem Rechtsbegehren fest (Urk. 15), während die Basler die am 21. April 2008 angesetzte Frist zur Duplik (Urk. 16) unbenutzt verstreichen liess. Androhungsgemäss nahm das Gericht Verzicht auf Duplik an und erklärte mit Gerichtsverfügung vom 4. Juni 2008 den Schriftenwechsel als geschlossen (Urk. 18).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die daraus herrührende Streitigkeit ist daher zivil- und vermögensrechtlich (BGE 124 III 46 Erw. 1 und 232 Erw. 2b), wobei Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG) für das Klageverfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung von Bundesrechts wegen ein einfaches und rasches Verfahren sowie die Untersuchungsmaxime vorschreibt. Es dürfen keine Verfahrenskosten auferlegt werden (Art. 85 Abs. 3 VAG).

Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist im Kanton Zürich das hiesige Gericht sachlich zuständig (§ 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend das Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).

1.2 Ausgewiesenermassen hat die Beklagte für die am 14. Dezember 2005 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit von 100 % Taggelder bezahlt, und zwar bis am 31. März 2007 (Urk. 8/TG1-15), was seitens des Klägers unbestritten blieb und wovon auszugehen ist.

Streitig ist hingegen, ob der Kläger Anspruch auf weitere Taggeldzahlungen hat. Die Beklagte stellte dies in Abrede mit der Begründung, ab diesem Zeitpunkt sei die Arbeitsunfähigkeit nicht mehr rechtsgenügend ausgewiesen. Dr. Z.____ habe zuletzt am 12. Januar 2007 ein Zeugnis ausgestellt und auf den Bericht der behandelnden Dr. B.____ und C.____ könne nicht abgestellt werden. Zudem habe der Kläger die von Gutachter Dr. A.____ am 28. Juni 2006 empfohlene Therapie nicht rechtzeitig aufgenommen und somit gegen die Rettungspflicht im Sinne von Art. 61 VVG verstossen. Damit sei der Versicherer berechtigt, seine Leistungen zu reduzieren (Urk. 7 S. 3 f.).

Dagegen stellte sich der Kläger auf den Standpunkt, für die Leistungspflicht der Beklagten sei allein seine seit Dezember 2005 bestehende Arbeitsunfähigkeit ausschlaggebend. Die Beklagte könne nicht einfach eine andere Kausalität einführen. Im Übrigen habe er sich stets um seine Gesundheitsprobleme bemüht und sich durch Spezialärzte behandeln lassen (Urk. 1). Entgegen der Darstellung der Beklagten habe die Behandlung zu keiner Heilung geführt (Urk. 15).

1.3 Es wird zunächst zu prüfen sein, ob die Arbeitsunfähigkeit des Klägers auch über den 31. März 2007 hinaus ausgewiesen ist (nachstehend Erw. 2) und wie es sich mit seiner Schadenminderungspflicht verhält (nachstehend Erw. 3).

Die von der Beklagten in der Vernehmlassung aufgeworfene Frage, ob die vereinbarten Löhne tatsächlich ausgerichtet worden sind (Urk. 6 S. 2 Ziff. 1), ist zu bejahen. Nach Einsicht in den antragsgemäss beigezogenen IK-Auszug (Urk. 12) erscheint als wenigstens mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die Löhne

bezahlt und entsprechend abgerechnet wurden.

1.4 Der Kläger verlangte die Zahlung von Fr. 4'260.-- pro Monat für zehn Monate (Urk. 1). Der Streitwert dieses Verfahren übersteigt somit Fr. 30'000.--.

2.

2.1 Bei der von der Y.____ GmbH für ihre Arbeitnehmer abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung Police Nr. 80/9.866.302-9 (vgl. Urk. 8/TG1-15) handelt es sich gemäss den allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 1997, um eine dem VVG unterstehende kollektive Krankenzusatzversicherung (Urk. 8/1/1 Ziff. G1). Dabei ist der Kläger versichert für ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des versicherten Jahreslohnes von Fr. 64'800.-- für eine Leistungsdauer von 730 Tagen (Urk. 8/1/1 S. 2 und Urk. 8/TG1-15).

In den AVB wird für das Krankentaggeld vorausgesetzt, dass eine ärztlich bestätigte, krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit von mindestens 50 % vorliegt (Urk. 8/1/1 S. 2). Die Höhe des versicherten Krankentaggeldes richtet sich proportional zum Grad der Erwerbsunfähigkeit; ab 66 2/3 % wird das volle Taggeld ausgerichtet (Urk. 2/4 Ziff. A10). Ferner sehen die Gemeinsamen Bestimmungen der AVB vor, dass bei langanhaltender Erwerbsunfähigkeit Taggeldleistungen nur erbracht werden, wenn der Versicherte in regelmässiger ärztlicher Behandlung oder Kontrolle steht (mindestens einmal alle vier Wochen; Urk. 8/1/1 letzte Seite).

2.2 Die AVB definieren den Begriff der Erwerbsunfähigkeit nicht, weshalb der Vertrag insoweit auszulegen ist.

Vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (vgl. BGE 133 III 681 Erw. 3.3). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht, OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 681 Erw. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts in Sachen Versicherung X. vom 12. Juli 2005, 5C.271/2004, Erw. 2). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Auch dem systematischen Element muss bei der Auslegung breit angelegter allgemeiner Vertragsbestimmungen praxismässig erhebliches Gewicht beigemessen werden. Gleichwohl steht die Auslegung anhand des Wortlauts an erster Stelle (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen K. vom 20. April 2007, 5C.21/2007, Erw. 3.1).

2.3 Im Sozialversicherungsrecht wird unterschieden zwischen Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit. Diese Begriffe werden in Art. 6-7 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) definiert.

Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (Art. 6 ATSG). Dagegen bezieht sich die Erwerbsunfähigkeit nicht bloss auf die Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf, sondern auf die Fähigkeit, sich auf dem gesamten in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt wieder einzugliedern (Art. 7 ATSG).

Aufgrund des Vertrauensprinzips und der Vorbringen der Parteien ist hier davon auszugehen, dass sich die in den AVB umschriebene Erwerbsunfähigkeit nicht am entsprechenden sozialversicherungsrechtlichen Begriff nach Art. 7 ATSG orientiert, sondern vielmehr die Unmöglichkeit bedeutet, sich im bisherigen Beruf zu betätigen.

Darauf lässt einerseits die Formulierung der Beklagten in der Klageantwort schliessen, wo sie selbst von Arbeitsunfähigkeit spricht, ohne jedwelchen Bezug auf anderweitige Tätigkeiten (Urk. 7 Ziff. 9). Andererseits hat die Beklagte bis am 31. März 2007 Taggelder ausgerichtet, und zwar aufgrund der ärztlichen Bescheinigung, dass der Kläger die bisherige Tätigkeit nicht mehr ausüben könne. Auch dabei ist eine

Bezugnahme auf die Einsatzmöglichkeit in anderen Beschäftigungen oder auf den allgemeinen Arbeitsmarkt gänzlich unterblieben. Schliesslich bleibt zu berücksichtigen, dass sich das Krankentaggeld in der Regel nach der Arbeitsunfähigkeit und nicht nach der Erwerbsunfähigkeit richtet.

Dies hat auch für die Beurteilung des hier strittigen Taggeldanspruches zu gelten, zumal die Beklagte auch nichts anderes behauptete. Massgebend ist somit allein, ob eine hinreichende ärztliche Bescheinigung darüber vorliegt, dass der Kläger im Umfang von mindestens 50 % bei der Ausübung seiner Tätigkeit als technischer Berater beeinträchtigt war.

2.4 Hausarzt Dr. Z.____ bescheinigte ab 14. Dezember 2005 und namentlich auch für die strittige Zeit ab 1. April 2007 eine anhaltende vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 8/K39, Urk. 8/K42-43, Urk. 8/K45, Urk. 8/K50, Urk. 8/K54). Als Diagnose nannte er am 14. Februar 2006 zunächst eine seit 14. Dezember 2005 bestehende Bronchitis und eine Sehnenscheidenentzündung an der rechten Hand (Urk. 8/M1) und im Zeugnis vom 7. April 2006 eine Bronchitis und Depression (Urk. 8/M3). Am 8. September 2006 erwähnte er daneben eine Gastritis und Allergie und attestierte weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit (Urk. 8/M5).

Im Einklang mit den Zwischenberichten vom 6. Dezember 2006 und 12. Januar 2007 (Urk. 8/M6-8) stellte Dr. Z.____ im Zeugnis zu Händen der IV-Stelle vom 22. Januar 2007 folgende Diagnosen (Urk. 8/IV4/1 lit. A):

- Depression
- Gastritis
- Bronchitis
- paroxysmale Tachykardie
- Dupuytrenkontraktur

Dr. Z.____ attestierte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % ab 14. Dezember 2005 (Urk. 8/M6-8, Urk. 8/IV4/1 lit. B). Im Widerspruch dazu führte er aus, es liege keine Einschränkung der psychischen Funktionen vor und die bisherige Tätigkeit könne halbtags, mithin zu 50 % ausgeübt werden (Urk. 8/IV4/4).

2.5 Am 28. Juni 2006 erstattete Vertrauensarzt Dr. A.____ aufgrund seiner psychiatrischen Untersuchung ein Gutachten (Urk. 8/M4b). Dr. A.____ diagnostizierte eine depressive Verstimmung im Sinne einer längerdauernden, mittelgradigen depressiven Episode (ICD-10: F32.1) auf dem Hintergrund einer ängstlich-unsicher-vermeidenden Persönlichkeit mit narzisstischen Zügen (ICD-10: F60.6, F61.0). Er hielt die aktuelle Arbeitsunfähigkeit für krankheitsbedingt (S. 3).

Dr. A.____ erachtete die bisherige Therapie der depressiven Verstimmung als unzureichend und empfahl eine intensive medikamentöse und integrierte psychiatrisch-therapeutische Behandlung. Dadurch sei eine gesundheitliche Verbesserung zu erwarten und in den nächsten Monat eine Teilarbeitsfähigkeit als technischer Berater zumutbar (S. 3).

2.6 Am 16. März 2007 berichtete Dr. Z.____ von unveränderten Verhältnissen; es seien weitere ärztliche Abklärungen eingeleitet (Urk. 8/K33). Auf Aufforderung der Beklagten vom 3. April und 9. August 2007 (Urk. 8/K36 und Urk. 8/K46) erklärte Dr. Z.____ am 28. September 2007, die psychiatrische Behandlung sei aufgenommen worden. Die Depression habe sich vertieft und die Arbeitsunfähigkeit betrage weiterhin 100 % (Urk. 8/K57).

2.7 Die Beklagte zog daraufhin vom behandelnden C.____ einen Bericht bei (Urk. 8/K58). Dieser erstattete zusammen mit Dr. med. B.____ am 18. November 2002 (richtig wohl: 18. Oktober 2007) einen Bericht (Urk. 8/M9).

Daraus geht hervor, dass der Kläger seit 4. Juni 2007 bei ihnen in Behandlung stand. Nach einleitenden Abklärungen sei die eigentliche intensive pharmakologische und psychotherapeutische Behandlung am 31. August 2007 aufgenommen worden. Dr. B.____ und C.____ bestätigten die bereits von Dr. A.____ gestellten Diagnosen und bescheinigten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit, da der Kläger seit zweieinhalb Jahren in einer zur

Chronifizierung neigenden Isolation lebe (Urk. 8/M9 S. 2 in fine).

Diese Angaben bestätigten sie im Bericht zu Handen der IV-Stelle vom 26. September 2007 (Urk. 8/IV14).

Nachdem die Beklagte mit Schreiben vom 2. November 2007 weitere Taggeldzahlungen abgelehnt hatte (Urk. 8/K60), erläuterte C.____ den Bericht vom 18. Oktober 2007 dahin gehend, dass die Behandlung nicht erst am 31. August 2007, sondern bereits am 4. Juni 2007 aufgenommen worden sei. Die Behandlung sei anfänglich von Untersuchungen begleitet gewesen (Urk. 8/K65).

2.8 Aufgrund dieser medizinischen Aktenlage kann dem Vorbringen der Beklagten, die Arbeitsunfähigkeit sei nicht ausgewiesen, nicht gefolgt werden.

Die behandelnden Ärzte bescheinigen dem Kläger übereinstimmend eine vollständige Arbeitsunfähigkeit, und zwar letztmals am 28. September 2007 (Urk. 8/K57) und nicht wie die Beklagte behauptete am 12. Januar 2007 (Urk. 7 S. 3 Ziff. 9). Selbst Vertrauensarzt Dr. A.____ zweifelte im Übrigen nicht an dieser Arbeitsunfähigkeit, solange keine adäquate Behandlung stattfindet. Wenn Dr. Z.____ im Bericht zu Handen der Invalidenversicherung eine Arbeitsunfähigkeit von lediglich 50 % als zumutbar erachtet hat (Urk. 8/IV14/4), darf dieser Aussage mit Blick auf seine übrigen Atteste, in denen er stets eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigte, keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Vielmehr muss insoweit ein Versehen im IV-Bericht angenommen werden.

Damit liegen keine medizinischen Akten vor, die geeignet sind, die anhaltende vollständige Arbeitsunfähigkeit in Zweifel zu ziehen, weshalb davon auszugehen ist.

3.

3.1 Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der Schadenminderungspflicht verhält.

Zwingende Bestimmungen des VVG schliessen Parteivereinbarungen über Obliegenheiten zur Schadenminderung nicht aus (Art. 97 f. VVG). Das dispositive Recht auferlegt hingegen nur dem Anspruchsberechtigten eine "Rettungspflicht" (Marginalie zu Art. 61 VVG). Dieser ist verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Er muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen (Art. 61 Abs. 1 VVG).

Hat der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, so ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte (Art. 61 Abs. 2 VVG).

Es ist nicht aktenkundig und wird im Übrigen von der Beklagten auch nicht behauptet, dass die Parteien hinsichtlich der Schadenminderung eine vertragliche Vereinbarung abgeschlossen hätten. Daher fällt hier allein die Anwendung der Rettungspflicht im Sinne von Art. 61 VVG in Betracht.

3.2 Der Pflicht zur ärztlichen Behandlung wird begründet durch den Zweckgedanken, welcher der Rettungspflicht wie jeder Schadenminderungspflicht zu Grunde liegt: Wer einen Schaden erlitten hat, den er nach Gesetz oder Vertrag auf einen anderen abzuwälzen gedenkt, soll alles Zumutbare vorkehren, damit die Schadensfolgen möglichst gering ausfallen (Hönger/Süsskind, VVG-Kommentar, Basel 2007, N 1 zu Art. 61 VVG). Der Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zieht ohne weiteres auch die Schadenminderungspflicht nach sich.

Die Rüge des Klägers, die Beklagte führe mit der Verpflichtung zur spezialärztlichen Behandlung sozusagen eine neue Anspruchsvoraussetzung (oder mit den klägerischen Worten Kausalität) ein, greift somit ins Leere. Die Rettungs- oder Schadenminderungspflicht trifft den Anspruchsberechtigten von Gesetzes wegen, und er hat sich ihr für den Erhalt der ungeschmälernten Versicherungsleistungen zu unterziehen.

3.3 Die Pflicht zur Verminderung des Schadens besteht nur insoweit, als sie dem Anspruchsberechtigten zuzumuten ist. Zumutbar sind Massnahmen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte. Dabei ist auch eine Interessenabwägung vorzunehmen: überwiegt das

schützenswerte Interesse des Versicherungsnehmers, eine konkrete Vorkehr zu unterlassen, dasjenige des Versicherers, eine solche durchzuführen, so ist sie nicht durchzuführen. In der Krankenversicherung ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, sich im Versicherungsfall in ärztliche Behandlung zu begeben (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 14-16 zu Art. 61 VVG).

Die Beklagte verlangte vom Kläger, dass er sein psychisches Leiden fachärztlich behandeln lasse, um seine Arbeitsfähigkeit zu verbessern (Urk. 8/K36). Diese Instruktion ist ohne weiteres zumutbar, was der Kläger denn auch nicht in Abrede stellte.

3.4 Wo keine Gefahr in Verzug ist, muss der Anspruchsberechtigte zu den zu ergreifenden Massnahmen die Weisungen des Versicherers einholen (Art. 61 Abs. 1 Satz 2 VVG). Die Instruktion des Versicherers ergibt den konkreten Inhalt der Schadenminderungspflicht. Hat der Versicherte den Schadenfall ordnungsgemäss und vollständig angezeigt, braucht der Versicherer nicht noch eigens um die Abgabe von Weisungen angegangen zu werden (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 18 zu Art. 61 VVG).

Der Versicherer ist im eigenen Interesse gehalten, Anordnungen zur Schadenseindämmung zu erteilen. Der Anspruchsberechtigte darf ohne gegenteilige Anhaltspunkte das Schweigen des Versicherers so interpretieren, dass aus dessen Sicht keine Rettungsmassnahmen erforderlich sind. Nur klar erkennbaren und zumutbaren Rettungsmöglichkeiten darf er sich, wenn der Versicherer sich in Schweigen hüllt, nicht verschliessen (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 19 zu Art. 61 VVG).

3.5 Mit der Krankheitsanzeige vom 13. Dezember 2005 (Urk. 8/K1a) hat der Kläger den Schadenfall ordnungsgemäss angezeigt. In der Folge hat er durch den behandelnden Dr. Z.____ monatlich die anhaltende Arbeitsunfähigkeit melden lassen. Die Beklagte hat aufgrund dieser ärztlichen Zeugnisse bis am 31. März 2007 Taggelder erbracht, ohne Instruktionen zur Schadensminderung zu erteilen. Angesichts der laufend eingereichten Atteste war der Kläger derweil auch nicht verpflichtet, Instruktionen einzuholen.

Die Beklagte beruft sich auf ihren Vertrauensarzt Dr. A.____, der am 28. Juni 2006 eine psychopharmakologische und -therapeutische Behandlung zur Verbesserung der Arbeitsfähigkeit nahe gelegt hatte (Urk. 8/M4b). Allerdings ist nicht erstellt und wird auch nicht behauptet, dass die Beklagte nach Eingang des Berichts von Dr. A.____ am 30. Juni 2006 (Urk. 8/4b) den Kläger umgehend aufgefordert hätte, sich der psychiatrischen Behandlung zu unterziehen. Ebenso wenig wurde mit der Mitteilung vom 24. Oktober 2006 eine Instruktion verbunden (Urk. 8/K21b). Vielmehr ist dem Schreiben der Beklagten vom 29. Januar 2007 zu entnehmen, dass sie bis dahin und bis am 31. März 2007 ohne Erteilung von Weisungen Taggelderleistungen erbracht hatte. Gleichzeitig ersuchte sie den Kläger um sein Einverständnis zur Zustellung des Berichts von Dr. A.____ an den behandelnden Dr. Z.____, offenbar ohne dem Kläger selbst Kenntnis des Berichts zu geben. Der Kläger erteilte am 17. Februar 2007 die entsprechende Zustimmung (Urk. 8/K30).

Erst am 3. April 2007 wurde Dr. Z.____ der vertrauensärztliche Bericht eröffnet und nunmehr eine adäquate integrierte psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung verlangt sowie im Säumnisfall angedroht, eine weitere Arbeitsunfähigkeit könne nicht mehr akzeptiert werden (Urk. 8/K36). Das nämliche Schreiben erging an den Kläger (Urk. 8/K37). Am 3. Mai und am 9. August 2007 mahnte die Beklagte den Hausarzt (Urk. 8/K40a, Urk. 8/K46). Der Kläger behauptete nicht, er habe von diesen Weisungen keine Kenntnis gehabt und hiefür bestehen nach Lage der Akten auch keine Anhaltspunkte.

Ausgewiesenermassen hat der Kläger die entsprechende fachärztliche Behandlung bei Dr. B.____ und C.____ jedoch erst am 4. Juni 2007 aufgenommen (Urk. 8/K65, Urk. 8/M9, Urk. 8/IV14/4 Ziff. 4.1). Aufgrund der im Rechte liegenden Rechnung des Facharztes erfolgten die weiteren Behandlungen am 23. Juli und am 31. August 2007 und ab 4. September 2007 wurde die Behandlung in zeitlicher Hinsicht intensiviert (Urk. 8/K67).

Somit ist erstellt, dass es der Kläger trotz der Instruktion der Beklagten vom 3. April 2007 unterlassen hat, sich umgehend der zumutbaren psychiatrischen Behandlung zu unterziehen. Bis zu diesem Zeitpunkt kann dem Kläger keine Missachtung von Weisungen vorgeworfen werden, zumal er von der Feststellung des Vertrauensarztes,

eine fachärztliche Behandlung könnte seine Arbeitsfähigkeit verbessern, wohl auch keine Kenntnis hatte. Indem er sich regelmässigen Untersuchungen durch Hausarzt Dr. Z.____ und dessen Behandlungen unterzog, hat er seine Obliegenheiten hinreichend erfüllt.

Allerdings hätte er nach der Aufforderung der Beklagten vom 3. April 2007 die psychiatrische Behandlung umgehend aufnehmen müssen. Mit der Unterlassung dieser zumutbaren Behandlung hat der Kläger ab diesem Zeitpunkt seine Schadenminderungspflicht verletzt, weshalb im Folgenden die damit einhergehenden Rechtsfolgen zu prüfen sind.

3.6 Die Verletzung der Schadenminderungspflicht muss eine adäquate Ursache des Mehraufwandes des Versicherers sein (Kausalität). Bleibt das an sich nicht korrekte Verhalten des Anspruchsberechtigten ohne Auswirkung auf den Leistungsumfang, entfällt jede Sanktion (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 26 zu Art. 61). Der Nachweis, in welchem Ausmass der Schaden durch zweckmässige Massnahmen hätte verringert werden können, obliegt dem Versicherer (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 30 zu Art. 61).

Der Kläger bestritt die Kausalität mit der Behauptung, auch mit dem Befolgen der Weisung hätte sich die Arbeitsfähigkeit nicht verbessert. Die bei Dr. B.____ und C.____ aufgenommene fachärztliche Behandlung habe denn auch zu keiner Verbesserung geführt. Zudem sei er bereits früher ohne Erfolg mit Psychopharmaka behandelt worden (Urk. 15 S. 2). Dagegen vertrat die Beklagte die Auffassung, unter adäquater Therapie wäre sicher innert Monaten seit dem Gutachten von Dr. A.____, sicher bis Ende 2006, eine Heilung eingetreten (Urk. 7).

Vertrauensarzt Dr. A.____ führte im Gutachten vom 28. Juni 2006 aus, unter intensiver psychotherapeutischer Behandlung würde die depressive Symptomatik innert Monaten in den Hintergrund treten (Urk. 8/M4b S. 3). Daraus ist zu schliessen, dass selbst eine adäquate Behandlung nicht umgehend, sondern erst nach Monaten die Arbeitsfähigkeit hätte verbessern können. Wenn die Beklagte die Weisung erst im April 2007 erteilt hat, für welche Verspätung sie allein einzustehen hat, konnte sie frühestens innert Monaten mit einer Verbesserung der Arbeitsfähigkeit rechnen. Eine Verminderung des Schadens hätte somit auch bei hinreichender Mitwirkung durch den Kläger nicht bereits im April 2007 zu einer verbesserten Arbeitsfähigkeit und damit einer Verringerung des Schadens geführt.

Für die ersten Monate nach der Instruktion im April 2007 stellt die Unterlassung daher keine adäquate Ursache des Mehraufwandes dar, weshalb insoweit die Kausalität zu verneinen ist. Fraglich bleibt, für wie lange dies zu gelten hat.

Während Dr. A.____ von „innert Monaten“ sprach (Urk. 8/M4b S. 3), räumte die Beklagte in der Vernehmlassung ein, dass selbst bei umgehender intensiver fachärztlicher Behandlung die Arbeitsfähigkeit erst Ende 2006 hätte wiedererlangt werden können (Urk. 7 S. 3 Ziff. 8). Sie ist somit von einer Frist von etwa sechs Monaten nach Behandlungsaufnahme ausgegangen, was angesichts der diagnostizierten Depression als angemessen erscheint und nicht zu beanstanden ist. Der Darstellung des Klägers, selbst eine adäquate psychiatrische Behandlung hätte keinen Erfolg gezeitigt, kann nicht gefolgt werden, denn nicht nur Dr. A.____, sondern auch der behandelnde Dr. B.____ ging davon aus, dass die Fähigkeit unter hinreichender Behandlung verbessert werden könne (Urk. 8/IV14/5 Ziff. 5.2).

Damit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass die psychischen Leiden des Klägers innert zirka sechs Monaten seit Erteilung der Weisung, mithin seit 1. Oktober 2007 bei rechtsgenügender Schadenminderung hätten verbessert und gleichzeitig der Schaden hätte verhindert werden können.

Bis zu diesem Zeitpunkt ist das Verhalten des Klägers jedoch nicht kausal für den Schaden.

3.7 Schliesslich bleibt zu klären, ob der Kläger die ihm obliegende Schadenminderungspflicht schuldhaft verletzt hat.

Die Beurteilung des Verschuldens bemisst sich nach den besonderen Verhältnissen und Umständen des konkreten Einzelfalles, wobei die Rechtsprechung einen strengen Massstab anwendet und ein leichtes Verschulden genügen lässt (nicht in BGE 128 III 34 publizierte Erw. 4a des Urteils des EVG in Sachen K. vom 6. November 2001,

5C.89/2000). Das Vorliegen des Verschuldens wird vermutet (Hönger/Süsskind, a.a.O., N 30 zu Art. 61).

Den aufliegenden Akten sind keine Hinweise zu entnehmen, welche diese Vermutung umzustossen vermöchten. Der Kläger hat auch nichts vorgebracht zu seiner Entlastung. Namentlich trifft ihn für seine Unterlassung selbst dann ein Verschulden, wenn er die Anweisung als wirkungslos erachtete.

Damit hat der Kläger für die Zeit ab 1. Oktober 2007 dafür einzustehen, dass er seine Rettungspflicht verletzt hat.

3.8 Hat der Anspruchsberechtigte die Rettungspflicht in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, so ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte (Art. 61 Abs. 2 VVG).

Die Beklagte hat ihre Leistungen ganz eingestellt in der Annahme, bei gehöriger Behandlung wären gar keine Taggeldleistungen mehr zu bezahlen gewesen, weil der Kläger seine Arbeitsfähigkeit wieder vollständig erlangt hätte. Diese Beurteilung ist nach Lage der medizinischen Unterlagen nicht zu beanstanden.

Die Arbeitsunfähigkeit war zwar zunächst somatisch bedingt (Urk. 8/M1), doch trat gemäss Bericht von Dr. Z.____ vom 22. März 2006 schon bald die Depression in den Vordergrund (Urk. 8/M2) und prägte das Beschwerdebild (Urk. 8/M5-8). Dass die von Dr. Z.____ im Zeugnis vom 22. Januar 2007 zu Händen der Invalidenversicherung gestellten somatischen Diagnosen (Gastritis, Bronchitis, Tachykardie, Dupuytrenkontraktur; Urk. 8/IV4/1 lit. A) die Arbeitsfähigkeit als technischer Berater massgebend einschränkten, ist nicht nachvollziehbar begründet. Der behandelnde Dr. B.____ attestierte denn auch allein aus psychiatrischer Sicht und gestützt auf die von ihm gestellten Diagnosen (Persönlichkeitsstörung, paranoide und schizoide Züge und depressive Episode) eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 8/IV14/3 Ziff. 2.1 und Ziff. 3).

Es darf daher mit der Beklagten geschlossen werden, dass der Kläger bei einer Verbesserung des psychischen Zustandes wieder vollständig arbeitsfähig gewesen wäre.

Unter diesen Umständen ist die vollständige Einstellung des Taggeldes wegen der Verletzung der Rettungspflicht für die Zeit ab 1. Oktober 2007 zu Recht erfolgt.

3.9 Zusammenfassend ist die Klage teilweise gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, für die Zeit vom 1. April bis 30. September 2007, das heisst während 183 Tagen, das Taggeld von Fr. 142.--, das heisst Fr. 25'986.--, aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % zu erbringen.

4. Die mehrheitlich unterliegende Beklagte hat keinen Anspruch auf Prozessentschädigung (vgl. § 34 Abs. 1 GSVGer).

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 25'986.-- zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- X.____

- Rechtsanwalt Adelrich Friedli

- Bundesamt für Privatversicherungen

4. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als

Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).