

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20150731_d_sg_o_01 vom 31. Juli 2015

FINMA Versicherungsrecht, 2015-07-31, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20150731_d_sg_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20150731_d_sg_o_01 du 31 juillet 2015

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20150731_d_sg_o_01 del 31 luglio 2015

Erwägungen

E. 1.1

Das vorliegende Verfahren beschlägt Leistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Gemäss Art. 29 Ziff. 2 der Zusatzbedingungen zur Taggeldversicherung Salaria nach VVG der Beklagten (nachfolgend Versicherungsbedingungen; kläg. act. 2) steht der klagenden Person als Gerichtsstand wahlweise der ordentliche Gerichtsstand und ihr schweizerischer oder liechtensteinischer Wohnsitz zur Verfügung. Die Klägerin hat das Gericht an ihrem Wohnsitz angerufen, dessen örtliche Zuständigkeit aufgrund der zitierten Gerichtsstands-Regelung gegeben ist.

E. 1.2

Das Versicherungsgericht entscheidet gemäss Art. 9 des Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (EGZPO; sGS 961.2) in Verbindung mit Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) als einzige kantonale Instanz über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10). Damit ist vorliegend auch die Voraussetzung der sachlichen Zuständigkeit erfüllt.

E. 1.3

Vor der Klageanhebung beim Versicherungsgericht ist kein Schlichtungsverfahren gemäss Art. 197 ff. ZPO durchzuführen (vgl. BGE 138 III 558). Wie der verfahrensleitende Abteilungspräsident mit Schreiben vom 5. Februar 2014 festhielt (act. G 8), ist es auch einer anwaltlich vertretenen Person unbenommen, eine Klage ohne Begründung anhängig zu machen. Ein schriftliches Verfahren, anstelle der diesfalls vorgesehenen mündlichen Verhandlung, ist in solchen Fällen nur mit grosser Zurückhaltung anzuordnen (vgl. Stephan Mazan, Basler Kommentar zur ZPO, 2. Aufl. Basel 2013, Art. 245 N 14). Dem

Verfahrensantrag, den die Beklagte vor der mündlichen Verhandlung stellte, durch das Gericht sei unter Absetzung des Verhandlungstermins ein Schriftenwechsel anzuordnen, indem die Klägerin zur Einreichung einer schriftlichen Klagebegründung aufzufordern und der Beklagten nachfolgend Frist zur Erstattung einer schriftlichen Klageantwort anzusetzen sei (vgl. act. G 7), wurde daher nicht stattgegeben.

E. 2.1

Klagen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren zu behandeln, wobei gemäss Art. 219 ZPO die Bestimmungen über das ordentliche Verfahren sinngemäss gelten (vgl. Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010, N 11.154, N 11.157). Art. 247 Abs. 2 ZPO

sieht vor, dass das Gericht in solchen Streitigkeiten den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt. Diese sogenannte abgeschwächte oder soziale Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen. Es ist dabei aber nicht an die Beweisanträge gebunden und kann von sich aus Beweis erheben. Die Parteien werden dadurch auch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhalts entbunden. Sie bleiben mitverantwortlich für die Beweisführung und haben insbesondere die Beweismittel zu benennen und beizubringen (vgl. Peter Guyan in: Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2010, Art. 153 N 3 ff., insbesondere N 9; Franz Hasenböhler in: Thomas Sutter-Somm/Franz Hasenböhler/Christoph Leuenberger [Hrsg.], ZPO Kommentar, 2. Aufl. Zürich/Basel/Genf 2013 [nachfolgend zitiert mit ZPO Kommentar], Art. 153 N 5 ff.; Bernd Hauck in: ZPO Kommentar, Art. 247 N 33; sowie BGE 130 III 107 E. 2.2, BGE 125 III 238 f. E. 4a und BGE 107 II 236 E. 2c mit weiteren Hinweisen). Die Untersuchungsmaxime ändert auch nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, entscheidet es trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) nach Beweislastgesichtspunkten (Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 2000, 4C.283/1999, E. 2b; Hauck, a.a.O., Art. 247 N 37).

E. 2.2.1

Im Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien Beweiswürdigung (Art. 157 ZPO). Das Gericht hat bei der Bewertung der erhobenen Beweise unabhängig von abstrakten (schablonenhaften) Regeln nach seiner eigenen Überzeugung darüber zu befinden, ob es eine behauptete Tatsache als wahr oder unwahr einstuft. Dabei bleibt es dem Gericht überlassen, die Kraft eines Beweismittels nach seiner Überzeugung festzulegen. Aus Sicht der ZPO sind die verschiedenen Beweismittel gleichwertig (vgl. Hasenböhler, a.a.O., Art. 157 N 8 f.). Erachtet das Gericht die rechtserheblichen tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen bei pflichtgemässer Beweiswürdigung als schlüssig, darf es den Prozess ohne Weiterungen abschliessen. Ob das Gericht ein (medizinisches) Gutachten anzuordnen hat und welche Regeln allenfalls dafür gelten, bestimmt sich nach Art. 183 ff. ZPO (vgl. auch Thomas Weibel in: ZPO Kommentar, Art. 183 N 8 ff.).

E. 2.2.2

Hinsichtlich des Beweiswerts eines Arztberichts ist analog zur Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten bzw. der Anamnese abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Fachperson begründet sind (BGE 134 V 232 E. 5.1, 125 V 352 E. 3a mit Hinweis). Bei der Würdigung von Berichten behandelnder Ärztinnen und Ärzte ist (ebenfalls analog zur Rechtsprechung im Sozialversicherungsrecht) zu beachten, dass sie in der Regel

nicht den Zweck verfolgen, zu einem medizinischen Sachverhalt abschliessend Stellung zu nehmen und eine objektive Beurteilung von Versicherungsansprüchen zu erlauben, denn ihre Verfasserinnen und Verfasser sind auf die Behandlung der versicherten Person konzentriert. Aufgrund ihrer auftragsrechtlichen Stellung sagen sie im Zweifelsfall auch

eher zu Gunsten ihrer Patientinnen und Patienten aus. Dennoch sind ihre Berichte korrekt zu würdigen und sind Anhaltspunkte zu beachten, wonach die Feststellungen der begutachtenden oder von versicherungsinternen Fachpersonen als nicht schlüssig erscheinen (vgl. BGE 135 V 470 f. E. 4.5 f., 125 V 353 E. 3b/cc sowie Urteile des Bundesgerichts vom 1. Oktober 2013, 4A_172/2013, E. 3.3, mit weiteren Hinweisen, vom 12. Februar 2010, 8C_907/2009, E. 1.1, und vom 27. Mai 2008, 9C_24/2008, E. 2.3.2). Mit Urteil vom 17. Dezember 2014, 4A_526/2014, hat die I. zivilrechtliche Abteilung des Bundesgerichts bei einer Überprüfung der Beweiswürdigung durch die Vorinstanz festgehalten, bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit durch die behandelnde Fachärztin FMH für Psychiatrie und Psychotherapie gegenüber derjenigen durch den begutachtenden Psychiater stehe die genannte Erfahrungstatsache nicht im Vordergrund (a.a.O. E. 2.4). Im Gegenteil stellten die mehrfachen persönlichen Behandlungen die psychiatrische Beurteilung gerade auf eine zuverlässigere Basis als die bloss einmalige Untersuchung durch den psychiatrischen Gutachter (oder die blossen Aktenbeurteilung durch einen weiteren Psychiater).

E. 3.1

Streitig und zu prüfen ist, ob die Klägerin vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 arbeitsunfähig war und daher Anspruch auf Taggelder der Beklagten im Umfang des eingeklagten Betrages von Fr. 44'555.--, nebst Verzugszins, hat.

E. 3.2

Rechtsgrundlagen für die Beurteilung des strittigen Taggeldanspruchs sind zum einen das VVG und zum andern die Versicherungsbedingungen der Beklagten, die insbesondere die Zusatzbedingungen zur Taggeldversicherung Salaria umfassen (kläg. act. 2). Allgemeine vertragsrechtliche Fragestellungen richten sich nach dem Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220), soweit sie nicht im VVG geregelt sind.

E. 3.3.1

Versicherungsschutz besteht gemäss Art. 2 Ziff. 1 der Versicherungsbedingungen gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit (und Geburt) im Rahmen der vereinbarten Leistungen. Unter Krankheit ist laut Art. 3 der Versicherungsbedingungen jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit zu verstehen, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

E. 3.3.2

Wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist, bezahlt ihr Swica den entstandenen und nachgewiesenen Lohnausfall bis maximal zur Höhe des versicherten Taggelds (vgl. Art. 2 Ziff. 1 in Verbindung mit Art. 8 Ziff. 1 der Versicherungsbedingungen). Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% wird das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet (Art. 8 Ziff. 2 der Versicherungsbedingungen). Als Arbeitsunfähigkeit bezeichnet Art. 9 der Versicherungsbedingungen die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.

E. 3.3.3

Taggelder werden erst nach Ablauf der Wartefrist ausgerichtet, die mit dem ersten Tag der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit von mindes-

tens 25% beginnt, frühestens aber drei Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung (Art. 10 Ziff. 1 der Versicherungsbedingungen). Nach Art. 11 der Versicherungsbedingungen wird das Taggeld unter Anrechnung einer allfällig vereinbarten Wartefrist während 720 Tagen innerhalb von 900 aufeinander folgenden Tagen ausbezahlt. Bei Übertritt von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung werden bereits bezogene Leistungen angerechnet (Ziff. 1). Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% zählen für die Bemessung der Leistungsdauer voll (Ziff. 2).

E. 3.4.1

Die Ansprüche auf Taggeldleistungen sind laut Art. 20 der Versicherungsbedingungen innert fünf Tagen nach Ablauf der Wartefrist anzumelden, sofern diese maximal 30 Tage beträgt, und es ist ein Arztzeugnis einzureichen (Ziff. 1). Dauert die Krankheit länger als einen Monat, benötigt Swica monatlich ein Zeugnis über Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 3).

E. 3.4.2

Gemäss Art. 21 der Versicherungsbedingungen hat die versicherte Person die Pflicht, alles zu unternehmen, was der Abklärung der Krankheit und ihrer Folgen dienen kann. Im Sinne der Schadenminderungspflicht hat sie alles zu unterlassen, was mit der Arbeitsunfähigkeit bzw. mit dem Bezug von Taggeldern nicht vereinbar ist und den Heilungsverlauf verzögert. Weiter hat sie die Ärzte, welche sie behandeln oder behandelt haben, von der beruflichen Schweigepflicht gegenüber Swica zu entbinden. Die versicherte Person zieht gemäss Art. 22 Ziff. 1 der Versicherungsbedingungen nach Beginn der Krankheit so bald wie möglich einen zugelassenen Arzt bei und sorgt für fachgemässe Behandlung. Sie leistet den Anordnungen des Arztes und des Pflegepersonals Folge. Swica kann gemäss Ziff. 2 von Art. 22 der Versicherungsbedingungen eine Untersuchung durch einen von ihr bestimmten Arzt verlangen und ist nach Ziff. 3 derselben Bestimmung berechtigt, Patientenbesuche durchzuführen und zusätzliche Belege und Auskünfte, insbesondere ärztliche Zeugnisse zu verlangen. Ziff. 4 von Art. 22 der Versicherungsbedingungen sanktioniert mit vorübergehender oder dauernder Leistungskürzung oder –verweigerung, wenn sich die versicherte Person einer zumutbaren Behandlung oder einer Eingliederung ins Erwerbsleben entzieht oder widersetzt, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder wenn sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu beiträgt.

E. 3.4.3

Die Schadenminderungspflicht der versicherten Person wird in Art. 23 der Versicherungsbedingungen konkretisiert. Bei Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf ist die versicherte Person gehalten, innert drei Monaten Arbeit in einem anderen Erwerbszweig zu suchen oder sich bei der Invaliden- oder Arbeitslosenversicherung anzumelden (Ziff. 1). Wird die Restarbeitsfähigkeit nicht verwertet, so erfolgt die Taggeldberechnung unter Berücksichtigung der Schadenminderungspflicht der versicherten Person (Ziff. 2). Unterbleibt die Anmeldung bei der Arbeitslosen- bzw. der Invalidenversicherung, so ist Swica berechtigt, die Taggeldleistungen einzustellen. Allfällige Leistungen werden unter Berücksichtigung der von diesen Versicherungen

mutmasslich zu erbringenden Leistungen berechnet (Ziff. 3).

E. 3.4.4

Art. 24 der Versicherungsbedingungen enthält weiter Bestimmungen, was geschieht, wenn die versicherte Person auch Anspruch auf Leistungen von Dritten hat, und Art. 25 der Versicherungsbedingungen weist auf die Folgen bei Nichtbeachtung der Obliegenheiten bei einer Krankheit hin.

E. 4.1

Die Klägerin war per 1. April 2008 in die Einzelversicherung bei Swica übergetreten und hatte Taggelder von Fr. 133.-- nach einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (vgl. bekl. act. K9, kläg. act. 4). Wegen der Unfälle vom 25. November 2005, 6. April 2009, 21. Mai 2010 und 27. Dezember 2010 hatte ihr die Suva die Unfalltaggelder bis 29. Februar 2012 aufgrund einer 100%

igen Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Mit Verfügung vom 26. Januar 2012 verneinte darauf die obligatorische Unfallversicherung ihre Leistungspflicht ab 1. März 2012 mangels adäquaten Kausalzusammenhangs (kläg. act. 8). Eine allfällige Leistungspflicht der Beklagten für Krankentaggelder konnte aufgrund der vereinbarten Wartefrist damit frühestens nach deren Ablauf per 31. März 2012 entstehen, was die Beklagte nicht bestreitet.

E. 4.2.1

Nachdem sie die Verfügung der Suva vom 26. Januar 2012 erhalten hatte, machte die Klägerin bei Swica Taggeldleistungen ab 1. März 2012 geltend und reichte ihr ein Arbeitsunfähigkeits-Zeugnis des behandelnden Chiropraktors, Dr. D.____, vom 10. Februar 2012 über eine unfallbedingte volle Arbeitsunfähigkeit vom 1. bis 31. März 2012 ein (bekl. act. M9, K39 ff.). Weitere Zeugnisse von Dr. D.____, die die Klägerin der Beklagten ebenfalls zustellte, bestätigten ihre Arbeitsunfähigkeit vom 1. bis 30. April 2012 und vom 1. Mai bis 30. Juni 2012 (bekl. act. M9, Zeugnisse vom 23. April 2012 und vom 2. Mai 2012).

E. 4.2.2

Für 2012 bzw. den Zeitraum, für den Taggeldleistungen eingeklagt sind, finden sich in den medizinischen Akten der Beklagten weiter der Verlaufsbericht des behandelnden Psychiaters Dr. med. E.____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH und Vertrauensarzt FMH, vom 31. Mai 2012 (bekl. act. M10). Er diagnostizierte aus psychiatrischer Sicht eine anhaltende, therapieresistente mittel- bis schwergradige depressive Episode mit somatischem Syndrom ICD-10: F32.11 und eine undifferenzierte Somatisierungsstörung ICD-10: F45.1 und berichtete, dass die Krankenversicherung nach anfänglichem Widerstand nun Kostengutsprache für die stationäre Rehabilitation in der Rehaklinik F.____ ab 4. Juni 2012 erteilt habe. Zur Kausalität hielt Dr. E.____ unter anderem fest, das chronische Schmerzsyndrom und die psychiatrische Dimension stellten ein sich aufschaukelndes Beschwerdesystem dar. Das depressive Syndrom sei sehr wahrscheinlich als Reaktion auf das Schmerzsyndrom mit den sich daraus ergebenden Einschränkungen entstanden. Aktuell habe die psychiatrische Störung aber ein derartiges Ausmass angenommen, dass sie als eigenständige Erkrankung zu betrachten sei. Mit den genau gleichen Worten hatte der behandelnde Psychiater bereits im Bericht vom 17. August 2011 an Rechtsanwalt Horschik zur Kausalität Stellung genommen (IV-act. 141-2 f.).

E. 4.2.3

Seinem Schreiben vom 17. Juli 2012 an die Beklagte (bekl. act. K50) hatte der Rechtsvertreter der Klägerin den Kurzaustrittsbericht der Rehaklinik F.____ vom 22. Juni 2012 sowie ein Zeugnis des behandelnden Arz- tes Dr. med. G.____, Facharzt für Allgemeine Medizin FMH, beigelegt, welche beide eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestieren würden. Beide Unterlagen finden sich nicht in den Akten der Beklagten. Mit der Klage vom 23. Dezember 2013 reichte der Rechtsvertreter der Klägerin als Beilagen 6 den Austrittsbe- richt der Rehaklinik F.____ vom 2. Juli 2012 (IV-act. 216) sowie die Kopie eines Zeugnisses von Dr. G.____ vom 3. Juli 2012 ein. Letzteres attestiert eine Ar- beitsunfähigkeit von 100% wegen Krankheit und Unfall vom 1. bis 31. Juli 2012 und bis auf weiteres. Die Ärzte der Rehaklinik F.____ entliessen die Klä- gerin aus der stationären Rehabilitation vom 4. bis 24. Juni 2012 zunächst 100% arbeitsunfähig bis zum 31. Juli 2012. Sie hielten fest, die Patientin be- dürfe weiterhin dringender fachärztlicher Behandlung, um im Rahmen eines Arbeitsversuchs mit halbem Arbeitspensum die ihres Erachtens theoretische 50%ige Arbeitsfähigkeit zu erlangen. Die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit solle von den weiter ambulant behandelnden Kolleginnen und Kollegen vorgenom- men werden. Als Diagnosen listeten sie auf: "Linksbetontes generalisiertes Schmerzsyndrom im Sinne einer Fibromyalgie mit funktionellen Sensibilitäts- störungen ohne Nachweis von neurologischen Defiziten bei Status nach meh- reren Unfallereignissen. (Mit ICD-10-Bezeichnungen) F45.41 Anhaltende so- matoforme Schmerzstörung, F32.1 Mittelgradige depressive Episode mit ängstlich-phobischer Komponente, F43.2 Anpassungsstörung bei psychosozialer Belastungssituation, F45.1 Undifferenzierte Somatisierungsstörung, Adi- positas, Status nach Lymphknotenentfernung rechte Leiste (2007 nach eige- nen Angaben Lymphknotentuberkulose mit entsprechender 6-monatiger medi- kamentöser Behandlung), Status nach Ablation wegen Herzrhythmusstörun- gen (2009 nach eigenen Angaben)."

E. 4.2.4

Am 21. Dezember 2012 bestätigte Dr. D.____, dass bei der Klägerin seit 25. November 2005 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bestehe (kläg. act. 6). Im Zeugnis vom 11. Februar 2013 führte der behandelnde Chiropraktor die 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 1. Januar 2013 bis 28. Februar 2013 auf Krankheit als Ursache zurück (kläg. act. 6). Am 15. Februar 2013 beschrieb er die körperliche Belastbarkeit, Ansprache auf die Therapie und Prognose, wie gehabt, nicht zufriedenstellend. Es seien die Panvertebral-Beschwerden, die die Klägerin in ihren Alltagstätigkeiten stark behinderten. Zusätzlich habe in den letzten Wochen eine Schmerzzunahme im Beckenbereich, mit Ausstrah- lungen in die unteren Extremitäten, verzeichnet werden müssen.

E. 4.2.5

Zur Verifizierung der Diagnosen, die Dr. med. H.____, Spezialarzt FMH für Otorhinolaryngologie, Hals- und Gerichschirurgie, der Klägerin am 29. No- vember 2011 gestellt hatte (kläg. act. 6), sowie zur Abklärung der Schwindel- beschwerden und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit hatte die IV beim Universitätsspital Zürich eine neuro-otologische Begutachtung in Auftrag gegeben (IV-act. 173 ff.). Im Gut- achten vom 13. November 2012 (bekl. act. M11 [IV-act. 184]) kamen Dr. med. I.____ und PD Dr. med. J.____ zum Schluss, auf körperlicher Ebene sei die ver- sicherte Person aus ORL-Sicht 100% arbeitsfähig. Sie brauche jedoch initial sicher vermehrt Pausen und sei wahrscheinlich in Anbetracht der übrigen Di- agnosen und des Verlaufs verlangsamt und nicht geeignet für

stressige Arbeit. Die Arbeitsfähigkeit auf psychisch-geistiger Ebene müsse mittels psychiatrischem Gutachten festgelegt werden. Daneben empfahlen sie auch eine rheumatologische Beurteilung der Leistungsfähigkeit. Wegen der permanenten fluktuierenden Schwindelbeschwerden, die die Patientin schildere, sei sie nicht fahrtauglich. Dieses Gutachten würdigte Dr. K.____ vom Regionalen Ärztlichen Dienst (RAD) der IV Ostschweiz als umfassend, kohärent und schlüssig sowie den anerkannten und geforderten Qualitätskriterien entsprechend (bekl. act. M12 [IV-act. 185]).

E. 4.2.6

Mit Verlaufsbericht vom 24. Mai 2013 für die Zeit vom 31. Mai 2012 bis 24. Mai 2013 wiederholte Dr. E.____ die im Bericht vom 31. Mai 2012 gestellten psychiatrischen Diagnosen und bestätigte die dortigen Ausführungen zur Kausalität (bekl. act. M13, M10 [vgl. vorstehende E. 4.2.2]). Er hielt fest, aus psychiatrischer Sicht bestehe mindestens eine Arbeitsunfähigkeit von 50% für jegliche Tätigkeit. Diese werde aufgrund der bereits eingetretenen Chronifizierung unverändert bleiben. Weiter führte der behandelnde Psychiater aus, das depressive Syndrom beinhalte eine massive Beeinträchtigung des Antriebs, der Motivationsfähigkeit und der Fähigkeit, Interesse für etwas aufzubringen. Diese limitierenden Faktoren seien sowohl im alten Beruf, wie auch in einer Verweistätigkeit wirksam. Die undifferenzierte Somatisierungsstörung beurteilte er als unverändert, formale oder inhaltliche Denkstörungen sowie eine psychotische Symptomatik verneinte er. Weiter hielt er fest, eine Suizidalität sei nicht eruierbar, und beurteilte die Prognose des psychischen Leidens aufgrund offensichtlicher Chronifizierung als schlecht. RAD-Ärztin Dr. K.____ hielt am 26. Juni 2013 zu den Berichten von Dr. E.____ fest (bekl. act. M14 [IV-act. 208]), diese würden aus psychiatrischer Sicht die gleichen Diagnosen und die gleiche Einschränkung von 50% nennen, wie sie bereits im Medas-Gutachten vom 28. April 2010 aufgeführt seien. Im aktuellen Bericht beschreibe der behandelnde Psychiater die Symptomatik im Verlauf nur noch als mittelgradig depressiv mit ausgeprägter neurovegetativer Achse und ohne eruierbare Suizidalität, was einer Verbesserung zur Beschreibung vom Mai 2012 entspreche. Nachdem der IV-Stelle weitere ärztliche Berichte vorlagen, insbeson-

dere der Austrittsbericht der Rehaklinik F.____ vom 2. Juli 2012, holte sie bei RAD-Ärztin Dr. K.____ und RAD-Psychiaterin Dr. L.____ weitere Beurteilungen der Aktenlage ein (IV-act. 217). Dr. K.____ hielt fest, aus somatischer Sicht sei an der Beurteilung der Medas Ostschweiz vom 28. April 2010 (IV-act. 60) mit RAD-Stellungnahme vom 15. Mai 2013 festzuhalten. Das Medas-Gutachten hatte lediglich aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von 50% festgehalten, aufgrund einer mittelgradigen depressiven Störung mit somatischem Syndrom (ICD-10: F32.11; IV-act. 60-32 ff., 60-48 f.). RAD-Psychiaterin Dr. L.____ hielt am 22. Oktober 2013 fest, der psychiatrische Medas-Teilgutachter, med. pract. M.____, Eidg. Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, habe am 26. März 2010 nachvollziehbar eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung und eine depressive Störung attestiert, welche im Längsschnitt das Ausmass einer mittelgradigen Ausprägung nicht übersteige, sowie aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsfähigkeit von 50% (IV-act. 60-18 ff., 60-39 ff., 217-2 f.). Gemäss den aktuellen Berichten des Behandlers, Dr. E.____, vom 31. Mai 2012 und 24. Mai 2013 zeige die Versicherte nach wie vor eine mittelgradige depressive Stimmungslage mit ausgeprägter neurovegetativer Achse und werde ihr weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 50% für jegliche Tätigkeit attestiert. Es lägen keine neuen medizinischen Tatsachen vor und an der

bisherigen Arbeitsfähigkeit könne festgehalten werden.

E. 4.2.7

Zusammengefasst enthalten die Akten Atteste über eine volle Arbeitsunfähigkeit für die gesamte fragliche Zeit vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013. Aus psychiatrischer Sicht ist eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin von 50% übereinstimmend durch das psychiatrische Medas-Teilgutachten von Facharzt M.____, durch Berichte von Dr. E.____ und durch die Stellungnahme der RAD-Psychiaterin Dr. L.____ bescheinigt. Während der stationären Rehabilitation in F.____, vom 4. bis 24. Juni 2012, und daran anschliessend bis 31. Juli 2012, ist eine volle Arbeitsunfähigkeit der Klägerin durch die Ärzte der Rehaklinik und für Juli 2012 zusätzlich durch Hausarzt Dr. G.____ attestiert. Für den ganzen Zeitraum bzw. bereits ab dem Datum des ersten Unfalls (am 25. November 2005) bescheinigt der behandelnde Chiropraktor Dr. D.____ eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Diese Arbeitsunfähigkeits-Zeugnisse und die Einwände der Beklagten dazu werden in der nachfolgenden Erwägung 4.3 gewürdigt.

E. 4.3.1

Die Versicherungsbedingungen der Beklagten sehen vor, dass die Arbeitsunfähigkeit ärztlich festgestellt sein muss (insbesondere Art. 8 Ziff. 1 und Art. 20 Ziff.1). In Ziff. 3 von Art. 20 führen sie aus, bei länger dauernder Krankheit müssten die monatlich einzureichenden Zeugnisse Grad und Dauer der Arbeitsunfähigkeit festhalten. Ärztliche Begründungen der Arbeitsunfähigkeit sind in den Versicherungsbedingungen nicht gefordert. Swica kann von den versicherten Personen weitere Belege und Auskünfte, insbesondere ärztliche Zeugnisse, einverlangen, einen Untersuch durch einen von ihr bestimmten Arzt anordnen sowie Patientenbesuche durchführen (Art. 22 Ziff. 2 f.). Für die Zeit vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 ist durch die Beklagte weder ein ärztlicher Untersuch angeordnet, noch ein Patientenbesuch bei der Klägerin durchgeführt, noch sind von ihr weitere Unterlagen eingefordert worden. Vielmehr gab sie der Klägerin bzw. ihrem Rechtsvertreter mehrfach zu verstehen, dass sie weder aufgrund eines direkten Anspruchs noch unter dem Aspekt Vorleistungen einen Anlass für Taggeldzahlungen sehe (vgl. bekl. act. K43, K47, K51).

E. 4.3.2

Die Atteste von Dr. D.____ vom 10. Februar 2012, 23. April 2012 und 2. Mai 2012 (bekl. act. M9) sowie vom 21. Dezember 2012 und 11. Februar 2013 (kläg. act. 6) enthalten den Grad der Arbeitsunfähigkeit von 100% und deren jeweilige Dauer. Unter diesem Gesichtspunkt entsprechen sie den Anforderungen laut den vorstehend genannten Versicherungsbedingungen (E. 4.3.1). Dasselbe gilt für das Zeugnis von Dr. G.____ vom 3. Juli 2012 (kläg. act. 6). Die Beklagte bestreitet die Richtigkeit dieser Arbeitsunfähigkeits-Atteste,

da sie "allerdings naturgemäss in keinster Weise begründet seien" und hält zudem die Arbeitsunfähigkeits-Bestätigung von Dr. D.____ vom 21. Dezember 2012 für völlig unerheblich. Diesen Einwänden sind die von ihr verfassten und zum Vertragsinhalt gemachten Versicherungsbedingungen und die Tatsache entgegenzuhalten, dass sie selbst es unterlassen hatte, ausführliche ärztliche Berichte einzuverlangen oder die Klägerin vertrauensärztlich untersuchen zu lassen.

E. 4.3.3

Die Beklagte machte in der Klageantwort nicht mehr geltend, die ersten drei Atteste von Dr. D.____ (vom 10. Februar 2012, 23. April 2012 und 2. Mai 2012, bekl. act. M9) würden Unfall als Grund für die Arbeitsunfähigkeit angeben und seien daher für sie als Krankentaggeld-Versicherung nicht relevant, da lediglich Arbeitsunfähigkeiten als Folge von Krankheit versichert seien. Wie das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit Urteil vom 19. Oktober 2012, KK.2010.00021, ebenfalls zu den Versicherungsbedingungen von Swica entschieden hatte, umfasst deren Krankheitsbegriff (Art. 3) auch Beeinträchtigungen, die natürlich kausal auf einen Unfall zurückzuführen sind, für die die Unfallversicherung mangels Adäquanz aber keine Leistungspflicht mehr trifft (vgl. auch Markus Rüegg, Praxisleitfaden zur Koordination von Erwerbsausfall-Leistungen bei [mutmasslichen und tatsächlichen] Krankheitsfaktoren nach Unfall, AJP 2009 S. 23 ff.). Dies trifft für die Unfallfolgen der Klägerin ebenfalls zu und es ist umfassend von krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeiten auszugehen.

E. 4.3.4

Für die Zeit vom 4. Juni 2012 bis zum 31. Juli 2012 liegt zusätzlich zu den Attesten von Dr. D.____ und Dr. G.____ die Bestätigung der 100%igen Arbeitsunfähigkeit durch die Ärzte der Rehaklinik F.____ vor (Austrittsbericht vom 2. Juli 2012 von Dr. med. N.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie leitender Arzt, und Dr. med. O.____, Facharzt FMH für Physikalische Medizin und Rehabilitation und Chefarzt der Rehaklinik F.____, in kläg. act. 6). Die von ihnen beschriebene anschliessende Arbeitsfähigkeit zu 50% bezeichneten sie selbst als theoretisch. Weiter empfahlen Dr. N.____ und Dr. O.____ weiterhin dringende fachärztliche Behandlung und einen Arbeitsversuch mit halbem Arbeitspensum. Diese Beurteilung der Arbeitsfähigkeit hält die Beklagte für nicht überzeugend, da bei der Klägerin neben den aufgelisteten Diagnosen eine deutliche affektive Überlagerung im Sinne von Verdeutlichungstendenzen bis hin zu Aggravation festgestellt worden seien. Es trifft zwar zu, dass dieses Verhalten der Klägerin im Austrittsbericht vom 2. Juli 2012 (a.a.O. S. 4 oben) geschildert wird. Die berichtenden Ärzte hielten dazu aber weiter fest, dass es zu Beginn bei der körperlichen Untersuchung feststellbar gewesen sei und während des weiteren stationären Verlaufs nachlassen habe. Zudem stellten sie keine entsprechende Diagnose (vgl. wörtlich wiedergegebene Diagnoseliste in E. 4.2.3), obwohl Dr. N.____ als Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie dazu fachlich kompetent gewesen wäre. Auch der Kritik der Beklagten am Austrittsbericht der Rehaklinik F.____ ist entgegenzuhalten, dass sie dessen Feststellungen nicht überprüfte oder überprüfen liess, obwohl sie aufgrund des Schreibens von Rechtsanwalt Horschik vom 17. Juli 2012 vom stationären Aufenthalt der Klägerin in der Rehaklinik F.____ und der dort attestierten vollen Arbeitsunfähigkeit Kenntnis erlangte (bekl. act. K50 mit Eingangsstempel Rechtsdienst 18. Juli 2012). Das entsprechende Attest der Rehaklinik ist ebenfalls beweiskräftig.

E. 4.3.5

Aus psychiatrischer Sicht ist vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 durchgehend eine mindestens 50%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Zunächst hielt Facharzt M.____ im Medas-Gutachten eine solche fest (IV-act. 60). Diese wurde von Dr. E.____ bei gleicher psychiatrischer Diagnose bestätigt (bekl. act. M10, M13). Die psychiatrischen Diagnosen einer mittelgradigen Depression sowie der undifferenzierten Somatisierungsstörung stellten auch die Ärzte der Rehaklinik F.____ (kläg. act. 6). Die RAD-Psychiaterin Dr. L.____ verneinte in ihrer Beurteilung vom 22. Oktober 2013 einen zusätzlichen Abklä-

rungs- oder gar Begutachtungsbedarf und bestätigte die Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht (IV-act. 217-2 f.). Der Beurteilung von Dr. E.____ kann der Beweiswert nicht aufgrund der Tatsache abgesprochen werden, dass er behandelnder Psychiater der Klägerin ist. In aller Regel geht die Be- klagte - auch nach dem Wortlaut ihrer Versicherungsbedingungen - von der Richtigkeit der Arbeitsunfähigkeits-Atteste behandelnder Ärztinnen und Ärzte aus (vgl. auch vorstehende E. 3.3.2 und E. 4.3.1). Für den Fall von Zweifeln an deren Einschätzung hat sie sich das Einverlangen weiterer Arztzeugnisse, vertrauensärztliche Untersuchungen und/oder Patientenbesuche vorbehalten (vgl. vorstehende E. 3.4.2); Massnahmen, die sie im vorliegenden Fall nicht getroffen hat. Im Frühjahr 2012 sind mittel- bis schwergradige depressive Epi- soden bei der Klägerin aufgrund der psychiatrischen Vorgeschichte und we- gen der Ablehnung einer weiteren Leistungspflicht durch die Suva und der da- mit verbundenen Existenzängste plausibel (vgl. Bericht Dr. E.____ vom 31. Mai 2012, bekl. act. M10). Zudem ging der behandelnde Psychiater bei der ICD- 10-Klassifizierung der Erkrankung mit F32.11 stets von einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom aus. Die Tatsache, dass Dr. E.____ im Bericht vom 24. Mai 2013 neben der undifferenzierten Somatisie- rungsstörung (ICD-10: F45.1) weiterhin eine anhaltende, therapieresistente mittel- bis schwergradige depressive Episode (ICD-10: F32.11) diagnostizier- te, während er sonst nur eine mittelgradige depressive Episode beschrieb (vgl. auch Stellungnahme von RAD-Psychiaterin Dr. L.____ vom 22. Oktober 2013, IV-act. 217-2 f.), kann höchstens als Nachlässigkeit bei der Berichterstattung gewertet werden, nimmt jedoch dem Bericht nicht die Beweiskraft bezüglich der attestierten Arbeitsunfähigkeit und deren Ausmass.

E. 4.3.6

Zusammengefasst sind die vorliegenden ärztlichen Arbeitsunfähig- keits-Atteste beweiskräftig für eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin zu 100% vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013.

E. 5.1

Die Beklagte macht gegen die Arbeitsunfähigkeits-Atteste geltend, die Ar- beitsunfähigkeit in ihren Versicherungsbedingungen stimme inhaltlich und vom Wortlaut her mit der gesetzlichen Definition von Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; SR 830.1) überein. Dies deute klarerweise darauf hin, dass die sozialversicherungsrecht- liche Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit, insbe- sondere soweit es um die Zumutbarkeits- bzw. Überwindbarkeitspraxis gehe, auch auf den vorliegend betroffenen Bereich der Zusatzversicherung zur sozi- alen Krankenversicherung nach VVG anzuwenden sei. Bei Anwendung dieser Praxis stelle sich heraus, dass die Klägerin vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 sowohl in der angestammten als auch in einer angepassten Tätigkeit vollumfänglich arbeitsfähig gewesen sei und daher keinen Anspruch auf Tag- gelder habe.

E. 5.2

Der erste Satz von Art. 9 der Versicherungsbedingungen entspricht dem ersten Satz von Art. 6 ATSG, wie er mit "Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit" bis 31. Dezember 2003 Gültigkeit hatte (AS 2002 3371; mit der 4. IV-Revision Ausdehnung auf "Beeinträchtigung der körperli- chen, geistigen oder psychischen Gesundheit", AS 2003 3837). Nach dem zweiten Satz von Art. 9 der Versicherungsbedingungen berücksichtigt die Be- klagte nach drei Monaten Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem

anderen Beruf oder Aufgabenbereich, während im zweiten Satz von Art. 6 ATSG dafür eine "lange Dauer" gefordert und die Auslegung dieses zeitlichen Aspekts der Rechtsprechung überlassen ist. Die beiden Bestimmungen sind demnach ähnlich, aber keineswegs identisch.

E. 5.3

Die Beklagte beruft sich auf die Anwendbarkeit der Sozialversicherungsrechtsprechung zur Zumutbarkeit und Überwindbarkeit und meint dabei ausschliesslich die mit BGE 130 V 352 für einzelne Gesundheitsbeeinträchtigungsbegründete Überwindbarkeitspraxis (vgl. BGE 137 V 202 E. 2.2 Ingress).

Diese Gerichtspraxis hat das Bundesgericht zwischenzeitlich aufgegeben (zur amtlichen Publikation vorgesehene Urteil vom 3. Juni 2015, 9C_492/2014). Die Überwindbarkeitspraxis bezog sich jedenfalls auf den in Art. 7 ATSG geltenden Begriff der Erwerbsunfähigkeit. Bei der Auslegung des Begriffs Arbeitsunfähigkeit ist sowohl nach dem Wortlaut von Art. 6 ATSG als auch gemäss Art. 9 der Versicherungsbedingungen lediglich die Zumutbarkeit einer Arbeit zu prüfen, sei es der angestammten oder einer Arbeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich. Das Bundesgericht hatte für die soziale Unfallversicherung in BGE 137 V 199 mit einlässlicher Begründung ausdrücklich festgehalten, dass die Überwindbarkeitspraxis lediglich im Bereich der Erwerbsunfähigkeit und damit von Invaliditätsleistungen, nicht aber in demjenigen von Arbeitsunfähigkeit und deren wirtschaftliche Folgen ausgleichenden Taggeldleistungen eine Rolle spielen könne (vgl. auch Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2012.00025 vom 2. April 2014 E. 5.5).

E. 5.4

Selbst wenn die Überwindbarkeitspraxis bei den sozialen Taggeldversicherungen Anwendung gefunden hätte, wäre zu prüfen, ob dies auch bei der konkret vorliegenden Taggeldversicherung nach VVG der Fall gewesen wäre (vgl. zum Ganzen: Kaspar Gehring, Sozialversicherungsrechtlicher Spardruck und privates Versicherungsrecht, HAVE 2014 S. 270 ff., besonders S. 273 f.). Relevanter Vertragsinhalt sind bei Privatversicherungsverträgen das VVG und die Versicherungsbedingungen. Bei der Auslegung von Privatversicherungsverträgen ist nach allgemeiner Vertragslehre von deren Wortlaut auszugehen. Wenn dieser unklar ist und der wirkliche oder mutmassliche Vertragswille nicht anderweitig ermittelt werden kann, sind die Vertragsbestimmungen im Zweifelsfall zu Lasten derjenigen Partei auszulegen, welche den Text verfasst hat (in aller Regel zu Lasten des Versicherers; vgl. Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz 8.49 ff., Moritz W. Kuhn/R. Luka Müller-Studer/Martin K. Eckert, Privatversicherungsrecht - Unter Mitberücksichtigung des Haftpflicht- und des Aufsichtrechts, Zürich 2002, S. 170 ff.). In den Versicherungsbedingungen der Beklagten findet sich keine Bestimmung, die die Geltung der Überwindbarkeitspraxis postuliert und damit Taggeldleistungen für einzelne Gesundheitsbeeinträchtigungen (wie somatoforme Schmerzstörung, Fibromyalgie, chronifizierte Somatisierungsstörung usw.) gleichsam ausgeschlossen hätte. Sie hätte also bereits aus diesem Grund keine Anwendung gefunden.

E. 5.5

Weiter macht die Beklagte geltend, die Klägerin sei schon seit mehreren Jahren arbeitsunfähig, weshalb bei den Taggeldern nicht mehr von kurzfristigen Leistungen gesprochen werden könne. Dies sei ein Grund, sich ihr gegenüber auf jeden Fall auf die

Überwindbarkeitspraxis zu berufen. Da Letztere, wie dargestellt (E. 5.3 f.), aufgegeben worden und sowieso nicht Inhalt des Versicherungsvertrages zwischen der Klägerin und der Beklagten ist, ist dieses Argument gegenstandslos.

E. 6.1

Gegen die Klage vom 23. Dezember 2013 macht die Beklagte auch geltend, die Klägerin habe vertragliche Obliegenheiten, insbesondere die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 23 der Versicherungsbedingungen, verletzt. Daher sei sie befugt, ihre Leistungen zu kürzen oder zu verweigern, ausser es werde bewiesen, dass das auf die Folgen der Krankheit keinen Einfluss ausgeübt habe oder nicht schuldhaft gewesen sei (Art. 25 der Versicherungsbedingungen). Die Obliegenheiten der Klägerin im Krankheitsfall sind in der vorstehenden Erwägung 3.4 dargestellt; die Schadenminderungspflicht gemäss Art. 23 der Versicherungsbedingungen in Erwägung 3.4.3. Die Klägerin hatte sich bereits im Oktober 2006 bei der IV angemeldet und Berufsberatung, Umschulung auf eine neue Tätigkeit sowie eine Rente beantragt (IV-act. 1). Ihre angestammte Arbeitsstelle war ihr davor per 31. August 2006 gekündigt worden (IV-act. 4). Die IV-Stelle hatte der Klägerin am 29. April 2011 mitgeteilt, dass zur Zeit keine beruflichen Eingliederungsmassnahmen möglich seien (IV-act. 104).

E. 6.2.1

Wie vorstehend dargestellt, war die Klägerin im Zeitpunkt der Krankmeldung per 1. März 2012 und darüber hinaus 100% arbeitsunfähig geschrieben (E. 4.2 f.). Ob nach der stationären Rehabilitation in F. ___ per August 2012 Schritte unternommen worden waren, um den von Dr. N. ___ und Dr. O. ___ vorgeschlagenen Arbeitsversuch zu 50% umzusetzen (vgl. kläg. act. 6, Austrittsbericht vom 2. Juli 2012 S. 5), ist in den Akten nicht dokumentiert.

E. 6.2.2

Ebenfalls nicht dokumentiert ist eine entsprechende konkrete Abmahnung durch die Beklagte im fraglichen Zeitraum. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu Taggeldversicherungen nach VVG setzen Leistungskürzungen oder -verweigerungen aufgrund einer Verletzung der Schadenminderungspflicht jedoch voraus, dass die versicherte Person konkret abgemahnt und ausdrücklich auf die Rechtsfolgen hingewiesen worden ist (vgl. BGE 133 III 531 E. 3.2.1 [übersetzt in Pra 2008 Nr. 28 S. 212] sowie Urteile vom 31. Januar 2013, 4A_529/2012, E. 2.3, und vom 14. November 2012, 4A_304/2012, in BGE 138 III 799 nicht veröffentlichte E. 2.3, je mit Hinweisen). Mit Urteil vom 12. Juli 2010 präzisierte das Bundesgericht gestützt auf die Stellungnahmen mehrerer Autorinnen und Autoren, dass dabei analog zu Art. 21 Abs. 4 ATSG vorzugehen sei, da dieser im Bereich der privaten Krankentaggeld-Versicherung die Regel des Handelns nach Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) konkretisiere (4A_111/2010, E. 3.1).

E. 6.2.3

Die Beklagte hatte in der Korrespondenz mit dem Rechtsvertreter der Klägerin um die Anwendbarkeit der Überwindbarkeitspraxis im Schreiben vom 17. August 2012 auch deren Mitwirkungs- und Schadenminderungspflicht erwähnt (bekl. act. K51). Sie hielt weiter fest, die versicherte Person habe alles zu unternehmen, um eine Restarbeitsfähigkeit zu verwerten und sei dies in Form einer Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung. Entsprechende Bemühungen seitens seiner Klientin seien nicht ausgewiesen. Diese

Ausführungen stellen keine Abmahnung in der von der Rechtsprechung geforderten Art und Deutlichkeit dar. Die Beklagte kann daher unter diesem Titel die Leistungen nicht kürzen oder gar verweigern.

E. 7.1

Die Klägerin hat bei der Beklagten ein Taggeld von Fr. 133.-- mit einer Wartefrist von 30 Tagen versichert (vgl. bekl. act. K9, kläg. act. 4). Für die Zeit vom 1. März 2012 bis 28. Februar 2013 hat sie aufgrund der attestierten Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf 335 Taggelder (365 Tage abzüglich Wartefrist von 30 Tagen), was dem eingeklagten Betrag von Fr. 44'555.-- entspricht.

E. 7.2.1

Die Beklagte macht eine Verrechnung mit dem Rückforderungsbetrag von Fr. 8'763.-- geltend. Aufgrund eines Verarbeitungsfehlers habe sie der Klägerin am 7. April 2010 Fr. 10'773.-- (Taggelder vom 9. Februar bis 30. April 2009) und am 10. April 2010 Fr. 3'990.-- (Taggelder vom 1. bis 30. Mai 2009) überwiesen; dies, obwohl während dieser Zeit auch Anspruch auf Taggelder der Suva bestanden habe (vgl. bekl. act. K26, K28, K30). An den entsprechenden Gesamtbetrag von Fr. 14'763.-- leistete die Versicherte Abschlagszahlungen von total Fr. 6'000.-- (bekl. act. K28). In der ausssergerichtlichen Korrespondenz bestritt sie, dass sie (weitere) Rückzahlungen schulde, da ihr Swica von August bis Dezember 2008 lediglich entsprechend einer Arbeitsunfähigkeit von 50% Taggelder ausgerichtet habe, obwohl sie mehrere Atteste für eine volle Arbeitsunfähigkeit während dieser Zeit eingereicht habe (bekl. act. K25 ff., K35). Mit Stellungnahme an das Versicherungsgericht vom 25. August 2014 bestritt die Klägerin die verrechnungsweise geltend gemachte Rückforderung von Fr. 8'763.-- weiterhin und stellte sich auf den Standpunkt, diese sei jedenfalls verjährt (act. G 25, G 27).

E. 7.2.2

Nach der ersten Leistungseinstellung per Ende März 2008, die am 4. März 2008 verfügt und mit Einspracheentscheid vom 7. November 2008 bestätigt worden war, hatte die Suva im anschliessenden Gerichtsverfahren den genannten Einspracheentscheid aufgehoben und die Sache ins Verwaltungsverfahren zurückgenommen (bekl. act. K16, K19). Die Taggelder von insgesamt Fr. 29'193.50, die die Beklagte der Klägerin vom 1. April 2008 bis 8. Februar 2009 ausgerichtet hatte, hatte ihr die Suva Ende April 2009 zurückvergütet (vgl. bekl. act. K22 f., K36). Damit waren zu Lasten der Taggeld-Versicherungspolice Salaria der Klägerin keine Taggeldleistungen mehr verzeichnet. Mit Beilage K28 zeigte die Beklagte auf, dass sie der Klägerin für die Zeit vom

E. 7.2.3

Die Verrechnung kann gemäss Art. 120 Abs. 1 OR erklärt werden, wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere gleichartige Leistungen schulden (vgl. auch Wolfgang Peter in: Basler Kommentar zum OR I, 5. Aufl. Basel 2011, Art. 120 N 2 ff.). Die Schuldnerin (der Hauptforderung), vorliegend die Beklagte, kann die Verrechnung laut Abs. 2 von Art. 120 OR geltend machen, auch wenn ihre Gegenforderung bestritten wird. Notwendig, aber auch genügend ist, dass die Verrechnungsforderung tatsächlich besteht und dass sie durchsetzbar ist (vgl. Peter, a.a.O., Art. 120 N 21). Abs. 3 von Art. 120 OR sieht weiter vor, dass eine verjäherte Forderung zur Verrechnung gebracht werden kann, wenn sie zur Zeit, wo sie mit der andern Forderung verrechnet werden konnte, noch nicht verjährt war (vgl. Peter, a.a.O., Art. 120 N 24).

E. 7.2.4

Die verrechnungsweise geltend gemachte Rückforderung der Beklagten im Restbetrag von Fr. 8'763.-- ist offenbar aus ungerechtfertigter Bereicherung der Klägerin entstanden (vgl. Art. 62 ff. OR). Solche Forderungen verjähren gemäss Art. 67 Abs. 1 OR mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (vgl. Bruno Huwiler in: Basler Kommentar zum OR I, a.a.O., Art. 67 N 3 und N 6). Die Klägerin hatte daran Abschlagszahlungen geleistet, zuletzt am 2. Mai 2012 (bekl. act. K28). Dadurch wurde die Verjährung gemäss Art. 135 Ziff.1 OR unterbrochen und begann mit der letzten Abschlagszahlung neu zu laufen. Die als Hauptforderung eingeklagten Taggeldzahlungen waren demgegenüber in monatlichen Raten fällig, erstmals per Ende April 2012, letztmals per Ende Februar 2013 (vgl. Art. 20 Ziff. 3 der Versicherungsbedingungen betreffend monatliche Auszahlung bei längerer Dauer der Arbeitsunfähigkeit). In diesem Zeitraum war die verrechnungsweise geltend gemachte Rückforderung der Beklagten noch nicht verjährt, ihre Verrechnung demnach möglich.

E. 7.2.5

Die Klägerin hat im gerichtlichen Verfahren lediglich ausgeführt, sie bestreite die Rückforderungsansprüche der Beklagten (act. G 27, Stellungnahme der Klägerin vom 22. September 2014). Nähere Ausführungen dazu machte sie nicht. Die aussergerichtlich noch geltend gemachte Leistungspflicht der Beklagten für die Differenz von 50% in der Zeit vom 1. August 2008 bis 31. Dezember 2008 (bekl. act. K17 f., K24 ff.) war denn auch dahingefallen, nachdem die Suva mit Schreiben vom 5. Februar 2009 rückwirkend ihre Leistungspflicht anerkannt und den Einspracheentscheid vom 7. November 2008 und die Verfügung vom 4. März 2008 aufgehoben hatte (bekl. act. K19).

E. 7.2.6

Bei dieser Ausgangslage ist die Verrechenbarkeit der Gegenforderung von Fr. 8'763.-- gegeben. Die eingeklagte und grundsätzlich zuzusprechende Forderung von Fr. 44'555.-- ist daher auf Fr. 35'792.-- zu reduzieren. Ist die Verrechnung erklärt worden, wird laut Art. 124 Abs. 2 OR angenommen, Forderung und Gegenforderung seien, soweit sie sich ausgleichen, schon im Zeitpunkt getilgt worden, in dem sie sich zur Verrechnung geeignet gegenüberstanden (vgl. Peter, a.a.O., Art. 124 N 5). Für die Taggeldforderung der Klägerin bedeutet dies, dass die ersten 65,89 Taggelder (Fr. 8'763.-- : Fr. 133.--) ab 31. März 2012 durch Verrechnung getilgt wurden. Die weitergehende Zahlungspflicht der Beklagten beginnt somit erst am 4. Juni 2012, dem 66. Tag nach dem 31. März 2012 (für diesen Tag nur anteilig).

E. 7.3.1

Zum Betrag von Fr. 44'555.-- klagte die Klägerin Verzugszins von 5% ab dem von Amtes wegen zu bestimmenden Zeitpunkt ein.

E. 7.3.2

Gemäss Art. 102 OR setzt der Schuldnerverzug die Fälligkeit der Forderung und eine Mahnung oder einen bestimmten Verfalltag voraus (vgl. auch Wolfgang Wiegand in: Basler Kommentar zum OR I, a.a.O., Art. 102 N 3). Die Versicherungsbedingungen der Beklagten enthalten keine Bestimmung über die Fälligkeit von Taggeldleistungen. Diese richtet sich daher nach Art. 41 VVG und ist dahingehend speziell geregelt, als sie erst vier Wochen

nach dem Zeitpunkt eintreten kann, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann (sogenannte Deliberationsfrist; vgl. Jürg Nef in: Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 41 N 12 ff.). Hat die anspruchsberechtigte Person die nötigen Angaben gemacht und ist, wie vorliegend, die Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen, gerät der Versicherer (nach Ablauf der vierwöchigen Deliberationsfrist) grundsätzlich erst durch Mahnung in Verzug (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Juni 2009, 4A_487/2007, E. 8.2; Pascal Grolimund/Alain Villard in: Basler Kommentar zum VVG, Nachführungsband, Basel 2012, Art. 41 ad N 20; Nef, a.a.O., Art. 41 N 20 mit Hinweisen). Lehnt die Versicherung freilich zu Unrecht ihre Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung der versicherten Person. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und eine Deliberationsfrist wird überflüssig (Grolimund/Villard, a.a.O., Art. 41 ad N 20 2. Abschnitt mit Hinweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 27. März 2006, KK.2005.00009, E. 8.2 ff., und Nef, a.a.O., Art. 41 N 20). Denn diesfalls erklärt der Schuldner unmissverständlich, dass er nicht leisten werde, weshalb sich eine Mahnung als überflüssig erweisen würde. Der Gläubiger kann daher analog Art. 108 Ziff. 1 OR auf sie verzichten. Dies gilt auch dann, wenn die eindeutige und definitive Verweigerungserklärung schon vor Fälligkeit der Forderung abgegeben wurde (antizipierter Vertragsbruch; Wiegand, a.a.O., Art. 102 N 11).

E. 7.3.3

Nach den vorstehenden Ausführungen geriet die Beklagte grundsätzlich mit der Ablehnung ihrer Leistungspflicht am 22. Mai 2012 (bekl. act. K43) in Verzug. Eine ausdrückliche Mahnung der Taggeldleistungen durch die Klägerin war dazu nicht erforderlich. Hingegen fielen die Verzugsfolgen wegen der Verrechnung bis 4. Juni 2012 dahin (vgl. Peter, a.a.O., Art. 124 N 6). Für die Verzugszinsen, die die Beklagte der Klägerin auf den Taggeldern für die Zeit vom 5. Juni 2012 bis 28. Februar 2013 schuldet, rechtfertigt es sich aus praktischen Gründen, von einem mittleren Verfall am 17. Oktober 2012 auszugehen (5. Juni 2012 zuzüglich halbe verbleibende Leistungsdauer von aufgerundet 135 Tagen [335 Tage abzüglich 66 Tage; davon die Hälfte]; analog zum mittleren Verfall von Schadenszinsen; vgl. Christian Heierli/Anton K. Schnyder in: Basler Kommentar zum OR I, a.a.O., Art. 42 N 5).

E. 7.3.4

Nachdem die Höhe der Verzugszinsen von 5% dem gesetzlichen Betrag von Art. 104 Abs. 1 OR entspricht und eine abweichende Vereinbarung höherer Zinsen nicht geltend gemacht wird, sind der Klägerin solche ab dem

17. Oktober 2012 zuzusprechen. Auf dem Differenzbetrag von Fr. 35'792.-- schuldet ihr die Beklagte daher Verzugszinsen von 5% ab 17. Oktober 2012. 8. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen ist die Klage vom 23. Dezember 2013 dahingehend gutzuheissen, dass die Beklagte der Klägerin Taggelder von Fr. 35'792.--, zuzüglich Verzugszinsen zu 5% ab 17. Oktober 2012, zu bezahlen hat. 8.1.1 Die Prozesskosten werden gemäss Art. 106 Abs. 2 ZPO nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt, wenn keine Partei vollständig obsiegt. Prozesskosten sind gemäss Art. 95 Abs. 1 ZPO die Gerichtskosten (lit. a) und die Parteientschädigung (lit. b). Die anwaltlich vertretene Klägerin hat die unentgeltliche Verbeiständung durch Rechtsanwalt Horschik sowie eine Parteientschädigung beantragt. Aufgrund der eingereichten Unterlagen (kläg. act. 7, 11) sind die Voraussetzungen gemäss

Art. 117 ZPO erfüllt und die unentgeltliche Verbeiständung durch Rechtsanwalt Horschik ist zu gewähren. Die Klägerin obsiegt im Umfang von 80,3% weitgehend. Für den entsprechenden Anteil an der Parteientschädigung ist sie durch die Beklagte zu entschädigen. Die Liquidationsregelung von Art. 122 Abs. 1 ZPO greift demgegenüber nur für den Anteil von 19,7%, in dessen Umfang sie unterliegt, bzw. die Beklagte mit der Verrechnung durchgedrungen ist.

8.1.2 Gerichtskosten sind gemäss Art. 114 lit. e ZPO keine aufzuerlegen.

8.1.3 Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den kantonalen Tarifen zu (Art. 105 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 96 ZPO). Das mittlere Honorar im Zivilprozess beträgt nach Art. 14 lit. c der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) Fr. 1'850.-- bei einem Streitwert von Fr. 20'000.-- bis Fr. 50'000.--, wobei 12,3% des Streitwerts hinzuzuzählen sind. Der Streitwert richtet sich laut Art. 13 Abs. 1 HonO nach den Bestimmungen der ZPO. Gemäss Art. 91 Abs. 1 ZPO wird der Streitwert durch das Klagebegehren bestimmt, wobei Verzugszinsen nicht hinzugerechnet werden. Dieses lautete korrigiert auf Fr. 44'555.-- (act. G 11). Bei diesem Streitwert resultiert ein ungekürztes mittleres Honorar von Fr. 7'330.25 (Fr. 1'850.-- + 12,3% von Fr. 44'555.--). Da das Versicherungsgericht in Streitigkeiten betreffend die Krankenzusatzversicherung anstelle des Kantonsgerichts als erste Instanz im Sinne von Art. 15 HonO entscheidet, ist die Parteientschädigung um einen Fünftel zu erhöhen, womit sich ein Betrag von Fr. 8'796.30 ergibt. Da das vorliegende Verfahren in rechtlicher Hinsicht nicht als schwierig zu beurteilen ist und die Klägerin eine Klage ohne Begründung anhängig gemacht hat, ist die Herabsetzung des so ermittelten mittleren Honorars in Anwendung von Art. 17 HonO um einen Viertel gerechtfertigt. Diese Reduktion trägt auch dem notwendigen Zeitaufwand Rechnung. Es resultiert ein mittleres Honorar von Fr. 6'597.25 bei vollem Obsiegen.

8.1.4 Unter Berücksichtigung des teilweisen Obsiegens im Betrag von Fr. 35'792.-- (entsprechend einem Obsiegen von 80,3%) beläuft sich die durch die Beklagte auszurichtende Parteientschädigung auf Fr. 5'297.60 (80,3% von Fr. 6'597.25; vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO). Gemäss Art. 28bis Abs. 1 HonO besteht Anspruch auf den pauschalen Ersatz für Barauslagen von 4% des Honorars, höchstens Fr. 1'000.--. Beim Honorar von Fr. 5'297.60 beträgt dieser Fr. 211.90. Die Mehrwertsteuer von 8% wird zum Honorar und zu den Barauslagen hinzugerechnet (Art. 29 HonO) und beträgt vorliegend Fr. 440.75.

8.1.5 Im Umfang des Unterliegens um 19,7% wird der Rechtsvertreter der Klägerin vom Kanton entschädigt. Vom Anteil des mittleren Honorars von Fr. 1'299.65 (19,7% von Fr. 6'597.25) steht ihm gemäss Art. 31 Abs. 3 des sankt-gallischen Anwaltsgesetzes (AnwG; sGS 963.70) nur ein um einen Fünftel auf Fr. 1'039.75 reduziertes Honorar zu. Hinzu kommen Fr. 41.60 für Bar-

auslagen (4% von Fr. 1'039.75 gemäss Art. 28bis Abs. 1 HonO) und Fr. 86.50 für die Mehrwertsteuer (8% von Fr. 1'081.35 gemäss Art. 29 HonO). Sobald die Klägerin dazu in der Lage ist, ist sie zur Nachzahlung dieser Beträge an den Kanton St. Gallen verpflichtet (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

8.1.6 Die teilweise obsiegende Beklagte hat die Abweisung der Klage unter Kostenfolge zu Lasten der Klägerin beantragt. Ob dieser Antrag auch denjenigen auf eine Parteientschädigung beinhaltet, braucht nicht näher geprüft zu werden. Dieses Verfahren wurde nämlich von einem Angestellten ihres Rechtsdiensts geführt, der nicht als berufsmässiger Vertreter im Sinn von Art. 95 Abs. 3 lit. b gilt (vgl. Viktor Rüegg in: Basler Kommentar zur ZPO, Art. 95 N 18 und Benedikt A. Suter/Cristina von Holzen in: ZPO Kommentar, Art. 95 N 38 und N 42, je mit Hinweisen). Daher besteht unter diesem Titel kein Anspruch auf eine Parteientschädigung. Es liegt auch kein begründeter Fall gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO vor, wonach der Beklagten eine angemessene

Umtriebsentschädigung zuzusprechen wäre. Ersatz für notwendige Auslagen gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. a ZPO wird ebenfalls nicht geltend gemacht. Die Beklagte hat daher keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung. Entscheid im Zirkulationsverfahren gemäss Art. 14 der sankt-gallischen Verordnung über die Organisation und den Geschäftsgang des Versicherungsgerichts (OrgV; sGS 941.114) 1. Die Klage wird dahingehend gutgeheissen, dass die Beklagte verpflichtet wird, der Klägerin Fr. 35'792.--, zuzüglich Zins zu 5% ab 17. Oktober 2012, zu bezahlen. 2. Es werden keine Gerichtskosten erhoben. 3. Die Beklagte hat die Klägerin mit Fr. 5'950.25 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu entschädigen. 4. Der Staat entschädigt den Rechtsvertreter der Klägerin mit Fr. 1'167.85 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer). 5. Die Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung.

E. 9

Februar 2009 bis 30. Mai 2009 am 7. und 10. April 2010 (bekl. act. K36) insgesamt Fr. 14'763.-- als Krankentaggeld bezahlt hatte. Diese sind im Schreiben der Beklagten an den Rechtsvertreter der Klägerin vom 1. Juli 2010 als Fehlzahlungen bezeichnet worden (bekl. act. K26). Art. 31 der Versicherungsbedingungen sieht dazu vor, dass irrtümlich erbrachte Taggelder von der versicherten Person auf schriftliche Aufforderung hin zurückzuerstatten sind. An den Betrag von Fr. 14'763.-- hatte die Klägerin zwischen dem 10. August 2011 und dem 2. Mai 2012 zehn Abschlagszahlungen zu je Fr. 600.--, total Fr. 6'000.--, geleistet, so dass ein Saldo von Fr. 8'763.-- zu Gunsten der Beklagten resultierte (bekl. act. K28).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.