



I Kammer

Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende  
Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter  
Ersatzrichter Wilhelm  
Gerichtsschreiber Klemmt

## Urteil vom 25. September 2017

in Sachen

A.

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Daniel Christe

gegen

### X. Versicherungen

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Eva Pouget-  
Hänseler

## Sachverhalt:

1.

- 1.1 A., geboren 1970, arbeitete seit 1998 als Finanzberater für die Firma B. (nachfolgend: B; vgl. Urk. 2/2/4). Die Arbeitgeberin hatte für ihre Mitarbeiter bei der X. Versicherungen (nachfolgend: X.) für krankheitsbedingten Erwerbsausfall eine Taggeldversicherung abgeschlossen (Police Nr. \_\_\_\_\_, gültig ab 1. Januar 2011; Urk. 2/9/Bl). Für die Personengruppe 1, zu der A. gehörte, war für die Dauer von 730 Tagen, abzüglich einer Wartefrist von 14 Tagen, ein Taggeld im Umfang von 80 % des Verdienstes versichert (Urk. 2/9/Bl S. 4; vgl. auch Urk. 2/2/1).
- 1.2 Ab 1. September 2011 wurde dem Versicherten ärztlich eine krankheitsbedingte vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert (vgl. Schadenmeldung vom 20. September 2011 sowie diverse Arztatteste und -berichte; Urk. 2/2/4-7). Ab 15. September 2011 richtete die X. Taggelder aus (Fr. 422.54 entsprechend 80 % des in der Schadenmeldung angegebenen Verdienstes von Fr. 192'781.50 pro Jahr; Urk. 2/2/8/1-5). Die Taggeldzahlungen erfolgten bis und mit dem 29. Februar 2012 (vgl. Urk. 2/2/8/5). Gemäss vertrauensärztlicher Beurteilung bestand ab 1. März 2012 wieder eine volle Arbeitsfähigkeit (Urk. 2/2/7 S. 3). Bereits zuvor, das heisst am 31. Januar 2012, hatten der Versicherte und die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis per sofort einvernehmlich aufgehoben (Urk. 2/2/3).
- 1.3 In der Nacht vom 22. auf den 23. Februar 2013 liess sich der Versicherte notfallmässig ambulant in der Klinik F. in \_\_\_\_\_ behandeln (Urk. 2/2/12). Hernach folgten Abklärungen im Hinblick auf die weitere Behandlung des Versicherten (vgl. Urk. 2/2/13 und Urk. 2/9/B6). Ab dem 25. März bis zum 19. April 2013 liess sich der Versicherte stationär in der Herberge G. in \_\_\_\_\_ behandeln (Urk. 2/2/14). Darauf folgte im Sinne einer Nachbehandlung ein Gesundheits- und Beruf coaching bei der Firma H. in Zusammenarbeit mit dem Hausarzt Dr. med. D., Facharzt für Allgemeinmedizin (Urk. 2/2/15). Ab dem 17. September 2013 befand sich der Versicherte sodann in Behandlung bei Dr. med. C., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie (Urk. 2/2/23). Für die Zeit ab Aufnahme der Behandlung im Februar 2013 attestierten sowohl Dr. D. als auch Dr. C. Arbeitsunfähigkeiten (Urk. 2/2/16/1-5, Urk. 2/2/17, Urk. 2/2/21, Urk. 2/2/23). Die Ausrichtung weiterer Taggeldzahlungen für die Zeit ab März 2012 lehnte die X. jedoch ab (vgl. Urk. 2/2/26, Urk. 2/2/28).

2. Am 13. Dezember 2013 erhob der Versicherte Klage gegen die X. Er stellte das Rechtsbegehren, die X. sei zu verpflichten, ihm Fr. 231'551.92 zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2014 zu bezahlen (Urk. 2/1). Die X. beantragte in der Klageantwort vom 4. März 2014 die Abweisung der Klage (Urk. 2/8). In Replik (Urk. 2/13) und Duplik (Urk. 2/17) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Mit Urteil vom 29. Mai 2015 wies das hiesige Gericht die Klage ab (Urk. 2/22). Die dagegen erhobene Beschwerde ans Bundesgericht (vgl. Urk. 2/24) hiess dieses teilweise gut, hob das Urteil vom 29. Mai 2015 auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an das hiesige Gericht zurück (Urk. 1). Die Parteien hatten in der Folge Gelegenheit, zum bundesgerichtlichen Entscheid Stellung zu nehmen (Urk. 4). Der Kläger liess sich am 27. Januar 2016 und die Beklagte am 9. Februar 2016 vernehmen. Der Kläger beantragte neu, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 132'255.-- zuzüglich 5 % Zins seit 1. Januar 2014 zu bezahlen. Die Beklagte beantragte nach wie vor die Abweisung der Klage (Urk. 6, Urk. 8). In den weiteren Stellungnahmen vom 8. Dezember 2016 (Beklagte; Urk. 17) und vom 23. Januar 2017 (Kläger; Urk. 20) hielten die Parteien an ihren Standpunkten fest.

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1. Zur örtlichen und sachlichen Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts in Streitigkeiten betreffend Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG), zur Sachverhaltsfeststellung und zur Beweiswürdigung wurde im Urteil KK.2013.00044 vom 29. Mai 2015 (Urk. 2/22) bereits Stellung genommen (E. 2). Darauf wird verwiesen.
2. Das Bundesgericht erkannte im Urteil 4A\_360/2015 vom 12. November 2015 (Urk. 1), anders als im vorinstanzlichen Verfahren sei die Arbeitsfähigkeit des Klägers für die Zeit vom 1. März 2012 bis zum 21. Februar 2013 nicht mehr strittig (E. 3). Sodann erkannte das Bundesgericht, in der Zeit ab dem 22. Februar 2013 habe wiederum eine Arbeitsunfähigkeit vorgelegen (E. 4) und es sei ab dann von einem Erwerbsausfall und damit von einem Schaden auszugehen (E. 6). Schliesslich hielt das Bundesgericht fest, die Parteien bejahten übereinstimmend den Versicherungsschutz, sofern es sich bei der im Februar 2013 aufgetretenen Erkrankung um einen Rückfall handle. Ob ein Rückfall vorliege habe die Vorinstanz zu prüfen, ebenso die Dauer der Arbeitsunfähigkeit

(insbesondere ab Ende Juni 2013). Schliesslich sei zu beurteilen, ob eine Verletzung der Schadenminderungspflicht vorliege und ob Leistungen Dritter anzurechnen seien (E 5, E 7).

3.

- 3.1 Der Kläger geht bezüglich der erneuten Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2013 von einem Rückfall im Sinne der Versicherungsbedingungen zur Krankheits-Lohnausfallversicherung nach VVG (VB VVG) aus. Sowohl in den ärztlichen Berichten bis Februar 2012 als auch in denjenigen ab Februar 2013 sei praktisch identisch von einer durch die berufliche Überlastung und die schwierige familiäre Situation ausgelösten Erschöpfungsdepression und einem Burnout die Rede. Die psychiatrischen Fachärzte Dr. med. E., Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie (bei der ersten Erkrankung), und Dr. med. I., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie und Oberarzt der Klinik F. (nach dem Rückfall), hätten identisch eine Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion diagnostiziert. Die gestellten Diagnosen, die erhobenen Befunde und die in den Berichten wiedergegebenen Anamnesen zeigten, dass es sich um dieselbe psychische Erkrankung handle. Da die beiden Phasen mit Arbeitsunfähigkeit weniger als 12 Monate unterbrochen gewesen seien, liege ein Rückfall vor (Urk. 6 S. 3 ff. Ziff. 2, Urk. 20 S. 3 Ziff. 5).

Die Beklagte führte aus, es fehle am Nachweis eines Rückfalles. Die einjährige Arbeitsfähigkeit nach der ersten, im September 2011 aufgetretenen Erkrankung zeige, dass der erneuten Arbeitsunfähigkeit ab dem 22. Februar 2013 eine andere Erkrankung zu Grunde gelegen haben müsse. Seit September 2011 habe der Kläger nicht mehr gearbeitet. Die berufliche Überlastung habe im Februar 2013 somit nicht mehr der Auslöser für die Anpassungsstörung und die depressive Reaktion sein können. Nach der erneuten Erkrankung seien in den ärztlichen Berichten als Belastungsfaktoren Arbeitslosigkeit, finanzielle Engpässe und die familiäre Situation genannt worden. Dies schliesse das Vorliegen eines Rückfalls aus (Urk. 8 S. 7 Rz 18, Urk. 17 S. 3 f. Rz 8-11).

- 3.2 Zum Rückfall enthalten die VB VVG die nachfolgende Definition (Ziff. 8.7): Das erneute Auftreten einer Krankheit (Rückfall) gilt hinsichtlich Leistungsdauer und Wartefrist - sofern diese pro Krankheit vereinbart wurden - als neuer Krankheitsfall, wenn der Versicherte ihretwegen während 12 Monaten ununterbrochen nicht arbeitsunfähig war (Urk. 2/2 S. 7).

- 3.3 Im Bericht vom 12. Dezember 2011 hielt Dr. D. fest, der Kläger leide unter psychischer Erschöpfung, an Schlaf- und Konzentrationsstörungen. Es bestehe der Verdacht auf ein Burnout. Seit Jahren habe der Kläger nur die Arbeit gekannt. Das Familienleben sei praktisch inexistent gewesen (Urk. 2/6).

Der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. E., führte in seinem Bericht vom 24. Januar 2012 aus, ursächlich für die Arbeitsunfähigkeit ab Herbst 2011 sei eine psychophysische Erschöpfung gewesen. Am Arbeitsplatz sei es zu erheblichen Spannungen und Teamkonflikten gekommen. Parallel dazu habe sich eine private Beziehungskrise entwickelt. Die Ehegattin habe den Kläger schliesslich 2009 verlassen und lebe seither zusammen mit dem gemeinsamen Sohn in ihrem Herkunftsland Spanien. Dr. E. fasste nach einer Untersuchung des Klägers zusammen, aufgrund von Vorgeschichte, Beschwerdeschilderung, bisherigem Krankheitsverlauf und aktuellem Befund sei beim Kläger eine Anpassungsstörung mit längerer depressiver Reaktion (ICD-10 F43.21) zu diagnostizieren. Das Krankheitsbild sei mittlerweile fast vollständig remittiert (Urk. 2/7 S. 3).

Die Ärzte der Klinik F. berichteten am 26. Februar 2013, der Kläger habe sich auf Empfehlung seines Arztes im Zusammenhang mit einer Exazerbation einer Burnout-Problematik vorgestellt. Unmittelbarer Anlass sei eine suizidale Krise als Folge familiärer Belastungen gewesen. Als Diagnose nannten die Ärzte eine Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion und als Differentialdiagnose eine depressive Störung (Urk. 2/12).

Dem Bericht der Klinik J. vom 11. März 2013 ist zu entnehmen, mit dem Kläger sei am 8. März 2013 ein ambulantes Abklärungsgespräch geführt worden. Der Kläger sei sehr angespannt gewesen und habe umständlich und weitschweifig über seine innere Not berichtet. Eine grosse Anspannung und Verzweiflung seien dabei spürbar geworden. Die Stimmung sei gedämpft gewesen und es habe eine deutliche Einschränkung der Vitalgefühle vorgelegen. Das Denken sei eingeeengt gewesen und es seien Konzentrations- und Gedächtnisschwierigkeiten zu beobachten gewesen. Im formalen Denken hätten sich Auffälligkeiten in Form von Gedankenkreisen gezeigt und es habe eine ausgeprägte Rat- und Hoffnungslosigkeit bestanden. Der Kläger leide unter einer mittelschweren depressiven Episode mit somatischem Syndrom, teilweise agitiert (ICD-10 F32.11; Urk. 213 S. 1 f.).

- 3.4 Die Berichte betreffend die erste Erkrankung ab Herbst 2011 und diejenigen betreffend die erneute Erkrankung im Februar 2013 enthalten vergleichbare Diagnosen aus dem Formenkreis der depressiven Erkrankungen. Als Diagnose

genannt wurde für beide Phasen explizit eine Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion. Die (Differential)-Diagnose einer depressiven Störung respektive die Diagnose einer mittelschweren depressiven Episode mit somatischem Syndrom finden sich ebenfalls in Bezug auf die erste und die erneute Erkrankung.

Die Beklagte hinterfragte die ärztlichen Berichte nicht, vielmehr vertrat sie in erster Linie den Standpunkt, im Vergleich zum Herbst 2011 hätten bei der erneuten Erkrankung andere lebensgeschichtliche Umstände vorgelegen. Die berufliche Überlastung habe im Februar 2013 nicht mehr der Auslöser für die Erkrankung sein können. Das Arbeitsverhältnis sei mehr als 17 Monate zuvor aufgelöst worden und der Kläger habe seither nicht mehr gearbeitet. Im Vordergrund gestanden hätten vielmehr persönliche beziehungsweise familiäre Probleme (Urk. 17 S. 3 f. Rz 10).

Zutreffend ist, dass bei der erneuten Erkrankung unmittelbar keine Belastungen im Zusammenhang mit der Arbeit vorlagen. Der Kläger hatte nach der ersten Erkrankung im Herbst 2011 und nach der späteren Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit der B. (vgl. Urk. 2/4) keine Erwerbstätigkeit mehr aufgenommen. Indessen bestanden im Zeitpunkt der ersten Erkrankung bereits familiäre Probleme. Unbestrittenermassen hatte sich die Ehefrau im Jahr 2009 vom Kläger getrennt und zusammen mit dem Sohn im Ausland Wohnsitz genommen. Hinzu kam, worauf auch die Beklagte hinweist (Urk. 17 S. 3 Rz 10), der überraschende Tod des Vaters des Klägers. Familiäre und persönliche Probleme bestanden somit in beiden Krankheitsphasen. Zu beachten gilt es überdies, dass aufgrund der Definition des Rückfalls in den VB VVG („Das erneute Auftreten einer Krankheit [...]“, Ziff. 8.7) nicht das Fortbestehen eines lebensgeschichtlichen Ereignisses, sondern die Gleichartigkeit der Erkrankung entscheidend ist. Bezogen auf diesen Aspekt handelt es sich sowohl bei der im Herbst 2011 als auch bei der im Februar 2013 aufgetretenen Erkrankung um dieselbe Krankheit, so dass die Voraussetzungen für die Bejahung eines Rückfalls zu bejahen sind. Zwischen der Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nach der ersten Erkrankung und deren Wiederauftreten waren unbestrittenermassen weniger als 12 Monate vergangen.

4.

4.1 Zur Dauer der vollständigen Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2013 ist zu beachten, dass diese unbestrittener- respektive anerkanntermassen bis zum 21. Juni 2013 gedauert hat. Von der Beklagten bestritten wird hingegen das Vorliegen einer weiteren Arbeitsunfähigkeit ab dem 22. Juni 2013 bis und mit

dem 31. Dezember 2013 (Urk. 8 S. 3 Rz 8, Urk. 17 S. 4 ff. Rz 13 ff., Urk. 2/8 S. 8 Rz 30).

- 4.2 Mit ihrem Standpunkt, bis zum 21. Juni 2013 sei eine Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen, da Dr. D. den Kläger zu diesem Zeitpunkt letztmals gesehen habe (Urk. 17 S. 4 Rz. 14), stützt sich die Beklagte auf die vom Kläger eingereichte Stellungnahme von Dr. D. vom 29. Oktober 2013 (Urk. 2/2/21). In dieser und nicht im von der Beklagten erwähnten Attest vom 10. Juni 2013 (vgl. Urk. 2/2/16/5) erwähnte Dr. D. die letzte Konsultation vom 21. Juni 2013 und führte zur Frage des Verlaufs der Arbeitsunfähigkeit ab Juli 2013 aus, dies könne er nicht beurteilen, denn er könne über den momentanen Zustand nichts sagen (Urk. 2/2/21). Soweit der Kläger im Attest von Dr. D. vom 10. Juni 2013 (Urk. 2/2/16/5) eine nachvollziehbare (und gemäss Ziff. 8.1 lit. b VB VVG an sich zulässige) vorausbescheinigte Arbeitsunfähigkeit bis zum 30. Juni 2013 erblickt (Urk. 6 S. 7 Ziff. 3.4), kann ihm nach dem Gesagten nicht beigespflichtet werden. Daran ändert nichts, dass K. von der Firma H. im Bericht vom 5. Juni 2013 festhielt, vor dem beruflichen Wiedereinstieg müsse mit einer längeren Rekonvaleszenz gerechnet werden. K. ist kein Arzt. Dementsprechend äusserte er sich selber nicht zur Arbeitsfähigkeit, sondern verwies bezüglich deren Festlegung auf die ärztliche Beurteilung (Urk. 2/2/15).
- 4.3 Dr. C., der den Kläger ab 17. September 2013 behandelte, erachtete in der von diesem veranlassten (Anfrage des Klägers vom 28. Oktober 2013; Urk. 2/2/22) und nicht datierten Stellungnahme (bei der Beklagten eingegangen am 6. November 2013) die bisherige Tätigkeit als Finanzplaner auch künftig als nicht zumutbar. Hingegen attestierte er eine Arbeitsfähigkeit von 50 % in einer angepassten Tätigkeit mit geregelter Arbeitszeit, fixem Salär, im Innendienst und ohne Vorgesetztenfunktion. Die erwähnte Arbeitsunfähigkeit respektive Arbeitsfähigkeit in angestammter und angepasster Tätigkeit bestätigte Dr. C. in der Stellungnahme vom 8. April 2014 zu Randen des Klägers (Urk. 2/14).
- 4.4 Die Beklagte wendet ein, Dr. Cs Unterscheidung zwischen der angestammten und einer angepassten Tätigkeit sei nicht nachvollziehbar. Der Arzt begründe diese nicht (Urk. 17 S. 4 Rz 15, Urk. 2/17 S. 6 Rz 17). In seiner früheren Funktion leitete der Kläger eine regionale Filiale seines Arbeitgebers und übte eine Managementfunktion aus (Urk. 2/2/17 S. 1, Urk. 2/2/13 S. 1). Als angepasst beurteilte Dr. C. im Gegensatz dazu eine Tätigkeit mit geregelter Arbeitszeit, mit fixem Salär, im Innendienst und ohne Vorgesetztenfunktion (Urk. 2/2/23). Dr. C. nannte somit durchaus qualitative Kriterien in Bezug auf eine angepasste Tätigkeit. Auch quantitativ erfolgte eine Festlegung in dem

Sinne, dass eine solche Tätigkeit mit einem hälftigen Pensum möglich sei. Die Beurteilung erweist sich auch in Bezug auf die Ausführungen von Dr. D. und diejenigen des Coaches K. als plausibel. Beide erachteten die Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit im Lauf des Jahres 2013 als zumutbar, wobei sie einen etwas späteren Zeitpunkt, nämlich das 4. Quartal des Jahres 2013, ins Auge fassten (Urk. 2/2/15, Urk. 2/2/23). Im Eventualstandpunkt geht sodann auch die Beklagte von einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % aus. Sie hielt fest: „Wenn nun also von einer Arbeitsunfähigkeit gesprochen werden soll (was von der Beklagten bestritten wird) dann höchstens von einer solchen zu 50 %“ (vgl. Urk. 2/17 S. 6 Rz 17).

- 4.5 Richtig ist, dass für die Zeit ab dem 22. Juni 2013 bis zum Beginn der Behandlung bei Dr. D. keine echtzeitliche Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit vorliegt. Nachträglich lässt sich eine solche nicht mehr einholen. Die Auffassung der Beklagten, mangels echtzeitlicher Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit in der fraglichen Zeit müsse von einer vollen Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden, lässt sich indessen nicht teilen. Eine solche Annahme steht im Widerspruch zu den vorhandenen Dokumenten. Der Aufenthalt in der Herberge G. (Urk. 2/2/14) und das anschliessende Coaching durch die Firma H. (Urk. 2/2/16) führten zu einer laufenden Zustandsverbesserung und Stabilisierung. Anhaltspunkte für zwischenzeitliche Schwankungen des Zustandes im Sinne einer kurzfristigen vollständigen Remission ab dem 22. Juni 2013 und einer erneuten Verschlechterung im Zeitpunkt des Behandlungsbeginns bei Dr. C. sind nicht ersichtlich und werden von der Beklagten konkret auch nicht genannt. Für die Zeit bis zur Aufnahme der Behandlung bei Dr. C. ist somit von einer noch andauernden vollständigen Arbeitsunfähigkeit auszugehen. Mit der Aufnahme der Behandlung konnte Dr. C. eine Zustandsverbesserung feststellen und eine zwischenzeitliche Arbeitsfähigkeit von 50 % für eine angepasste Tätigkeit attestieren. Dass die Beurteilung nicht ausschliesslich zu Gunsten des Klägers erfolgte, verleiht ihr zusätzlich Überzeugungskraft.
- 4.6 Die Beklagte hatte Dr. D. letztmals am 16. Mai 2013 um einen Bericht ersucht (Urk. 2/2/18), den dieser am 23. Juni 2013 erstattete (Urk. 2/2/19). Darin stellte er bezüglich Wiedereinstieg ins Berufsleben eine günstige Prognose. Als realistisch erachtete er einen Arbeitsbeginn im vierten Quartal 2013. Weitere Abklärungen tätigte die Beklagte in der Folge nicht mehr, wurde aber vom Kläger über den weiteren gesundheitlichen Verlauf orientiert. Damit hatte dieser seine Obliegenheiten erfüllt (vgl. Ziff. 19.1 AVE). Die vom Kläger eingereichten Stellungnahmen von Dr. D. und Dr. C. (Urk. 2/2/21, Urk. 2/2/23) legte sie, anders als im Jahr 2012 (vgl. Urk. 2/2/7), weder ihrem Vertrauensarzt zur

Stellungnahme vor noch liess sie den Kläger durch diesen ein weiteres Mal untersuchen. Sie verhält sich widersprüchlich, wenn sie nachträglich geltend macht, den Angaben der Dres. D. und C. mangle es an Überzeugungskraft.

5.

- 5.1 Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe die ihm obliegende Schadenminderungspflicht missachtet. Die erneute Arbeitsunfähigkeit ab 22. Februar 2013 wäre nicht eingetreten, hätte der Kläger nach der Remission im Januar 2012 der ärztlichen Empfehlung zur Fortsetzung der Behandlung Folge geleistet. Die Schadenminderungspflicht habe der Kläger mithin schuldhaft verletzt, weswegen weitere Leistungen verweigert werden könnten (Urk. 8 S. 7 Rz 16 f.; vgl. auch Urk. 2/8 S. 9 ff. Rz 35 ff., Urk. 2/17 S. 6 f. Rz 20 ff.).

Der Kläger dagegen macht geltend, soweit es sich um Empfehlungen des Vertrauensarztes Dr. E. handle, seien diese für ihn nicht verbindlich gewesen, denn bei Dr. E. handle es sich nicht um seinen behandelnden Arzt. Bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im September 2011 habe er sich bei Dr. D. in Behandlung begeben und habe in der Folge dessen Anordnungen befolgt. Die Behandlung habe bis zum 25. Februar 2012 gedauert. Danach sei er wieder arbeitsfähig gewesen. Dass die Behandlung bis zum Rückfall im Februar 2013 nicht weiter geführt worden sei, stelle somit keine Verletzung der Schadenminderungspflicht dar, insbesondere keine grobfahrlässige, was Voraussetzung für eine Verweigerung der Leistungen sei (Urk. 6 S. 6 Ziff. 4.2).

- 5.2 Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) auferlegt dem Anspruchsberechtigten eine „Rettungspflicht“ (Marginalie zu Art. 61 VVG). Dieser ist verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für die 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). Art. 61 VVG ist nicht zwingender Natur (vgl. Art. 97 f. VVG), weswegen Parteivereinbarungen über die Obliegenheiten zur Schadenminderung zulässig sind.

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) sehen in Ziff. 19.1-2 (Obliegenheiten und Folgen bei vertragswidrigem Verhalten im Versicherungsfall) vor, dass die versicherte Person nach Eintritt des Ereignisses sobald als möglich

einen zur Berufsausübung zugelassenen Arzt beizuziehen, für eine fachgemässe Pflege zu sorgen und die Anordnungen des behandelnden Arztes zu befolgen hat. Zudem ist sie verpflichtet, sich den von der Versicherung angeordneten Abklärungsmassnahmen zu unterziehen. Befolgt die versicherte Person die Obliegenheiten in grobfahrlässiger Weise nicht, hat dies den ganzen oder teilweisen Entzug der Versicherungsleistungen zur Folge, es sei denn, es werde der Nachweis erbracht, dass die Vertragsverletzung nach den Umständen als unverschuldet anzusehen ist (Urk. 2/2/2 S. 9). Auf die Schadenminderungspflicht und insbesondere auf Art. 61 VVG hat die Beklagte den Kläger im Schreiben vom 26. Januar 2012 ausdrücklich hingewiesen (Urk. 2/2/9).

5.3 Dr. E. hatte im vertrauensärztlichen Gutachten vom 24. Januar 2012 zur Frage der weiteren medizinischen Massnahmen ausgeführt, die laufende Behandlung bei Dr. D. sei insbesondere mit Blick auf die Wiederaufnahme einer beruflichen Tätigkeit nach Arbeitsunfähigkeit und Stellenverlust fortzuführen (Urk. 2/2/7 S. 3 Ziff. 5). Der Standpunkt des Klägers, er habe die Behandlung bis zum 25. Februar 2012 weitergeführt und zufolge Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit sei sie dann abgeschlossen worden (Urk. 6 S. 9 Ziff. 4.2), deckt sich mit den Angaben von Dr. D., die Behandlung bei ihm habe vom 15. September 2011 bis zum 25. Februar 2012 gedauert (Urk. 2/2/21).

5.4 Die erneute Behandlung der psychischen Problematik leitete der Kläger am 22. Februar 2013 ein (Bericht der Klinik F. vom 26. Februar 2013; Urk. 2/2/12). Zum Rückfall führte der Kläger aus, ab August 2012 habe sich seine psychische Situation insbesondere im Zusammenhang mit dem Tod seines Vaters verschlechtert. In ärztliche Behandlung habe er sich erst begeben, als sich die Situation Anfang 2013 weiter zugespitzt habe (Urk. 2/1 S. 5 Ziff. 2.6 f.). Wohl wäre eine frühere Wiederaufnahme der Behandlung möglich und auch zumutbar gewesen. Der Kläger nannte keine Gründe, die das Zuwarten objektiv erklären. Ob die frühere Wiederaufnahme der Behandlung indessen die Auswirkungen des Rückfalls tatsächlich gemildert oder verkürzt hätte, bleibt offen. Zu beachten ist ferner, dass der Kläger weder eine laufende Behandlung abgebrochen noch eine ärztlich angeordnete Behandlung abgelehnt hat, sondern nach dem Abschluss der vorhergehenden Behandlung mit wiedererlangter Arbeitsfähigkeit nach erneuter Zustandsverschlechterung nicht unverzüglich wieder eine Behandlung eingeleitet hat. Dieses Verhalten kann (noch) nicht als grobfahrlässig eingestuft werden, weswegen die vertraglichen Voraussetzungen für die Kürzung oder Verweigerung von Leistungen insgesamt nicht erfüllt sind.

6.

- 6.1 Das Bundesgericht hat im Urteil 4A\_360/2015 vom 12. November 2015 (Urk. 1) erkannt, die erneute Erkrankung ab 22. Februar 2013 habe zu einem Erwerb-sausfall geführt (E. 6.3). Die Beklagte macht in diesem Zusammenhang geltend, sie sei nur subsidiär leistungspflichtig, weswegen zu prüfen sei, ob und in welchem Umfang der Kläger Taggelder der Arbeitslosenversicherung bezogen habe. Dies gelte auch für den Fall, dass der Kläger Leistungen der Arbeitslosenversicherung nicht beansprucht habe (Urk. 8 S. 8 Rz 19 ff.).
- 6.2 Leistungen der Arbeitslosenversicherung sind gemäss Ziff. 8.2 lit. b VB VVG für die Leistungspflicht der Beklagten relevant (vgl. Urk. 2/2/2 S. 6). Zu prüfen ist, ob dem Kläger im Zeitpunkt des Rückfalls ab 22. Februar 2013 Leistungen der Arbeitslosenversicherung grundsätzlich zustanden. Der Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung setzt eine Beitragszeit von mindestens 12 Monaten Dauer in den zwei vorangegangenen Jahren voraus (Rahmenfrist für die Beitragszeit; Art. 13 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung, AVIG). Das Arbeitsverhältnis lösten die Arbeitgeberin (B) und der Kläger per Ende Januar 2012 auf (Urk. 2/2/3). Im Zeitpunkt des Rückfalls (22. Februar 2013) war der Kläger somit bereits über ein Jahr stellenlos und konnte in der zweijährigen Rahmenfrist für die Beitragszeit die erforderliche Beitragszeit von mindestens 12 Monaten nicht erfüllen. Nicht erfüllt sind ferner die Voraussetzungen von Art. 13 Abs. 2 lit. c AVIG (Anrechnung von Krankheitszeit) und Art. 14 Abs. 1 lit. b AVIG (Befreiung von der Erfüllung der Beitragszeit). Im ersten Fall war der Kläger zwar bis Ende Februar 2012 krankheitsbedingt arbeitsunfähig, jedoch stand er bereits per Ende Januar 2013 in keinem Arbeitsverhältnis mehr. Hernach stand er weiterhin in keinem Arbeitsverhältnis und konnte demnach keine Beitragszeit erwerben, ausschlaggebend hierfür war aber nicht eine Krankheit. Damit steht fest, dass der Kläger im Zeitpunkt des Rückfalles die Voraussetzungen zum Bezug von Arbeitslosenentschädigung nicht erfüllte.
- 6.3 Zum Bezug einer Invalidenrente hatte sich der Kläger am 30. Mai 2013 angemeldet (vgl. Urk. 2/9/B/8 S. 1). Die Beklagte hatte den Kläger im Schreiben vom 16. Mai 2013 dazu aufgefordert (Urk. 2/2/25). Mit Verfügung vom 19. August 2013 entschied die zuständige IV-Stelle des Kantons \_\_\_\_\_, es bestehe mangels eines für die Invalidenversicherung relevanten Gesundheitsschadens kein Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung (Urk. 2/9/B/8 S.2).

- 6.4 Invalideleistungen der 2. Säule unterliegen, was das Ausmass der Erwerbsunfähigkeit betrifft, denselben Voraussetzungen wie die Renten der Invalidenversicherung. Gemäss Art. 23 lit. a des Bundesgesetzes über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge (BVG) ist ein Invaliditätsgrad von mindestens 40 % erforderlich und die Organe der 2. Säule sind an die Festlegung des Invaliditätsgrades durch die Invalidenversicherung gebunden (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich 2015, Art. 16 Rz122; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 9C\_326/2014 vom 28. September 2014 E. 5.2). Auch unter diesem Gesichtspunkt (vgl. Urk. 2/8 Rz 45 ff.) liegt somit kein Bezug von Leistungen Dritter vor.
7. Die Beklagte bestreitet eine Leistungspflicht mit dem Argument, womöglich habe der Kläger die im Sommer 2012 nicht angenommene neue Stelle doch für einen oder mehrere Tage angetreten. In diesem Fall sei sie (die Beklagte) nicht zu Nachleistungen verpflichtet (Urk. 8 S. 4 Rz 10 ff.). Der Kläger führte aus, im Sommer 2012 sei ihm von der Firma L. eine Stelle als Finanzplaner angeboten worden. Die Entlohnung wäre auf Provisionsbasis erfolgt. Dies habe ihm nicht zugesagt, weswegen er die Stelle nie angetreten habe (Urk. 20 S. 2 Ziff. 2). Diese Darstellung deckt sich mit der von der Beklagten bei der Firma M. eingeholten Auskunft vom 23. April 2013. Gemäss dieser bezog der Kläger keinen Lohn und bei der neuen Krankentaggeldversicherung war auch kein Lohn versichert (Urk. 2/2/24). Damit steht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit fest, dass der Kläger die fragliche Stelle tatsächlich nicht angetreten hat. Bei dieser Sachlage erübrigen sich weitere Beweiserhebungen.
8. Eine Leistungspflicht verneint die Beklagte auch mit der Begründung, es mangle an einem Erwerbsausfall und damit an einem Schaden (vgl. Urk. 8 S. 5 f. Rz 13 f.). Das Bundesgericht hat in seinem Urteil 4A\_360/2015 vom 12. November 2015 (Urk. 1) erkannt, es sei davon auszugehen, dass auch die erneute Erkrankung am 22. Februar 2013 zu einem Erwerbsausfall geführt habe (E. 6.3). Diese Feststellung ist verbindlich. Eine erneute (Gegen-)Beweisführung (vgl. Urk. 8 S. 5 f. Rz 14) im vorliegenden Verfahren ist nicht möglich.

9.

9.1 Ab dem 22. Februar 2013 war der Kläger aufgrund des Rückfalls vollständig arbeitsunfähig und hat demnach von diesem Zeitpunkt an Anspruch auf das volle Taggeld. Dr. C., bei dem der Kläger ab dem 17. September 2013 in Behandlung war, kam zum Schluss, die bisherige Tätigkeit könne auch weiterhin nicht ausgeübt werden. Hingegen stellte er fest, eine angepasste Tätigkeit (mit geregelter Arbeitszeit, fixem Lohn, Innendienst, ohne Vorgesetztenfunktion) sei im Umfang von 50 % zumutbar. Den Berufswechsel hatte auch Dr. D. in der von der Beklagten eingeholten Stellungnahme vom 23. Juni 2013 als angezeigt erachtet, wobei der Wiedereinstieg Zeit brauche. Ein Arbeitsbeginn im 4. Quartal des laufenden Jahres sei realistisch (Urk. 2/2/19).

9.2 Gemäss Ziff. 6 VB VVG wird bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit nicht nur auf den bisherigen Beruf Bezug genommen, sondern es wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt (Urk. 2/2/2 S. 5 f.). Der Versicherungsvertrag nimmt damit Bezug auf die Rettungspflicht im Sinne von Art. 61 VVG. Diese Norm bestimmt, dass der Anspruchsberechtigte verpflichtet ist, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen (Abs. 1). Wird diese Pflicht in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, kann die Entschädigung gekürzt werden (Abs. 2). Gemäss der Rechtsprechung (BGE 128 II 36; Urteil des Bundesgerichts 5C.89/2000 vom 5. November 2001 E. 3b) kommt der Rettungspflicht im Sinne von Art. 61 VVG, obwohl im Kapitel über die Schadensversicherung geregelt, auch in der Personenversicherung Geltung zu.

Gemäss der Rechtsprechung zu Art. 61 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A\_111/2010 vom 12. Juli 2010) ist die Praxis der sozialrechtlichen Abteilungen des Bundesgerichts zur sozialversicherungsrechtlichen Schadenminderungspflicht nach Art. 21 Abs. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) im Bereich der privaten Krankentaggeldversicherung analog anzuwenden. Nach dieser Bestimmung können einer versicherten Person, welche sich einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, entzieht oder widersetzt oder nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu beiträgt, die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden, wenn sie vorher schriftlich gemahnt und auf die Rechtsfolgen hingewiesen, und wenn ihr eine angemessene Bedenkzeit eingeräumt wurde. In der Regel wird eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet. Die Anpassungszeit beginnt mit der

Aufforderung des Taggeldversicherers zum Berufswechsel (Urteil des Bundesgerichts K 224/05 vom 29. März 2007 E. 3.3; BGE 114 V 281 E. 5b; 111 V 235 E. 2a).

Der Versicherer, der von der versicherten Person zur Erfüllung der Schadenminderungsobliegenheit einen Berufswechsel erwartet, hat dies der versicherten Person daher mitzuteilen und ihr eine angemessene Frist anzusetzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (Urteil des Bundesgerichts 4A\_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1; BGE 133 M 527 E. 3.2.1; Marcel Süsskind, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder/Pascal Grolimund, Hrsg., Basler Kommentar VVG Nachführungsband, Basel 2012, Art. 61 VVG ad N 14 und 16).

- 9.3 Den Akten ist nicht zu entnehmen, dass die Beklagte dem Kläger eine Frist gemäss der Rechtsprechung (vgl. vorstehend E. 9.2) eingeräumt hat, um einen Berufswechsel vorzunehmen. Die Wiedererlangung der Teilarbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit kann sich somit nicht unmittelbar auf die Taggeldhöhe auswirken. Das Bundesgericht stellte im Urteil 4A\_360/2015 vom 12. November 2015 (Urk. 1) fest, da der Kläger über 40 Jahre alt und viele Jahre bei B. als Finanzberater mit einem hohen Einkommen tätig gewesen sei, sei es erfahrungsgemäss schwieriger, aus einer solchen Position heraus eine neue Stelle zu finden, zumal nach längerer psychisch bedingter Arbeitsunfähigkeit und nach einem Stellenverlust (E. 6.3). Dieser Umstand rechtfertigt es, ermessensweise von einer längeren Anpassungszeit von jedenfalls vier Monaten auszugehen. Demgemäss hat der Kläger auch ab dem 17. September 2013 Anspruch auf ein volles Taggeld. Da der Kläger Leistungen bis zum 31. Dezember 2013 geltend macht und die Anpassungsfrist in diesem Zeitpunkt noch nicht verstrichen ist, sind die vollen Taggelder bis dahin geschuldet.
- 9.4 Das dem Kläger ab 15. September 2011 ausbezahlte Taggeld für eine vollständige Arbeitsunfähigkeit belief sich unbestrittenermassen auf Fr. 422.54 (Urk. 2/ 1 S. 4 Ziff. 2.4, Urk. 2/8 S. 3 Rz 10). Dies ergibt sich auch aus den verschiedenen Taggeldabrechnungen (Urk. 2/2/8/1-5). Zwischen dem 22. Februar und dem 31. Dezember 2013 liegen 313 Tage. Der Taggeldanspruch beläuft sich somit auf Fr. 132'255.-- (313 X Fr. 422.54). Geschuldet sind die Taggelder spätestens ab 1. Januar 2014. Demnach sind sie antragsgemäss ab diesem Zeitpunkt mit 5 % zu verzinsen (Art. 104 des Obligationenrechts; OR). Die Klage ist damit gutzuheissen.

10. Ausgangsgemäss hat der Kläger gestützt auf § 34 Abs. 1 und 3 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Diese ist unter Berücksichtigung der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und des Aufwandes im Verfahren KK.2013.00044 auf Fr. 6'100.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen.

### **Das Gericht erkennt:**

1. In Gutheissung der Klage wird die X. Versicherungen verpflichtet, A. Fr. 132'255.-- zuzüglich 5% Zins ab 1 Januar 2014 zu bezahlen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 6'100.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwalt Daniel Christe
  - Rechtsanwältin Eva Pouget-Hänseler
  - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. 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, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

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

Die Vorsitzende

Der Gerichtsschreiber

Grünig

Klemmt

GEW/YVK/JRM

**versandt**