

KANTON LUZERN
Bezirksgericht Kriens

1A2 11 22

UZ55

Abteilung 1

Präsident Vögli, Bezirksrichter Wüest-Grütter und Bezirksrichterin Häfliger-Jans,
Gerichtsschreiber Achermann

Urteil vom 24. Mai 2013

A.

vertreten durch Rechtsanwältin Daniela Mathys,

Kläger

gegen

X. Versicherungen

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Beat Frischkopf,

Beklagte

betreffend Forderung nach VVG

Sachverhalt

1. Das Einzelunternehmen B., dessen Inhaber der Kläger ist, schloss bei der Beklagten als Ersatz einer bisherigen Police mit Wirkung per 1.1.2006 eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG ab. Diese sieht eine Versicherungsdeckung für das gesamte Personal im Krankheitsfall vor. Der Kläger ist bei Krankheit und Unfall für eine fixe Lohnsumme von Fr. 120'000.00 versichert, bei einer Wartefrist von 60 Tagen und einer Leistungsdauer von 730 Tagen. Wartefrist und Leistungsdauergelten gemäss Wortlaut der Police „pro Fall“.

Im Mai 2005 war der Kläger wegen beruflicher Überlastung an einer Depression erkrankt. Die Beklagte erbrachte in diesem Zusammenhang für die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit die vertraglichen Leistungen. Im Juni 2009 wurde der Kläger wegen eines Zungenkarzinoms und im Mai 2010 am Darm operiert. In der Folge trat eine mittelschwere bis schwere Depression mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit auf. Sowohl der behandelnde Arzt Dr. C. als auch der behandelnde Psychiater Dr. D. bestätigten, dass dieser ab Mitte Juni 2010 vorliegende depressive Zustand eine direkte Folge der Zungenkrebserkrankung und der postoperativen Komplikationen sei. Für die ab Mitte Juni 2010 bestehende Arbeitsunfähigkeit bestritt die Beklagte ihre Leistungspflicht, da die Arbeitsunfähigkeit auf die Krankheit von 2005 zurückzuführen sei.

2. Mit Klage vom 7.12.2011 beantragte der Kläger, die Beklagte habe ihm im Sinne einer Teilklage für die vom 13.8.2010 bis 30.4.2011 aufgelaufenen Krankentaggelder Fr. 62'235.00 nebst 5 % Zins seit wann rechtens zu bezahlen; es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich der Kläger die Geltendmachung weiterer Forderungen gegen die Beklagte aus der Kollektiv-Krankenversicherungspolice Lohnausfall Nr. _____ ausdrücklich vorbehalte; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Zur Begründung führte der Kläger im Wesentlichen aus, gemäss Police und Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) sei die Leistungspflicht der Beklagten pro Fall bzw. pro Krankheit gegeben. Mit Krankheit sei eine konkrete Erkrankung und nicht generell ein Krankheits-typ gemeint. Dies ergebe sich aus der Auslegung der AVB, allenfalls aus der Unklarheitsregel.

3. Mit Klageantwort vom 10.2.2012 beantragte die Beklagte Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers. Zur Begründung führte sie im Wesentlichen aus, Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sei lediglich ein Betrag von Fr. 60'230.00 gewesen. Für die Differenz zum eingeklagten Betrag bestehe keine Klagebewilligung.

Beim Kläger hätten sich nicht erst 2010, sondern bereits 2009 erneut psychische Beschwerden eingestellt. Die von diesem geltend gemachte attestierte Arbeitsunfähigkeit habe sich wieder auf die Krankheit vom 29.4.2005 bezogen, wofür die Leistungerschöpfung bereits am 26.9.2007 eingetreten sei. Aus den Berichten von Dr. C. und Dr. D. könne der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten, da deren Bestätigungen nur gestützt auf dessen Angaben und nicht auf medizinisch fachärztliche Erkenntnisse vorgenommen worden seien. Zudem handle es sich bei beiden Ärzten nicht um Fachärzte FMH für Psychiatrie.

Der Kläger habe bereits im Jahr 2005 schwerste psychische Beeinträchtigungen gehabt, da er über zwei Jahre psychiatrische Behandlungen benötigt habe und arbeitsunfähig gewesen sei. Es sei mit jederzeitigen Rezidiven zu rechnen gewesen, zumal sich nach ersten Beeinträchtigungen im Februar 2005 und einer Beruhigungsphase bereits im Mai 2005 ein Rezidiv gezeigt habe.

Aus der Auslegung der AVB ergebe sich nichts anderes, als dass dieselben Leiden, unabhängig von der Ursache, stets nur einmal zu einem Leistungsbezug während maximal 730 Tagen berechtigen würden. Es sei nicht massgebend, wenn der Kläger im Jahr 2005 wegen einer Überlastungssymptomatik das psychische Leiden gehabt habe, heute dagegen wegen des Zungenkarzinoms. Wenn noch kein Genussablauf eingetreten wäre, müsste der Kläger den Nachweis erbringen, dass seine Geschäftsergebnisse seit 2009 im Rahmen der attestierten Arbeitsunfähigkeiten wirklich schlechter seien als die vorangegangenen Jahre und dies nicht bloss wirtschaftlich bedingt sei. Die „Unklarheitsregel“ bestehe hier nicht. In den Versicherungsbedingungen sei nirgends nach der Ursache eines Leidens gefragt, sondern stets nur vom Leiden selber die Rede.

4. Mit Replik vom 12.4.2012 hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren und den Ausführungen der Klage fest. Ergänzend brachte er vor, angesichts der Geringfügigkeit der Dif-

ferenz des Klagebetrages zur Klagebewilligung liege eine zulässige Klageerweiterung und keine Klageänderung vor.

Die Beklagte habe mit der Firma B. für ihn eine Summenversicherung für das Taggeld abgeschlossen. Dabei seien die Versicherungsleistungen unabhängig davon geschuldet, ob das versicherte Ereignis einen Schaden im Rechtssinn bewirkt habe. Versichert sei eine fixe Lohnsumme, was der Praxis bei selbständig Erwerbenden entspreche. Massgebend sei, dass er nach der im Jahr 2005 aufgetretenen depressiven Phase mit teilweiser Arbeitsunfähigkeit wieder voll arbeits- und leistungsfähig gewesen sei.

5. Mit Duplik vom 30.4.2012 hielt die Beklagte an ihren Anträgen und Ausführungen in der Klageantwort fest. Sie erwiderte, Dr. D. habe in seinem Bericht vom 15.9.2010 mit aller Deutlichkeit festgehalten, dass im Jahr 2010 lediglich von einem erneuten Krankheitsausbruch zu sprechen sei. Für die Grundkrankheit Depression bestehe kein Leistungsanspruch mehr.

Es handle sich um eine "Lohnausfall"-Versicherung, wie bereits aus der Policen-Überschrift hervorgehe, die den Lohnausfall infolge Arbeitsunfähigkeit decke, und nicht um eine Summenversicherung. Für einen behaupteten Erwerbsausfall sei der Kläger beweispflichtig. Gemäss AVB schulde sie nur die Differenz zwischen den Leistungen von Sozialversicherern und dem versicherten Taggeld.

6. An der Instruktionsverhandlung vom 5.12.2012 wurde dem Kläger die Gelegenheit geboten, eine allfällige Begründung nachzureichen, weshalb im vorliegenden Verfahren entgegen dem vom Gericht erhobenen Gerichtskostenvorschuss Art. 114 lit. e ZPO anwendbar sei. Im Übrigen verzichteten beide Parteien auf eine Hauptverhandlung (VP S. 1- 3).

7. Am 10. und 11.1.2013 reichten der Kläger einen Parteivortrag und die Beklagte eine Stellungnahme zur Sache und zum Beweisergebnis ein (amtl. Bel. 11 und 12).

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien wird - soweit erforderlich - in den Erwägungen näher einzugehen sein.

Erwägungen

1. Zuständigkeit: Gemäss Ziffer 23 der AVB der Beklagten anerkennt die Beklagte für Streitigkeiten aus der Kollektiv-Krankenversicherungspolice Lohnausfall vom 14.10.2005 den Gerichtsstand des schweizerischen Wohnsitzes des Versicherungsnehmers, des Versicherten oder des Anspruchsberechtigten (kläg. Bel. 2 und 4). Die Gültigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung bestimmt sich nach dem Recht, das zur Zeit ihres Abschlusses gegolten hat (Art. 406 ZPO). Gemäss Art. 9 des damals noch gültigen Gerichtsstandsgesetzes kann die Klage nur am (schriftlich) vereinbarten Gerichtsstand angehoben werden. Das bezeichnete Gericht kann seine Zuständigkeit ablehnen, wenn die Streitigkeit keinen genügenden örtlichen oder sachlichen Bezug zum vereinbarten Gerichtsstand aufweist. Der Kläger hat seinen Wohnsitz in _____. Das Bezirksgericht Kriens ist deshalb örtlich zuständig. Der Streitwert beträgt mehr als Fr. 30'000.00. Sachlich zuständig ist die Abteilung (§ 34 Abs. 2 lit. b OGB; vgl. unten Erw. 2).

2. Verfahren / anwendbares Recht: Streitig sind Leistungen aus einer Kollektivkrankentaggeldversicherung. Das Bundesgericht subsumiert kollektive Krankentaggeldversicherungen wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (Urteil des Bundesgerichts 4A_47/2012 vom 12.3.2012 E. 2). Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG dem VVG. Mithin gelten für das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis - soweit zulässig - die konkreten Vertragsbestimmungen und die Regelungen des VVG. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung schreibt Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert ein vereinfachtes Verfahren vor, wobei die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

3. Eintreten: Eingeklagt sind im Sinne einer Teilklage Fr. 62'235.00 (Klage S. 2). Die Beklagte macht geltend, Gegenstand des Schlichtungsverfahrens sei lediglich ein Betrag von Fr. 60'230.00 gewesen (Klageantwort S. 2 Ziff. ad 3). Der Kläger erwidert, es liege eine zulässige, geringfügige Klageerweiterung und keine Klageänderung vor. Der Streitgegenstand werde nicht in relevanter Weise geändert (Replik S. 2 Ziff. 11.3).

Eine Klageänderung ist zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und unter anderem mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO). Diese beiden Voraussetzungen sind hier gegeben. Es liegt somit keine unzulässige Klageänderung vor, weshalb auf den ganzen eingeklagten Betrag einzutreten ist.

4. Teilklage: Der Kläger macht geltend, bei der eingeklagten Forderung handle es sich um einen Teilanspruch. Er behalte sich die Geltendmachung weiterer Schadenspositionen ausdrücklich vor (Klage S. 3 Ziff. 4). Die Beklagte entgegnet, da bereits die vorliegende Klage abzuweisen sei, werde sich auch kein weitergehender Teilanspruch ergeben (Klageantwort S. 3 ad 4).

Ist ein Anspruch teilbar, so kann auch nur ein Teil eingeklagt werden (Art. 86 ZPO). Ein Anspruch aus einer Taggeldversicherung ist teilbar. Der Kläger kann also grundsätzlich eine weitere Teilklage erheben. Davon ist aber im Urteil nicht Vormerk zu nehmen (vgl. Oberhammer, Basler Kommentar ZPO, 2010, Art. 86 N 5 f.).

5. Beweiserhebungen: Die aufgelegten Urkunden wurden zu den Akten genommen (vgl. amtl. Bel. 7). Die Abnahme der vom Kläger in Klage und Replik gestellten Beweisanträge auf Zeugeneinvernahmen, Parteibefragung und Anordnung einer psychiatrischen Expertise wäre nicht geeignet gewesen, den Ausgang des Prozesses zu beeinflussen, weshalb darauf verzichtet werden konnte. Die von der Beklagten beantragten Editionen waren nicht durchzuführen, wie den folgenden Erwägungen zu entnehmen ist.

6. Leistungspflicht der Beklagten: Der Kläger ist gemäss Police Nr. _____ bei Krankheit und Unfall für eine fixe Lohnsumme von Fr. 120'000.00 versichert, bei einer Wartefrist von 60 Tagen und einer Leistungsdauer von 730 Tagen. Wartefrist und Leistungsdauer gelten „pro Fall“ (kläg. Bel. 4 S. 4). Gemäss Ziffer 12.1 AVB ist das versicherte Taggeld unter Vorbehalt von hier nicht interessierenden Ausnahmen höchstens während dieser 730 Tage „pro Krankheit“ zu bezahlen. Gemäss Ziffer 12.2 AVB erlischt der Leistungsanspruch für „diese Krankheit“ nach Ablauf der 730 Tage. Für jede andere Krankheit, ungeachtet ob sie zu diesem Zeitpunkt bereits vorhanden ist oder nicht, bleibt die Deckung gewahrt (kläg. Bel. 4 S. 15 f.).

7. Versicherungsfall: Streitig ist zwischen den Parteien, ob es sich bei der nach der Operation des Zungenkarzinoms vom 23.6.2009 (vgl. kläg. Bel. 7) aufgetretenen Depression um eine andere Krankheit als die im Mai 2005 wegen Arbeitsüberlastung aufgetretene Depression handelt.

Gemäss der Definition von Ziffer 2.2. AVB ist unter Krankheit jede medizinisch feststellbare Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht auf einen Unfall oder eine dem Unfall gleichgestellte Verletzung im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG oder eine von der Unfallversicherung gemäss UVG gedeckte Berufskrankheit zurückzuführen ist, und die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (kläg. Bel. 4 S. 11).

Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass dieselben Leiden, unabhängig von der Ursache, stets nur einmal zu einem Leistungsbezug während maximal 730 Tagen führen würden, dass mit "Fall" und "Krankheit" im Sinne der Police und der AVB also ein bestimmter Krankheitstyp gemeint sei. Es gebe keinen Krankentaggeldversicherer, der eine andere Auslegung vornehme (Klageantwort S. 8 Ziff. 1.1.3). Der Kläger hingegen geht davon aus, dass mit "Krankheit" eine konkrete Erkrankung und nicht generell ein bestimmter Krankheitstyp gemeint sei (Klage S. 8 Ziff. 1). Da sich die Parteien über die Bedeutung der Formulierung "pro Krankheit" nicht einig sind, ist deren Inhalt durch Auslegung zu ermitteln.

7.1 Bei der Auslegung einer Bestimmung der Police bzw. der AVB ist vom Wortlaut auszugehen. Die Wortinterpretation steht an erster Stelle. Auch wenn seit der Aufgabe der Eindeutigkeitsregel (BGE 127 III 444 E. 1b) nicht mehr ausschliesslich auf den "klaren" Wortlaut abzustellen ist, so kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Interpretationsmitteln der Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungselemente nicht sicher einen andern Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache verwendet haben. Abzustellen ist demnach auf den gebräuchlichen Wortsinne, wie er sich auch aus üblichen Wörterbüchern und Lexika ergeben kann (Urteil des Bundesgerichts 5C.179/2006 vom 16.11.2006 E. 2.4.2 mit Verweisen). Der Begriff "Krankheit" wurde in Ziffer 2.2 AVB klar geregelt. Eine Einengung auf einen bestimmten Krank-

heitstyp wurde darin nicht vorgenommen. Nicht von Belang ist, wie andere Krankentaggeldversicherer den Begriff "Krankheit" allenfalls (einseitig) auslegen.

7.2 Neben dem grammatikalischen ist ergänzend auch das systematische Auslegungselement zu berücksichtigen. Bei der systematischen Auslegung wird der Sinngehalt eines Ausdruckes anhand des Kontextes, in dem er steht, ermittelt (Urteil des Bundesgerichts 5C.179/2006 vom 16.11.2006 E. 2.4.3). Die Frage, unter welchen Voraussetzungen beim erneuten Auftreten einer Krankheit am früheren Krankheitsgeschehen angeknüpft werden darf, bildet Thema der Rückfallsproblematik. Bei der Berechnung der Leistungsdauer und der Wartefrist gilt gemäss Ziffer 2.6 AVB als Rückfall das Wiederauftreten einer Krankheit innert 12 Monaten unmittelbar nach dem letzten Tag der durch dieselbe Krankheit hervorgerufenen Arbeitsunfähigkeit, sofern eine erneute ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit besteht (kläg. Bel. 5). Daraus ist e contrario zu folgern, dass, wenn eine Krankheit nach mehr als 12 Monaten wieder auftritt, diese nicht mehr als Rückfall zu betrachten ist und es sich somit um eine neue Krankheit handelt, die wiederum eine Leistungspflicht der Beklagten auslöst. Tritt eine bereits einmal bestandene Krankheit wieder auf, so ist sie also dann als neues versichertes Ereignis zu betrachten, wenn sie nach 12 Monaten ununterbrochener Arbeitsfähigkeit erneut ausbricht. Selbst bei identischer Kausalität bei der ersten und der zweiten Krankheit kann demnach bei einer (neuen) Arbeitsunfähigkeit nach einer ununterbrochenen Arbeitsfähigkeit von mehr als 12 Monaten die Leistung nicht wegen der zuvor bereits abgelaufenen Bezugsfrist von maximal 730 Tage verweigert werden. Eine neue Bezugsdauer ist vielmehr vertraglich vorgesehen.

Diese Begriffsdefinition des Rückfalls widerspricht der beklagtischen Darstellung einer fallkausalen maximalen Bezugsdauer pro Krankheitstyp. Mit der Definition in Ziffer 2.6 AVB wurde der Begriff "Rückfall" eben gerade von der Frage der Kausalität abgekoppelt, falls zwischen Fall und Rückfall mindestens 12 Monate uneingeschränkter Arbeitsfähigkeit liegen. Auch unter diesem Aspekt ergibt die Auslegung des Begriffes Krankheit also nicht, dass mit Krankheit ein bestimmter Krankheitstyp gemeint ist, sodass ein bestimmter Krankheitstyp (hier also eine Depression) nur einmal zu einem Leistungsbezug führen könnte.

7.3 An dieser vertraglichen Regelung vermag auch die Berufung der Beklagten auf BGE 127 III 5 nichts zu ändern, wonach im Zusammenhang mit Art. 9 VVG (Rückwärtsversicherungsverbot) das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallge-

fährdeten Krankheit juristisch nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen ist, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG (Klageantwort S. 9 Ziff. 1.1.5). Wegen der unbestritten im Mai 2005 aufgetretenen Depression war der Kläger gemäss eigenen Vorbringen von Juli 2005 bis September 2007 krankgeschrieben (Klage S. 6 Ziff. 1.10; kläg. Bel. 13 und 14). Die Beklagte erwidert, ob der Kläger genau auf den Tag des Genussablaufs wieder zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei oder diese Arbeitsunfähigkeit effektiv weiter angedauert habe, entziehe sich ihrer Kenntnis. Genau mit dem Genussablauf (zwei Jahre) soll der Kläger wieder arbeitsfähig gewesen sein. Wie durch ein Wunder sei der Beklagte im Jahr 2007 nach Ablauf der maximalen Leistungsdauer (26.9.2007) wieder vollumfänglich arbeitsfähig gewesen. Der letzte Eintrag auf der Kontrollkarte sei am 29.9.2007 erfolgt, somit seltsamerweise praktisch genau mit dem Genussablauf übereinstimmend (Klageantwort S. 5 f. ad 1.10, S. 7 ad 1, S. 8 f. Ziff. 1.1.2 f.; Duplik S. 8).

Es wird damit nicht eigentlich bestritten, dass der Kläger nach dem Genussablauf nicht mehr arbeitsunfähig gewesen sei. Beweisthema der in der beklagtschen Eingabe vom 20.11.2012 neu beantragten Edition war denn auch, der Kläger sei genau bis zum Genussablauf arbeitsunfähig geschrieben worden (amtl. Bel. 9). Dies blieb unbestritten, weshalb sich die Anordnung dieser Expertise ohnehin erübrigte. Gemäss Bescheinigung des Psychiaters Dr. E. vom 26.4.2011 war der Kläger bei ihm bis 7.5.2007 in Behandlung und die Therapie verlief erfolgreich (kläg. Bel. 14). Gegen Dr. E. und dessen Bestätigung hatte die Beklagte im Gegensatz zu den Ausführungen der Drs. D. und C. (vgl. Klageantwort S. 5 ad 1.8. f.) keine Einwände. Mithin ist davon auszugehen, dass der Kläger ab September 2007 wieder vollumfänglich arbeitsfähig war.

Unbestritten wurde im Juni 2009 beim Kläger ein Zungenkarzinom diagnostiziert, weswegen er am 23.6.2009 operiert wurde (Klage S. 4 Ziff. 1.4; Klageantwort S. 4 ad 1.4; kläg. Bel. 8 und 9). In der Folge trat beim Kläger unbestritten eine mittelschwere bis schwere Depression auf (Klage S. 5 Ziff. 1.6; Klageantwort S. 4 ad 1.6). Vom erfolgreichen Abschluss der Behandlung des Klägers im September 2007 (der letzte Eintrag auf der Kontrollkarte für Arbeitsunfähigkeit war nach dem unbestrittenen Vorbringen der Beklagten am 29.9.2007) bis zur Diagnose des Zungenkarzinoms im Mai 2009 sind rund 19 Monate vergangen. Die anschliessende Depression trat somit frühestens 19 Monate nach dem Ende der ersten Depression, für die der Kläger von der Beklagten das volle Taggeld erhalten hatte, auf. Es

handelt sich nach dem Gesagten daher um eine neue Krankheit, wofür die Beklagte bei einer Arbeitsunfähigkeit nach einer 60-tägigen Wartefrist wiederum für bis zu 730 Tage leistungspflichtig ist.

8. Arbeitsunfähigkeit: Der Kläger macht geltend, es sei ihm vom behandelnden Arzt vom 14.6.2010 bis 17.10.2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % und ab dem 18.10.2010 eine solche von 70 % attestiert worden (Klage S. 6 Ziff. 1.7). Gemäss Kontrollkarte der Arbeitsunfähigkeit der Beklagten war der Kläger vom 14.6.2010 bis 17.10.2010 zu 80 % und ab 18.10.2010 jedenfalls bis 29.4.2011, dem letzten eingetragenen Arztbesuch, zu 70 % arbeitsunfähig (kläg. Bel. 11). Die Beklagte anerkennt, dass die geltend gemachten Angaben zu Arbeitsunfähigkeit und Dauer auf der Kontrollkarte vorhanden sind. Dies bedeute aber noch nicht, dass eine Leistungspflicht ihrerseits bestehe. Wenn der Kläger gesundheitlich wieder derart schwer angeschlagen sein solle, gehe man davon aus, dass er längst die IV-Anmeldung vorgenommen habe. Im Übrigen werde bestritten, dass das Ausmass der Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit derart hoch sein solle. Heute, bald 1,5 Jahre nach diesem Rezidiv der psychischen Erkrankung, dürfte die IV-Stelle wohl längst festgestellt haben, ob der Kläger in rentenbegründendem Ausmass arbeits- bzw. erwerbsunfähig sei oder nicht. Auch sei davon auszugehen, dass er seine Firma zwischenzeitlich habe aufgeben müssen, wenn er stets nur noch 20 % bis 30 % berufstätig sein könne (Klageantwort S. 4 ad 1.7, S. 6 f. ad 1.13).

Die Eintragungen in der Kontrollkarte stammen vom behandelnden Arzt Dr. D. Die Beklagte macht generell geltend, Dr. D. verfüge nicht über den Titel Facharzt FMH für Psychiatrie (Klageantwort S. 5 ad 1.9). Dieser Umstand allein ist nicht geeignet, die Beweiskraft seiner Feststellungen zur Arbeitsunfähigkeit auf der Kontrollkarte in Zweifel zu ziehen, weshalb darauf abzustellen ist. Im Übrigen wäre die Beklagte gemäss AVB befugt gewesen, die Rechtmässigkeit der Arbeitsunfähigkeit zu überprüfen oder überprüfen zu lassen. So wäre sie insbesondere berechtigt gewesen, den Kläger durch einen Arzt ihrer Wahl untersuchen zu lassen (kläg. Bel. 2 Ziff. 20.6 f.). Dies hat sie nicht getan, jedenfalls ist dies nicht vorgetragen. Sie ging daher offensichtlich selber von der Richtigkeit dieser Eintragungen aus. Die von ihr beantragten Editionen der IV-Akten, von Geschäftsabschlüssen sowie Steuererklärungen und -veranlagungen (Klageantwort S. 7) waren deshalb nicht anzuordnen. Es ist ohne weiteres von den Eintragungen in der Kontrollkarte auszugehen.

9. Höhe der geschuldeten Leistung der Beklagten: Der Kläger verlangt ab 13.8.2010 bis 30.4.2011 Versicherungsleistungen. Nach Ablauf der Wartezeit von 60 Tagen am 12.8.2010 sei der Anspruchsbeginn der 13.8.2010. Ausgehend vom Tagesansatz von Fr. 328.77 bei voller Arbeitsunfähigkeit bei der versicherten Lohnsumme von Fr. 120'000.00 pro Jahr ergebe sich unter Berücksichtigung der genannten Arbeitsunfähigkeiten von 80 % und 70 % ein Krankentaggeldanspruch von Fr. 62'235.30 (Klage S. 7 f. Ziff. 1.13). Masslich ist diese Berechnungsweise nicht bestritten.

Der Kläger geht von einer Summenversicherung aus, wie dies bei selbständig Erwerbenden aus Praktikabilitätsgründen üblich sei. Dabei seien die Versicherungsleistungen im Gegensatz zu einer Schadensversicherung unabhängig davon geschuldet, ob das versicherte Ereignis einen Schaden im Rechtssinn bewirkt habe und wie hoch dieser allenfalls sei (Replik S. 4 ad 1.13). Die Beklagte geht indes von einer Lohnausfallversicherung aus, wie bereits aus der Policen-Überschrift hervorgehe. Auch in den AVB sei im Zweck der Versicherung explizit betont, dass die Beklagte den Lohnausfall infolge Arbeitsunfähigkeit decke. Es sei anzunehmen, dass die Geschäftsabschlüsse des Klägers und insbesondere seine Löhne gar nie geschmälert gewesen seien oder zumindest nicht im behaupteten Umfang (Duplik S. 4 ff.ad1.13).

9.1 In der Personenversicherung, worum es hier geht, setzt die Leistungspflicht des Versicherers nicht das Vorhandensein eines wirtschaftlichen Schadens voraus, sondern knüpft an Ereignisse oder Zustände an, welche eine Person als solche betreffen, wie Krankheit. Weil die Leistung des Versicherers auf eine im Voraus bestimmte oder bestimmbar Summe gerichtet ist, wird diese Versicherungsart auch als Summenversicherung bezeichnet (Soll, Basler Kommentar VVG, 2000, Art. 48 N 15). Versichert sind vorliegend gemäss Police 100 % des Lohnes von Fr. 120'000.00 (kläg. Bel. 4 S. 4). Es trifft zu, dass es sich hier gemäss Wortlaut der Police um eine Lohnausfallversicherung handelt (kläg. Bel. 4 S. 1) und die Beklagte gemäss Ziffer 1 AVB den Lohnausfall infolge Arbeitsunfähigkeit zu decken hat (kläg. Bel. 5).

Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung begründet eine Bestimmung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen, wonach eine Erwerbsunfähigkeit vorliegt, wenn der Versicherte infolge einer von einem Arzt festgestellten Krankheit oder eines Unfalles teilweise oder vollständig ausser Stande ist, seinen Beruf oder eine andere Erwerbstätigkeit auszu-

üben, die seiner Position, seinen Kenntnissen und seinen Fähigkeiten entspricht, klarerweise eine Summenversicherung. Alleine die Verwendung des Begriffes Erwerbsunfähigkeit genügt nicht, um die Versicherung als Schadensversicherung zu qualifizieren, auch wenn in der Alltagssprache der Ausdruck Erwerbsunfähigkeit bedeutet, dass jemand nicht in der Lage ist, durch seine Arbeit ein Einkommen zu erzielen (Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2010 vom 22.2.2011 E. 5.2.4; kläg. Bel. 19 und 20). Die im Bundesgerichtsurteil genannte Regelung stimmt mit derjenigen in der Police im vorliegenden Fall überein, ausser dass hier von Arbeitsunfähigkeit statt Erwerbsunfähigkeit die Rede ist, was aber auf das Gleiche herauskommt (vgl. kläg. Bel. 5 Ziff. 2.1). Im Übrigen geht die Beklagte in Ziffer 8.7 ihrer AVB ausdrücklich selber von einer Summenversicherung aus (kläg. Bel. 4 S. 14).

Zusammenfassend liegt demnach eine Summenversicherung vor. Daraus, dass die Police im Titel den Begriff "Lohnausfall" enthält (kläg. Bel. 4 S. 1), kann die Beklagte nach dem Gesagten nichts zu ihren Gunsten ableiten. Mithin sind die Taggelder (100 % des Lohnes von Fr. 120'000.00, gemäss Ziffer 8.1 AVB abgestuft nach der Arbeitsunfähigkeit; vgl. kläg. Bel. 4 S. 14) gemäss Police geschuldet. Die in diesem Zusammenhang von der Beklagten beantragten Editionen (Klageantwort S. 11; Duplik S. 6 f.; 11) waren daher nicht anzuordnen.

9.2 Die Beklagte wendet ein, der Kläger werde den Nachweis dafür erbringen müssen, dass seine AHV-Lohnsumme effektiv vor dem erneuten Vertragsbeginn 1.1.2009 wirklich Fr. 120'000.00 mindestens betragen habe und er ihr nicht irgendeine Phantasiezahl gemeldet habe (Klageantwort S. 12 Ziff. 2.2.). Am 1.1.2009 wurde allerdings kein neuer Vertrag abgeschlossen, sondern derjenige mit Vertragsbeginn vom 1.1.2006 gemäss Ziffer 16.3 AVB stillschweigend erneuert (kläg. Bel. 4 S. 1 und 20). Die Kündigung durch die Beklagte vom 16.9.2011 betraf denn auch den ursprünglichen Versicherungsvertrag mit der Police Nr. _____ bzw. _____ (kläg. Bel. 22). Die Parteien haben darin übereinstimmend als Grundlage der Taggeldzahlungen eine Lohnsumme von Fr. 120'000.00 vertraglich bestimmt. Daran hat sich die Beklagte zu halten, und sie kann nicht vom Kläger den Nachweis einer effektiven Lohnsumme in dieser Höhe verlangen. Sollte sie der Meinung sein, es handle sich wirklich um eine Phantasiezahl, wäre es ihr offen gestanden, den Vertrag allenfalls wegen Willensmängeln anzufechten, was sie aber offenbar nicht getan hat.

9.3 Die Beklagte bringt weiter vor, gemäss Ziff. 8.5 AVB schulde sie nur die Differenz zwischen den Leistungen von Sozialversicherern und dem versicherten Taggeld. Melde sich eine versicherte Person nicht bei der IV, so führe dies zu entsprechenden Kürzungen der Leistungen der Beklagten. Der Kläger müsste den Nachweis dafür erbringen, wie hoch seine Invalidenrente für den fraglichen Zeitraum sei und dass der Arbeitsunfähigkeitsgrad dem Erwerbsunfähigkeitsgrad gleichzusetzen sei (Duplik S. 5 f.).

Es trifft zwar zu, dass die Beklagte gemäss Ziffer 8.5 AVB nur die Differenz zwischen Leistungen von Sozialversicherungseinrichtungen und dem versicherten Taggeld schuldet. Diese Bestimmung ist gemäss Ziffer 8.7 AVB aber nicht anwendbar, wenn das Taggeld aufgrund eines vereinbarten Lohnes (Summenversicherung) festgesetzt ist (kläg. Bel. 4 S. 14). Dies ist hier, wie vorne dargelegt, der Fall. Abgesehen von Ziffer 8.7 AVB hätte die Beklagte gemäss der vorliegend ebenfalls nicht anwendbaren Ziffer 8.6 AVB im Übrigen die Fortsetzung ihrer Leistungen von der Anmeldung des Falles bei einer Sozialversicherungseinrichtung abhängig machen können. Dies tat sie offenbar aber nicht, jedenfalls hat sie dies nicht vorgetragen.

9.4 Zusammenfassend gehen demnach die Einwendungen der Beklagten fehl. Die eingeklagte Forderung von Fr. 62'235.00 ist ausgewiesen und mithin zuzusprechen.

10. Zins: Der Kläger verlangt 5 % Zins ab 21.12.2010, dem mittleren Verfall (13.8.2010 - 30.4.2011). Er beruft sich dabei auf Art. 41 Abs. 1 VVG und Ziffer 8.1 AVB. Letztere Bestimmung sehe mit Ablauf der Wartefrist einen Verfalltag vor, mit dessen Ablauf der Verzug ohne Mahnung eintrete. Entsprechend seien die Taggeldleistungen ab 13.8.2010 fällig (Klage S. 10 f.). Die Beklagte erwidert, mangels Leistungspflicht sei auch kein Zins geschuldet (Klageantwort S. 12 f. ad 2).

Die Forderung aus dem Versicherungsvertrage wird mit dem Ablaufe von vier Wochen, von dem Zeitpunkte an gerechnet, fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann (Art. 41 Abs. 1 VVG). Gemäss Ziffer 8.1 AVB werden die Leistungen nach Ablauf der Wartefrist ausbezahlt (kläg. Bel. 4 S. 14). Damit liegt die Vereinbarung eines Verfalltages vor, mit dessen Ablauf der Verzug auch ohne Mahnung eintritt (Nef, Basler Kommentar VVG, 2000, Art. 41 N 21). Der 21.12.2010 als mittlerer Verfall der Taggelder für den Zeitraum vom 13.8.2010 bis 30.4.2011

wurde von der Beklagten nicht substantiiert bestritten. Mithin sind 5 % Zins von Fr. 62'235.00 seit 21.12.2010 geschuldet.

11. Prozesskosten: Bei diesem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 114 lit. e ZPO dürfen den Parteien bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung indes grundsätzlich keine Gerichtskosten auferlegt werden.

Die klägerische Rechtsvertreterin reichte eine Honorarnote über Fr. 11'784.10 ein, beinhaltend ein Honorar von Fr. 10'234.00, Auslagen von Fr. 677.20 (Fr. 177.00 Fotokopien, Fr. 35.00 Porti, Fr. 460.00 Reisespesen und Fr. 5.20 Telefon) sowie 8 % MWST von Fr. 872.90 (amtl. Bel. 15). Im Verfahren vor erster Instanz beträgt die ordentliche Anwaltsgebühr im vereinfachten Verfahren (vgl. vorne Erw. 2) 75 % bis 150 % der Gebühr nach den §§ 4 - 8 und 12 - 13 KoV, bei einem Streitwert von Fr. 62'235.00 somit Fr. 1'500.00 bis Fr. 7'500.00 (§ 6 Abs. 2 lit. c i.V.m. § 31 Abs. 1 KoV). Da besondere Umstände im Sinne von § 2 Abs. 2 KoV weder dargetan noch ersichtlich sind, rechtfertigt es sich nicht, den ordentlichen Gebührenrahmen zu überschreiten. Angemessen erscheint es indes, diesen auszuschöpfen, sodass eine Gebühr von Fr. 7'500.00 zuzusprechen ist.

Gemäss § 33 KoV werden die für die Prozessführung notwendigen Auslagen ersetzt. Die Auslagen sind nach ihrer Art getrennt auszuweisen, soweit sie Fr. 100.00 übersteigen. Fehlt eine ausreichende, nachvollziehbare Aufstellung, kann ein pauschaler Auslagenersatz nach Ermessen des Gerichts zugesprochen werden. Für Fahrtkosten gilt § 23 Abs. 4 KoV. Danach werden für Reisen die Fahrtkosten öffentlicher Verkehrsmittel ersetzt. Wenn kein öffentliches Verkehrsmittel zur Verfügung steht oder dessen Verwendung nicht zumutbar oder nicht zweckmässig ist, werden bei Verwendung eines eigenen Motorfahrzeugs eine Kilometerentschädigung nach dem Ansatz für die Mitglieder staatlicher Kommissionen, in den übrigen Fällen die tatsächlichen Transportkosten ersetzt. Fotokopien werden mit 30 Rappen pro Stück vergütet. Das Kopieren der eigenen Akten (Rechtsschriften, Korrespondenzen u.Ä.) wird nicht entschädigt; bei berufsmässigen Vertreterinnen und Vertretern zählt dies zu den Kanzleiarbeiten im Sinne von § 30 Abs. 1 KoV, die in der Anwaltsgebühr enthalten sind.

Der Ansatz für die Mitglieder staatlicher Kommissionen beträgt nach § 3 des Kantonsratsbeschlusses über die Entschädigung der Mitglieder und der Fraktionen des Kantonsrates (SRL

70) Fr. 00.65 pro Kilometer. Vom Büro der klägerischen Rechtsvertreterin zum Bezirksgericht Kriens sind es gemäss TwixRoute via Autobahn 115, 1 km. Hin und zurück ergibt dies 230,2 km (amtl. Bel. 16). Bei einem Ansatz von Fr. 0.65 beträgt die Kilometerentschädigung somit rund Fr. 150.00. Die Bahnfahrt Bern - Luzern retour kostet mit dem City-City-Ticket Fr. 146.20 (1. Klasse ohne Ermässigung; amtl. Bel. 17). Es ergeben sich somit sowohl für die Reise im Auto als auch mit dem öffentlichen Verkehr Reisespesen von rund Fr. 150.00. Beim geltend gemachten Betrag für Fotokopien von Fr. 177.00 müssten 590 notwendige Fotokopien angefallen sein. Aufgelegt wurden 73 Fotokopien (kläg. Bel. 1 - 25) im Doppel. Für Fotokopien ergibt sich somit ein Aufwand von Fr. 43.80. Insgesamt ergeben sich mit den Aufwendungen für Porti (Fr. 35.00) und Telefon (Fr. 5.20) somit Auslagen von Fr. 234.00. Die Kostennote der klägerischen Rechtsvertreterin wird deshalb auf Fr. 8'352.70 (inkl. Fr. 234.00 Auslagen und Fr. 618.70 MWST) festgesetzt.

12. Streitwert: Der für die Bestimmung des zulässigen Rechtsmittels massgebende Streitwert beträgt Fr. 62'235.00 (vgl. Art. 308 Abs. 2 ZPO).

Rechtsspruch

1. Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 62'235.00 nebst 5 % Zins seit 21.12.2010 zu bezahlen.
2. Die Beklagte hat die Prozesskosten zu tragen.

Es werden keine Gerichtskosten erhoben. Der vom Kläger geleistete Kostenvorschuss von Fr. 5'000.00 wird ihm von der Gerichtskasse des Bezirksgerichts Kriens zurückerstattet.

Die Beklagte hat dem Kläger eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 8'352.70 (inkl. Fr. 234.00 Auslagen und Fr. 618.70 MWST) zu bezahlen.

3. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich mit Anträgen und Begründung beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien und nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern, zugestellt.

Bezirksgericht Kriens
Abteilung 1