

VKL.2011.30 / SN / fi

Art. 179

Urteil vom 16. Oktober 2012

Besetzung Oberrichterin Plüss, Präsidentin
 Oberrichter Roth
 Oberrichter Hartmann
 Gerichtsschreiberin Nussbaumer

Kläger **A.**,
 vertreten durch lic. iur. Elisabeth Maier, Advokatin

Beklagte **X. Versicherungen**

Gegenstand Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach VVG

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

Der 1965 geborene, verheiratete A. ist als selbständiger medizinischer Masseur tätig und bei der X. Versicherungen (nachfolgend X. genannt) im Rahmen des Vertrages "Krankentaggeldversicherung für Kleinbetriebe" für Fälle von Krankheit und Unfall taggeldversichert. Vereinbart wurde eine Taggeldsumme von Fr. 250.00 bei einer maximalen Leistungsdauer von 730 Tagen und einer Wartefrist von 30 Tagen. Ab 24. Juni 2009 war A. aufgrund einer Erschöpfungsdepression/Burnout bzw. einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischen Symptomen zu 100 % arbeitsunfähig. Es folgten stationäre Behandlungen im Spital D. und der Klinik E. sowie eine mehrwöchige teilstationäre Therapie in der Klinik F.

Die X. erbrachte nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist die vertraglichen Taggeldleistungen. Mitte November 2009 beauftragte sie Dr. med. C., FMH Psychiatrie & Psychotherapie, _____, mit der Erstellung eines Gutachtens zur Arbeitsunfähigkeit des Versicherten. Das Gutachten erstattete Dr. med. C. am 13. Dezember 2009 und kam darin zum Schluss, der Gesundheitszustand von A. habe sich stabilisiert. Geplant sei ein Wiedereinstieg in den Beruf ab dem 8. Januar 2010, mit langsamer Steigerung auf ein Arbeitspensum von 100 % innert drei bis vier Monaten. Die X. teilte A. daraufhin mit Schreiben vom 17. Dezember 2009 mit, sie werde die Krankentaggeldzahlungen noch bis 9. Mai 2010 leisten, da danach keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestehen sollte. Entsprechend dieser Ankündigung und entgegen den Einwendungen des Versicherten stellte die X. die Taggeldleistungen per 9. Mai 2010 ein.

2.

2.1.

Mit Eingabe vom 18. April 2011 liess A. Klage erheben gegen die X. mit folgenden Rechtsbegehren:

"1.

Es sei die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Fr. 27'925.-- zu zahlen, zuzüglich Verzugszins zu 5 % p.a. ab 1. Juni 2010 auf Fr. 4'437.50, ab 1. Juli 2010 auf Fr. 1'987.50, ab 1. August 2010 auf Fr. 3'100.--, ab 1. September 2010 auf Fr. 3'100.--, ab 1. Oktober 2010 auf Fr. 3'000.--, ab 1. November 2010 auf Fr. 3'100.--, ab 1. Dezember 2010 auf Fr. 3'000.--, ab 1. Januar 2011 auf Fr. 3'100.-- und ab 1. Februar 2011 auf Fr. 3'100.--.

2.

Es sei festzustellen, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine in zeitlicher Hinsicht (Taggeldansprüche bis 31. Januar 2011) beschränkte Teilklage handelt und dass weitere Forderungen aus dem zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag "Taggeld für Kleinbetriebe" mit der Vertrags-Nr.: _____ vorbehalten bleiben.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Prozessual wurde beantragt, es sei zur Schlichtungsverhandlung vorzuladen.

2.2.

Mit Schreiben vom 8. Juni 2011 teilte der zuständige Instruktionsrichter des Versicherungsgerichts dem klägerischen Vertreter mit, es werde kein Schlichtungsverfahren durchgeführt, da das anwendbare Verfahrensrecht ein solches nicht kenne. Entsprechend wurde dem Kläger Frist zur Einreichung der Klagebegründung angesetzt.

3.

Mit Beschwerde vom 28. Juni 2011 beantragte der Kläger, es sei der Nichteintretensentscheid der Schlichtungsstelle des Versicherungsgerichts aufzuheben und diese anzuweisen, ein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 197 ff. ZPO durchzuführen.

4.

Am 30. Juni 2011 reichte der Kläger die Klagebegründung nach. Zudem beantragte er, es sei eine öffentliche Verhandlung im Sinne von Art. 6 EMRK durchzuführen.

Auf die Begründung seiner Rechtsbegehren wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

5.

In ihrer Klageantwort vom 30. August 2011 beantragte die Beklagte:

"1.

Die Klage vom 30.06.11 sei abzuweisen.

2.

Eventualiter sei ein gerichtliches Gutachten zur Klärung der Arbeitsunfähigkeit anzuordnen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge."

Auf die Begründung der Beklagten wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

6.

6.1.

Am 26. September 2011 ersuchte der Kläger um Sistierung des Verfahrens, da vorab der Anspruch auf eine Schlichtungsverhandlung geklärt werden müsse. Mit Verfügung vom 29. September 2011 wurde das Sistierungsbegehren abgewiesen.

Gegen die Verfügung vom 29. September 2011 erhob der klägerische Vertreter mit Eingabe vom 5. Oktober 2011 Beschwerde. Zudem stellte er mit Schreiben vom 30. Dezember 2011 ein Ausstandsbegehren gegen die Mitglieder des Versicherungsgerichts, welche am Grundsatzentscheid vom 1. März 2011 betreffend die Durchführung von Schlichtungsverhandlungen beteiligt gewesen waren.

6.2.

Mit Urteil vom 24. Januar 2012 trat das Versicherungsgericht auf die Beschwerde vom 5. Oktober 2011 betreffend Sistierungsgesuch und auf das Ausstandsbegehren vom 30. Dezember 2011 nicht ein.

7.

Mit Replik vom 17. Februar 2012 und Duplik vom 23. Februar 2012 hielten die Parteien an den gestellten Rechtsbegehren fest.

8.

8.1.

Mit Eingabe vom 8. Februar 2012 verlangte der Kläger bezüglich seines Schlichtungsgesuchs vom 18. April 2011 einen Nichteintretensentscheid. Mit Schreiben vom 1. März 2012 erläuterte die Präsidentin der 3. Kammer des Versicherungsgerichts, da keine Schlichtungsbehörde existiere, könne auch kein Nichteintretensentscheid ergehen.

8.2.

Am 13. März 2012 erhob der Kläger beim Bundesgericht eine "Rechtsverweigerungsbeschwerde in Zivilsachen" und beantragte darin, das Versicherungsgericht sei anzuweisen, sein Schlichtungsgesuch vom 18. April 2011 an die Hand zu nehmen. Mit Verfügung vom 20. März 2012 sistierte der Instruktionsrichter des Versicherungsgerichts daraufhin das Klageverfahren bis zum Entscheid des Bundesgerichts.

8.3.

Mit Urteil vom 2. Juli 2012 trat das Bundesgericht auf die Beschwerde nicht ein.

9.

Mit Schreiben vom 4. Juli 2012 teilte der Kläger den erfolgten Vertreterwechsel mit.

10.

Mit Verfügung vom 4. September 2012 wurde die Sistierung des Klageverfahrens aufgehoben.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Beim abgeschlossenen Versicherungsvertrag handelt es sich um eine Taggeldversicherung basierend auf dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) und nicht dem Krankenversicherungsgesetz (vgl. Ziff. 1 der allgemeinen Versicherungsbedingungen [AVB], Klageantwortbeilage [AB] 4). Entsprechend ist der Versicherer in der Ausgestaltung der Taggeldversicherung frei und sind im vorliegenden Fall die Bestimmungen des VVG sowie die AVB massgebend.

2.

Mit Beschluss vom 1. März 2011 (VDI.2012.1; AGVE 2011 104) entschied die für die Beurteilung von Krankentaggeldfällen nach VVG zuständige 3. Kammer des Versicherungsgerichts, dass sich in Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung das Verfahren sinngemäss nach den Vorschriften der Eidgenössischen Zivilprozessordnung über das vereinfachte Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) richtet, dass jedoch ein vorgängiger Schlichtungsversuch nicht durchzuführen ist. In seinem Urteil 4A_184/2012 vom 18. September 2012 kam auch das Bundesgericht zum Schluss, dass für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, für welche die Kantone eine einzige kantonale Instanz nach Art. 7 ZPO bezeichnet haben, kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen ist, und die Klage demnach direkt beim Gericht anhängig gemacht werden kann (E. 4.6).

3.

Der Kläger war vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit als selbständiger medizinischer Masseur tätig. Bei der Beklagten hatte er einen Taggeldversicherungsvertrag für Unfall und Krankheit abgeschlossen (vgl. Policen, Klagebeilage [KB] 2). Am 31. Juli 2009 meldete der Kläger der Beklagten eine ab 24. Juni 2009 bestehende, krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit (KB 23). Die Beklagte holte beim behandelnden Arzt, Dr. med. G., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, _____, ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis ein (KB 9) und richtete unter Anrechnung der 30-tägigen Wartefrist ab 24. Juli 2009 die vertraglichen Taggeldleistungen aus. Die Arbeitsunfähigkeit wurde in der Folge fortlaufend, bis Ende 2009 zu 100 % und ab Januar 2010 in variierendem Umfang ärztlich bestätigt (KB 17). Dies bis 31. Januar 2011; ab 1. Februar 2011 wurde wieder eine vollständige Arbeitsfähigkeit angegeben (KB 18, 21 S. 4). Die Beklagte leistete bis 9. Mai 2010 Taggeldzahlungen. Für die Zeit danach verneinte

sie den Taggeldanspruch, da der Kläger ihrer Einschätzung nach spätestens ab diesem Zeitpunkt wieder uneingeschränkt arbeitsfähig sei. Der Kläger fordert demgegenüber das Krankentaggeld über den 9. Mai 2010 hinaus.

3.1.

Gemäss Ziff. 3.2. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Krankentaggeldversicherung für Kleinbetriebe (AVB) – sowohl in der Version von 2007 (KB 3a) als auch von 2009 (KB 3b) – besteht ein Anspruch auf Krankentaggeld bei einer ärztlich bestätigten Arbeitsunfähigkeit von 25 % und mehr. Die Beklagte leistet das versicherte Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit. Ab 66⅔ % Arbeitsunfähigkeit erbringt die Beklagte das ganze Taggeld. Dieses wurde auf Fr. 250.00 pro Tag festgelegt (KB 2, AB 1).

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. 3.6 der AVB 2007/2009 definiert. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt demnach vor, wenn die versicherte Person infolge eines versicherten Ereignisses ganz oder teilweise ausserstande ist, ihre berufliche Tätigkeit auszuüben. Die Arbeitsunfähigkeit muss durch einen Arzt oder Chiropraktor bestätigt sein.

3.2.

Streitig ist im vorliegenden Fall, ob der Kläger aufgrund seiner gesundheitlichen Situation über den 9. Mai 2010 hinaus in seiner angestammten Tätigkeit als medizinischer Masseur als arbeitsunfähig zu qualifizieren ist. Die Beklagte richtete bis 9. Mai 2010 das volle Taggeld (Fr. 250.00 pro Tag) aus, dies aufgrund einer von der Beklagten anerkannten Arbeitsunfähigkeit des Klägers von über 66⅔ % (vgl. Schreiben der Beklagten vom 26. April 2010, AB 16). Für die Zeit danach ging die Beklagte davon aus, dass der Kläger seine berufliche Tätigkeit wieder uneingeschränkt ausüben könne. Demgegenüber macht der Kläger geltend, er sei auch nach dem 9. Mai 2010 und zumindest noch bis Ende Januar 2011 arbeitsunfähig gewesen; dies zuerst zu 50 %, dann kurzfristig (17.-30. Mai 2010) wieder zu 100 %, danach bis Ende Juni zu 25 %, und nach einer erneuten Verschlechterung ab 28. Juni 2010 bis auf Weiteres zu 40 % (vgl. Klagebegründung, S. 19). Aufgrund dieser divergierenden Einschätzungen ist nachfolgend auf die bei den Akten liegenden medizinischen Unterlagen einzugehen.

3.2.1.

Der Kläger suchte am 24. Juni 2009 wegen allgemeiner Erschöpfung/Burnout seinen Hausarzt Dr. med. I., Innere Medizin FMH, _____ auf. Dieser überwies ihn aufgrund einer akuten psychischen Dekompensation am 3. Juli 2009 an das Spital D., wo er bis 11. Juli 2009 hospitalisiert blieb (AB 10). Der Kläger wurde in gebessertem psychischen und körperlichen Zustand am 11. Juli 2009 nach Hause entlassen, wobei

vorgängig eine ambulante Psychotherapie in der Praxis von Dr. med. G., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, _____, organisiert worden war (Austrittsbericht vom 16. Juli 2009, AB 10). Dr. med. G. diagnostizierte eine depressive Episode sowie Burnout/Erschöpfung. Er beurteilte den Zustand des Klägers als ambulant nicht ausreichend behandelbar, weshalb er ihn zu einem stationären Aufenthalt an die Klinik E. überwies (Schreiben Dr. med. G. vom 3. August 2009, KB 10).

Die stationäre Therapie des Klägers in der Fachklinik für kardiale und psychosomatische Rehabilitation E., dauerte vom 24. August bis 26. September 2009. Seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen wurden als Anpassungsstörung mit Angst und depressiver Reaktion sowie starker Erschöpfungssymptomatik beurteilt. Es bestehe eine psychophysische Dekompensation, wobei auch hypochondrische Ängste dazu kämen. Durch die multimodale Therapie und Umstellung der Medikation konnte eine gewisse Besserung erzielt werden, doch präsentierte sich der Kläger bei Klinikaustritt aus therapeutischer Sicht noch deutlich unsicher und in Bezug auf die anstehende Problembewältigung zu Hause und Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit unsicher. Es wurde daher zur Fortführung der ambulanten psychiatrischen Behandlung geraten (vgl. Austrittsbericht vom 18. November 2009, KB 11).

3.2.2.

Da Dr. med. G. den Zustand des Klägers auch nach Austritt aus der Klinik E. als ambulant nicht ausreichend behandelbar erachtete, wies er den Patienten für eine teilstationäre Behandlung an die Klinik F. (vgl. Überweisungsschreiben vom 5. Oktober 2009, KB 12). Der Kläger trat am 14. Oktober 2009 in das teilstationäre Programm der Klinik ein; das Therapieprogramm dauerte bis 22. Januar 2010. Im Austrittsbericht (KB 14) wurde eine mittelgradige depressive Episode mit somatischen Symptomen (ICD-10: F32.11) bei histrionisch akzentuierten Persönlichkeitszügen (ICD-10: Z73.1) und bei Problemen in der Beziehung zur Ehepartnerin (ICD-10: Z63.0) diagnostiziert. Der Zustand konnte soweit stabilisiert werden, dass eine Wiederaufnahme der Tätigkeit als Masseur in geringem Umfang möglich war (zur Arbeitsfähigkeit siehe E. 3.3. nachstehend). Die Psychotherapie wurde ambulant bei Dr. med. G. weitergeführt.

3.2.3.

Im Auftrag der Beklagten erstattete Dr. med. C., FMH Psychiatrie & Psychotherapie, _____, am 13. Dezember 2009 ein psychiatrisches Gutachten (AB 8). Er hielt darin fest, nach Darstellung des Klägers selber sei er schwer depressiv. Dies stimme aber mit den klinischen Befunden nicht überein. Aus psychiatrisch-diagnostischer Sicht handle es sich um eine hypochondrische Züge aufweisende, zu histrionischen Verhaltensweisen neigende und vor allem narzisstisch hochgradig stigmatisierte

Persönlichkeit von normaler Intelligenz. Eine hypochondrische Störung liege nicht vor, da hierzu nicht alle diagnostischen Kriterien erfüllt seien. Die hypochondrisch anmutenden Verhaltensweisen dürften auch im Zusammenhang mit der depressiven Störung gesehen werden. Sehr deutlich ausgeprägt seien die histrionischen Persönlichkeitsanteile. Hauptsächlicher Anlass für die depressive Entwicklung sei die hochgradig narzisstische Stigmatisierung des Klägers. Typisch dafür sei, dass er versuche, sein Selbstwertgefühl durch besondere Leistungsbereitschaft aufrecht zu erhalten, womit er sich psychisch und kräftemässig überfordere. Die Überlastung habe zu einer schweren Depression geführt. Unter adäquater Therapie sei diese Depression in Aufhellung begriffen. Die Besserung scheine allerdings aufgrund der histrionischen und regressiven Faktoren nur verzögert fortzuschreiten. Gleichwohl dürfe die Prognose gut sein. Vorgesehen sei ab dem 8. Januar 2010 ein sukzessiver Wiedereinstieg ins Berufsleben, beginnend mit einem Pensum von 25 %. Das Arbeitspensum sollte innert drei bis vier Monaten auf 100 % gesteigert werden und der Kläger somit in absehbarer Zeit in der Lage sein, seine bisherige Arbeit als medizinischer Masseur wieder voll auszuüben.

3.2.4.

Im Austrittsbericht der Klinik F. vom 8. Februar 2010 (KB 14) wurde zum Procedere nach Austritt (Austritt am 24. Januar 2010) festgehalten, der Kläger mache einen schrittweisen Wiedereinstieg in seine Praxistätigkeit. Er habe in der zweiten Januarwoche 5 % und in der dritten Woche 10 % gearbeitet, mit dem Ziel einer kontinuierlichen Steigerung. 100 % werde er wahrscheinlich nicht mehr arbeiten wollen. Es sei ihm zunehmend gelungen, seine Bedürfnisse und Konflikte anzusprechen und seine sozialen Kontakte zu aktivieren. Nach Austritt müsse er sich vermehrt darum kümmern, seine Freizeit wieder mit Hobbys zu gestalten. Sodann werde die ambulante Psychotherapie wieder aufgenommen und auch Paargespräche mit der Ehepartnerin durchgeführt. Man habe den Kläger im Tageszentrum des externen psychiatrischen Dienstes (PDAG) angemeldet, damit er die Möglichkeit habe, in der Zeit, in welcher er noch nicht ganztags arbeite, eine von aussen gegebene Tagesstruktur in Anspruch zu nehmen.

3.2.5.

Am 17. Juni 2010 (KB 15, AB 6) berichtete Dr. med. G., der Zustand des Klägers habe sich seit Anfang Jahr langsam aber stetig gebessert. So habe die Arbeitsunfähigkeit bis auf 40 % gesenkt werden können. Es sei abzusehen, dass ab Juli keine Versicherungsleistungen mehr beansprucht werden müssten.

Entgegen seiner Ankündigung attestierte Dr. med. G. über Mitte Juli 2010 hinaus eine 40%ige Arbeitsunfähigkeit des Klägers. Begründend gab er dazu gegenüber der Beklagten an, der Zustand des Patienten habe sich

zwischenzeitlich wieder verschlechtert. Bei der Konsultation am 7. Juli 2010 habe er wiederum über starke Ängste, Panik und rasche Ermüdbarkeit geklagt. Ebenso am 20. Juli. Die Arbeitsfähigkeit sei dementsprechend eingeschränkt und betrage 60 % (45 % [recte: 40 %] arbeitsunfähig) seit dem 28. Juni 2010. Des Weiteren riet Dr. med. G. zu einer Zweitmeinung (Schreiben Dr. med. G. vom 27. Juli 2010, AB 18).

3.3.

3.3.1.

Gemäss den vorstehend aufgeführten Arztberichten bestehen beim Kläger psychische Probleme, welche verschiedene Komponenten aufweisen, die sich wiederum gegenseitig beeinflussen. Eine akute Phase trat Ende Juni/anfangs Juli 2009 ein, welche durch die stationäre Therapie in der Klinik E. aufgefangen werden konnte. Eine Stabilisierung der Situation trat dann durch das teilstationäre Therapieprogramm der Klinik F. ein, sodass anfangs des Jahres 2010 der Wiedereinstieg in die berufliche Tätigkeit angegangen werden konnte. Insoweit stimmen die medizinischen Unterlagen und das Gutachten C., auf welches die Beklagte ihre Leistungseinstellung abstützte, überein. Keine Übereinstimmung mehr ist aber im nachfolgenden Verlauf des beruflichen Wiedereinstiegs gegeben. Während Dr. med. C. von einer kontinuierlichen Steigerung der Arbeitstätigkeit über drei bis vier Monate und einem Beginn bei 25 % ausging, konnte bis Ende Januar 2010 erst ein Pensum von 10 % erreicht werden (KB 14). Bis Mitte März 2010 wurde die Arbeitsfähigkeit auf 15 %, bis Mitte April auf 25 % und bis Mitte Mai auf 50 % gesteigert (KB 15). Nach einer Phase mit einer Arbeitsunfähigkeit von nur 25 % trat sodann im Juli 2010 wieder eine Verschlechterung ein, und die Arbeitsunfähigkeit wurde von Dr. med. G. wieder auf 40 % erhöht, dies anhaltend bis 31. Dezember 2010. Danach konnte die Arbeitsunfähigkeit auf 20 % herabgesenkt und per 1. Februar 2011 ganz aufgehoben werden (KB 18, 21 Seite 4).

3.3.2.

Zu kritisieren ist das Gutachten von Dr. med. C. insoweit, als es auf einer rein theoretischen Prognose der Entwicklung der Arbeitsfähigkeit fusst. Der Gutachter blieb dabei selber vage, gab er doch an, eine Steigerung auf 100 % innert drei bis vier Monaten *sollte* möglich sein. Bereits bei Austritt aus der Klinik F. anfangs Januar 2010 – d.h. nur knapp einen Monat nach Erstattung des Gutachtens – zeigte sich, dass sich die im Gutachten prognostizierte Entwicklung der Arbeitsfähigkeit nicht würde umsetzen lassen. So wurde der Wiedereinstieg am 11. Januar 2010 mit einem Arbeitspensum von nur 5 % angegangen (gemäss Dr. med. C. zu Beginn 25%ige Arbeitsfähigkeit) und mit kleinen 5 %-Schritten gesteigert. Die zuständige Fachpsychologin der Klinik F., lic. phil. H., kritisierte denn auch die von Dr. med. C. attestierte Arbeitsfähigkeit und widersprach dessen Aussage, sie habe dieser Arbeitsfähigkeitsprognose zugestimmt

(Schreiben vom 5. Januar 2010, AB 12). Ein – gegenüber der Prognose von Dr. med. C. – pessimistisches Bild zeigt auch der Kurzbericht des externen psychiatrischen Dienstes (EPD), wo sich der Kläger zwecks Eintritt ins Tageszentrum _____ am 4. Februar 2010 vorstellte (KB 13). Dr. med. C. selber wertete die verminderte Arbeitsfähigkeit als überwiegend motivationsbedingt und typisch für das vorhandene Beschwerdebild. Mit Schreiben vom 2. März 2010 hielt er daher an seiner Einschätzung fest (AB 14). Eine Begründung für die fehlerhafte Prognose gab Dr. med. G. ab; rückblickend wertete er die abgestorbene eheliche Beziehung als wichtigster auslösender Faktor der im Sommer 2009 eingetretenen Depression. Dazu sei eine berufliche Überforderung gekommen, auf welche man sich bei der Behandlung fokussiert habe. Der weitere Verlauf habe gezeigt, dass sich das Problem der beruflichen Überforderung relativ einfach lösen lasse. Aus diesem Grund sei die Prognose für die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit anfänglich zu optimistisch gestellt worden (vgl. Schreiben Dr. med. G. vom 12. Februar 2011, KB 21).

3.3.3.

Nach dem Gesagten und in Gesamtwürdigung der medizinischen Unterlagen vermögen die Schlussfolgerungen im Gutachten C. nicht zu überzeugen. Die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit fusst auf dem theoretischen Verlauf der Beschwerden und wurde durch die echtzeitlichen Berichte und Feststellungen der behandelnden Ärzte bzw. Therapeuten überholt. Dass die von Dr. med. C. prognostizierte Steigerung der Arbeitstätigkeit nicht umgesetzt werden konnte, kann – wie sich aus den Ausführungen von Dr. med. G. vom 12. Februar 2011 ergibt – auch nicht allein mit fehlender Motivation oder mangelnder Bereitschaft und Einsatz des Klägers begründet werden.

3.4.

Die Begründung des Versicherungsanspruches obliegt dem Anspruchsberechtigten (Versicherungsnehmer oder Dritte). Beweisrechtlich folgt dies aus der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, wonach das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, wer aus ihr Rechte ableitet. Der besonderen Natur des Versicherungsvertrages Rechnung tragend, verlangen Lehre und Praxis in Versicherungsfällen, vorab wenn Beweisschwierigkeiten vorliegen, vom Anspruchsberechtigten nur einen abgeschwächten Beweis. Es genügt dann, wenn der geltend gemachte Sachverhalt nach der Lebenserfahrung einen hinreichend hohen Grad an Wahrscheinlichkeit erreicht (HONSELL/VOGT/SCHNYDER [Hrsg.], Basler-Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N. 21 zu Art. 39). Demgegenüber liegt die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Ent-

stehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (vgl. ROLAND SCHAER, Modernes Versicherungsrecht, 2007, S. 572).

Der Kläger legte die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse bzw. das Formular mit der fortlaufend attestierten Arbeitsunfähigkeit (KB 17, 18) der Beklagten jeweils vor und erfüllte damit seine Obliegenheit (vgl. Ziff. 7.2 der AVB 2007 und 2009), wie auch die aus Art. 8 ZGB fliessende Beweislast, die Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen. Erachtet die Versicherung dies als nicht genügend, hat sie weitere Unterlagen einzufordern und/oder selber Abklärungen zu tätigen (vgl. dazu vorgenannte Bestimmung der AVB). Dies insbesondere dann, wenn sie den Taggeldanspruch für die Zeit davor bejaht, zu einem bestimmten Zeitpunkt aber von der Einstellung der Leistungen ausgeht.

Unter Beachtung dieser Grundsätze und dem im Zeitpunkt der Leistungseinstellung vorhandenen Unterlagen durfte die Beklagte mithin nicht von einer Wiedererlangung der 100%igen Arbeitsfähigkeit des Klägers per 9. Mai 2010 ausgehen. Insbesondere dann nicht, wenn sich dieses Ziel – wie hier – allein aus theoretischen Aussagen und Prognosen des Gutachters ergibt. Zwar verlangte sie vom Kläger ergänzende Unterlagen (KB 16), welche dieser einreichte (Bericht von Dr. med. G. vom 27. Juli 2010, AB 18), die Beklagte aber als nicht genügend wertete (KB 17). Diesfalls hätte sie selber ergänzende Abklärungen tätigen oder – wie von Dr. med. G. empfohlen – eine ärztliche Zweitmeinung einholen müssen. Nicht angehen kann jedoch, dass sie von einer Neuprüfung des Leistungsanspruches per 10. Mai 2010 ausging und dabei – analog zur erstmaligen Begründung einer Leistung – dem Kläger die alleinige Beweislast auferlegte (vgl. Schreiben vom 26. April 2010, KB 16).

3.5.

Die Einstellung der Taggeldzahlungen der Beklagten per 9. Mai 2010 war demzufolge unzulässig. Die Leistungen sind daher nachträglich zu erbringen. Eingeklagt wurde die Leistungsberechtigung bis 31. Januar 2011 (vgl. Klagebegründung S. 19); die maximale Leistungsdauer (730 Tage abzüglich 30 Wartetage; vgl. Ziff. 3.2 AVB) wäre bis dahin nicht erreicht. Der Kläger legte seinen Anspruch anhand der Arbeitsunfähigkeitsatteste von Dr. med. G. (KB 17, 18) fest. Durch Einholen dieser Atteste kam er seiner Beweispflicht nach (vgl. E. 3.4. vorstehend). Zudem begründete Dr. med. G. seine Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit nachvollziehbar (KB 21). Eine Begutachtung des Klägers im jetzigen Zeitpunkt würde zu einer retrospektiven Festsetzung der Arbeitsunfähigkeit führen. Gerade bei psychischen Beeinträchtigungen ist die Arbeitsunfähigkeit rückblickend kaum beurteilbar. Es rechtfertigt sich daher, auf eine Begutachtung zu verzichten und auf die nachvollziehbare Einschätzung von Dr. med. G. abzustellen.

Dr. med. G. attestierte für die Zeit nach dem 9. Mai 2012 folgende Arbeitsunfähigkeit (KB 21):

10. - 16. Mai 2010	(7 Tage)	50 %
17. - 30. Mai 2010	(14 Tage)	100 %
31. Mai - 27. Juni 2010	(28 Tage)	25 %
28. Juni - 31. Dezember 2010	(187 Tage)	40 %
1. - 31. Januar 2011		20 %

Es ergibt sich aus diesen Attesten ein Taggeldanspruch von Fr. 24'825.00 (7 x Fr. 125.00 + 14 x Fr. 250.00 + 28 x Fr. 62.50 + 187 x Fr. 100.00).

Per 1. Februar 2011 ist sodann gemäss dem Verlaufsprotokoll (KB 21 S. 4) bzw. dem Attest (KB 18) von Dr. med. G. von der Wiedererlangung der vollständigen Arbeitsfähigkeit auszugehen. Da gemäss diesen Unterlagen ab 1. Januar 2011 nur noch eine 20%ige Arbeitsunfähigkeit vorlag, es für die Taggeldberechtigung aber einer mindestens 25%igen Einschränkung bedarf, ist das Taggeld bis 31. Dezember 2010 zu erbringen.

3.6.

In teilweiser Gutheissung der Klage ist die Beklagte demnach zu verpflichten, dem Kläger für die Zeit vom 10. Mai 2010 bis 31. Januar 2011 den Krankentaggeldbetrag von Fr. 24'825.00 nachzuzahlen.

4.

Der Kläger fordert des Weiteren einen Verzugszins auf die noch ausstehenden Taggeldleistungen.

Die AVB der Beklagten enthalten keine Bestimmung zur Fälligkeit der Leistung und zum Verzugszins. Gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG wird eine Versicherungsleistung nach Ablauf von vier Wochen nach dem Zeitpunkt, an welchem der Versicherung alle Angaben vorliegen, um sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen zu können, fällig. Da subsidiär zum VVG das Obligationenrecht (OR) anwendbar ist (Art. 100 Abs. 1 VVG) beträgt die Verzugszinshöhe gemäss Art. 104 Abs. 1 OR 5 % pro Jahr.

Die Beklagte erbrachte ab 24. Juli 2009 Krankentaggeldleistungen. Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers wurde ihr laufend attestiert. Sie verfügte somit über alle notwendigen Unterlagen, um den Anspruch des Klägers beurteilen zu können. Die Fälligkeit der nachgeforderten Taggelder (ab 10. Mai 2010) lag somit vor. Ein Verzugszins ist jedoch nicht ab Fälligkeit, sondern ab dem Verzug des Schuldners geschuldet, wofür es einer Mahnung bedarf (vgl. Art. 102 Abs. 1 OR). Der Mahnung gleichgestellt sind

eine Betreuung, eine Klage oder eine Ladung zum Vermittlungsverfahren. Eine Mahnung ergibt sich ausweislich der Akten nicht. Für den Beginn des Zinsenlaufs ist somit auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, mithin den 19. April 2011 (Eingang Klage beim Versicherungsgericht) abzustellen.

5.

Der Kläger beantragte die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung. Da die Klage beinahe vollständig gutgeheissen und für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit, wie beantragt, auf die Atteste von Dr. med. G. abgestellt wird, ist von der Durchführung einer Verhandlung abzusehen.

6.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO). Ausgangsgemäss hat die Beklagte dem Kläger eine Parteientschädigung auszurichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Von der eingeklagten Forderung von Fr. 27'925.00 wird dem Kläger die Summe von Fr. 24'825.00 zugesprochen. Er hat damit praktisch gänzlich obsiegt, weshalb ihm die Parteientschädigung zur Gänze zuzusprechen ist.

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Krankentaggeldleistungen in der Höhe von Fr. 24'825.00 zuzüglich eines Verzugszinses von 5 % ab dem 19. April 2011 auszurichten.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung in gerichtlich festgesetzter Höhe von Fr. 3'500.00 zu entrichten.

Zustellung an:
den Kläger (Vertreterin; 2-fach)
die Beklagte

1. Beschwerde in Zivilsachen

Dieser Entscheid kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG] vom 17. Juni 2005), wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonalem Recht **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **Beschwerde in Zivilsachen** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 72 ff. BGG).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 16. Oktober 2012

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Plüss

Nussbaumer