

II. Kammer
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichterin Käch
Ersatzrichterin Romero-Käser
Gerichtsschreiberin Fonti

Urteil vom 9. Februar 2015

in Sachen

X.____

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Cyrill Diem
Lindtlaw Anwaltskanzlei
Obstgartenstrasse 7, Postfach, 8042 Zürich

gegen

CSS Versicherung AG
Hauptsitz, Abteilung Recht & Compliance
Tribtschenstrasse 21, Postfach 2568, 6002 Luzern
Beklagte

Sachverhalt:

1. X.____, geboren 1974, war temporär als Metallbauschlosser bei der Y.____ GmbH tätig (Urk. 2/3) und aufgrund dieser Anstellung bei der CSS Versicherung AG (nachfolgend: CSS) für die Folgen von krankheitsbedingtem Erwerbsausfall im Rahmen einer Kollektivtaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) taggeldversichert (Urk. 2/2). Am 18. August 2010 konsultierte der Versicherte wegen massiver Angstattacken, körperlich vegetativer Beschwerden und Schlafstörungen seinen Hausarzt Dr. med. Z.____, Facharzt für Allgemeine Medizin (Urk. 2/13). Dr. Z.____ attestierte ihm aufgrund psychischer Beschwerden ab dem 17. August 2010 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 2/4, 2/9). Die CSS liess den Versicherten durch Dr. med. A.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, begutachten (Gutachten vom 20. Dezember 2010, Urk. 2/5). Gestützt auf das Gutachten von Dr. A.____ erachtete die CSS eine Arbeitsunfähigkeit vom 17. August bis 30. September 2010 als ausgewiesen. Ab 1. Oktober 2010 sei dem Versicherten jedoch wieder jegliche Arbeitstätigkeit zu 100% zumutbar, weshalb sie einen Leistungsanspruch verneinte (Schreiben vom 6. Januar 2011, Urk. 2/6). An dieser Entscheidung hielt die CSS auch in der Folge fest (Schreiben vom 27. Januar 2011, 5. September 2011, 13. März 2012, Urk. 2/27).

2. Am 18. Juli 2013 erhob der Versicherte Klage gegen die CSS und beantragte, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihm Fr. 73'829.05 zuzüglich Zins von 5% seit dem 16. Februar 2012 zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Mit Klageantwort vom 13. September 2013 beantragte die CSS die Abweisung der Klage (Urk. 8). Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels hielten sowohl der Kläger (Replik vom 3. Januar 2014, Urk. 16) als auch die Beklagte (Duplik vom 27. Januar 2014, Urk. 20) an ihren Rechtsbegehren fest.

3. Mit Verfügung vom 29. Mai 2012 verneinte die Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, einen Leistungsanspruch des Klägers (Urk. 2/16). Die dagegen beim hiesigen Gericht erhobene Beschwerde (Urk. 2/17) wurde mit Urteil vom 5. Februar 2014 gutgeheissen und es wurde erkannt, dass der Kläger ab 1. August 2011 Anspruch auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung hat (Urk. 23). Mit Eingabe vom 17. Februar 2014 (Urk. 22) legte der Kläger dieses Urteil (Urk. 23) ins Recht, was der Beklagten am 19. Februar 2014 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 24).

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale

Instand für solche Streitigkeiten zuständig ist (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach Art. 244 bis 247 ZPO (einfaches Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben.

1.2 Gemäss § 23 Abs. 1 GSVGer stellt das Gericht den Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien von Amtes wegen fest und würdigt die Beweise nach freiem Ermessen.

1.3 Im Rahmen des Versicherungsvertrages hat die anspruchsberechtigte Person - in der Regel der Versicherungsnehmer - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen. Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrages regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist verlangt, dass die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, zwar nicht ausgeschlossen ist, sie darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3).

1.4 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind dem Privatrecht zuzuordnen (BGE 124 III 46 E. 1a). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

Das grundsätzlich anwendbare VVG enthält ausser in Art. 87 VVG keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb vorab die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien massgebend, im vorliegenden Fall also die Bestimmungen der Kollektiv-Krankenversicherung.

Die zur Diskussion stehende Taggeldversicherung untersteht gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB; vgl. Urk. 2/2) dem VVG (Art. 2.2 AVB).

1.5 In Art. 2.5 AVB wird als Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, definiert. Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. 13.3 AVB). Diese Definitionen entsprechen jenen in Art. 3 und Art. 6 Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG).

Sodann ist den AVB zu entnehmen, dass Leistungsvoraussetzung eine ärztlich bestätigte Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % ist (Art. 15.6 AVB). Aus der Police geht hervor, dass das Krankentaggeld für Temporärpersonal 80 % des AHV-Lohnes (vgl. auch Art. 15.2 AVB) beträgt. Die Wartezeit von 60 Tagen wird an die Leistungsdauer von 730 Tagen gerechnet (Police S. 3, Urk. 2/2).

2.

2.1 Der Kläger stellte sich zur Begründung seiner Taggeldforderung im Wesentlichen auf den Standpunkt, aufgrund der medizinischen Aktenlage sei ab dem 18. August 2010 eine Arbeitsunfähigkeit zwischen 50 % und 100 % ausgewiesen, weshalb die Beklagte leistungspflichtig sei (Urk. 1 S. 3 ff. Ziff. 6 ff.). Der Taggeldanspruch würde sich für die Zeit vom 19. Oktober 2010 bis 19. Oktober 2012 auf Fr. 73'829.05 belaufen. Auf diesen Betrag sei ab dem 16. Februar 2012 zudem ein Verzugszins von 5 % geschuldet (S. 12 f. Ziff. 23 ff.).

Daran hielt er in seiner Replik vom 3. Januar 2014 (Urk. 16) fest. Weiter nahm er zu den Vorbringen der Beklagten hinsichtlich Schadenminderungspflicht (S. 9 ff. Ziff. 20 ff.), Versicherteneigenschaft (S. 13 ff. Ziff. 31 ff.) und Erwerbsausfall (S. 15 ff. Ziff. 36 ff.) Stellung.

2.2 Dagegen vertrat die Beklagte die Ansicht (Urk. 8), gestützt auf die psychiatrischen Gutachten von Dr. A.____ und Dr. med. B.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, sei ab Oktober 2010 von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit des Klägers auszugehen (S. 3 f. Ziff. 4.1 ff.). Weiter sei zu beachten, dass der Kläger im Rahmen einer temporären Anstellung versichert gewesen sei. Der Einsatzvertrag sei vom 4. August bis 17. Oktober 2010 befristet gewesen, habe aber bereits mit dem Auftragsende beim Einsatzbetrieb am 18. August 2010 geendet. Damit seien nur die Leiden versichert gewesen, welche er bis zum 18. August 2010 erlitten habe. Da die im weiteren Verlauf gestellten Diagnosen von der Erstdiagnose von Dr. Z.____ (angstbetonte depressive Episode) und jener von Dr. A.____ (Zustand nach Anpassungsstörung im Sinne von Angst und depressiver Reaktion gemischt, ICD-10 F43.22) abweichen würden, liege keine einheitliche Diagnosestellung vor. Daher handle es sich teilweise um Leiden, die erst nach dem Ausscheiden aus dem Versichertenkreis und nach Beendigung des Versicherungsschutzes aufgetreten seien (S. 6 Ziff. 5.1 f.). Sodann beschränke sich der Leistungsumfang der Taggeldversicherung auf den nachgewiesenen Erwerbsausfall, der durch eine versicherte Arbeitsunfähigkeit entstanden sei. Im Zeitpunkt der Erkrankung habe der Kläger in einem temporären Arbeitsverhältnis gestanden, welches längstens bis zum 17. Oktober 2010 gedauert hätte. Der Kläger habe aber weder dargetan noch bewiesen, dass er ab dem 19. Oktober 2010 (Ablauf der Wartezeit) wieder einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre (S. 6 f. Ziff. 5.3). Sodann habe der Kläger seine Schadenminderungspflicht verletzt (S. 7 Ziff. 5.4).

2.3 Streitig und zu prüfen sind somit die Versicherteneigenschaft des Klägers, die Arbeitsunfähigkeit ab Oktober 2010, die Frage des Erwerbsausfalls sowie jene der Schadenminderungspflicht.

3.

3.1 In einem ersten Schritt ist die Versicherteneigenschaft des Klägers zu prüfen.

Der Kläger war bei der Y.____ GmbH unbestritten als Temporär mit ar bei ter angestellt. Im Rahmen eines Einsatzvertrages wurde vom 4. August bis spätestens am 17. Oktober 2010 ein Einsatz als Metallbauschlossler bei der C.____ AG vereinbart (Urk. 2/3). Es ist der Beklagten zwar zuzu stimmen (vgl. Urk. 8 S. 6 Ziff. 5.2) , dass der Einsatzvertrag vom Kläger nicht unterschrieben wurde. Jedoch belegen die Lohnabrechnungen vom August und September 2010, dass der Vertrag konkludent zustande kam, wurde dem Kläger doch für die Kalenderwochen 31 bis 33 (2. bis 2 2. August 2010) Lohn ausgereicht (vgl. Beilagen zu Urk. 2/3).

3.2 Die Beklagte behauptete, der Arbeitseinsatz des Klägers sei am 18. August 2010 mit dem Auftragsende beendet worden. Dabei übersieht sie, dass das Auftragsende nicht gleichzusetzen ist mit dem krankheitsbedingten Fernbleiben von der Tätigkeit beim Einsatzbetrieb. Zudem ist der Kläger nicht aufgrund des Einsatzvertrages , sondern des Rahmenarbeitsvertrages bei der Beklagten versichert.

Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Versicherteneigenschaft des Klägers gegeben ist.

4.

4.1 Den medizinischen Akten ist Folgendes zum Gesundheitszustand des Klägers zu entnehmen:

4.2 Mit Bericht vom 26. Oktober 2010 (Urk. 2/4) hielt Dr. med. Z.____ , Facharzt für Allgemeine Medizin , fest, der Kläger sei seit dem 18. August 2010 wegen seit etwa Mitte August auftretenden Anfällen von Angst, Weinkrämpfen, Verzweiflung, Herzklopfen und Schweissausbrüchen bei ihm in Behandlung (Ziff. 5). Als Diagnose nannte er eine angstbetonte depressive Episode (Ziff. 1) und attestierte dem Kläger ab dem 17. August 2010 bis auf weiteres eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 8).

4.3 Dr. A.____ nannte in seinem versicherungspsychiatrischen Gutachten vom 20. Dezember 2010 (Urk. 2/5) zu Handen der Beklagten als Diagnosen einen Zustand nach Anpassungsstörung im Sinne einer Angst und ex pressiven Reaktion gemischt (ICD-10 F43.22), aktuell remittiert, und akzentuierte Persönlichkeits eigen schaften im Sinne von narzisstischen Persönlich keits eigen schaften ohne eigen ständigen Krank heits wert . Eine differentialdiagnostisch in Erwägung gezo gene primär psy chische Störung aus dem Bereich psy chotischer Erkrankungen konnte er nicht bestätigen (S. 9).

Dr. A.____ erläuterte (S. 14 Ziff. 1.1), beim Kläger sei für August und September 2010 eine primär psychische Störung gemäss ICD-10 ausgemessen gewesen, die für diesen Zeitraum auch mit Arbeits unfähigkeit oder mit deutlicher minderer Arbeitsfähigkeit einhergegangen sei. Nach einer Besserung der Symptomatik unter wöchentlichen hausärztlich-psycho sozial begleitenden Terminen ohne regelmässig eingenommene Medikation sei dann aber von einer medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit ab Oktober 2010 auszugehen. Den beim Kläger vorliegenden akzentuierten Persönlich keits eigen schaften sei dabei kein eigen ständiger Krank heits wert beizumessen, der derart einzuschätzen wäre, dass dadurch die zumutbare medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit eingeschränkt würde.

4.4 Dr. med. D.____ , Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie , E.____ -Spital, diagnostizierte am 17. März 2011 (Urk. 2/11, vgl. dazu auch Erstbericht vom 26. Januar 2011, Urk. 2/10) mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit eine generalisierte Angststörung (ICD-10 F41.1) und eine soziale Phobie (ICD-10 F40.1) seit mehreren Jahren. Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit nannte er eine Höhenangst (ICD-10 F40.2) und eine Spinnenphobie (ICD-10 F40.2 ; Ziff. 1.1). Dr. D.____ attestierte dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit 18. August 2010 bis auf weiteres (Ziff. 1.6) .

Dr. D.____ führte weiter aus, beim Kläger bestünden körperliche und psychische Einschränkungen in Form von motorischen Spannungen (körperliche Unruhe, Zittern) , vegetativer Übererregbarkeit (Benommenheit, Schwitzen , Tachykardie, Oberbauchbeschwerden, Schwindel, trockener Mund), grosser Angst vor einem Kontrollverlust und vor einer Ohnmacht, Herzklopfen, Schwindel sowie einem Derealisations- und Depersonalitätsgefühl , welches von der Hyperventilation ausgelöst werde. Wenn die Angst da sei, werde jegliche Arbeit verunmöglicht. Zu erwarten sei, dass regelmässige Psychotherapien und wenn nötig Psychopharmaka die Arbeitsfähigkeit verbessern könnten, wobei es nicht möglich sei, eine genaue Prognose abzugeben. Eine schnelle Verbesserung (innerhalb von zwölf Monaten) sei nicht zu erwarten. Wann mit der Wiederaufnahme der beruflichen Tätigkeit beziehungsweise Erhöhung der Einsatzfähigkeit gerechnet werden könne, könne er zurzeit nicht beantworten. Hinsichtlich behinderungsangepasster Tätigkeit gab Dr. D.____ zudem an, dass der Kläger seit einigen Monaten aus eigener Initiative in einem Fitnessstudio in einem Stellenpensum von zirka 10 % nachgehe und dieses Belastungsprofil momentan gut tragbar zu sein scheine (Ziff. 1.7 ff) .

Mit Kurzbericht vom 20. Juni 2011 (Urk. 2/14) attestierte Dr. D.____ dem Kläger aus psychiatrischer Sicht im Moment eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit.

4.5 Am 5. September 2011 (Urk. 2/15) erstattete Dr. B.____ ein psychiatrisches Gutachten und nannte als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit eine Persönlichkeitsakzentuierung mit narzisstischen, unreifen und ängstlich vermeidenden Anteilen (ICD-10 Z73.1), eine generalisierte Angststörung (ICD-10 F41.1) sowie eine Soziophobie (ICD-10 F40.1). Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit diagnostizierte er eine Höhenangst (ICD-10 F40.2) und eine Spinnenphobie (ICD-10 F40.2 ; S. 9 Ziff. 5) .

Dr. B.____ berichtete , laut Kläger habe sich sein Befinden im Vergleich zum Herbst 2010 deutlich verbessert, so dass er mittlerweile zwei halbe Tage als Fitnesstrainer arbeiten könne. Die Arbeit könne er gut bewältigen. Er verführe aber nach wie vor eine „innerliche Angst“, insbesondere eine Angst vor Schlossen und dem Baugewerbe. Manchmal habe er noch dies bezügliche Alpträume. Seine Stimmung sei noch etwas gedrückt, er fühle sich aber „nicht mehr so depressiv wie im Herbst“ (S. 7 Ziff. 3.6) .

In seiner Beurteilung erläuterte Dr. B.____ , unter Würdigung von Anamnese, medizinischen Vorberichten sowie aktuellen Untersuchungen ergeben sich zusammenfassend abgeleitet werden, dass beim Kläger eine Persönlich keitsproblematik vorliege, die insbesondere durch narzisstische, ängstlich-unsichere und unreife Anteile gekennzeichnet sei. Die Persönlich keitsproblematik erfülle gesamthaft aber nicht

die Kriterien einer nach ICD-10 zu klassifizierenden Persönlichkeitsstörung, sei sicherlich aber als Persönlichkeitsakzentuierung zu beschreiben. Die vorliegende Angsterkrankung, am ehesten als generalisierte Angsterkrankung in Kombination mit sozialphobischen Ängsten zu beschreiben, korrespondiere dabei aus psychiatrischer Sicht mit der Persönlichkeitsstruktur des Klägers. Grundsätzlich komme einer Persönlichkeitsakzentuierung zunächst kein eigenständiger Krankheitswert zu. In Kombination mit der vorliegenden Angsterkrankung sei jedoch festzuhalten, dass die ausgeprägte Krankbarkeit des Klägers immer wieder zu Konflikten, Stellenwechseln und mehrfach damit einhergehenden psychischen Krisen geführt habe, die leitend durch Angst in Kombination mit depressiven Symptomen gekennzeichnet gewesen seien. Faktisch sei somit der Kombination aus Persönlichkeitsakzentuierung und rezidivierenden Depressionen unter Belastung Krankheitswertigkeit im Sinne einer eingeschränkten Belastbarkeit zuzuschreiben. Andererseits sei festzustellen, dass der Kläger über Ressourcen verfüge, die trotz häufiger Stellenwechsel eine durchgehende Beschäftigung im ersten Arbeitsmarkt ermöglichten und unter günstigen, insbesondere atmosphärischen Bedingungen durchaus eine konstante Leistungsfähigkeit gegeben sein könnte, wie die vorletzte Anstellung gezeigt habe. Des Weiteren werde die psychische Problematik des Klägers erst seit relativ kurzer Zeit durch den Hausarzt und jetzt auch durch einen Psychiater behandelt worden und diese Behandlung habe im Vergleich zwischen der beschriebenen Situation im August 2010 und dem jetzigen Untersuchungszeitpunkt bereits Erfolge im Sinne einer Verbesserung des vorliegenden Zustandsbildes gezeigt. Die Behandlung sei dabei sowohl psychotherapeutisch als auch bezüglich etwaiger psychopharmakologischer Optionen sicherlich noch nicht ausgereizt, sodass mit weiteren Verbesserungen und Stabilisierungen von Gesundheitszustand und Leistungsfähigkeit zu rechnen sei. Zusammenfassend könne festgehalten werden, dass zwar eine psychische Problematik von Krankheitswert bestehe, die zu gewissen Einschränkungen, insbesondere der Stressbelastbarkeit führe, der jedoch keine in validisierende Qualität zugeschrieben werden könne (S. 9 f. Ziff. 6).

Hinsichtlich der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit führte Dr. B. ___ ferner aus, dass keine psychiatrisch begründeten spezifischen Einschränkungen in der Tätigkeit als Metallbauer bestünden. Als Einschränkungen seien zwar eine reduzierte Stressbelastbarkeit, insbesondere im zwischenmenschlichen Bereich zu formulieren, diese könne aber nicht als generelles Merkmal einer bestimmten Tätigkeit oder Branche zugeordnet werden, sondern sei vielmehr von den individuellen Arbeitsbedingungen, insbesondere bezüglich der Atmosphäre und des Umganges am Arbeitsplatz abhängig. Somit könne keine psychiatrisch begründete Einschränkung für die angeordnete Tätigkeit formuliert werden. In Bezug auf die Arbeitsfähigkeit in anderen (adaptierten) Tätigkeiten führte er zudem aus, grundsätzlich könne beim Kläger von einer Leistungsfähigkeit in allen seinen Qualifikationen entsprechenden Tätigkeiten ausgegangen werden. Als einschränkend sei dabei eine reduzierte Stressbelastbarkeit, insbesondere im zwischenmenschlichen Kontakt, zu formulieren. Der Umgang mit Misserfolg, Kritik und Konflikten sei beim Kläger eingeschränkt und führe zu einer Vulnerabilität bezüglich des wiederholten Auftretens von durch Angst und Depression gekennzeichneten Reaktionen. In einem wohlwollenden und unterstützenden Umfeld könne gesamthaft von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Dem Leiden ideal angepasste Tätigkeiten stellten Tätigkeiten unter beschützten Bedingungen dar. Die krankheitsbedingten Einschränkungen des Klägers seien aus psychiatrischer Sicht als nicht so gravierend einzustufen, als dass eine geschützte Tätigkeit indiziert wäre. Bezüglich der beruflichen Eingliederung sei besonders zu beachten, dass die Einschränkungen weniger in der arbeitsbezogenen Belastung als im Bereich der atmosphärischen und zwischenmenschlichen Arbeitsbedingungen bestünden. Unterstützende Massnahmen sollten insbesondere auf diesen Aspekt abgestimmt sein (S. 11 Ziff. 7.1 ff.).

4.6 Am 25. Oktober 2011 (Urk. 9/1) führte Dr. B. ___ ergänzend zum psychiatrischen Gutachten vom 5. September 2011 (E. 4. 5 hievon) hinsichtlich des konkreten Verlaufs der Arbeitsunfähigkeit seit August 2010 aus, dass soweit nachvollziehbar zwischen Oktober 2010 und März 2011 von einer 100%igen reaktiven zwischen März und Juni 2011 von einer 50- bis 70%igen Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden könne. Die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit in einem wohlwollenden und unterstützenden Arbeitsfeld, die beim Kläger in der vorliegenden Begutachtung angenommen worden sei, sollte prognostisch bei sukzessivem Aufbau zur Vermeidung erneuter Überforderungsreaktionen innerhalb drei bis sechs Monaten ab Begutachtungszeitpunkt – mithin zirka September/Dezember 2011 – erreichbar sein.

4.7 Dr. med. F. ___ , Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, und med. pract. G. ___ , Assistenzärztin, Psychiatriezentrum H. ___ , berichteten am 11. November 2011 (Urk. 2/18) und diagnostizierten spezifische Phobien (ICD 10 F40.2), Angst und eine depressive Störung gemischt (ICD-10 F41.2), differentialdiagnostisch eine organische wahnhaftige Störung (ICD-10 F06.2) nach langjährigem Drogenkonsum sowie eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit ängstlich vermeidenden, unreifen und paranoiden Anteilen (ICD-10 F61.0). Sie attestierten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 18. Oktober 2011 bis auf weiteres.

Sie hielten fest, der Kläger habe im ersten Gespräch berichtet, dass er letztes Jahr „Stress bei der Arbeit“ wegen Auseinandersetzungen und Streitereien mit Vorgesetzten gehabt habe und dass das schon unzählige Male vorgekommen sei. Sein Vorgesetzter sei verbal laut geworden und das löse bei ihm in der Regel so starke Ängste aus, dass er habe flüchten müssen. Seit 2007 spüre er seine Trauer, seine Wut und Unsicherheit intensiver als zuvor. Der Auslöser dafür sei der Tod seines Chefs gewesen, der der „einzig gute Chef“ gewesen sei, bei dem er es geschafft habe, zwei einhalb Jahre zu arbeiten. Insgesamt habe er schon dreizehnmal die Stelle gewechselt. Symptome, unter denen er am Arbeitsplatz gelitten habe, seien Gefühle wie Angst, Nervosität, Zittern, Schweißausbrüche, Brechreiz, Herz klopfen begleitet von einem „Fieber“. Es brauche nur sehr wenig, um ihn in eine solche Situation zu versetzen.

4.8 Im Bericht vom 28. Juni 2012 (Urk. 2/19) über die poliklinische und tagesklinische Behandlung vom 17. Oktober bis zum 31. Dezember 2011 im Psychiatriezentrum H. ___ diagnostizierten Dr. med. I. ___ , Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und med. pract. G. ___ , Assistenzärztin, Psychiatriezentrum H. ___ , eine kombinierte Persönlichkeitsstörung mit ängstlich vermeidenden, unreifen und paranoiden Anteilen (ICD-10

F61.0), differentialdiagnostisch eine organische wahnhaftige Störung (ICD-10 F06.2) nach langjährigem Drogenkonsum, spezifische Phobien (ICD-10 F40.2) sowie Angst und depressive Störung gemischt (ICD-10 F41.2) und attestierten dem Kläger eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 17. Oktober 2011 bis 31. Januar 2012. Für die Zeit nach dem Klinikaufenthalt konnten sie aufgrund des Therapieabbruchs durch den Kläger keine Angaben machen (Ziff. 1 und 5). Bereits nach Behandlungsbeginn habe sich gezeigt, dass der Kläger aufgrund der bestehenden Ängste nicht regelmässig am teilstationären Programm teilnehmen könne und sich zum Teil mehrfach täglich telefonisch rückversichern müsse, ob das gegenwärtige Vorgehen korrekt sei (Ziff. 2).

4.9 Am 20. Juni 2012 (Urk. 2/20) nannten Oberarzt J.____, und Dr. biol. hum. K.____, Klinische Psychologin, L.____, Privatklinik für Psychiatrie und Psychotherapie, als Diagnosen eine Panikstörung (ICD-10 F41.0) sowie eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10 F32.1), und attestierten dem Kläger seit Eintritt am 23. April 2012 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 1 und 5). Der Kläger sei auf Zuweisung seines Hausarztes Dr. Z.____ nach psychosozialer Dekompensation auf die Kriseninterventions- und Depressionsstation gekommen und habe von der Angststörung, welche bereits seit 2008 bestehe, berichtet. Seit 2010 habe sich sein Zustand im Zuge der eingetretenen Arbeitslosigkeit verschlechtert. Seit vier Monaten hätten sich die Symptome weiter verschlechtert, so dass es ihm kaum möglich gewesen sei, ausser Haus zu gehen. Die Angst vor der Angst habe ihn ständig begleitet. Zudem habe er das Gefühl gehabt, dass andere Leute ihm die Angst ansehen könnten. Des Weiteren seien Panikattacken mit Herzrasen, Schwitzen und Zittern beschrieben worden. Bezüglich der Problematik im Zusammenhang mit verschiedenen Arbeitsgebern. Suizidgedanken seien im Aufnahmegespräch glaubhaft verneint worden (Ziff. 2).

4.10 Mit Schreiben vom 30. Juni 2012 (Urk. 2/24) diagnostizierte der behandelnde Hausarzt Dr. Z.____ eine ausgeprägte Angststörung mit Phobien sowie rezidivierenden depressiven Reaktionen bei ängstlich vermeidender Persönlichkeit (Ziff. 1).

Dr. Z.____, der den Kläger seit 1987 behandelt, erläuterte, Symptome der Angstkrankung seien bereits als Kind im Sinne nächtlicher Angstattacken sowie ausgeprägtem Heimweh aufgetreten. Seit der Adoleszenz bestünden eine Höhenangst sowie eine Spinnenphobie. Ab 1993 habe der Kläger im Zusammenhang mit der Angstsymptomatik phasenweise Betäubungsmittel konsumiert, welche er teilweise im Jahr 2007, vollständig im Jahr 2010 aus eigener Kraft sistiert habe. Nach mehrmonatiger Verstärkung der Angstattacken habe sich der Kläger am 18. August 2010 völlig aufgelöst mit massiven Angstgefühlen, Weinattacken, Verzweiflung mit Suizidgedanken, Somatisierung mit Schweissausbrüchen, Herzklopfen, Inappetenz, Brennen dem Hitzegefühl im ganzen Körper sowie auch sozialem Rückzug gemeldet. Nach Angaben des Klägers hätten sich diese Symptome mehrjährig aufgebaut und anlässlich eines neuen Stellenantrittes ab 4. August 2012 (richtig: 2010) kulminiert (Ziff. 2).

Hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit hielt Dr. Z.____ fest, seines Erachtens stehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100% ab 17. August 2010 ausser Zweifel und sei von ihm auch so deklariert worden. Im weiteren Verlauf seien mehrfach vor sich tige, niederschwellige Arbeitsversuche unternommen worden, welche gescheitert seien. Auch Integrationsversuche der Regionalen Arbeitsvermittlung ab Dezember 2010 seien gescheitert. Ab 14. März 2011 sei ein Arbeitsversuch als Mitarbeiter bei einem dem Kläger vorbekannten Fitnessstudio zu 20% gestartet worden. Diese Tätigkeit in wohl bekannter Umgebung und im kleinen Rahmen habe ab 1. April 2011 auf 30% gesteigert werden können. Ab 1. Juli 2011 sei eine Arbeitsfähigkeit von 50% attestiert worden. Ein Rückfall bezüglich Angstattacken habe ab 19. September 2011 erneut zu einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit geführt. Ein Hospitalisationsversuch in der Klinik M.____ am See sei eingeleitet worden. Zeitweise hätten suizidale Phasen bestanden. Ab 25. Februar 2012 sei eine antidepressive Psychopharmakotherapie in vorsichtiger Dosis möglich geworden. Am 23. April 2012 sei der Kläger in die Klinik L.____ eingetreten und bis heute hospitalisiert, bei einer anhaltenden Arbeitsunfähigkeit zu 100% (Ziff. 5; vgl. auch die Berichte von Dr. Z.____ vom 8. Februar 2011, Urk. 2/8, vom 15. März 2011, Urk. 2/9, vom 22. März 2011, Urk. 2/13, vom 22. Juni 2011, Urk. 2/22, und vom 14. Juli 2011, Urk. 2/23).

4.11 Mit Bericht vom 3. Juli 2013 (Urk. 2/25) führte Dr. Z.____ aus, dem Kläger sei vom 30. Juni bis 19. Oktober 2012 weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit zu attestieren. Nach der Hospitalisierung vom 23. April bis 30. Juli 2012 in der Klinik L.____ sei er psychiatrisch weiterbetreut worden und habe halbtags ab 8. Oktober 2012 eine Hilfstätigkeit in geschütztem Rahmen begonnen. Eine entlohnte Tätigkeit sei jedoch bis heute nicht möglich.

5.

5.1 Den erwähnten medizinischen Akten lässt sich entnehmen, dass der Kläger seit August 2010 an weitgehend identischen Beschwerden leidet: Insbesondere wurde in allen Berichten eine Angstsymptomatik erwähnt, welche im Vordergrund der psychischen Problematik stand. Selbst wenn die Diagnosestellung nicht einheitlich ausfiel, zeigt die Gesamtschau der medizinischen Akten, dass es sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit um ein und dieselbe Erkrankung handelt, welche seit mindestens August 2010 besteht. Dass, wovon die Beklagte ausging, ab Oktober 2010 im Vergleich zu den beiden vorangehenden Monaten ein völlig anderes Krankheitsbild vorliegen soll, für welches sie nicht mehr leistungspflichtig wäre, geht aus den Akten nicht hervor und wird von der Beklagten auch nicht überzeugend dargelegt. Insbesondere klagte der Kläger gegenüber den Ärzten konstant über dieselben Beschwerden wie beispielsweise Angstgefühle, Weinattacken, Verzweiflung, Schweissausbrüche, Herzklopfen und Zittern sowie über eine depressive Symptomatik.

5.2 Die Beklagte erachtete eine Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 17. August bis 30. September 2010 als ausgewiesen. Im Weiteren lehnte sie aber die Leistungspflicht ab 1. Oktober 2010 ab aufgrund einer 100%igen Arbeitsfähigkeit, welche sie gestützt auf die Beurteilungen von Dr. A.____ und Dr. B.____ als ausgewiesen erachtete (vgl. Urk. 2/6).

Gestützt auf die Einschätzung von Dr. B.____ ergibt sich allerdings, dass eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab August 2010 dokumentiert und plausibel sei und die medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit in einem wohlwollenden und unterstützenden Arbeitsumfeld prognostisch bei sukzessivem Aufbau zur Vermeidung erneuter Überforderungsreaktionen innerhalb drei bis sechs Monaten ab Beurteilungszeitpunkt - mithin spätestens ab 23. Dezember 2011 (sechs Monate ab 23. Juni 2011) - erreichbar sein sollte. Aus den nach dem Gutachten vom 5. September 2011 verfassten und weiteren im Recht liegenden zeitnahen und darüber hinaus auch nachvollziehbaren medizinischen Berichten und dem dokumentierten Krankheitsverlauf (vgl. E. 4. 7 ff.) wird indes ersichtlich, dass sich diese Prognose sowie die im Gutachten vom 5. September 2011 prognostizierte medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit von 100 % innerhalb der bestrittenen Zeit rahmens nicht realisiert haben. So attestierten ihm die Fachpersonen der M.____ im Bericht vom 28. Juni 2012 (vgl. E. 4. 8) für den Zeitraum der poliklinischen beziehungsweise tagesklinischen Behandlung vom 17. Oktober bis 31. Dezember 2011 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Vom 23. April bis zum 30. Juli 2012 (vgl. E. 4. 9) befand sich der Kläger erneut in stationärer psychiatrischer Behandlung in der L.____, und die dortigen Fachpersonen attestierten ihm auch seit Eintritt am 23. April 2012 eine 100 %ige Arbeitsunfähigkeit. An dieser Beurteilung vermag auch das Gutachten von Dr. A.____ nichts zu ändern. Nach dessen Einschätzung sei der Kläger ab Oktober 2010 wieder zu 100 % arbeitsfähig. Diesbezüglich ist mit Dr. B.____ (Urk. 9/1 S. 2 oben) und auf grund der vorliegenden ärztlichen Berichte davon auszugehen, dass eine Arbeitsfähigkeit von 100 % ab Oktober 2010 dann zumal offenbar noch nicht zu realisieren war und demnach zwischen Oktober 2010 und März 2011 von einer fort bestehenden Arbeitsunfähigkeit ausgegangen werden musste. Diese Auffassung vertrat denn auch der behandelnde Hausarzt Dr. Z.____ in seinem Schreiben an die Beklagte vom 16. Januar 2011 (Urk. 2/7), in dem er ausführte, dass er sich der Folgerung von Dr. A.____, wonach der Kläger ab Ende September 2010 wieder arbeitsfähig gewesen sein soll, nicht anschliessen könne, da bei wiederholten unternommenen Arbeitsversuchen in angestammter als auch in anderen Tätigkeiten regelmässig vehemente psychische Reaktionen aufgetreten seien, welche die Arbeitsaufnahme verhindert hätten. Schliesslich bestätigte auch Dr. D.____ (vgl. E. 4.4) zunächst eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit 18. August 2010 in der bisherigen Tätigkeit und erläuterte, eine schnelle Besserung (innerhalb von zwölf Monaten) sei nicht zu erwarten.

5.3 Mit Urteil vom 5. Februar 2014 des hiesigen Gerichts (IV.2012.00718, Urk. 23) wurde die Beschwerde des Klägers im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren gutgeheissen und es wurde festgestellt, dass er nach Ablauf des Wartjahres ab 1. August 2011 Anspruch auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung habe (S. 15). Die medizinische Aktenlage in jenem Verfahren gestaltete sich weitgehend identisch mit jener im vorliegenden Verfahren (vgl. Erwägung 3 des besagten Urteils). Aufgrund der dargelegten medizinischen Akten sowie gestützt auf das besagte Urteil ist entgegen der Ansicht der Beklagten ab Oktober 2010 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer weiterhin andauernden Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Die attestierte Arbeitsunfähigkeit entwickelte sich wie folgt:

ab 17. August 2010 100 %

ab 14. März 2011 80 %

ab 1. April 2011 70 %

ab 1. Juli 2011 50 %

ab 19. September 2011 bis Ende der Leistungspflicht der Beklagten am 16. August 2012 100 %.

5.4 Aufgrund der ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit erübrigt sich die von der Beklagten aufgeworfene Frage des Erwerbsausfallnachweises. Aus den Akten geht jedoch ohnehin hervor, dass der Kläger trotz seiner Krankheit immer wie der Arbeitsversuche unternahm und bemüht war, die ihm mögliche Restarbeitsfähigkeit einzusetzen (vgl. Schreiben des Sozialsekretariats N.____ vom 13. Dezember 2013, Urk. 17/30).

6.

6.1 Es bleibt die Höhe des Taggeldanspruches zu ermitteln und auf die Frage der Schadenminderungspflicht einzugehen.

Mit Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 17. August 2010 läuft die 60-tägige Warterfrist; diese endete am 15. Oktober 2010. Ab dem 16. Oktober 2010 hat der Kläger somit Anspruch auf ein Taggeld. Der Ansatz pro Tag beträgt unbestrittenermassen Fr. 112.10 (vgl. Urk. 1 S. 12 Ziff. 24 und Urk. 20 S. 5).

Im Dezember 2010 sowie im April und Mai 2011 bezog der Kläger Leistungen der Arbeitslosenversicherung (ALV; vgl. Auszug aus dem individuellen Konto vom 11. Dezember 2013 sowie Bescheinigung der Unia Arbeitslosenkasse vom 16. Januar 2012, beides Urk. 17/30, Beilagen). Während den Monaten, in welchen ALV-Leistungen ausgerichtet wurden, ruht der VVG-Anspruch.

Dementsprechend berechnet sich der Taggeldanspruch wie folgt:

16. Oktober bis 30. November 2010 : 46 Tage à Fr. 112.10 Fr. 5'156.60

1. Januar bis 13. März 2011 : 72 Tage à Fr. 112.10 Fr. 8'071.20

14. bis 31. März 2011 : 18 Tage à Fr. 112.10 x 0.8 Fr. 1'614.25

1. bis 30. Juni 2011 : 30 Tage à Fr. 112.10 x 0.7 Fr. 2'354.10

1. Juli bis 18. September 2011 : 80 Tage à Fr. 112.10 x 0.5 Fr. 448.40

19. September 2011 bis 16. August 2012 : 332 Tage à Fr. 112.10 Fr. 37'217.20

Total Fr. 54'861.75

6.2 Zu prüfen bleibt, wie es sich mit der Schadenminderungspflicht verhält. Die Beklagte führte aus, der Kläger habe erst ab dem 25. Februar 2012 eine medikamentöse Therapie mit Antidepressiva zugelassen. Dazu kämen teilweise unwahre oder unvollständige Angaben gegenüber Ärzten, ein Behandlungsabbruch im Psychiatriezentrum H.____ sowie das Nichteinhalten der monatlichen Zwischenzeugnispflicht (Urk. 20 S. 4 f. Ziff. 5.4 f.). Aufgrund dieses Verhaltens habe der Kläger seine Schadenminderungspflicht mehrfach verletzt.

Es rechtfertigte sich daher gerade wegen der verspäteten Medikamenteneinnahme und der abgebrochenen Therapien eine Leistungskürzung von 25 %.

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

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

6.4 Die vertragliche Vereinbarung zur Schadenminderungspflicht sind vorliegend in Art. 20 AVB geregelt: Der Versicherungsnehmer oder die versicherte Person müssen alles Zumutbare unternehmen, was von ihnen erwartet werden kann, um den Schaden zu verringern (Art. 20.5 AVB). Jede Änderung des Grades der Arbeitsunfähigkeit im Laufe einer Krankheit ist der CSS unverzüglich mitzuteilen (Art. 20.6 AVB). Bei länger dauernden Arbeitsunfähigkeiten ist der CSS jeden Monat ein Zwischenzeugnis einzureichen (Art. 20.7 AVB). Die versicherte Person leistet im Rahmen der Zumutbarkeit innert gegebener Frist Folge, wenn medizinisch notwendige Operationen, Therapien oder andere Massnahmen von einem Arzt oder der CSS empfohlen werden (Art. 20.11 AVB). Die Schadenminderungspflicht beurteilt sich nach den sozialversicherungsrechtlichen Kriterien (Art. 20.13 AVB). Werden im Leistungsfall Verhaltenspflichten verletzt, kann die CSS die Leistungen nach ihrem Ermessen kürzen oder verweigern (Art. 20.14 AVB).

Die Pflicht zur Verminderung des Schadens besteht nur insoweit, als sie dem Anspruchsberechtigten zuzumuten ist. Zumutbar sind Massnahmen, die ein vernünftiger Mensch in der gleichen Lage ergreifen würde, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte. Dabei ist auch eine Interessenabwägung vorzunehmen: überwiegt das schützenswerte Interesse des Versicherungsnehmers, eine konkrete Vorkehrung zu unterlassen, dasjenige des Versicherers, eine solche durchzuführen, so ist sie nicht durchzuführen. In der Krankenversicherung ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, sich im Versicherungsfall in ärztliche Behandlung zu begeben (Hönger / Süsskind, VVG-Kommentar, Basel 2007, N 14-16 zu Art. 61 VVG).

6.5 Vorliegend hat der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit unbestritten ermassen ordnungsgemäss angezeigt und sich der von der Beklagten veranlassenden Begutachtung unterzogen. Die Beklagte lehnte ihre Leistungspflicht danach allerdings mit Schreiben vom 6. Januar 2011 ab (Urk. 2/6). Dr. Z.____ nahm bezüglich dieses Entscheids gegenüber der Beklagten am 16. Januar 2011 Stellung (Urk. 2/7), worauf die sie wiederum mit Schreiben vom 27. Januar 2011 an ihrem Entscheid festhielt (Urk. 2/27). Aufgrund der vorliegenden Akten ergibt sich, dass der Kläger erst wieder mit Schreiben vom 15. Juni 2011 (sowie vom 14. Juli, 15. August, 15. November 2011 sowie 13. Dezember 2011) Arztberichte einreichte und damit seine Arbeitsunfähigkeit belegte sowie wiederum um Ausrichtung von Taggeldern aufgrund der seit dem 17. August 2010 bestehenden Arbeitsunfähigkeit ersuchte (vgl. Urk. 2/26 samt Beilagen).

Der Kläger bestritt nicht, dass er seiner monatlichen Zwischenzeugnispflicht nicht nachkam, sondern führte dazu aus, es mache wenig Sinn, monatlich ein Zwischenzeugnis einzureichen, wenn sich die Beklagte von Anfang an weigere, jegliche Versicherungsleistungen zu erbringen. Entgegen dieser Ansicht ist allerdings festzuhalten, dass die Beklagte die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis Ende September 2010 anerkannt, diese darüber hinaus aber verneint hatte. Indem er die Beklagte erst wieder ab Juni 2011 mit Arztberichten bediente, verletzte er seine vertraglich vereinbarte Verhaltenspflicht gemäss Art. 20 AVB. Insbesondere ist es im Interesse des Klägers, vorhandene Arbeitsunfähigkeitsatteste vorzulegen, wenn die Beklagte von einer ihre Leistungspflicht ausschliessenden Arbeitsunfähigkeit ausgeht.

Sodann kam der Kläger der mehrfach durch verschiedene Ärzte empfohlenen medikamentösen Therapie (vgl. Urk. 2/4 Ziff. 9.2, Urk. 2/11 Ziff. 1.8, Urk. 2/15 S. 10, Urk. 2/18 S. 2) erst im Februar 2012 nach. Dies verletzt offensichtlich die in Art. 20.11 statuierte Schadenminderungspflicht, ärztlichen Empfehlungen hinsichtlich medizinisch notwendiger Therapien innert gegebener Frist Folge zu leisten: So liegen zwischen Beginn der Arbeitsunfähigkeit im August 2010 und dem Beginn der pharmakologischen Therapie gut einhalb Jahre. Sowohl das regelmässige Einreichen von Zwischenzeugnissen als auch die Aufnahme einer medikamentösen Therapie (vgl. Urteil des Bundesgerichts I 824/06 vom 13. März 2007 E. 3.1.2 betreffend Zumutbarkeit einer Psychopharmakotherapie) ist als zumutbar zu erachten, was der Kläger denn auch nicht in Abrede stellte. Eine Leistungskürzung ist im Übrigen ohne vorherige Verwarnung möglich (vgl. Süsskind in: Basler Kommentar, Nachführband zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2012, ad N 14 und 16 zu Art. 61 VVG).

Allerdings ist ihm der Therapieabbruch im Psychiatriezentrum H.____ nicht vorzuwerfen, da dieser gemäss der Ausführungen der Ärzte krankheitsbedingt erfolgt sei: So habe sich bereits nach wenigen Tagen gezeigt, dass der Kläger aufgrund der bestehenden Ängste nicht regelmässig am teilstationären Programm teilnehmen könne. Der Besuch der Tagesklinik habe gar zu einer Progredienz der Angst geführt (vgl. Urk. 2/19 Ziff. 2). Weiter ist ihm das teilweise Verschweigen der früheren Drogensucht gegenüber gewissen Ärzten nicht vorzuhalten. Es lässt sich nicht erkennen, inwiefern diese Angaben für die aktuelle ärztliche Beurteilung relevant gewesen wären.

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

Die Beurteilung des Verschuldens bemisst sich nach den besonderen Verhältnissen und Umständen des konkreten Einzelfalles, wobei die Rechtsprechung einen strengen Massstab anwendet und ein leichtes Verschulden genügen lässt (nicht in BGE 128 III 34 publizierte E. 4a des Urteils des Bundesgerichts 5C.89/2000 vom 6. November 2001). Das Vorliegen des Verschuldens wird vermutet (Hönger / Süsskind, a.a.O., N 30 zu Art. 61).

Den Akten sind keine Hinweise zu entnehmen, welche diese Vermutung umzu stossen vermöchten. Insbesondere sind keine Anzeichen für eine fehlende oder verminderte Urteilsfähigkeit und verschulden smindernde Umstände zu ersehen. Der Kläger hat auch nichts zu seiner Entlastung vorgebracht . Namentlich trifft ihn für seine Unterlassung s elbst dann ein Verschulden, wenn er die Anweisung (wie das Einreichen von Zwischenzeugnissen) als wirkungslos erachtete.

Damit hat der Kläger dafür einzustehen, dass er seine Obliegenheiten verletzt hat.

6. 7 Hat der Anspruchsberechtigte die Verhaltenspflichten in nicht zu entschuldigen der Weise verletzt, so ist die Beklagte berechtigt, die Leistungen nach ihrem Ermessen zu kürzen oder zu verweigern (Art. 20.14 AVB; vgl. auch Art. 61 Abs. 2 VVG).

Die Beklagte erachtete das Ausmass des Verschuldens zu Recht als nicht derart gravierend, die Leistungen gänzlich zu verweigern. Sie kürzte die Leistungen aber bis zum Beginn der medikamentösen Therapie am 25. Februar 2012 um 25 %, was nicht zu beanstanden ist und vom Kläger auch nicht moniert wurde.

Demnach sind die bis am 24. Februar 2012 aufgelaufenen Taggelder von Fr. 35'468.45 (vgl. E. 6.1; für die Zeit vom 19. September 2011 bis 24. Februar 2012 159 Tage à Fr. 112.10 ergibt Fr. 17'823.90) um 25 % zu kürzen, womit insgesamt ein Taggeldanspruch von rund Fr. 26'601.35 resultiert . Für die Zeit vom 25. Februar bis 16. August 2012 beträgt der ungekürzte Anspruch Fr. 19'393.30 (173 Tage à Fr. 112.10) .

Insgesamt hat der Kläger dementsprechend Anspruch auf ein Taggeld von Fr. 45'994.65.

7.

7.1 Der Kläger verlangt die Verzinsung des ausstehenden Taggeldbetrages zu 5 % und zwar ab 16. Februar 2012 (Urk. 1 S. 2).

7.2 Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf der Deliberationsfrist von vier Wochen von dem Zeitpunkt an gerechnet fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Nach der herrschenden Lehre wird mit dieser Regelung allein kein Verfalltag statuiert, der eine Mahnung entbehrlich macht, da es eine Auslegungsfrage ist, wann der Versicherer alle notwendigen Auskünfte und Belege erhalten hat, wogegen Verfalltags geschäfte eines genauen Erfüllungsdatums bedürfen. Gemäss herrschender Lehre gerät der Versicherer erst mit einer Mahnung in Verzug, ausser er lehnt seine Leistungspflicht definitiv ab. Dann treten Fälligkeit und Verzug sofort ein und die Deliberationsfrist wird überflüssig (Jürg Nef, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 41 Rn 20). Die AVB (Urk. 2/2) enthalten keine Verzugszinsregelung. Es ist somit auch vertrag lich kein Verfalltag vereinbart. Die Beklagte musste demnach entweder zur Zahlung gemahnt werden, damit sie in Verzug geriet und ein Verzugszins geschuldet war, oder die Leistungspflicht definitiv ablehnen.

7.3 Unter Mahnung versteht man jene an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht. Sie muss dem Schuldner inhalt lich nicht nur klar zum Ausdruck bringen, dass der Gläubiger die versprochene Leistung endgültig verlangt, sondern auch deren Quantität, Qualität und Erfül lungsort richtig bezeichnen (Wolfgang Wiegand, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 5. Auflage 2011, Art. 102 Rn 5). Der Kläger forderte die Beklagte zwar mehrfach um Prüfung und Ausrichtung der Taggel der auf (vgl. diverse Schreiben in Urk. 2/2 6). Eine eigentliche Mahnung erfolgte jedoch nicht .

7.4 Die Beklagte lehnte ihre Leistungspflicht erstmals mit Schreiben vom 6. Januar 2011 ab (Urk. 2/6). Es folgte ein e Stellungnahme von Dr. Z. ___ an die Beklagte (Urk. 2/7), worauf diese ihre Gesellschaftsärztin zu Rate zog und mit Schreiben vom 27. Januar 2011 an ihrem Entscheid festhielt . Im weiteren Verlauf folgte ein Schriftenwechsel zwischen dem Kläger und der Beklagten (vgl. Urk. 2/26-27). Nachdem die Beklagte jeweils mit ihrer Gesellschaftsärztin Rücksprache hielt, lehnte sie den Leistungsanspruch mit Schreiben vom 13. März 2012 wie derum und letztmals ab.

Demnach lehnte die Beklagte ihre Leistungspflicht am 13. März 2012 zu Un recht definitiv ab und ist somit ab diesem Tag verzugszinspflichtig.

7.5 Zusammengefasst hat der Kläger in teilweiser Gutheissung der Klage Anspruch auf Taggelder in der Höhe von insgesamt Fr. 45'994.65. Zudem hat die Beklagte ab dem 13. März 2012 Verzugszins von 5 % auf die bis dahin fälligen Taggelder von Fr. 28'507.05 , nämlich Fr. 26'601.35 für die Zeit vom 16. Oktober 2010 bis 24. Februar 2012 (vgl. E. 6.6) und Fr. 1'905.70 für die Zeit vom 25. Februar bis 13. März 2012 (17 Tage à Fr. 112.10) , zu bezahlen.

Alle vom 14. März bis zum 16. August 2012 geschuldeten Taggeldleistungen sind ab mittlerem Verfall zu verzinsen. Mittlerer Verfall ist der 30. Mai 2012. Ab diesem Zeitpunkt sind die restlichen Taggelder in der Höhe von Fr. 17'487.60 (Fr. 45'994.65 - Fr. 28'507.05) mit 5 % zu verzinsen.

Da der Kläger zwischenzeitlich eine Rente der Invalidenversicherung erhält, sind die Leistungen aus der Kollektivtaggeldversicherung durch die Beklagte bis zur Höhe des versicherten Taggeldes zu ergänzen (vgl. Art. 19.1 AVB).

8.

8.1 Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit . e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.1 nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Ausla gen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung , wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

8.2 Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das GOG, enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Teil des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 1 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

Die dem anwaltlich vertretenen Kläger zustehende Parteientschädigung ist in Anwendung der genannten Kriterien beim praxisgemässen Stundenansatz von Fr. 200.-- (zuzüglich MWSt) für bis Ende 2014 angefallenen Aufwand auf Fr. 2'700.-- (inkl. MWSt und Barauslagen) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger den Betrag von Fr. 45'994.65 zu bezahlen, zuzüglich 5 % Zins ab 13. März 2012 auf den Teilbetrag von Fr. 28'507.05 und ab 30. Mai 2012 auf den Teilbetrag von Fr. 17'487.60. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Cyrill Diem

CSS Versicherung AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

5. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, zuzu stellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin

Mosimann Fonti