

11 08 59

UZ04/co

Abteilung I in Zivilsachen

Präsident Weingand, Amtsrichterinnen Rüede Schaufelberger und Fessler, Gerichtsschreiber Felder

## Urteil vom 29. März 2010

A.  
vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. Michèle Wehrli Roth,

Klägerin

gegen

X. Versicherung

Beklagte

betreffend Forderung aus Krankentaggeld

## Sachverhalt

1. Die Klägerin war ab 2003 als Stationsleiterin/Krankenpflegerin im Alters- und Pflegeheim \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ tätig. In dieser Funktion war sie bei der Beklagten im Rahmen einer Taggeldversicherung für den Erwerbsausfall infolge einer Arbeitsunfähigkeit versichert. Aufgrund einer vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit richtete die Beklagte der Klägerin ab dem 24.1.2005 Taggelder aus. Per Ende Oktober 2005 wurde der Arbeitsvertrag der Klägerin mit dem Alters- und Pflegeheim \_\_\_\_\_ aufgelöst. Die Klägerin wechselte darauf von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung der Beklagten, die dementsprechend weiterhin Taggeldleistungen aufgrund einer 100 %-igen Arbeitsunfähigkeit ausrichtete. Mit Schreiben vom 16.2.2006 hielt die Beklagte fest, sie werde ab Mitte Februar 2006 nur noch 50 % des versicherten Taggelds erbringen. Nach Ablauf der Leistungsdauer stellte die Beklagte auch die auf 50 % gekürzten Taggeldleistungen per 23.1.2007 ein.

2. Mit Klage vom 4.9.2008 gelangte die Klägerin ans Amtsgericht Luzern-Stadt und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 22'230.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 23.1.2007 zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

3. In ihrer Klageantwort vom 1.10.2008 beantragte die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage; unter Kosten und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

4. Am 24.11.2008 wurde bei der IV-Stelle der Sozialversicherungen Aargau die Akten des Verfahrens der Klägerin betreffend die Ausrichtung von Leistungen der Invalidenversicherung ediert (amtl. Bel. 7). Die Parteien nahmen mit Eingabe vom 24.12.2008 und 4.2.2009 zu den neu eingeholten Beweisen Stellung (amtl. Bel. 11 und 14).

5. Mit Verfügung vom 15.9.2009 wurde das Beweisverfahren geschlossen und den Parteien Gelegenheit gegeben zum Beweisergebnis Stellung zu nehmen. Die Parteien verzichteten auf eine Stellungnahme zum Beweisergebnis und auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (amtl. Bel. 16, 18 und 19).

## Erwägungen

1. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Alters- und Pflegeheim \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ vom 31.10.2005 wechselte die Klägerin von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung der Beklagten. Es handelt sich dabei um eine Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung. Gemäss Art. 12 Abs. 3 KVG unterliegen jedoch die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die daraus herrührende Streitigkeit ist deshalb zivil- und vermögensrechtlicher Natur (vgl. BGE 124 III 44 E. 1a aa 46), wobei Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die Privatversicherung (VAG) für das Klageverfahren ein einfaches und rasches Verfahren sowie die soziale Untersuchungsmaxime vorschreibt. Für das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis gelten somit - neben den Vertragsbestimmungen - die Regelungen des VVG. Das Verfahren richtet sich nach den §§ 220 ff. der Luzerner Zivilprozessordnung (ZPO).

2. Gemäss Versicherungspolice (aufgelegt wurde die Police für 2007) hat die Klägerin bei der Beklagten eine Taggeldversicherung abgeschlossen über eine Leistungsdauer von 730 Tagen innert 900 Tagen, mit einem Taggeld von Fr. 130.-- und einer Wartezeit von 30 Tagen. Als Vertragsgrundlage wurden weiter die Allgemeinen Versicherungsbedingungen „ \_\_\_\_\_ “ Ausgabe 01.1997 (nachfolgend AVB) für verbindlich erklärt (kläg. Bel. 16). Gemäss Art. 9.1 und 9.5 der AVB besteht ein Anspruch auf Taggeldleistung bei einem nachgewiesenen Erwerbsausfall, der durch eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % entstanden ist (kläg. Bel. 2).

Aufgrund einer vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit bezahlte die Beklagte der Klägerin seit dem 24.1.2005 Taggelder für deren Erwerbsaufall. Vom 16.2.2006 bis zur Leistungseinstellung am 23.1.2007 kürzte die Beklagte ihre Krankentaggeldleistungen um 50 % (kläg. Bel. 17). Soweit sind sich die Parteien einig. Strittig und zu prüfen ist, ob die Beklagte die Taggeldleistung vom 16.2.2006 bis zum 23.1.2007 zu Recht auf 50 % kürzte.

2.1 Die Klägerin verweist zur Begründung ihres Leistungsanspruchs auf Art. 9.1 der AVB, wonach die Beklagte den nachgewiesenen Erwerbsausfall, der durch eine Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, zu bezahlen habe. Arbeitsunfähigkeit bestehe darin, dass eine Person ihre bisherige Tätigkeit infolge des Gesundheitsschadens nicht mehr oder nur beschränkt oder nur unter Gefahr, ihren Gesundheitszustand zu verschlimmern, ausüben kön-

ne. Genau eine solche Arbeitsunfähigkeit würde hier vorliegen. Der Klägerin sei es aufgrund der gesundheitlichen Probleme auch nach dem 15.2.2006 nicht möglich gewesen, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Alle Fachpersonen, welche die Klägerin länger beobachtet hätten, hätten dies bestätigt. Die Beklagte habe bis zum 15.2.2006 Krankentaggeldleistungen aufgrund einer 100 %-igen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Wenn sie die Leistung kürzen wolle, trage sie die Beweislast für die Tatsache, dass die Klägerin nur noch zu 50 % arbeitsunfähig sei. Diesen Beweis habe die Beklagte nicht erbracht.

2.2 Die Beklagte begründet ihre Leistungskürzung damit, dass es der Klägerin nach dem 16.2.2006 trotz den von ihr subjektiv empfundenen und in objektiver Hinsicht ausgewiesenen gesundheitlichen Beschwerden möglich und zumutbar gewesen sei, eine adaptierte Tätigkeit aufzunehmen. Der Umstand, dass sie eine solche nicht aufgenommen habe, könne und dürfe der Beklagten nicht angelastet werden. Gemäss Schadenminderungspflicht nach Art. 61 VVG sei die Klägerin verpflichtet gewesen, nach Eintritt des Ereignisses für die Minderung des Schadens zu sorgen, wozu sie seitens der Beklagten bereits mit Schreiben vom 16.11.2005 aufgefordert worden sei.

3. Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Daraus ergibt sich nach überwiegender Auffassung, dass grundsätzlich das Verhältnis der anwendbaren materiellen Normen für die Beweislastverteilung massgebend ist. Dieses Verhältnis bestimmt im Einzelfall, ob eine rechtsbegründende, rechtsaufhebende bzw. rechtsvernichtende oder rechtshindernde Tatsache zu beweisen ist (BGE 128 III 271 E. 2a/aa 273). Diese Grundregel gilt auch im Bereich des Versicherungsvertragsrechts (BGE 130 III 321 E. 3.1 323):

4.1 Wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalls behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalls überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag (BGE 130 III 321 E. 3.2 f. 324 f.). Überwiegend wahrscheinlich ist eine Tatsache, wenn zwar die Möglichkeit besteht, dass es sich auch anders hätte verhalten können, diese Möglichkeit jedoch weder eine massgebende Rolle spielt noch vernünftiger Weise in Betracht fällt. Gelingt es dem Versicherer im

Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4 326; Urteil BGer 4A\_96/2007, E. 4 vom 26.6.2007).

4.2 Hinsichtlich des Beweiswertes eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht 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 Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet, und ob die Schlussfolgerungen 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 (BGE 125 V 351 E. 3b/cc 353). Dieser Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt gemäss Art. 85 Abs. 2 VAG auch im Prozess über Zusatzversicherungen nach Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG [vgl. dazu Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 2.2.2009 (KK.2007.00013, Erwägungen 2.4)].

5. Der Gesundheitszustand der Klägerin wurde mehrfach medizinisch begutachtet, wobei sich die gestellten Diagnosen teilweise widersprechen.

5.1 Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf folgende Gutachten, die belegen sollen, dass sie in der Zeit vom 16.2.2006 bis zum 23.1.2007 zu 100 % arbeitsunfähig war:

5.1.1 Dr. med. B. ; Psychiatrie/Psychotherapie FMH, beobachtete den Verlauf der Krankheit der Klägerin bereits seit 2002. Mit Schreiben vom 22.3.2006 bescheinigte sie, dass die Klägerin nach wie vor nicht arbeitsfähig sei. Am 26.12.2007 diagnostizierte sie eine schwere chronifizierte Erschöpfungsdepression bei ebenfalls schwerem Schmerzsyndrom. Sie bescheinigte der Klägerin eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit seit Anfangs 2006 (kläg. Bel. 6 und 7).

5.1.2 Der Hausarzt der Klägerin, Dr. med. C. , Allgemeine Medizin FMH, bescheinigte - gestützt auf die monatlich durchgeführten Untersuchungen - für den Zeitraum vom 16.2.2006 bis 31.12.2006 eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit (kläg. Bel. 8).

5.1.3 Vom 8.10.2006 bis zum 7.11.2006 befand sich die Klägerin zur Rehabilitation im Rehasentrum K. (kläg. Bel. 9). Zusammenfassend hielt lic. phil. D. , Psy-

chologe FSP, fest, die Klägerin zeige eine hohe psychische Belastung, damit einhergehend eine rezidivierende depressive Störung sowie eine psychovegetative Symptomatik mit Angstsymptomatik. Aus psychologischer Sicht sei bei der Klägerin aktuell sicher von einer in hohem Ausmass eingeschränkt Arbeitsfähigkeit auszugehen: in der seit längerer Zeit anhaltenden psychischen Verfassung sei die Klägerin nicht vermittelbar (kläg. Bel. 9, S. 3).

5.1.4 Die Berufliche Abklärungsstelle (BEFAS) des \_\_\_\_\_ führte mit der Klägerin vom 25.6.2007 bis 18.7.2007 eine berufliche Abklärung durch (kläg. Bel. 14). Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Konsiliararzt, kam zum Schluss, dass aus rheumatologisch-orthopädischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit für leichte und mitunter über den Tag verteilt mittelschwere Arbeit ganztags zumutbar sei. Die Klägerin sei jedoch aktuell nicht in der Lage, diese medizinisch-theoretische Arbeitsleistung umzusetzen. Im Rahmen einer Leistungsmessung in einer seriellen Arbeit in der industriellen Montage sei eine Leistungsfähigkeit von insgesamt ca. 20 % festgestellt worden. Aus psychiatrischer Sicht stelle sich nun aber die Frage, inwieweit das Verhalten und die Befindlichkeit der Klägerin Krankheitswerte hätten, scheine es sich doch vorwiegend um krankheitsfremde Umstände zu drehen. Als nicht Fachperson komme er zum Schluss, die Klägerin sei mit ihrem Verhaltensmuster und aufgrund der stark wechselhaften emotionalen und tagesförmlichen Zustände in einer regulären Arbeit in der freien Marktwirtschaft nicht vermittelbar (kläg. Bel. 14, S. 8 f.).

5.1.5 Dr. med. F. \_\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, behandelte die Klägerin sei dem 24.3.2007. Er ist der Ansicht, dass seine Ausführungen vermutlich auch für die Zeit vor dem Beginn seiner Behandlung vom 24.3.2007 gelten, da es sich um einen chronischen Krankheitsprozess handle. Dr. F. \_\_\_\_\_ diagnostizierte bei der Klägerin eine anhaltende mittelschwere bis schwere depressive Verstimmung bei chronischer Schmerzkrankheit. Die Belastbarkeit und Arbeitsfähigkeit der Klägerin seien massiv eingeschränkt (kläg. Bel. 10).

5.1.6 Dr. med. G. \_\_\_\_\_, Leitender Arzt des Rehasentrums K. \_\_\_\_\_, hielt mit Schreiben vom 5.8.2008 fest, bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin sollte sowohl der Treppensturz im Jahr 2001 wie auch die Entwicklung der Burn-out-Symptomatik im Jahr 2005 mitberücksichtigt werden (kläg. Bel. 12).

5.1.7 Im Auftrag der IV-Stelle des Kantons Aargau wurde die Klägerin in der Klinik L. \_\_\_\_\_ stationär und ambulant begutachtet. Die Psychiatrischen Dienste des Kantons Aargau (PDAG) diagnostizierten am 23.5.2008 eine rezidivierende depressive Störung, ge-

genwärtig mittelgradige Episode (ed. Bel. 1, Dokument 73). Die depressive Störung würde wahrscheinlich bereits seit 2003 bestehen. In Bezug auf die Arbeitsfähigkeit würden Informationen vorliegen, die auf eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 20 oder mehr Prozent seit 2003 hinwiesen. Seit der Arbeit als Stationsleiterin sei zudem eine Ausweitung der Arbeitsunfähigkeit anzunehmen. Aus psychiatrischer Sicht sei der Klägerin die bisherige Tätigkeit als Krankenschwester aktuell zu 20 % bis 30 % zumutbar, in einem zeitlichen Rahmen von ca. zwei Stunden pro Tag. Auch andere Tätigkeiten seien der Klägerin aus psychiatrischer Sicht zu 20 % bis 30 % zumutbar (ed. Bel. 1, Dokument 73, S. 20 ff.).

Der Bitte der IV-Stelle des Kantons Aargau, ihr Gutachten vom 23.5.2008 mit einer genaueren Würdigung des Gutachtens des Instituts I. (vgl. dazu nachfolgend Ziff. 5.2.2) zu ergänzen, kam die PDAG am 9.9.2008 nach (ed. Bel. 1, Dokument 76): In Bezug auf die unterschiedliche Beurteilung wurde ausgeführt, es sei möglich, dass die Klägerin während der zweistündigen Exploration durch das I. wenig psychopathologische Symptome gezeigt habe und der Gutachter daher, unter Ausblendung des Krankheitsverlaufs, keine krankheitswertige Störung mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit habe feststellen können. Die rezidivierende depressive Störung sei aber gerade dadurch gekennzeichnet, dass sogar über Monate hinweg eine Symptomfreiheit vorliegen könne. Bei einer Gesamtschau der Krankheitsentwicklung hätte deshalb eine rezidivierende Störung erkannt werden müssen (ed. Bel. 1, Dokument 76, S. 4).

5.2 Die Beklagte begründet ihre Leistungskürzung insbesondere mit den folgenden medizinischen Gutachten:

5.2.1 Dr. H. , Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, untersuchte die Klägerin am 24.1.2006 (kläg. Bel. 13). In der angestammten Tätigkeit beurteilte er die Klägerin als arbeitsunfähig. Sie könne und wolle aber als Fusspflegerin, Pediküre, arbeiten, was ihr ab sofort zu 30 % und nach zwei Wochen zu 50 % mit steigendem Pensum zumutbar sei.

5.2.2 Das Institut I. erstellte für die IV-Stelle des Kantons Aargau ein psychiatrisches und rheumatologisches interdisziplinäres versicherungsmedizinisches Gutachten (bekl. Bel. 2 bis 4). Durch die rheumatologische Untersuchung wurde objektiviert, dass die Funktionsfähigkeit der Schulter eingeschränkt sei und die Ausübung des erlernten Berufes als Krankenschwester nicht mehr zumutbar sei. Für

alle leichten bis mittelschweren Tätigkeiten ohne das repetitive Heben von Gewichten über 10 kg oder die besondere Benutzung der Arme sei die Klägerin sowohl aus rheumatologischer wie auch aus psychiatrischer Sicht voll arbeitsfähig. Die psychiatrische Diagnostik ergebe keinen Gesundheitsschaden, der die Arbeitsfähigkeit dauerhaft einschränken würde. Trotz der festgestellten Abhängigkeitserkrankung von psychotropen Substanzen sei es der Klägerin zumutbar, abstinent zu leben. Auch die weiter gesehene Essstörung habe versicherungspsychiatrisch keinen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit (bekl. Bel. 4, S. 22 ff.).

6. Wie sich aus den medizinischen Gutachten ergibt, ist bei der Klägerin zwischen der Einschränkung der Funktionsfähigkeit der Schulter, welche sich rheumatologisch objektivieren lässt, und den psychischen Beschwerden zu unterscheiden:

6.1 Die Schulterbeschwerden der Klägerin wurden durch das I. umfassend begutachtet (bekl. Bel. 2). Unter Berücksichtigung der Untersuchungsergebnisse und in Kenntnis der Vorakten hält Dr. med. M. , Facharzt für Rheumatologie die Ausübung der bisherigen Tätigkeit der Klägerin als Pflegefachkraft seit dem 14.2.2005 nicht mehr für möglich. Für alle leichten bis mittelschweren Tätigkeiten ohne repetitives Heben von Gewichten über 10 kg oder die besondere Benutzung der Arme sei die Klägerin aus rheumatologischer Sicht voll arbeitsfähig. Das Gutachten von Dr. M. ist widerspruchsfrei und erweist sich im Ergebnis als nachvollziehbar, schlüssig und überzeugend. Der medizinische Bericht des I. genügt somit den erwähnten Anforderungen der Rechtsprechung an den Beweiswert eines Gutachtens (BGE 125 V 351 E. 3b/cc 353), weshalb auf die Beurteilung ohne Weiteres abzustellen ist.

Die diagnostizierte Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit als Folge der Schulterbeschwerden ist unter den Parteien denn auch nicht umstritten, und wird sodann in den fachärztlichen Gutachten von Dr. H. , Dr. G. sowie in der Beurteilung der BEFAS bestätigt (kläg. Bel. 11 bis 14).

6.2 In Würdigung der oben erwähnten medizinischen Akten fällt nun aber auf, dass es bezüglich der psychischbedingten Beschränkung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin zu divergierenden Berteilungen gekommen ist. Aufgrund der widersprüchlichen Einschätzungen beauftragte die IV-Stelle des Kantons Aargau im Rahmen ihrer Abklärungen die PDAG damit, die Klägerin einer umfassenden psychischen Begutachtung zu unterziehen und die früheren psychiatrischen Gutachten kritisch zu beurteilen (ed. Bel. 1, Dokument 69 und 74). Auf die

daraufhin erstellte Beurteilung der PDAG vom 23.5.2008 sowie die Ergänzungen vom 9.9.2008 ist vorliegend abzustellen. Die Klägerin wurde in der Klinik L. vom 6.5.2008 bis 8.5.2008 (stationär) und am 13.5.2008 (ambulant) allseitig und umfassend untersucht; das Gutachten beruht auf einer psychiatrischen und körperlichen Untersuchung, einer testpsychologischen sowie einer labortechnischen Untersuchung. Auf die Anamnese der Klägerin wurde ausführlich eingegangen, insbesondere erfolgte eine kritische Auseinandersetzung mit dem Gutachten des I. und es wurde Rücksprache mit den behandelnden Ärzten Dr. B., Dr. J. und Dr. C. genommen. Gestützt auf die Untersuchungsergebnisse, in Kenntnis der Vorakten und der geklagten Beschwerden, diagnostizierten die PDAG eine rezidivierende depressive Störung, welche die Arbeitsfähigkeit der Klägerin als Krankenschwester zu gegenwärtig 70 % bis 80 % einschränke. Auch andere Tätigkeiten seien der Klägerin zu 20 % bis 30 % zumutbar. Der zeitliche Rahmen von zwei Stunden pro Tag, sollte dabei nicht überschritten werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist das Gutachten der PDAG widerspruchsfrei und erweist sich im Ergebnis als nachvollziehbar, schlüssig und überzeugend. Da es den Anforderungen der Rechtsprechung an den Beweiswert eines Gutachtens genügt (BGE 125 V 351 E. 3a 352), ist von einer psychischbedingten Arbeitsunfähigkeit der Klägerin von 70 % bis 80 % im bisherigen Beruf, wie auch in einer anderen Tätigkeit auszugehen.

Nicht von Belang ist der Einwand der Beklagten, die Diagnose der PDAG betreffe den Gesundheitszustand im Mai 2008 und sei für eine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit vom 16.2.2006 bis 23.1.2007 nicht geeignet. Das Gutachten der PDAG nimmt ausdrücklich Stellung zur Entwicklung der psychischen Beschwerden und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit in der fraglichen Periode. So wird festgehalten es bestehe seit 2003 eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 20 oder mehr Prozent. Seither sei eine Ausweitung der Arbeitsunfähigkeit anzunehmen. Vor allem aber setzt sich das Gutachten der PDAG mit den rund um den massgebenden Zeitraum durchgeführten Untersuchungen auseinander und steht im Einklang mit Diagnosen der Vergangenheit. Insbesondere konnte bestätigt werden, dass die im Rahmen der Leistungsmessung der BEFAS im Juni und Juli 2007 festgestellte Leistungsfähigkeit von 20 % auf die rezidivierende Depression zurück zu führen ist. Gerade aber auch die Diagnose von Dr. D. vom 20.11.2006, der bei der Klägerin nach den stationär durchgeführten Untersuchungen eine in hohem Ausmass eingeschränkte Arbeitsfähigkeit feststellte, deckt sich mit der Einschätzung der PDAG.

6.3 Nicht abgestellt werden kann hingegen auf das Gutachten des I., soweit es die psychischen Beeinträchtigungen der Klägerin betrifft. Wie von den PDAG in überzeugender Weise darlegt, hätte das I. eine rezidivierende Störung bei der Gesamtschau der Krankheitsentwicklung erkennen müssen. In den fachärztlichen Vorakten bestanden deutliche Hinweise auf eine schwankende Symptomstärke. Der Ausschluss einer krankheitswertigen Störung gestützt auf die zweistündige Exploration vermag deshalb nicht zu überzeugen, kann doch eine rezidivierende depressive Störung über einen längeren Zeitraum symptomfrei oder symptomarm sein. Auf die Fähigkeit depressiver Patienten, sich während kurzer Zeit zusammenzunehmen, wies im Übrigen auch Dr. B. in ihrem Schreiben vom 26.12.2007 hin. Die Schlussfolgerung der psychiatrischen Expertise des I. erscheint nach dem Ausgeführten nicht schlüssig. Der Einschätzung der medizinischen Experten ist deshalb nicht zu folgen (BGE 125 V 351 E 3 a und b 352 f.).

Ebenso kann die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit von Dr. H. nicht berücksichtigt werden. Auch hier beruht die Einschätzung auf einer einmaligen Untersuchung und unter Ausblendung des Krankheitsverlaufs. Auf den Bericht von Dr. H. ist aber bereits deshalb nicht abzustellen, weil er keine nachvollziehbare Begründung für seine Einschätzung der Arbeitsfähigkeit enthält.

6.4 Im Sinne eines Zwischenergebnisses ist festzuhalten, dass der Klägerin die Ausübung der bisherigen Tätigkeit als Krankenschwester nicht mehr möglich ist aufgrund der eingeschränkten Funktionsfähigkeit der Schulter. Eine angepasste Arbeit mit leichten bis mittelschweren Tätigkeiten ohne repetitives Heben von Gewichten über 10 kg oder die besondere Benutzung der Arme ist der Klägerin aus rheumatologisch-orthopädischer Sicht ganztags zumutbar. Aus psychiatrischer Sicht ist der Klägerin sowohl die bisherige wie auch eine angepasste Tätigkeit nur zu 20 bis 30 % zumutbar.

7. Es bleibt somit zu klären, ob die Beklagte gestützt auf die festgestellte Restverwerbsfähigkeit berechtigt war, ihre Taggeldleistungen zu kürzen.

7.1 Art. 61 Abs. 1 VVG verpflichtet den Anspruchsberechtigten, 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. 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).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist Art. 61 VVG Ausdruck des gleichen allgemeinen Grundsatzes, aus dem das Eidgenössische Versicherungsgericht abgeleitet hat, dass bei Taggeldversicherungen, die dem Sozialversicherungsrecht unterstehen, eine Schadenminderungspflicht des Versicherten besteht. Danach ist ein in seinem bisherigen Tätigkeitsbereich dauernd arbeitsunfähiger Versicherter gehalten, innert nützlicher Frist Arbeit in einem andern Berufs- oder Erwerbszweig zu suchen und anzunehmen, soweit dies möglich und zumutbar ist. Verwertet der Versicherte seine restliche Arbeitsfähigkeit nicht, obgleich er hiezu unter Berücksichtigung der Arbeitsmarktlage und nötigenfalls einer bestimmten Anpassungszeit zumutbarerweise in der Lage wäre, so hat er sich die berufliche Tätigkeit anrechnen zu lassen, die er bei gutem Willen ausüben könnte; das Fehlen des guten Willens ist nur dort entschuldbar, wo es auf einer Krankheit beruht (BGE 133 III 527 E 3.2.1 531 = Pra 97 (2008) Nr. 28; BGE 111 V 235 E. 2a 239).

7.2 Wie aus den Erwägungen hervorgeht, bestanden bei der Klägerin in der massgebenden Periode starke Schwankungen der krankheitswertigen Störungen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit. Die BEFAS hielt deswegen die Klägerin in einer regulären Arbeit in der freien Marktwirtschaft für nicht vermittelbar. Da sie einen enorm hohen Betreuungsaufwand und viel Verständnis benötige, bei minimaler und schwankender Produktivität, sei sie einem Arbeitgeber zudem auch nicht zumutbar (kläg. Bel. 14, S. 9). Dieser Einschätzung kann ohne weiteres gefolgt werden, wenn man weiter die Auflagen beachtet, welche von den PDAG für eine berufliche Integration empfohlen werden. Die PDAG regen an, zuerst in einer Tagesklinik die Tagesstruktur zu festigen, die Arbeitszeit von höchstens 2 Stunden auf den ganzen Tag zu verteilen und der Klägerin eine intensive Einarbeitung zukommen zu lassen. Eine nennenswerte Erwerbstätigkeit der Klägerin vom 16.2.2006 bis 23.1.2007 war unter diesen Voraussetzungen nicht zu realisieren.

7.3 Dem Ausgeführten folgend ist somit eine Schadenminderungspflicht der Klägerin in Form eines Berufwechsels zu verneinen. Die Frage, ob der Klägerin eine angemessene Frist für einen Berufswechsel gesetzt wurde, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

7.4. Zusammengefasst vermochte die Klägerin auszuweisen, dass sie vom 16.2.2006 bis 23.1.2007 in ihrem bisherigen Beruf als Krankenpflegerin arbeitsunfähig war, während in

einer angepassten Tätigkeit eine Restarbeitsfähigkeit von 20 bis 30 % bestand. Ein Berufswechsel im Sinne der Schadensminderungspflicht war der Klägerin infolge der krankheitsbedingten Beeinträchtigungen jedoch weder möglich noch zumutbar.

8. Die Beklagte wendet abschliessend ein, dass der Klägerin zufolge der Ausrichtung einer ganzen Rente der Invalidenversicherung und BVG-Versicherungsleistungen ab dem 1.2.2006 höchstwahrscheinlich eine Überentschädigung erwachsen werde. Gemäss Art. 13.9 und Art. 15 der massgebenden AVB habe sie eine Überentschädigung jedenfalls zu berücksichtigen und werde den zuviel geleisteten Betrag bei den genannten Institutionen entsprechend zur Verrechnung bringen.

8.1 Wie eingangs erwähnt, ist für Streitigkeiten aus Taggeldversicherungen nach VVG ein einfaches und rasches Verfahren vorgesehen, in dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (Art. 85 Abs. 2 VAG). Trotz der in Art. 85 Abs. 2 VAG statuierten Untersuchungsmaxime sind die Parteien indessen nicht von jeder Behauptungs- und Substantiierungspflicht entbunden, sondern verpflichtet, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Daraus ergibt sich, dass letztlich doch die Parteien die relevanten Fakten vorbringen müssen, zumal sie dazu am besten in der Lage sind (Urteil BGer 5C.20/2007 E. 6.2 vom 2.8.2007; BGE 125 III 231 E. 4a 238; Higi, Zürcher Kommentar, 1996, N 80 zu Art. 374d OR).

Obliegt den Parteien die Behauptungs- und Beweisführungspflicht, so haben sie in ihren Rechtsschriften umfassend und klar alle rechtserheblichen Tatsachen darzulegen und sie - soweit sie beweisbelastet sind - rechtzeitig und in gehöriger Form ins Verfahren einzubringen. Dementsprechend muss auch die beklagte Partei substantiiert bestreiten und namentlich rechtsaufhebende oder rechtshindernde Tatsachen vorbringen (LGVE 2003 I Nr. 31; Studer/Rüegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, N 4 zu § 70 ZPO)

8.2 Die Beklagte bringt vor, eine allfällige Überentschädigung müsse gemäss Art. 13.9 und 15 der AVB bei den Taggeldleistungen berücksichtigen werden. Der auf ihre Leistungen anzurechnende Betrag wird von der Beklagten jedoch weder berechnet noch beziffert. Auch begründet die Beklagte nicht weiter, weshalb die Leistungen der anderen Versicherungsträger auf ihre Taggeldleistung anzurechnen sind. Mit ihrem allgemeinen Hinweis, die Überentschädigung sei zu berücksichtigen, kommt die Beklagte ihrer Substantiierungspflicht nicht

nach. Ihre Einwendung diesbezüglich ist deshalb unbeachtlich. Ob und in welchem Ausmass die Beklagte Leistungen der IV oder der BV bei den entsprechenden Institutionen "verrechnen" kann, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens.

9. Die Beklagte zahlte der Klägerin Taggelder vom 16.2.2006 bis 23.1.2007 auf der Basis einer 50 %-igen Arbeitsunfähigkeit (kläg. Bel. 17). Geschuldet waren jedoch Taggelder aufgrund einer vollen Arbeitsunfähigkeit. Gemäss Versicherungspolice beträgt das Taggeld Fr. 130.-- (kläg. Bel. 16). Die Klägerin hat somit einen ausstehenden Taggeldanspruch von Fr. 65.-- pro Tag. Bei 342 Tagen ergibt dies eine Forderung der Klägerin in der Höhe von Fr. 22'230.--.

10. Gestützt auf Art. 100 VVG i.V.m. 104 Abs. 1 OR sind auf die Forderung der Klägerin von Fr. 22'230.-- auch die geltend gemachten Verzugszinsen zu 5 % seit dem 23.1.2007 geschuldet, was von der Beklagten unbestritten blieb.

11. Gemäss Art. 85 VAG dürfen den Parteien im Verfahren vor Gericht über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung grundsätzlich keine Verfahrenskosten auferlegt werden. Gleiches galt bereits unter dem alten VAG (Art. 47 Abs. 2 und 3 aVAG). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zu Art. 47 aVAG befreit dies die Parteien nur von Gerichtskosten; eine Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei bleibt grundsätzlich geschuldet (Urteil BGer 5C. 244/2000 vom 9.1.2001 E. 5).

11.1 Die Klägerin ist mit ihrer Forderung durchgedrungen. Dem Verfahrensausgang entsprechend hat die Beklagte die Parteikosten der Klägerin zu tragen (§ 119 Abs. 1 ZPO).

11.2 Beim vorliegenden Streitwert von Fr. 22'230.-- liegt die Anwaltsgebühr zwischen Fr. 2'000.-- und Fr. 8'000.-- (vgl. § 55 Abs. 1 KoV). Massgebend für die Festsetzung des Honorars sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang der Bemühungen sowie der Zeitaufwand (vgl. § 51 KoV). Zu den Parteikosten gehört das Honorar des Anwalts für die Bemühungen, die unmittelbar mit der Vertretung der Partei im gerichtlichen Verfahren zusammenhängen. Hingegen sind die vorprozessualen Anwaltskosten nicht im Rahmen der Parteientschädigungen im Prozess zu berücksichtigen (§ 116 ZPO i.V.m. § 50 KoV).

Aufgrund der Aktenlage ist ersichtlich, dass das vorliegende Verfahren für die Klägerin insbesondere auch in persönlicher Hinsicht sehr belastend war (vgl. dazu auch: ed Bel. 1, Dokument 73, S. 10 zweiter Abschnitt). Kommt hinzu, dass diverse medizinische Gutachten gewürdigt werden mussten. Andererseits beschränkte sich das Verfahren auf einen einfachen Schriftenwechsel. Eine Verhandlung wurde nicht durchgeführt. Soweit die Vertreterin Aufwand geltend macht, der vor Einreichung des Sühnebegehrens entstanden ist, kann dieser nicht berücksichtigt werden. In Berücksichtigung der erwähnten Kriterien ist die Parteientschädigung auf Fr. 5'000.-- festzusetzen. Bei den Auslagen ist zu berücksichtigen, dass der Aufwand für den Arztbericht Dr. B. nicht ausgewiesen ist. Nachdem die Aufwändungen für die Vertretung vor dem Vermittler nicht entschädigt werden (vgl. § 190 Abs. 4 ZPO), können auch die Reisespesen von Fr. 31.50 nicht berücksichtigt werden. Zudem sind die im Rahmen der Prozessführung ordentlicherweise benötigten Fotokopien zu Fr. 0.20 zu vergüten, wobei das Kopieren der eigenen Kanzleiakten (Rechtschriften, Korrespondenz usw.) zu den Kanzleiarbeiten gemäss § 50 Abs. 1 KoV zählt und nicht separat vergütet werden kann (§ 70 Abs. 1 und 2 KoV). Nachdem die prozessualen Auslagen nicht von den vorprozessualen Auslagen abgegrenzt werden, sind die Auslagen für den vorliegenden Prozess für Fotokopien, Porti, Fax und Telefon pauschal auf Fr. 100.-- festzusetzen. Hinzu kommen noch die Kosten des Aussöhnungsversuchs von Fr. 270.-- (vgl. § 196 Abs. 2 ZPO und kläg. Bel. 5).

Die Parteikosten der Klägerin betragen damit Fr. 5'757.60 (Fr. 5'000.-- Honorar, Fr. 100.-- Auslagen, MWST Fr. 387.60 und Vermittlerkosten Fr. 270.--).

## Rechtsspruch

1. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 22'230.-- nebst 5 % Zins seit 23.1.2007 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte hat der Klägerin eine Parteikostenentschädigung von Fr. 5'757.60 (Fr. 5'000.-- Honorar, Fr. 100.-- Auslagen, MWST Fr. 387.60 und Vermittlerkosten Fr. 270.--) zu bezahlen.
4. Gegen dieses Urteil ist die Appellation zulässig (§§ 245 ff. ZPO). Die Appellationserklärung ist innert 20 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Sie muss die Anträge auf Änderung des erstinstanzlichen Rechtspruchs enthalten. Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
5. Diese Urteil wir den Parteien und nach Rechtskraft dem Bundesamt für Privatversicherung zugestellt.



Amtsgericht Luzern-Stadt  
I. Abteilung

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

Zur Vollstreckung dieses Urteils ist eine Rechtskraftbescheinigung des Obergerichts erforderlich. Diese Bescheinigung kann nach Ablauf der im Urteil angeführten Rechtsmittelfrist schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern, Hirschengraben 16, 6002 Luzern, verlangt werden. Das Urteil ist beizulegen. Da für die Ausstellung der Rechtskraftbescheinigung Abklärungen erforderlich sind, muss mit gewisser Zeit gerechnet werden, bis die Bescheinigung zugestellt werden kann. Es wird daher empfohlen, das Gesuch um Erteilung der Rechtskraftbescheinigung rechtzeitig einzureichen.