



# Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt

---

AZ.2010.5

## URTEIL

vom 25. März 2011

Mitwirkende

Dr. Heiner Wohlfart (Vorsitz), Dr. Stephan Wullschleger,  
Dr. Jeremy Stephenson, Dr. Sabine Herrmann,  
Dr. Eva Kornicker Uhlmann  
und Gerichtsschreiber Dr. Alexander Zürcher

---

Parteien

**X. Versicherungen**

vertreten durch Dr. Roberto Dallafior, Rechtsanwalt,  
gegen

**A.**

vertreten durch lic. iur. Markus Schmid, Advokat,

Beklagte  
Appellantin

Kläger  
Appellat

Gegenstand

**Appellation** gegen ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts  
vom 26. November 2009

betreffend Klage VVG (Taggeld)

## Sachverhalt

Dr. A. arbeitete als Geschäftsführer der Firma B. Diese hatte für ihre Arbeitnehmer bei der Y. Versicherungen (inzwischen firmierend als X. Versicherungen) sowohl eine Unfallversicherung nach Unfallversicherungsgesetz (UVG) wie auch eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG) abgeschlossen. Am 3. Juni 1994 zog sich Dr. A. bei einem Unfall ein Schädelhirntrauma zu. Aufgrund der bleibenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen aus diesem Unfall bezieht er neben einer Dreiviertelsrente der Invalidenversicherung (IV) von der X. Versicherungen in ihrer Funktion als Unfallversicherer eine Unfallversicherungsrente (UV-Rente) auf der Basis eines Invaliditätsgrads von 65 %. Aufgrund einer fortschreitenden Verschlechterung seines Gesundheitszustandes machte er mit Wirkung ab dem 1. Juli 2005 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geltend und stellte ein entsprechendes Gesuch um Revision der UV-Rente. Am 8. August 2005 meldete Dr. A. auch seine Ansprüche aus der Krankentaggeldversicherung an. Mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 lehnte die Y. Versicherungen ihre Leistungspflicht als Krankentaggeldversicherer mit Hinweis auf die Unfallkausalität der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit zunächst ab. Mit Schreiben vom 29. Dezember 2006 kam sie jedoch auf diesen Bescheid zurück und erklärte sich grundsätzlich bereit, Leistungen aus der Krankentaggeldversicherung zu erbringen, dies im Sinne einer Vorleistung und unter Vorbehalt der direkten Verrechnung mit der UVG-Versicherung, sollte es im laufenden UVG-Beschwerdeverfahren zu einer Erhöhung der UVG-Rente kommen. Mit Schreiben vom 9. Juli 2007 erklärte die X. Versicherungen ihre Bereitschaft, die Krankentaggeldleistungen auf einer Basis von 35 % zu erbringen, auf der Basis 90 % des AHV-Lohnes während 730 Tagen abzüglich Wartefrist 30 Tage.

Nachdem in der Folge jedoch Leistungen der X. Versicherungen aus der Krankentaggeldversicherung ausblieben, erhob Dr. A. am 7. Mai 2008 beim Sozialversicherungsgericht Basel-Stadt Klage auf Zahlung von CHF 114'541.– zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 3. März 2006. Mit Urteil vom 26. November 2009 hiess das Sozialversicherungsgericht die Klage gut und verurteilte die X. Versicherungen zur Zahlung von CHF 114'555.– zuzüglich 5 % Zins ab dem 9. Juli 2007.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte rechtzeitig am 20. Januar 2010 Appellation erklärt und mit Eingabe vom 18. März 2010 bzw. schriftlicher Appellationsbegründung vom 19. April 2010 beantragt, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts aufzuheben und die Klage abzuweisen, eventualiter die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Der Kläger schliesst in seiner Appellationsantwort vom 30. Juni 2010 auf Abweisung der Appellation und Bestätigung des Urteils des Sozialversicherungsgerichts. Eventualiter verlangt er die Sistierung des Verfahrens, bis die Beklagte in ihrer Eigenschaft als UVG-Versicherer über das von ihm dort anhängig gemachte Revisionsbegehren entschieden habe. An der Verhandlung vom 25. März 2011 sind die Vertreter beider Parteien zum Vortrag gelangt. Für alle Ausführungen wird auf das Protokoll verwiesen. Die Tatsachen und Standpunkte der

Parteien ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

## **Erwägungen**

### **1.**

Nach neuerer basel-städtischer Praxis (vgl. auch den Hinweis in E. 1 des angefochtenen Urteils) fallen Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen erstinstanzlich in die Kompetenz des Sozialversicherungsgerichts und werden nach Massgabe der Vorschriften von § 19 des basel-städtischen Sozialversicherungsgerichtsgesetzes (SVGG) in der Fassung vom 9. Mai 2001 geführt. Gestützt auf diese Bestimmung hat das Sozialversicherungsgericht seine sachliche Zuständigkeit bejaht, was von keiner der Parteien bestritten wird. Gemäss § 19 Abs. 3 SVGG können gegen Urteile des Sozialversicherungsgerichts die in der Zivilprozessordnung vorgesehenen Rechtsmittel ergriffen werden. Vorliegend kommt in dieser Hinsicht noch die Zivilprozessordnung des basel-städtischen Rechts zur Anwendung (ZPO BS). Denn die Eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO), welche per 1. Januar 2011 in Kraft getreten ist, findet hinsichtlich der Rechtsmittel in einem unter der Herrschaft der kantonalen Prozessordnung anhängig gemachten Verfahren nur dann Anwendung, wenn der angefochtene Entscheid erst nach ihrem Inkrafttreten eröffnet worden ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der hier angefochtene Entscheid des Sozialversicherungsgerichts datiert vom 26. November 2009. Die schriftliche Begründung wurde am 11. Januar 2010 versandt, so dass für die Frage nach dem zulässigen Rechtsmittel auf §§ 220 ff. ZPO BS zu verweisen ist. Da das Gravamen von CHF 8'000.– (§ 220 Abs. 1 ZPO BS) im vorliegenden Fall ohne weiteres überschritten wird, steht der Beklagten die Appellation offen.

### **2.**

Das Sozialversicherungsgericht hat die Klage namentlich gestützt auf das Schreiben der Beklagten vom 9. Juli 2007 gestützt, welches als Schuldanerkennung im Sinne von Art. 17 des Obligationenrechts (OR) gewertet wurde, die aufgrund ihres klaren und deutlichen Wortlauts keinerlei Interpretationsspielraum offen lasse. Ein Schuldanerkennnis führe nach herrschender Lehre zu einer Beweislastumkehr, so dass die Schuldnerin das Nichtbestehen oder die fehlende Durchsetzbarkeit der Forderung beweisen müsse oder sich auf Mängel bei der Abgabe des Schuldbekenntnis, namentlich Willensmängel, zu stützen habe. Letztere mache die Beklagte nicht geltend. Es könne offenbleiben, ob die vorliegenden medizinischen Akten, bestehend aus den Berichten von lic. phil. C., Fachpsychologe für Neuropsychologie und Psychotherapie, und des Hausarztes des Klägers, Dr. D., ausreichen würden, um zur Arbeitsunfähigkeit des Klägers abschliessend Stellung nehmen zu können. Die Beklagte habe in Kenntnis dieser Berichte ihre Leistungspflicht anerkannt. Sie habe die betreffenden Berichte selber eingeholt, so dass ihr Einwand, gemäss ihren Allgemeinen Versiche-

rungsbedingungen (AVB) könne die Arbeitsunfähigkeit nur von einem Arzt ausgewiesen werden, widersprüchlich erscheine und keinen Rechtsschutz genieße.

Die Beklagte rügt vorliegend im Wesentlichen, dass die Vorinstanz den Begriff der Schuldanerkennung verkenne und mit der entsprechenden Auslegung ihres Schreibens vom 9. Juli 2007 Art. 18 OR verletze. Es liege in casu weder nach den Regeln der Vertragsauslegung noch gemäss Vertrauensprinzip eine Schuldanerkennung vor. Die Vorinstanz sei zu Unrecht von einer Beweislastumkehr ausgegangen und habe nicht geprüft, ob die Schuld aus dem Grundverhältnis bestehe. Überdies sei sie zu Unrecht von einer Schuldanerkennung für volle Taggelder ausgegangen. Diese Rügen gilt es im Nachfolgenden einzeln zu prüfen.

### 3.

**3.1** Die Beklagte hat mit ihrem Schreiben vom 9. Juli 2007 unter dem Betreffnis "KKVT \_\_\_\_\_ A., geb. \_\_\_\_\_, Krankheitsfall 01.07.2005" ihre Bereitschaft erklärt, im Sinne einer Vorleistung und unter Vorbehalt der direkten Verrechnung mit der UVG-Versicherung "die Krankentaggeldleistungen auf einer Basis von 35 % zu erbringen". Der Kläger wird gebeten, sein Einverständnis schriftlich zu bestätigen und seine gewünschte Zahlungsverbindung zu nennen. Als Leistungen seien ein "Krankentaggeld, 90% des AHV-Lohnes während 730 Tagen abzüglich Wartefrist 30 Tage" versichert (Klagebeilage [KB] 6). Wie die Beklagte zu Recht geltend macht, enthält dieses Schreiben mit dem Hinweis auf die Versicherungspolice ohne Weiteres den Verpflichtungsgrund. Es handelt sich somit um eine kausale Schuldanerkennung (BGer 4A\_119/2010 vom 29. April 2010 E. 2.1 und 4C.93/2007 vom 13. August 2007 E. 2.1) und nicht, wie die Vorinstanz annimmt, um ein abstraktes Schuldbekennnis im Sinne von Art. 17 OR, zu dessen konstituierenden Elementen begriffsinhärent gerade die fehlende Nennung eines Verpflichtungsgrundes gehört (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. A., Zürich 2009, Nr. 1179; SCHWENZER, in: Basler Kommentar Obligationenrecht I, hrsg. v. Honsell et al., 4. A., Basel 2007, Art. 17 N 5).

**3.2** Unabhängig von dieser Qualifikation stellt sich die Frage, welche Bedeutung besagtem Schreiben vom 9. Juli 2007 unter den Parteien zukommt. Dabei erscheint wesentlich, dass es sich um eine Erklärung der Beklagten über einen Anspruch des Klägers handelt, der bereits zuvor zwischen den Parteien im Streit lag. Auf seine Krankmeldung vom 8. August 2005 teilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 27. Oktober 2005 mit, dass gemäss dem von ihr eingeholten Bericht von Dr. D. Folgen des Unfalls von 1994 vorlägen, weshalb es ihr nicht möglich sei, Leistungen aus der Krankentaggeldversicherung zu erbringen. Er möge sich an die Unfallversicherung wenden (KB 10). Nach weiteren Auseinandersetzungen unter den Parteien (vgl. dazu auch KB 11) teilte die Beklagte mit Schreiben vom 29. Dezember 2006 mit, dass sie auf einen Vorbescheid vom 29. November 2006 zurückkomme und grundsätzlich bereit sei, Leistungen aus der Krankentaggeldpolice zu erbringen. Die Krankentaggelder würden als Vorleistung und unter Vorbehalt der

direkten Verrechnung mit der UVG-Versicherung bezahlt. Erbeten wurden vom Kläger aber noch die Mitteilung über den Zeitpunkt der Meldung der Verschlechterung der Arbeitsfähigkeit und der damit verbundenen Veränderung des IV-Grades bei der Invalidenversicherung, den Stand einer allfälligen Rentenrevision, über allfällige Leistungen des BVG-Versicherers sowie den Bestand des Arbeitsverhältnisses mit der Firma B. und deren Lohnzahlungen (KB 12). Diesem Ersuchen kam der Kläger mit Schreiben vom 7. Mai und 5. Juni 2007 nach (KB 13 und 14). Mit Datum vom 14. Juni 2007 erklärte die Beklagte einen Verjährungsverzicht in dieser Sache (KB 15). Mit Schreiben vom 22. Juni 2007 drängte der Kläger auf eine materielle Stellungnahme zum Quantitativen, nachdem die grundsätzliche Leistungspflicht schon anerkannt sei, ansonsten es als einfacher erachtet werde, gleich den Richter anzurufen (KB 16). Darauf folgte schliesslich das erwähnte Schreiben der Beklagten vom 9. Juli 2007.

**3.3** Diese Entstehungsgeschichte macht deutlich, dass es sich beim Schreiben vom 9. Juli 2007 um eine bereinigende Schuldanerkennung handelt, mit der die angedrohte gerichtliche Auseinandersetzung mit den damit verbundenen Kostenfolgen zumindest bezüglich der Vertretungskosten vermieden werden sollte. Sie diene offensichtlich der Beilegung des Streites im Umfang der Anerkennung (KRAUSKOPF, Der Begriff, die Erscheinungsformen und die Bedeutung der Schuldanerkennung im Obligationenrecht, recht 2005, S. 169 ff., 174). Die Erklärung enthält daher als solche ein konstitutives Schuldbekenntnis, indem sich die Beklagte offensichtlich nach Massgabe der Schuldanerkennung rechtsgeschäftlich verpflichten wollte (SCHMIDLIN, Berner Kommentar, Bern 1986, Art. 17 N 45). Aufgrund seiner Entstehungsgeschichte und seines Inhalts geht das nach Treu und Glauben ausgelegte Schreiben der Beklagten vom 9. Juli 2007 klarerweise auch über eine reine Erklärung nach einem Schadensereignis hinaus, welche in der Regel kein Schuldanerkennntnis beinhaltet, da es sich nicht auf die reine Beschreibung eines faktischen Vorgangs beschränkt (SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N 4; SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 17 N 42). Der unbedingte Verpflichtungswille der Beklagten ergibt sich dabei nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr insbesondere auch aus der im Schreiben enthaltenen Bitte an den Kläger, sein Einverständnis schriftlich zu bestätigen und die Zahlungsverbindung zu nennen. Die Beklagte muss sich daher, wie von der Vorinstanz in ihrem Entscheid völlig zu Recht festgehalten wurde (E. 3.d), bei diesem Schuldanerkennntnis behaften lassen.

**3.4** Die Schuldanerkennung der Beklagten weist den Charakter einer Willenserklärung im Sinne eines einseitigen Verpflichtungsgeschäfts auf (vgl. BGer 4A\_264/2008 vom 23. September 2008 E. 3.2.2), durch die eine neue Schuld in Form der Anerkennungsschuld entsteht und deren Zweck darin liegt, die Durchsetzbarkeit der bereits bestehenden Forderung des Gläubigers zu sichern und zu erleichtern (KRAUSKOPF, a.a.O., S. 171 und 174). Mit Rücksicht auf den Bereinigungszweck der Erklärung kann sich die Beklagte als anerkennende Partei zur Bestreitung ihrer Schuld nur noch auf einen Willensmangel über den Bestand der anerkannten Schuld berufen (KRAUSKOPF, a.a.O., S. 175). Daraus folgt, dass auch bei diesem kausalen

Schuldbekenntnis die Schuldnerin – wie bei einem abstrakten Schuldbekenntnis – das Nichtbestehen oder die fehlende Durchsetzbarkeit beweisen muss (SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N 6; vgl. auch SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Zürcher Kommentar, Zürich 1973, Art. 17 N 13 ff.). Dem Gläubiger steht in diesem Zusammenhang auch der Nachweis offen, dass mit der (konstitutiven) Schuldanerkennung ein Verzicht auf bestimmte Einreden oder Einwendungen verbunden ist. Ein solcher Einredeverzicht ist allerdings nicht leichthin anzunehmen, sondern muss eindeutig sein oder sich unzweifelhaft aus den Umständen ergeben (BGer 4C.69/2007 vom 21. Juni 2007 E. 6.3 und 4C.214/2006 vom 19. Dezember 2006 E. 4.3.2; SCHWENZER, a.a.O., Art. 17 N 10 f. und 14; SCHMIDLIN, a.a.O., Art. 17 N 53 ff.). Inwiefern die Beklagte mit dem im Schreiben vom 9. Juli 2007 enthaltenen Schuldbekenntnis auch auf bestimmte Einreden verzichtet hat, kann offen bleiben. Denn der Kläger macht im appellationsgerichtlichen Verfahren keinen Einredeverzicht geltend. Die Beklagte macht ihrerseits bezüglich ihrer Leistungszusage keinen Willensmangel, insbesondere keinen Irrtum, geltend, so dass nachfolgend nur noch zu prüfen ist, inwiefern ihr der Gegenbeweis des Nichtbestands der von ihr grundsätzlich anerkannten Leistungspflicht gelingt.

#### 4.

**4.1** Ausgangspunkt für die Prüfung der Leistungspflicht der Beklagten aus der Krankentaggeldversicherung ist zunächst die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit bzw. Erwerbsfähigkeit des Klägers, bezogen auf die ihm nach dem Unfall von 1994 zunächst verbliebene Restarbeitsfähigkeit im Umfang von 35%. Hierzu liegen mehrere Berichte vor.

**4.2** Zunächst ist auf die Berichte von lic. phil. C., Fachpsychologe für Neuropsychologie und Psychotherapie zu verweisen, der den Kläger seit langem in neuropsychologischer Therapie/Psychotherapie betreut. Lic. phil. C. wurde immer wieder auch von der Beklagten selber konsultiert (vgl. Schreiben lic. phil. C. vom 28. Mai 1996, Klageantwortbeilage [KAB] 6).

**4.2.1** Mit Bericht vom 1. Juli 2005 (KB 9) führte lic. phil. C. unter Verweis auf seinen letzten Zwischenbericht vom 26. Februar 2005 (KAB 13) aus, dass der Kläger in den Jahren nach seinem Unfall mit einem Status nach Schädel-Hirntrauma mit Contusio Cerebri und konsequentiv dazu mässig schweren links parietal und links frontalen Hirnfunktionsstörungen sowie mit leichter Wesensänderung einen Überlebenskampf für seine Firma habe führen müssen. Er habe sich andauernd in einem grenzwertig depressiven, psychischen Erschöpfungszustand befunden, welcher die dauerhafte Einnahme eines Antidepressiva nötig gemacht habe. Im letzten Jahr habe er sich über seine Grenzen hinaus verausgaben und zunehmend Geschäftsführungsaufgaben an Mitarbeiter abgegeben müssen. Er sei zunehmend weniger in der Lage gewesen, den Überblick zu wahren und Entscheide zeitgerecht nachvollziehen zu können. Die langen Jahre der übermässigen Verausgabung hätten ihn psychisch weitgehend aufgebraucht und ausgezehrt. Es fehle ihm nun die mentale und motivationale/psychische Spannkraft, wie bisher weiterzumachen. Er sei daher „als Geschäfts-

führer und in allen anderen, vergleichbar anspruchsvollen Tätigkeiten im Bereich seiner fachlichen Befähigungen heute und auch in der weiteren Zukunft nicht mehr arbeitsfähig“.

**4.2.2** Mit Bericht vom 7. Mai 2006 (KAB 16) bestätigte lic. phil. C. dieses Beschwerdebild. Seit dem Unfall hätten sich die Beschwerden soweit akzentuiert resp. die Leistungseffizienz soweit verschlechtert, dass der Kläger im Sommer 2005 psychisch erschöpft und ausgezehrt seine bis dahin noch reduziert aufrecht erhaltene Geschäftsführertätigkeit habe aufgeben müssen. Er habe dabei an Erschöpfungs- und körperlichen Schwächegefühlen, Herz- und Bluthochdruck und vermehrt an andauernden Kopfschmerzen sowie Schlafproblemen gelitten. Er sei gesundheitlich nicht mehr in der Lage, seine Geschäftsführungsfunktion auszuüben. Er stehe der Firma lediglich zeitbegrenzt als Verwaltungsrat zur Verfügung. Er könne mental/konzentrativ anspruchsvolles Arbeiten mit verlangsamtem Arbeitstempo und erhöhter Fehleranfälligkeit heute noch während etwa 3 Stunden verteilt über den ganzen Tag leisten. Seine Resterwerbsfähigkeit bewege sich demzufolge, "wenn überhaupt, eher in einem Bereich von 10 - 15% als von noch 35%". Am ehesten kämen noch zeitbegrenzte Tätigkeiten/Einsätze als Prüfungsexperte/Dozent u.ä. in Frage.

**4.2.3** Bereits mit seinem Bericht vom 28. Mai 1996 (KAB 6) hatte C. darauf hingewiesen, dass der Kläger dazu neige, die anstehenden Schwierigkeiten durch Mehreinsatz zu kompensieren und sich zu überfordern, was zu vereinzelt Panikattacken und immer wieder zu Aggressionsausbrüchen und zu Schlafstörungen und depressiven Stimmungseinbrüchen geführt habe. Von phasenweiser Überforderung berichtete er auch mit seinem Therapiezwischenbericht vom 14. März 1997 (KAB 7), auch wenn er sich insgesamt in seinem psychischen Befinden weiter habe stabilisieren können. Er bewege sich aber „zwangsläufig immer am Rande der psychophysischen Erschöpfung und die Gefahr einer psychischen Dekompensation“ bestehe fort. Von einer grenzwertig hohen Belastung resp. einem teilweise über die Grenzen der Ressourcen hinausgehenden Einsatz sprach lic. phil. C. auch in den Zwischenberichten vom 1. Dezember 2001 (KAB 10) und 21. Januar 2004 (KAB 12). Der Kläger fühle sich von den andauernd abverlangten "Feuerwehrrübungen" zunehmend ausgebrannt resp. überfordert und es sei seines Erachtens "mittlerweile ungewiss, ob er noch längere Zeit im derzeit gegebenen Umfang und Umfeld arbeitstätig bleiben" könne (KAB 12). Damit hat lic. iur. C., wie im Bericht vom 7. Mai 2006 (KAB 16) zu Recht vermerkt, bereits in seinen früheren Berichten auf diese fortschreitende Auszehrung hingewiesen. Entgegen der Auffassung der Beklagten (Rz 55 der Appellationsbegründung) steht die Einschätzung einer definitiven vollständigen Arbeitsunfähigkeit des Klägers im Bericht vom 1. Juli 2005 (KB 9) keineswegs im "Widerspruch zur jahrelangen Berichterstattung", sondern am Ende einer über lange Zeit sich abzeichnenden fatalen Entwicklung.

**4.3** Die Beurteilung des behandelnden Psychotherapeuten wird vom Hausarzt, Dr. D., mit Berichten vom 1. Oktober 2005 (Duplikbeilage [DB] 1) und 20. Mai 2006 (DB 3), in welchen dem Kläger eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde,

bestätigt. Bei zunehmendem Druck im Business hätten die "sichtbaren" Leistungen zu sinken begonnen. Aufgrund der Gesundheitsentwicklung habe dann empirisch auch 100% Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juli 2005 festgestellt werden müssen: "Realistisch gesehen hätte die Arbeitsunfähigkeit eigentlich früher erhöht werden können" (DB 3).

**4.4** Die Erklärung der Beklagten vom 9. Juli 2006 erfolgte in voller Kenntnis dieser Berichte. Insbesondere hatte sie auch Kenntnis von den darin beschriebenen weiter vom Kläger ausgeübten Tätigkeiten. Die Beklagte hält den erwähnten Beurteilungen aber den Bericht des sie beratenden Spezialarztes für Psychiatrie und Psychotherapie, Dr. E., vom 14. Juni 2006 (DB 4) entgegen, worin den Einschätzungen von Dr. D. und lic. phil. C. widersprochen wird. In diesem reinen Aktenbericht weist Dr. E. zunächst darauf hin, dass die Erschöpfungssymptome und die depressive Entwicklung des Klägers mit Angst und Überlastungssyndrom nicht auf den Unfall von 1994 zurückgeführt werden könnten. Als unfallfremd bezeichnet Dr. E. auch "Faktoren im Sommer 2005 mit körperliche Schwächegefühle, Herz- und Bluthochdruckbeschwerden, Kopfschmerzen und Schlafstörungen". Diese Beeinträchtigungen werden mit Ausnahme der Kopfschmerzen als krankheitsbedingt bezeichnet. Aufgrund der Möglichkeit zeitbegrenzter Tätigkeiten des Klägers als Prüfungsexperte, Dozent und ähnlichem widerspricht Dr. E. jedoch der Einschätzung einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit. Es könne sein, dass sich beim beruflichen Überengagement im heutigen Arbeitsumfeld als Selbständigerwerbender früher oder später eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit eingestellt hätte. Eine volle Arbeitsunfähigkeit sei nach Auflistung der Tätigkeiten, die er noch mache, aber "schlicht nicht realistisch". Darauf folgt der Schluss, dass aufgrund des Unfalls weiterhin eine 65% Arbeitsunfähigkeit bestehe, die Arbeitsfähigkeit infolge Krankheit jedoch nicht beschränkt sei. Der Bericht von Dr. E. erscheint schon in sich widersprüchlich, wenn krankheitsbedingte Einschränkungen des Klägers infolge seines beruflichen Überengagements zwar angenommen werden, dann aber Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit abgelehnt werden. Aus diesem Grund kann auf die Einschätzung der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit des Klägers durch Dr. E. nicht abgestellt werden.

#### **4.5**

**4.5.1** Der Kläger hat mit seiner Appellationsantwort vom 30. Juni 2010 als neue Tatsachen und Beweismittel einerseits Berichte von Prof. Dr. F., von Dr. G., von lic. phil. H. und andererseits von Dr. I. eingereicht. Gemäss § 237 Abs. 1 ZPO BS können im erstinstanzlichen Verfahren nicht geltend gemachte Tatsachen und Beweismittel nur dann vor Appellationsgericht vorgebracht werden, wenn die Partei dartun kann, dass sie solche erst seit dem erstinstanzlichen Urteilsspruch erfahren oder erhalten hat (echte Noven), oder dass sie vorher keinen Anlass zu deren Vorbringen gehabt hat (unechte Noven). Soweit es sich nicht um echte Noven handelt, muss begründet werden, weshalb die neuen Tatsachen oder Beweismittel nicht bereits im erstinstanzlichen Verfahren bzw. beim Aktenschluss oder anlässlich der Appellationsbegründung vorgebracht worden sind, andernfalls die geltend gemachten Noven keine Berücksichtigung mehr finden (vgl. STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992,

§ 21 Rz 48). Die Berichte und Gutachten von Prof. Dr. F. vom 19. Februar 2010 (Appellationsantwortbeilage [AAB] 3), von Dr. G. vom 22. Dezember 2009 (AAB 4) und von lic. phil. H. vom 6. Dezember 2009 (AAB 5) datieren alle nach dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 26. November 2009. Es handelt sich um echte Noven. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Kläger diese Berichte schon vorher von diesen medizinischen Fachpersonen hätte erhältlich machen können. Zwar erfolgten die Gutachtensanfrage und der entsprechende Auftrag durch den Kläger an Prof. Dr. F. schon im Mai resp. Juli 2009. Dies war aber offensichtlich nach Abschluss des erstinstanzlichen Schriftenwechsels (Replik vom 27. November 2008, Duplik vom 20. Februar 2009 und Triplik vom 8. Mai 2009). Es bestand daher kein Anlass mehr, Prof. F. und die weiteren Fachpersonen bereits im vorinstanzlichen Verfahren zum Beweis anzurufen, zumal die Abnahme dieses Beweises nicht ohne erhebliche Verzögerung möglich gewesen wäre. Die Noven sind daher entgegen der Auffassung der Beklagten zulässig, unabhängig davon, dass die Gutachten Ausführungen in Bezug auf einen Beurteilungszeitraum vor dem Urteilszeitpunkt enthalten. Bezüglich des Gutachtens von Dr. I. vom 11. November 2008 (AAB 10) verhält es sich ohnehin so, dass dieses bereits mit Eingabe vom 25. Februar 2009 (act. 11 und 12) und damit rechtzeitig gemäss § 81 Abs. 1 ZPO BS dem Sozialversicherungsgericht eingereicht worden ist. Auch die Berufung auf dieses Gutachten ist daher prozessual zulässig.

**4.5.2** Mit dem Interdisziplinären Gutachten vom 19. Februar 2010 von Prof. Dr. F. (AAB 3) wird dem Kläger auf der Grundlage der Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung mit einer gegenwärtig schweren depressiven Episode ohne psychotische Symptome (F33.2), einer leichten Frontalfunktionsstörung (F07.2) sowie einer leichten Störung der Feinmotorik und einem sensiblen Hemisyndrom links eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in der bisherigen beruflichen Tätigkeit als Geschäftsführer der Firma B. attestiert. Im Einzelnen wird auch unter Hinweis auf die bisherigen ärztlichen Berichte seit 1995 darauf hingewiesen, dass diese bisherige Arbeitstätigkeit eigentlich nur im geschützten Rahmen der eigenen Firma möglich gewesen sei, während er in einem anderen Anstellungsverhältnis voll arbeitsunfähig wäre. Bedingt durch die Persönlichkeitsveränderung und die kognitiven Defizite sei seine Leistungsfähigkeit derart zurückgegangen, dass er sich 2005 gezwungen gesehen habe, zu resignieren und aus dem Betrieb auszusteigen. Auch für andere anspruchsvolle Beratungsfunktionen, die seinem Bildungs- und Intelligenzniveau entsprächen, liege heute keine namhafte Arbeitsfähigkeit mehr vor, wie auch der Misserfolg als Dozent gezeigt habe. Er sei heute, nicht zuletzt auf Grund der schweren Depression für jegliche Berufstätigkeit voll arbeitsunfähig. Auch nach einem unwahrscheinlichen vollständigen Abklingen der Depression wäre er auf Grund der kognitiven Störungen und der Impulsivität weiter voll arbeitsunfähig. Seine Tätigkeit im Verwaltungsrat der Firma stelle keine wirkliche Arbeitsleistung dar, zumal ihm das Studium der Akten bereits grösste Schwierigkeiten mache und er diese offenbar nicht ausreichend zu erfassen vermöge. Es scheine sich mehr um eine "pro forma" Teilnahme zu handeln. Von einer weiteren medizinischen Behandlung sei keine Erhöhung der Arbeitsfähigkeit zu erwarten. Im Rahmen der Aktenzusammenfassung wird auch auf eine Hospitalisation des Klägers in der \_\_\_\_\_ vom 8. Januar 2008 bis zum 11. April 2008

hingewiesen, wo die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig schwere Episode ohne psychotische Symptome als Folge der fehlenden Tagesstruktur und Einsamkeit erfolgte.

Im Neuropsychologischen Untergutachten vom 6. Dezember 2009 (AAB 5) kommt lic. phil. H. zum Schluss, als Geschäftsführer bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit, während für eine strategische Tätigkeit im Verwaltungsrat eine Arbeitsfähigkeit von 20% unter der Voraussetzung bestehe, dass die Arbeitszeit spontan und flexibel, abhängig vom momentanen Befinden gewählt werden können. Dabei sei für eine Arbeitsleistung von 20% auf hohem kognitivem Anforderungsniveau überwiegend wahrscheinlich ein zeitlicher Mehrbedarf notwendig. Für eine qualifizierte, mit dem angestammten Beruf vergleichbare Tätigkeit sei auf dem freien Arbeitsmarkt die Arbeitsfähigkeit nicht mehr gegeben.

Dr. G. kommt in ihrem Neurologischen Untergutachten vom 22. Dezember 2009 (AAB 4) aufgrund der neurologischen Befunde (frontale Dysfunktion, Gleichgewichtsstörungen, leichte Störung der Fingerfeinmotorik) zum Schluss, dass die Arbeitsfähigkeit des Klägers als Geschäftsführer um mindestens 50% reduziert sei.

**4.5.3** Dr. I. kommt in seinem ärztlichen Gutachten vom 11. November 2008 (AAB 10) zu Handen der Deutschen Rentenversicherung zum gleichen Ergebnis einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juli 2005, auch wenn dabei zu beachten ist, dass der Gutachter irrtümlicherweise von einer bestehenden 100%-igen Berentung in der Schweiz ausgegangen ist, was möglicherweise einen Einfluss auf gewisse Einschätzungen gehabt haben mag. Der Kläger habe sich lange gegen eine endgültige Berentung gewehrt, nun aber das Ende einer gewissen Kompensationsfähigkeit erreicht.

**4.6** Aufgrund dieser Berichte haben die IV und in der Folge auch die X. Versicherungen als Pensionskassenversicherer mit Wirkung ab dem 1. Juni 2007 eine volle Rente ausgerichtet (vgl. Vorbescheid der IV-Stelle Basel Stadt vom 19. Mai 2010, AAB 8). Auch wenn sich der Begriff der Invalidität nicht mit jenem der Arbeitsunfähigkeit deckt und mithin keine Bindung des Krankentaggeldversicherers an die Entscheide der Invalidenversicherung besteht (BGer 9C\_74/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.1) so darf dies dennoch als Indiz für die Aussagekraft dieser Berichte gewertet werden.

**4.7** Es kann formal offen bleiben, ob diese Berichte eine Erwerbsunfähigkeit ab dem 1. Juli 2005 belegen würden. Aufgrund dieser Beweislage ist aber klar, dass der Beklagten der Beweis des Nichtbestands der anerkannten Grundforderung zur Widerlegung ihrer Schuldanererkennung nicht zu gelingen vermag. Insbesondere vermag die Beklagte den Beweis einer tatsächlich ausübbarer teilweisen Beschäftigung nicht zu erbringen, handelt es sich bei der Verwaltungsrats-tätigkeit im geschützten Rahmen der eigenen Firma und bei den zeitweilig ausgeübten Dozententätigkeiten doch

nicht mehr um eine wirtschaftlich verwertbare Restarbeitsfähigkeit (vgl. dazu BGE 114 V 281 E. 3.d S. 286 f. und 101 V 144 E. 2.b S. 145 f.). Dabei ist auch zu beachten, dass sich die versicherte Arbeitsunfähigkeit primär auf die Ausübung der Funktion bezieht. Bei lange dauernder Arbeitsfähigkeit im bisherigen Beruf ist zwar nach Ablauf einer gewissen Anpassungszeit auch die Arbeitsfähigkeit bezogen auf eine zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf zu berücksichtigen, deren unterbliebene Verwertung der entsprechenden Arbeitsfähigkeit trotz ihrer Möglichkeit der versicherten Person anzurechnen wäre (Ziff. A 8 AVB [KB 8]; vgl. auch BGer 8C\_1003/2009 vom 3. März 2010 E. 5.1, ferner BGer 9C\_595/2008 vom 5. November 2008 E. 4.5). Die Beklagte hat aber nie eine entsprechende konkrete Restschadensberechnung vorgenommen, sondern ist einzig von einer medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeit in einer Verweisungstätigkeit ausgegangen (vgl. insb. Rz 34 der Klageantwort vom 22. August 2008), was von vorneherein nicht zu genügen vermag (BGer 9C\_74/2007 vom 19. Oktober 2007 E. 5.2).

**4.8** Irrelevant ist schliesslich die Ursache der gesundheitlich bedingten Arbeitsunfähigkeit, da die Beklagte gemäss Ziff. B 4 Abs. 2 AVB (KB 8) bei noch nicht feststehenden Leistungen eines anderen Versicherers, hier nota bene Ansprüche aus anderer vertraglicher Grundlage gegen sich selbst, die Taggelder im Sinne einer Vorleistung und unter Vorbehalt des Rückgriffs auf den Unfalltaggeldversicherer leistungspflichtig ist.

## 5.

Die Beklagte macht schliesslich in quantitativer Hinsicht subeventualiter geltend, aus ihrem Schreiben vom 9. Juli 2007 könne nach Treu und Glauben nicht abgeleitet werden, dass sie einen Anspruch auf volle Taggelder anerkennen wollte. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Dem Kläger wurden bisher vom Unfallversicherer Taggelder auf der Grundlage einer 65%-igen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Mit seiner Arbeitsleistung verwertete der Kläger damit vollumfänglich seine Restarbeitsfähigkeit. Dieser Sachverhalt war der Beklagten im Zeitpunkt der Anerkennung aufgrund der ihr vorliegenden medizinischen Berichte bekannt. Die Wendung "Wir sind bereit die Krankentaggeldleistungen auf der Basis von 35% zu erbringen." kann vor diesem Hintergrund nicht anders verstanden werden, als dass sie anerkannte, dass der Kläger seine volle Restarbeitsfähigkeit von 35% verloren hat. Ansonsten wäre absolut unerfindlich und einer weiteren Erklärung bedürftig gewesen, wie die Beklagte auf eine bloss 35%-ige Einbusse der bisherigen Restarbeitsfähigkeit gekommen wäre. Die versicherte Leistung eines "Krankentaggeld, 90% des AHV-Lohnes während 730 Tagen abzüglich Wartefrist 30 Tage" bezieht sich daher nach Treu und Glauben eindeutig auf den gesamten AHV-pflichtigen Lohn. Dessen Höhe von CHF 66'360.–, das daraus resultierende Taggeld von CHF 163.35 und der daraus resultierende Forderungsbetrag von CHF 114'555.– (vgl. Rz 10 der Klagebegründung vom 7. Mai 2008) sind in der Klageantwort nicht substantiiert bestritten worden (vgl. Rz 67 der Klageantwort vom 22. August 2008). Immerhin ist diesbezüglich festzustellen, dass der Kläger mit seinem Rechtsbegehren gemäss Klage nur den Betrag von CHF 114'541.– und nicht wie in der Begründung errechnet jenen von

CHF 114'555.– eingeklagt hat. Das Sozialversicherungsgericht hat dem Kläger ohne weitere Begründung über sein Rechtsbegehren hinaus den errechneten Betrag zugesprochen. Es ist damit implizit von einem berichtigungsfähigen Verschrieb resp. Rechnungsfehler im Rechtsbegehren ausgegangen. Dies wird von der Beklagten nicht gerügt. Zumal es sich nur um eine Differenz von CHF 14.– handelt, ist dies nicht zu beanstanden.

## 6.

Daraus folgt, dass die Appellation insgesamt abzuweisen ist. Gemäss Art. 85 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) in der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen und im vorliegenden Verfahren noch anwendbaren Fassung werden in Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, mithin auch aus Krankentaggeldversicherungen, keine Verfahrenskosten erhoben (Abs. 2 und 3). Die bundesgesetzlich vorgeschriebene Kostenfreiheit gilt indessen lediglich hinsichtlich der Gerichtsgebühren. Die Frage nach einer allfälligen Parteienschädigung zugunsten der obsiegenden Partei bemisst sich dagegen nach kantonalem Prozessrecht (BGer 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2 und 4A\_390/2010 vom 2. März 2011 E. 4). Gemäss dem Ausgang des Verfahrens ist der Beklagten eine Parteienschädigung aufzuerlegen (§ 172 ZPO BS). Allerdings kann dem Kläger vorliegend keine bezifferte Parteienschädigung zugesprochen werden, da er dem Gericht keine Honorarnote eingereicht hat, in welcher die Bemühungen seines Rechtsvertreters ausgewiesen wären (§ 16 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt vom 15. Dezember 2004 in der bis zum 31. Dezember 2010 gültigen und auf den vorliegenden Fall anwendbaren Fassung).

### **Demgemäss erkennt das Appellationsgericht:**

://: Die Appellation wird abgewiesen.

Es werden keine Kosten erhoben. Die Beklagte trägt die ausserordentlichen Kosten.

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Der Gerichtsschreiber

Dr. Alexander Zürcher

## Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Zivilsachen** erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.– bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.