

1. Abteilung

Präsident Küher, Kantonsrichter Thalmann, Kantonsrichterin Fankhauser-Feitknecht,  
Gerichtsschreiber Iseli

**Urteil vom 18. August 2015**

X. Versicherungen  
Berufungsklägerin

, Beklagte und

gegen

A.  
Beeler,

, vertreten durch Rechtsanwalt Alex  
Kläger und Berufungsbeklagter

betreffend Forderung aus Krankentaggeldversicherungsvertrag VVG

Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Luzern, Abteilung 1, vom 17. Dezember 2014  
(1B1 14 4)

## Sachverhalt

### A.

(nachfolgend Kläger) ist einziger Gesellschafter der Firma B. in \_\_\_\_\_ (nachfolgend Firma B. ) und bei dieser als Geschäftsführer angestellt. Die Firma B. hat mit der X. Versicherungen (nachfolgend Beklagte) eine Kollektivkrankentaggeldversicherung für ihre Arbeitnehmenden abgeschlossen und sämtliche Angestellten – auch den Kläger – auf der Basis des AHV-Lohns versichert. Der Kläger leidet unter degenerativen Schulterbeschwerden, welche ihm schulterbelastende Tätigkeiten und Überkopfarbeiten verunmöglichen. Aufgrund des Versicherungsvertrages leistete die Beklagte vom 30. Juli 2012 bis 31. Juli 2013 Taggelder. Eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit zu 50 % für schulterbelastende Tätigkeiten und Überkopfarbeiten in seiner bisherigen Tätigkeit infolge Krankheit ist ebenso unstreitig wie die Höhe des versicherten Lohnes (Fr. 250'000.-- pro Jahr) und die Taggeldhöhe (Fr. 547.95 für 100 %).

### B.

Mit Klage vom 13. Januar 2014 beantragte der Kläger, die Beklagte habe ihm für die Zeit vom 1. August 2013 bis 31. Dezember 2013 Taggelder im Umfang von Fr. 52'254.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit der Ladung zur Schlichtungsverhandlung unter Vorbehalt eines Nachklagerechts für die Taggelder ab 1. Januar 2014 auszurichten; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten. Mit Klageantwort vom 11. April 2014 verlangte die Beklagte die Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers. Mit Replik vom 16. Juni 2014 reduzierte der Kläger seine Forderung auf Fr. 41'918.15 nebst Zins.

Mit Urteil vom 17. Dezember 2014 verpflichtete das Bezirksgericht Luzern die Beklagte, dem Kläger Fr. 41'918.15 nebst 5 % Zins seit 1. November 2013 und eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 8'090.30 zu bezahlen.

### C.

Gegen dieses Urteil reichte die Beklagte am 5. Februar 2015 Berufung ein und beantragte, das Urteil vom 17. Dezember 2014 sei aufzuheben und die Klage abzuweisen; unter Kostenfolge zu Lasten des Klägers (KG amtl.Bel. 1).

Mit Berufungsantwort vom 13. März 2015 beantragte der Kläger die Abweisung der Berufung; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (KG amtl.Bel. 8).

### D.

Eine Berufungsverhandlung fand nicht statt (Art. 316 Abs. 1 der Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO; SR 272]).

## Erwägungen

### 1.

#### 1.1.

Das vorinstanzliche Urteil ist mit Berufung anfechtbar (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Gerügt werden kann die unrichtige Rechtsanwendung und/oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts (Art. 310 lit. a und b ZPO).

Der Berufungskläger hat sich substantiiert mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen und darzulegen, weshalb dieser in den angefochtenen Punkten falsch sein soll (Reetz/Theiler, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger], 2. Aufl. 2013, Art. 311 ZPO N 36). Aufgrund der Rüge- und Begründungspflicht genügen allgemeine Bestreitungen sowie die blosser Wiedergabe einer von der Vorinstanz abweichenden Meinung oder der erstinstanzlichen Rechtsschriften und diesbezügliche Verweise nicht. Die Begründung muss hinreichend genau und eindeutig sein. Dies setzt voraus, dass der Berufungskläger im Einzelnen die vorinstanzlichen Erwägungen bezeichnet, die er anfechtet, und die Aktenstücke nennt, auf denen seine Kritik beruht (BGE 138 III 374 = Pra 2013 Nr. 4 E. 4.3.1; BGer-Urteil 5A\_438/2012 vom 27.8.2012 E. 2.2; ausführlich Seiler, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2013, N 894 ff.).

#### 1.2.

Neue Tatsachen und Beweismittel werden im Berufungsverfahren nur noch berücksichtigt, wenn sie ohne Verzug vorgebracht werden und sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Diese beiden Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein. Die novenwillige Partei muss substantiiert und beweisen, dass ihr das Vorbringen eines unechten Novums trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz möglich war (Reetz/Hilber, in: Komm. zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [Hrsg. Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger], 2. Aufl. 2013, Art. 317 ZPO N 60). Von der Novenbeschränkung erfasst sind neue Tatsachenbehauptungen, neue Beweise und Beweisanträge sowie neue Bestreitungen und Einreden. Fakten, welche sich aus den erstinstanzlichen Akten ergeben, sind nicht als neu zu bezeichnen und sind selbst dann keine Noven, wenn sich keine Partei im erstinstanzlichen Verfahren ausdrücklich dazu äusserte. Unter neuen Vorbringen in tatsächlicher Hinsicht sind also alle Parteiausführungen zu verstehen, welche die Darstellung des Sachverhalts betreffen. Sie ergänzen das bisher Vorgebrachte und zielen auf eine neue oder wirksamere Substantiierung der gestellten Rechtsbegehren ab (Seiler, a.a.O., N 1234 ff.).

Soweit die ZPO die Einreichung bestimmter Urkunden vorschreibt (wie in Art. 68 Abs. 3 oder in Art. 311 Abs. 2 ZPO), kommt das Novenrecht nicht zur Anwendung. KG bekl.Bel. 1 (angefochtenes Urteil) ist daher ohne Weiteres entgegenzunehmen. Die vorinstanzlichen Akten wurden von Amtes wegen beigezogen (KG amtl.Bel. 2 und 4).

Das Urteil datiert vom 17. Dezember 2014. Nachdem sowohl die Verfügung wie das Feststellungsblatt der Ausgleichskasse IV-Stelle \_\_\_\_\_ vom 15. Dezember 2014 datieren, ist davon auszugehen, dass sie vor erster Instanz nicht eingereicht werden konnten (KG bekl.Bel. 2 und 3). Sie sind deshalb als echte Noven zu den Akten zu nehmen. Allerdings hat die Beklagte, wie der Kläger zu Recht geltend macht, im vorinstanzlichen Verfahren nie geltend gemacht, dem Kläger sei gar kein Schaden entstanden, weil das Invalideneinkommen fast doppelt so hoch sei wie der bei ihr versicherte Lohn (KG amtl.Bel. 1 S. 2 Bst. B ad. 4, KG amtl.Bel. 8 S. 5 ff. ad. 4 Ziff. 11 ff.; vgl. BG Klageantwort und Duplik). Wie den vom Kläger aufgelegten Urkunden zu entnehmen ist, hat die Beklagte mit Schreiben vom 29. November 2013 bei der IV-Stelle \_\_\_\_\_ Einsicht in deren Akten beantragt (KG kläg.Bel. 15). Unklar ist, ob die Beklagte in der Folge laufend betreffend das Verfahren informiert worden ist und insbesondere, ob ihr der Abklärungsbericht für Selbstständigerwerbende vom 9. Oktober 2014 gleich nach Erstellung zugegangen ist (KG kläg.Bel. 16). Gestützt auf den Verteiler ist indes davon auszugehen, dass sie das Schreiben vom 13. Oktober 2014 erhalten hat, in dem das Validen- und Invalideneinkommen festgehalten werden und in Aussicht gestellt wird, dass der Kläger keine Invalidenrente zugesprochen erhalten werde (KG kläg.Bel. 17). Da diese Tatsachen nicht ohne Verzug vorgebracht worden sind und nicht dargetan ist, dass sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten vorgebracht werden können, sind sie als unechte Noven unbeachtlich.

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Lohnausfallversicherung Ausgabe 2008 (nachfolgend: AVB) wurden bereits vor erster Instanz aufgelegt (BG kläg.Bel. 11). Mit Ausnahme der Lohnsummendeklaration 2014, datierend vom 13. Januar 2015, handelt es sich bei allen vom Kläger aufgelegten Urkunden um solche, die vor dem Urteilszeitpunkt entstanden sind. Sie sind grundsätzlich nicht zu den Akten zu nehmen, nachdem nicht dargetan oder ersichtlich ist, dass sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz hätten eingereicht werden können (KG kläg.Bel. 2-17 und 19, KG amtl.Bel. 8). Zu den Akten zu nehmen sind allerdings \_\_\_\_\_ KG \_\_\_\_\_ kläg. Bel. 15 ff., weil – wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt – erst die Auflage der IV-Verfügung vom 15. Dezember 2014 durch die Beklagte hiezu Anlass gegeben hat. Als echtes Novum ist die Lohnsummendeklaration 2014 zu den Akten zu nehmen (KG kläg.Bel. 18).

Auf die Ausführungen der Parteien vor Kantonsgericht wird, soweit erforderlich, in den folgenden Erwägungen zurückgekommen.

## 2.

### 2.1.

Die Vorinstanz erwog, Art. 1.1 AVB umschreibe nur gerade den Zweck der Kollektivkrankentaggeldversicherung. Die Leistungsvoraussetzungen würden in Art. 8.1.4 und 8.2.1 AVB umschrieben. Vorausgesetzt sei eine Arbeitsunfähigkeit zu mindestens 25 % infolge Krankheit. Die Leistung bemesse sich nach dem vereinbarten Versicherungsumfang und den vorliegenden Versicherungsbedingungen und dürfe den entgangenen Verdienst bzw. die vereinbarte

festen Lohnsumme nicht übersteigen. Man müsse eher von einer Summenversicherung ausgehen, da ein Schaden im Rechtssinne nicht Leistungsvoraussetzung sei, sondern nur Bemessungsgrundlage. Die Frage könne aber offen gelassen werden, fehle es doch an der Zumutbarkeit der von der Beklagten konkretisierten Schadenminderungspflicht des Klägers (BG-Urteil E. 5.1). Im Privatversicherungsgeschäft gelte grundsätzlich die Privatautonomie der Parteien und das Privatversicherungsrecht basiere auf dem Grundsatz "pacta sunt servanda". In der Sozialversicherung gehe es grundsätzlich um lebenslange Renten, in der Privatversicherung um Taggelder bis 730 Tage pro Leistungsfall. Der Versicherungsnehmer bezahle die Prämien für den versicherten Lohn und könne dann bei Risikoeintritt grundsätzlich die dem Lohn angepasste Leistung der Versicherung erwarten. Es gehe nicht an, dass die Beklagte den Lohn eines günstigeren Ersatzangestellten einsetze, um die Versicherungsleistung zu bemessen. Die Höhe der Prämien werde im Hinblick auf den Risikoeintritt berechnet, sodass Versicherungsleistungen für eine Versicherung tragbar sein sollen. Wie der Kläger zu Recht vorbringe, habe die Beklagte bei Versicherungsabschluss den Betrieb des Klägers kennen müssen und auch um die Höhe des zu versichernden klägerischen Einkommens gewusst. Nun unter dem Titel der Schadenminderungspflicht dem Kläger einen tieferen Lohn anrechnen zu wollen, verstosse klar gegen Treu und Glauben und den Grundsatz von "pacta sunt servanda" (BG-Urteil E. 6.3).

## 2.2.

Die Beklagte trägt in der Berufung im Wesentlichen vor, das Invalideneinkommen sei gemäss Verfügung der Invalidenversicherung mit Fr. 472'050.-- (Geschäftsergebnis plus AHV-pflichtiges Gehalt 2013) fast doppelt so hoch wie der bei ihr versicherte Lohn von Fr. 250'000.--. Der Kläger habe somit gar keinen Schaden erlitten und die Beklagte sei schon deshalb nicht leistungspflichtig. Entgegen der vorinstanzlichen Auffassung handle es sich eindeutig um eine Schadenversicherung. Eine solche liege namentlich dann vor, wenn – wie hier – die Leistungen des Versicherers an den tatsächlichen Einkommensausfall des Versicherten anknüpften, nicht jedoch dann, wenn weder Leistungsgrund noch Leistungshöhe vom Schaden abhängen würden. Entscheidend sei die Formulierung der Vertragsbedingungen. Der Kläger habe seinen AHV-pflichtigen Lohn (begrenzt auf Fr. 250'000.--) bei der Klägerin versichert. Eine Leistungspflicht setze somit zum einen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und zum andern einen dadurch verursachten Erwerbsausfall in der Höhe des entgangenen Verdienstes voraus. Die Argumentation der Vorinstanz, wonach der Grundsatz "pacta sunt servanda" eine Berufung auf die Schadenminderungspflicht ausschliesse, sei nicht stichhaltig. Ansonsten wäre die Schadenminderungspflicht in der Privatversicherung bedeutungslos. Auch wenn der Kläger als in seiner eigenen Gesellschaft Beschäftigter grundsätzlich als Arbeitnehmer gelte, ändere dies nichts daran, dass er faktisch als Inhaber, Organ und Geschäftsführer einen wesentlichen Einfluss auf die Geschäftspolitik und die Geschäftsentwicklung habe. Deshalb wäre ihm mindestens die Einstellung eines Ersatzangestellten zumutbar, weil ein vernünftig denkender Mensch in der gleichen Lage diese Massnahme ergreifen würde, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte, um den Geschäftsgewinn möglichst hoch zu halten. Unter Berücksichtigung der Anstellung eines Ersatzangestellten für die körperlich schweren Arbeiten ergebe der Lohn-

vergleich eine Arbeitsunfähigkeit von unter 25 %, weshalb seit 1. August 2013 kein Leistungsanspruch des Klägers gegenüber der Beklagten mehr bestehe (KG amtl.Bel. 1).

### **2.3.**

Der Kläger entgegnet, in Art. 8.1.4 und 8.2.1 AVB werde als einzige Leistungsvoraussetzung eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % infolge Krankheit erwähnt. Der Eintritt eines Einkommensverlusts stelle keine Leistungsvoraussetzung dar. Der Hinweis in Art. 8.2.1 AVB auf den durch den Versicherungsfall entgangenen Verdienst bzw. die vereinbarte feste Lohnsumme diene lediglich der Sicherung. Im konkreten Fall wären die Taggelder bei einer vollen Arbeitsunfähigkeit nicht höher als die versicherte Lohnsumme. Die Parteien hätten bewusst nicht den tatsächlichen Lohn, sondern eine feste Lohnsumme und somit eine Summenversicherung gewählt. Das IV-Einkommen, auf das sich die Beklagte berufe, sei nicht zutreffend berechnet worden, indem die Versicherungsleistungen und der Unternehmensgewinn fälschlich bei der Berechnung des Invalideneinkommens angerechnet worden seien. Die Beklagte bestätige indirekt, dass eine Summenversicherung vorliege. Andernfalls müsste bei einem Valideneinkommen gemäss IV-Beurteilung von Fr. 553'549.-- und einem versicherten Lohn von Fr. 250'000.-- eine Arbeitsunfähigkeit von 66 % vorliegen, damit die Leistungspflichthürde von 25 % Arbeitsunfähigkeit überschritten würde und der Versicherungsnehmer Anspruch auf Taggelder hätte. Um 50%ige Taggelder zu erhalten, müsste eine Arbeitsunfähigkeit von 77,4 % vorliegen. Kein vernünftiger Mensch schliesse eine solche Versicherung ab. Das tatsächliche Einkommen des Klägers sei den Parteien offensichtlich bekannt gewesen und als einzig sinnvolle Versicherungsvariante habe sich in dieser Situation eine Summenversicherung mit einer festen Lohnsumme aufgedrängt. Es könne nicht sein, dass die Prämien auf dem tatsächlichen, hohen Einkommen bezahlt würden, im Versicherungsfall aber ein geringeres Einkommen eines Ersatzangestellten berücksichtigt werde, welches zu versichern deutlich weniger Prämien gekostet hätte. Eine Umstrukturierung des Betriebs sei nicht zumutbar. Er habe Anspruch auf die von der Vorinstanz zugesprochenen Leistungen (KG amtl.Bel. 8).

### **2.4.**

Vorab ist festzuhalten, dass die beklaglichen Ausführungen, wonach unter Berücksichtigung der Anstellung eines Ersatzangestellten der Lohnvergleich eine Arbeitsunfähigkeit von unter 25 % ergebe, weshalb kein Leistungsanspruch bestehe, abwegig sind (KG amtl.Bel. 1 S. 5). Bei der Arbeitsunfähigkeit geht es um die Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten und nicht um Lohnvergleiche. Gemäss Art. 8.1.4 AVB liegt entsprechend Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Unfall oder Geburt ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben (BG kläg.Bel. 11).

### **2.5.**

#### **2.5.1.**

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts unterscheiden sich die Schaden- und Summenversicherung durch ihren Zweck. In der Summenversicherung sind die Versicherungsleis-

tungen unabhängig davon geschuldet, ob das versicherte Ereignis eine Vermögensverminderung bzw. einen Schaden im Rechtssinne bewirkt hat und wie hoch dieser allenfalls ist. Ausschlaggebend ist die Störung in der Vermögensplanung. Ein bestimmter Betrag wird entrichtet, wobei der Verwendungszweck letztlich irrelevant ist. In der Schadenversicherung ist die Versicherungsleistung dazu bestimmt, einen Schaden ganz oder teilweise auszugleichen, der als Folge des versicherten Ereignisses eintritt und der eine selbstständige Voraussetzung der Leistungspflicht und gleichzeitig das Kriterium für die Bemessung der Leistung ist. Es ist indes durchaus möglich, dass die Parteien die Deckung eines Schadens durch einen im Voraus vereinbarten pauschalen Betrag vorsehen. Ein solches Vorgehen macht die vereinbarte Pauschalleistung nicht zu einer Summenversicherungsleistung. Ist der Charakter einer Versicherungsleistung umstritten, ist durch Auslegung der AVB zu ermitteln, was die Parteien gewollt haben (Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz. 2.73 ff. mit Hinweisen; Schaer, Modernes Versicherungsrecht, Bern 2007, § 4 Rz. 51 f. und § 22 Rz. 60). Dass Leistungen aus Summenversicherung – im Gegensatz zu solchen aus Schadenversicherung – weder den Eintritt eines Schadens voraussetzen noch anhand der erlittenen Vermögenseinbusse bemessen werden, bedeutet nicht, es gebe bei dieser Versicherungsart keine Schadenminderungspflicht (BGE 128 III 34 E. 3b).

In der Krankengeldversicherung wird der Leistungsanspruch durch das im Gesetz oder in den Statuten verlangte Mass an Arbeitsunfähigkeit des Versicherten im zuletzt ausgeübten Beruf ausgelöst und begründet. Arbeitsunfähigkeit bedeutet hier Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen. Entsprechend enthält das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) keinen Hinweis, dass bei erwerbstätigen Versicherten ein bestimmter krankheitsbedingter Erwerbsausfall Anspruchsvoraussetzung sei (BGE 114 V 281 E. 3c; Art. 67 ff. KVG, insbesondere Art. 72 Abs. 2 und 4 KVG).

### **2.5.2.**

Wie bereits ausgeführt, hat die Firma B. mit der Beklagten eine Kollektivkrankentaggeldversicherung für ihre Arbeitnehmenden abgeschlossen und sämtliche Angestellten auf der Basis des AHV-Lohns versichert, wobei der Deckungsumfang betreffend den Kläger auf Fr. 250'000.– limitiert worden ist. Eine fortdauernde Arbeitsunfähigkeit des Klägers zu 50 % für schulterbelastende Tätigkeiten und Überkopfarbeiten in seiner bisherigen Tätigkeit infolge Krankheit ist ebenso unstrittig. Vorliegend hat die Vorinstanz zutreffend ausgeführt, dass die Leistungsvoraussetzungen in Art. 8.1.4 AVB umschrieben werden, eine Arbeitsunfähigkeit zu mindestens 25 % infolge Krankheit vorausgesetzt ist und sich die Leistung gemäss Art. 8.2.1 AVB nach dem vereinbarten Versicherungsumfang und den vorliegenden Versicherungsbedingungen bemisst sowie den entgangenen Verdienst bzw. die vereinbarte feste Lohnsumme nicht übersteigen darf (BG-Urteil E. 5.1, BG kläg.Bel. 11). Ein Schaden im Rechtssinne ist gemäss dem Wortlaut von Art. 8.1 AVB nicht Leistungsvoraussetzung (BG kläg.Bel. 11).

Die Beklagte verweist zwar auf Art. 1.1 AVB, die den Zweck der Versicherung beschreibt, und Art. 7.2.2 und 7.3 AVB, wo es um den Versicherungsumfang geht, und macht geltend, eine

Leistungspflicht ihrerseits setze zum einen eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und zum andern einen dadurch verursachten Erwerbsausfall in der Höhe des entgangenen Verdienstes voraus. Sie setzt sich allerdings nicht mit den zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen auseinander, wonach Art. 8.1 AVB, der die Leistungsvoraussetzungen definiert, einen Schaden im Rechtssinn gerade nicht voraussetzt. Auch legt sie nicht dar, woraus sich ergeben soll, dass die Leistungen des Versicherers vorliegend an den tatsächlichen Einkommensausfall des Versicherten anknüpfen sollen (vgl. KG amtl.Bel. 1 S. 3 f.).

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass schliesslich und subsidiär mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen wären. Immer dann, wenn die übrigen Auslegungselemente nicht sicher einen andern Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (BGer-Urteil 5C.21/2007 vom 20.4.2007 E. 3.1 mit Hinweisen).

Gestützt auf diese Erwägungen ist mithin die Vorinstanz zu Recht eher von einer Summenversicherung ausgegangen, da ein Schaden im Rechtssinne nicht Leistungsvoraussetzung ist. Mit ihr ist im Übrigen davon auszugehen, dass diese Frage letztlich offengelassen werden kann (vgl. BGE 128 III 34 E. 3b f.; BG-Urteil E. 5.1).

## **2.6.**

### **2.6.1.**

Die vorinstanzlichen Feststellungen, wonach es dem Kläger in subjektiver Hinsicht nicht zugemutet werden könne, sich im Bereich der administrativen Belange auszubilden und auf Kosten seiner Frau, welche über die nötige Ausbildung verfüge, 50 % ihres Pensums zu übernehmen, blieben unangefochten. Es hat somit sein Bewenden bei den zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen. Dass der Kläger sich nebst seiner Frau zusätzlich 50 % im Büro betätigen solle, verlangt auch die Beklagte zu Recht nicht (vgl. BG-Urteil E. 6.3).

Die Vorinstanz hielt fest, die Frage sei nur, ob der Kläger im Rahmen der Schadenminderungspflicht verpflichtet sei, seinen Teilausfall im Betrieb selber zu tragen, oder ob eine Taggeldversicherung, welche er gerade für den Fall seiner Arbeitsunfähigkeit als Arbeitnehmer abgeschlossen habe, diesen Aufwand übernehmen müsse. Entsprechend wird seitens der Beklagten die vorinstanzliche Feststellung angefochten, sie habe dem Kläger nicht vorzuschreiben, wie er die Firma zu führen habe bzw. ob dieser infolge seiner körperlich bedingten teilweisen Arbeitsunfähigkeit einen Ersatzangestellten im handwerklichen Bereich einstellen müsse, habe er als Geschäftsführer der Firma B. selber zu entscheiden (KG amtl.Bel. 1; vgl. BG-Urteil E. 6.3).

### **2.6.2.**

Mit dem Eintritt des versicherten Ereignisses wandelt sich die Schadenverhütungspflicht in eine inhaltsgleiche Schadenminderungspflicht um. Dies gilt auch für als Summenversicherungen ausgestaltete Personenversicherungen. Art. 61 des Bundesgesetzes über den Versiche-

rungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) auferlegt dem Versicherten die Pflicht, tunlichst für die Kleinhaltung oder Minderung des Schadens zu sorgen. Dieses "tunlichst" soll auch ein subjektives Moment enthalten, indem nicht ein Durchschnittsmassstab ausschlaggebend ist, sondern dasjenige, das dem betroffenen Anspruchsberechtigten selber, und zwar unter den gegebenen Umständen, möglich und zumutbar sei. Die Zumutbarkeit wird dabei wie folgt gewertet: "Wo es (...) um die Zusprechung oder Anpassung (...) einzelner Eingliederungsleistungen (...) geht, ist bei der Berufung auf die Schadenminderungspflicht Zurückhaltung geboten. Massstab für die Zumutbarkeit ist das Verhalten, das vom Versicherten erwartet werden könnte, wenn er nicht versichert wäre." Das Bundesgericht ist indes nur bei grobfahrlässiger Verletzung der Schadenminderungspflicht bereit, Rechtsfolgen zuzulassen. Eine vollständige Leistungsverweigerung sei ausschliesslich bei Absicht angezeigt und nur ein grober Fehler könne eine Leistungskürzung rechtfertigen. Vorbehalten bleiben Fälle, in denen die Dispositionen des Versicherten nach den Umständen als geradezu unvernünftig oder rechtsmissbräuchlich betrachtet werden müssen (Schaer, a.a.O., § 17 Rz. 10, 13 ff. und 22; Fuhrer, a.a.O., Rz. 11.48 mit Hinweis auf BGer-Urteil 5C.18/2006 vom 18.10.2006; Süsskind, Basler Komm., Nachfolgebänd, Basel 2012, Art. 61 VVG ad N 1). Massnahmen, die sich leistungsreduzierend auswirken, aber nicht beim Schaden, sondern beim versicherten Ereignis ansetzen, können gemäss Fuhrer mit den Interessen des Versicherers begründet und deshalb vom Versicherten verlangt werden. Ein Berufswechsel könne deshalb verlangt werden, wenn er zu einer Reduktion der Arbeitsunfähigkeit führe (und im Übrigen zumutbar sei), nicht aber, wenn er bei gleich bleibender Arbeitsfähigkeit lediglich zu einer besseren Bezahlung der Arbeitsleistung führe (vgl. Besprechung des BGer-Urteils 4A\_304/2012 vom 14.11.2012 = BGE 138 III 799, nur teilweise amtlich publiziert, auf [www.stephan-fuhrer.ch](http://www.stephan-fuhrer.ch)). Im konkreten Fall ist eine Interessenabwägung vorzunehmen. Überwiegt das schützenswerte Interesse des Versicherungsnehmers, eine konkrete Vorkehr zu unterlassen, dasjenige des Versicherers, eine solche durchzuführen, ist sie nicht zumutbar. Bei Personenschäden wird stark auf die Person des Verletzten eingegangen und es werden angesichts des subjektivierten Verschuldensbegriffs in der Gerichtspraxis weniger strenge Anforderungen an die Schadenminderungspflicht gestellt (Hönger/Süsskind, Basler Komm., Basel 2001, Art. 61 VVG N 14 ff.).

Der Versicherer trägt die Beweislast dafür, dass der Anspruchsberechtigte die Schadenminderungspflicht verletzt hat. Dazu gehört auch der Beweis, dass die versäumten Schadenminderungsmassnahmen zumutbar waren (Hönger/Süsskind, a.a.O., Art. 61 VVG N 30).

### **2.6.3.**

Bei der Firma B. handelt es sich unbestritten um ein Familienunternehmen mit lediglich elf Angestellten. Bei einem kleinen Unternehmen wie diesem ist eine Umstrukturierung, Ausweitung bzw. Veränderung der Anstellungen nicht ohne Weiteres möglich. Die von der Beklagten vom Kläger verlangte Massnahme, einen Arbeitnehmer einzustellen, setzt im Übrigen nicht beim versicherten Ereignis der Arbeitsfähigkeit des Klägers, sondern beim Schaden an. Aber auch wenn der beklagten Meinung zu folgen wäre, dass der Kläger grundsätzlich im Rahmen seiner Schadenminderungspflicht einen günstigeren Ersatzangestellten einzustellen ha-

be, wäre ihm dies vorliegend subjektiv nicht zumutbar. Die Beklagte hat dem Kläger insgesamt maximal während 730 Tagen Versicherungsleistungen zu erbringen und erbrachte die Leistung bereits für die Zeit vom 30. Juli 2012 bis 31. Juli 2013 (BG kläg.Bel. 1, 3 und 6). Angesichts des fortgeschrittenen Alters des Klägers (geb. 3.11.1957) kann weniger als bei einem Jungunternehmer, der noch lange das eigene Geschäft zu führen gedenkt, der Anspruch erhoben werden, dass er den Betrieb dermassen umgestaltet. Insbesondere deshalb und aufgrund der Schwierigkeit, nur für die kurze verbleibende Zeit einen Teilzeitangestellten zu finden und in den kleinen Betrieb einzugliedern, könnte eine solche Massnahme vom Kläger nicht verlangt werden. Die Dispositionen des Klägers waren bzw. sind nach den Umständen somit keineswegs als geradezu unvernünftig oder rechtsmissbräuchlich zu bezeichnen.

Die Beklagte macht geltend, ein vernünftig denkender Mensch in der gleichen Lage würde einen Ersatzangestellten einstellen, wenn er keinerlei Ersatz von Dritten zu erwarten hätte, um den Geschäftsgewinn möglichst hoch zu halten (KG amtl.Bel. 1 S. 5). Dies ist keine substantiierte Auseinandersetzung mit den vorinstanzlichen Ausführungen, weshalb es dem Kläger nicht zumutbar sei, einen Ersatzangestellten einzustellen (vgl. oben E. 1.1). Der Hinweis auf den BGE 133 V 504 E. 4.2 ist im Übrigen unbehelflich, geht es doch dort zum einen um die Zusprechung einer (unbefristeten) IV-Rente und zum andern erfolgte dies im Zusammenhang mit der Führung eines Haushalts.

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführt, verstösst es klar gegen Treu und Glauben und den Grundsatz von "pacta sunt servanda", nun unter dem Titel der Schadenminderungspflicht dem Kläger einen tieferen Lohn anrechnen zu wollen. Das schützenswerte Interesse des Klägers, keinen Ersatzangestellten einzustellen, überwiegt jenes der Versicherung, dass er einen einstellt. Mit der Vorinstanz ist somit davon auszugehen, dass es dem Kläger nicht zumutbar ist, jemanden im handwerklichen Bereich einzustellen und sich nur dessen Lohn von der Versicherung vergüten zu lassen. Es kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Ausführungen verwiesen werden (BG-Urteil E. 6.3).

#### **2.6.4.**

Die Beklagte substantiiert den Vorhalt, der Kläger müsse im Rahmen der Schadenminderungspflicht seinen Betrieb so organisieren, dass er trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen einen möglichst hohen Gewinn erzielen könne – mit Ausnahme des oben abgehandelten Ersatzangestellten –, nicht weiter (KG amtl.Bel. 1 S. 5). Es hat somit sein Bewenden dabei, dass eine Verletzung der klägerischen Schadenminderungspflicht zu verneinen bzw. nicht erstellt ist und die Beklagte dem Kläger die eingeklagten Taggelder für seine 50%ige Arbeitsunfähigkeit schuldet.

#### **2.7.**

Unangefochten geblieben ist der Verzugszins, wobei es sein Bewenden hat (KG amtl.Bel. 1 S. 5; BG-Urteil E. 8).

**2.8.**

Zusammenfassend ist keine falsche Rechtsanwendung oder falsche Sachverhaltsfeststellung durch die Vorinstanz dargetan. Somit ist die Berufung vollumfänglich abzuweisen.

**3.**

Die unterliegende Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG werden im Entscheidungsverfahren keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. f ZPO). Parteientschädigungen sind auf Antrag zuzusprechen (vgl. Rüegg, Basler Komm., 2. Aufl. 2013, Art. 114 ZPO N 1).

Die Gebühr für den Rechtsvertreter des Klägers wird gestützt auf die in § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Kosten in Zivil-, Straf- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren (JusKV; SRL Nr. 265) erwähnten Kriterien sowie auf § 31 Abs. 2 i.V.m. §§ 6 Abs. 2 und 9 JusKV bei einem Gebührenrahmen von Fr. 500.-- bis Fr. 4'200.-- antragsgemäss auf Fr. 4'002.50 zuzüglich Fr. 54.50 Auslagen und 324.55 MWST festgesetzt.

Der vorinstanzliche Kostenspruch wird bestätigt.

**4.**

Der Streitwert beträgt Fr. 41'918.15 (Art. 51 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110]).

## **Demnach erkennt das Kantonsgericht:**

**1.**

Die Beklagte hat dem Kläger Fr. 41'918.15 nebst 5 % Zins seit 1. November 2013 zu bezahlen.

**2.**

Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Die Parteikosten in beiden Instanzen gehen zu Lasten der Beklagten.

Die Beklagte hat dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 8'090.30 (inkl. Fr. 127.-- Auslagen und Fr. 599.30 MWST) und für das Berufungsverfahren eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 4'381.55 (inkl. Fr. 54.50 Auslagen und Fr. 324.55 MWST) zu bezahlen. Insgesamt hat die Beklagte dem Kläger demnach Fr. 12'471.85 zu bezahlen.

**3.**

Gegen zivilrechtliche Entscheide des Kantonsgerichts kann innert 30 Tagen nach den Bestimmungen des Bundesgerichtsgesetzes beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, Beschwerde in Zivilsachen eingereicht werden. Die Beschwerdeschrift ist im Doppel einzureichen. Sie muss einen Antrag und dessen Begründung enthalten. Der angefochtene Entscheid und die Beweisurkunden sind beizulegen.

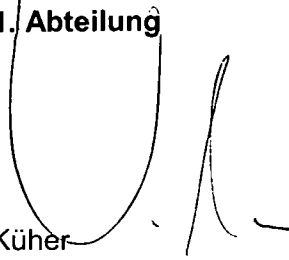
**4.**

Dieses Urteil wird zugestellt an:

- Parteien
- Bezirksgericht Luzern, Abteilung 1
- nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern (Art. 49 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [VAG; SR 961.01])

**Kantonsgericht**

**1. Abteilung**



Küher  
Präsident



Iseli  
Gerichtsschreiber

Versand:

**26. Aug. 2015**