

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00032 vom 7. Mai 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-05-07, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2011.00032

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00032 du 7 mai 2013

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00032 del 7 maggio 2013

Erwägungen

E. 1

1.1???? Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 E. 1a/aa und 232 E. 2b). Nach Art. 85 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) entscheidet das Gericht privatrechtliche Streitigkeiten zwischen Versicherungsunternehmen oder zwischen Versicherungsunternehmen und Versicherten. Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit Art. 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2). Gemäss Art. 23 Abs. 1 GSVGer stellt das Gericht den Sachverhalt unter Mitwirkung der Parteien von Amtes wegen fest und wertet die Beweise nach freiem Ermessen.

1.2???? Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise -hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 273 E. 2a/aa mit Hinweisen). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags (BGE 130 III 323 E. 3.1). Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsvertrags zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung gegenüber dem Anspruchsberechtigten berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 323 E. 3.1). Sobald das Gericht vom Beweisergebnis überzeugt ist, wird die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 118 II 147 E. 3a unten und 114 II 291 E. 2a Mitte).

1.3???? Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der

beweispflichtige Anspruchsberechtigte insofern eine Beweiserleichterung, als er in der Regel nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Allerdings kann der Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises Indizien geltend machen, welche die Glaubwürdigkeit des Ansprechers erschüttern oder erhebliche Zweifel an seinen Schilderungen erwecken. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als überwiegend wahrscheinlich gemacht und damit nicht als bewiesen anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert (BGE 130 III 326 E. 3.4 mit Hinweis, Urteil des Bundesgerichts 5C.146/2000 vom 15. Februar 2001 E. 4b mit Hinweisen).

E. 2

2.1???? Der Kl?ger macht klageweise geltend, dass er vom 20. Mai 2009 (vgl. Urk. 11/1) bis zum Ende der Rahmenfrist der Krankentaggeldversicherung am 19. Mai 2011 (und dar?ber hinaus) im Umfang von 100 % arbeitsunf?hig gewesen sei (Urk. 1 S. 15). Da die Beklagte ab 1. November 2009 nur noch ein Taggeld f?r eine Arbeitsunf?higkeit von 50 % ausgerichtet habe, habe sie dem Kl?ger noch mindestens bis zum 30. November 2010, also f?r 365 Tage, die Differenz zu einem Taggeld f?r eine Arbeitsunf?higkeit von 100 % zu bezahlen, was einem Betrag von Fr. 42'205.75 entspreche (Urk. 1 S. 14).

???????? Obwohl die ?rzte des RAD der IV-Stelle bereits in ihrer Beurteilung vom 19. Mai 2010 eine Restarbeitsf?higkeit in einer leidensadaptierten T?tigkeit von 50 % festgestellt hatten, habe der Kl?ger erstmals am 15. Juli 2010 Kenntnis davon erhalten. Erst ab diesem Zeitpunkt habe er damit rechnen m?ssen, in Nachachtung seiner Schadenminderungspflicht von der Beklagten zu einem Berufswechsel aufgefordert zu werden. Ab diesem Zeitpunkt sei ihm eine Anpassungszeit von mindestens f?nf Monaten Dauer einzur?umen, weshalb ein Anspruch auf ein Taggeld f?r eine Arbeitsunf?higkeit von 100 % noch bis mindestens 30. November 2010 ausgewiesen sei (Urk. 1 S. 14). F?r die Zeit vom 30. November 2010 bis 19. Mai 2011, also f?r 170 Tage, sei von der Beklagten ein Taggeld f?r eine Arbeitsunf?higkeit von 50 % geschuldet, was einem Betrag von Fr. 12'822.-- entspreche (Urk. 1 S. 15).

2.2???? Die Beklagte bringt hiegegen vor, dass eine Leistungspflicht f?r die Folgen der R?ckenschmerzen des Kl?gers zu verneinen sei. Denn sie habe von den die Arbeitsf?higkeit beeintr?chtigenden R?ckenschmerzen des Kl?gers erst am 25. Januar 2010 und somit zu einem Zeitpunkt erfahren, als der Versicherungsvertrag infolge einer K?ndigung im Schadenfall bereits nicht mehr in Kraft gestanden habe (Urk. 10 S. 18). Sodann habe der Kl?ger in Bezug auf die R?ckenschmerzen eine Anzeigepflichtverletzung begangen, weshalb eine Leistungspflicht f?r R?ckenschmerzen auch aus diesem Grunde zu verneinen sei (Urk. 10 S. 19).

???????? Eine Leistungspflicht f?r psychische Beschwerden sei zu verneinen, weil mit dem Entscheid der Invalidenversicherung f?r den Taggeldanspruch nicht mehr der Umfang der Arbeitsunf?higkeit, sondern der Umfang der von der Invalidenversicherung festgestellten Erwerbsunf?higkeit massgebend sei, unabh?ngig davon ob eine Rente der Invalidenversicherung ausgezahlt werde oder nicht (Urk. 10 S. 19). Eventualiter, falls wider Erwarten die Arbeitsunf?higkeit massgeblich sein sollte, sei auf die zumutbare Arbeitsf?higkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet abzustellen (Urk. 10 S. 20). Da bei Einstellung der Taggeldleistungen durch die Beklagte am 19. Januar 2011 aus psychischen Gr?nden keine Arbeitsunf?higkeit mehr bestanden habe, sei eine weitere

Leistungspflicht für die Folgen der psychischen Beschwerden zu verneinen (Urk. 10 S. 21).
???????

E. 3

3.1???? Gemäss dem sich bei den Akten befindenden Versicherungsantrag vom 10. Juli 2008 (Urk. 11/Div1) haben der Kläger als Betriebsinhaber eines Imbiss-Standes und die Beklagte einen Vertrag für eine Krankenzusatzversicherung für den Kläger abgeschlossen und ein Krankentaggeld in der Höhe von 100 % des versicherten Jahreslohnes von Fr. 78'000.-- im Sinne einer Summenversicherung für eine Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (S. 2). Als Vertragsgrundlage wird unter anderem auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen "Die Krankentaggeldversicherung für das Personal", Ausgabe 07.2006 (Urk. 11/Div2; nachfolgend: AVB) verwiesen (S. 1), welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden.

3.2???? In den im Versicherungsantrag aufgeführten besonderen Vertragsbedingungen zum Taggeld (Summenversicherung) ist unter anderem Folgendes geregelt:

3.3???? In lit. A1 der AVB (Urk. 11/Div2 S. 5) wird der Inhalt des Vertrags umschrieben. Danach erbringt die Beklagte die in der Police aufgeführten Leistungen für wirtschaftliche Folgen von Krankheiten.

???????? Das versicherte Ereignis wird in lit. B der AVB (Urk. 11/Div2 S. 5 f.) umschrieben. Gemäss deren lit. B1 gilt als Krankheit jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

???????? Gemäss lit. B2 der AVB gilt das erneute Auftreten einer Krankheit als Rückfall, wenn die versicherte Person infolge dieser Krankheit in den letzten 12 Monaten mindestens zu 25 % arbeitsunfähig war. Andernfalls gilt das erneute Auftreten einer Krankheit als neuer Krankheitsfall.

???????? In lit. B4 der AVB wird die Arbeitsunfähigkeit definiert. Danach ist Arbeitsunfähigkeit eine ärztlich attestierte durch eine Krankheit bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Berücksichtigt wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet.

3.4???? Die versicherten Leistungen werden in lit. C der AVB umschrieben (Urk. 11/Div2 S. 6). Gemäss lit. C1 Ziff. 1 der AVB hat die versicherte Person Anspruch auf Leistungen, wenn sie nach ärztlicher Feststellung zu mindestens 25 % arbeitsunfähig ist. Gemäss Ziff. 5 dieser Bestimmung besteht, wenn sich eine erkrankte versicherte Person ins Ausland begibt, während der Zeit des Auslandsaufenthalts kein Anspruch auf Leistungen. Vorbehalten bleibt eine ausdrückliche vorgängige Zustimmung der Beklagten.

???????? Lit. C2 der AVB umschreibt die Höhe der versicherten Leistungen. Gemäss Ziff. 1 dieser Bestimmung bezahlt die Beklagte bei voller Arbeitsunfähigkeit das in der Police aufgeführte Taggeld. Gemäss Ziff. 2 dieser Bestimmung richtet sich bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit die Höhe nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit, wobei eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25 % keinen Anspruch ergibt. In Ziff. 3 ist schliesslich geregelt, dass ab Beginn der Auszahlung einer IV-Rente das Taggeld maximal dem Erwerbsunfähigkeitsgrad des IV-Entscheids entspricht.

3.5???? Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grunds?tzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gem?ss Art. 18 Abs. 1 OR ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der ?bereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. L?sst sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwille zu ergr?nden. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E. 4b). Danach sind Willenserkl?rungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umst?nden vom Empf?nger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu ber?cksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdr?ngen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss.

???????? Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne h?tte verstehen m?ssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tats?chlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A_219/2010 vom 28. September 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens f?hren, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A_538/2011 vom 9. M?rz 2012 E. 2.2).

3.6???? Schliesslich und subsidi?r wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungew?hnlichkeitsregel eingeschr?nkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsvertr?gen gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E. 9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die ?brigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat f?hren und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d).

3.7???? Nach der Ungew?hnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungew?hnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schw?chere oder weniger gesch?ftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Gesch?ftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungew?hnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungew?hnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

?

4.??????

4.1???? Mangels eines ?bereinstimmenden wirklichen Willens sind die besonderen Vertragsbedingungen und die Klauseln der AVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Entscheidend ist daher, wie der Kl?ger als andere Vertragspartei die Klauseln verstehen durfte und musste. Gem?ss dem Wortlaut von Ziff. 1 der besonderen Vertragsbedingungen (Urk. 11/Div1 S. 2) gelten die AVB f?r die Krankentaggeldversicherung des Betriebsinhabers nur soweit, als in den Erg?nzenden

Bedingungen keine Abweichungen vorgesehen sind. Um eine solche Abweichung von den AVB handelt es sich insbesondere bei Ziff. 3 der besonderen Vertragsbedingungen, wonach das Taggeld auf Grund des im voraus vereinbarten Jahreslohnes bemessen wird, wonach allfällige Leistungen Dritter nicht angerechnet werden, und wonach das daraus resultierende Taggeld als Summenversicherung gilt.

4.2???? Der Kl?ger durfte Ziff. 3 der besonderen Vertragsbedingungen daher so verstehen, dass das Taggeld im Sinne einer Summenversicherung auf Grund des vereinbarten Jahreslohnes bemessen wird, und dass allfällige Leistungen Dritter, insbesondere auch solche der Invalidenversicherung nicht angerechnet werden.

4.3???? Lit. C2 Ziff. 3 der AVB (Urk. 11/Div2 S. 6), die vorsieht, ab Beginn der Auszahlung einer IV-Rente entspreche das Taggeld maximal dem Erwerbsunf?higkeitsgrad des IV-Entscheids, kommt vorliegend - entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 10 S. 19 f.) - nicht zum Tragen: Es wurde mit Verf?gung der SVA Z?rich, IV-Stelle, vom 3. M?rz 2011 (Urk. 11/68) keine Rente gesprochen, sondern das Leistungsbegehren des Kl?gers abgewiesen. Es kam somit im Falle des Kl?gers gerade nicht zur Auszahlung einer IV-Rente, weshalb der vorliegende Sachverhalt nicht vom Wortlaut von lit. C2 Ziff. 3 der AVB gedeckt ist. Es w?re dann auch nicht sachgerecht, bei einer Leistungsabweisung auf den von der IV-Stelle ermittelten Erwerbsunf?higkeitsgrad abzustellen: Liegt ein IV-Grad unbestrittenermassen unter 40 % und somit unter der Schwelle f?r eine Viertelsrente, so hat der Versicherte mangels Entscheidrelevanz und damit mangels Beschwer keine M?glichkeit, sich gegen den in der Begr?ndung der IV-Verf?gung festgestellten Erwerbsunf?higkeitsgrad auf dem Rechtsweg zur Wehr zu setzen. Im ?brigen ist die vom Kl?ger mit der Beklagten geschlossene Versicherung gem?ss Ziff. 3 der ?Besonderen Vertragsbedingungen?, welche gem?ss Ziff. 1 den AVB vorgehen (Urk. 11/Div1 S. 2), als Summenversicherung konzipiert; der Anspruch orientiert sich an einer vereinbarten Versicherungssumme und damit nicht an der tats?chlichen Erwerbseinbusse. Die Bestimmung des prozentualen Anspruchs am vollen Taggeld anhand der mittels Einkommensvergleichs errechneten Einbusse w?re systemfremd (vgl. hinten E. 4.10).

4.4???? Ein Taggeldanspruch besteht nach lit. C1 Ziff. 1 der AVB bei einer durch eine Krankheit verursachten Arbeitsunf?higkeit von 25 %. Als Arbeitsunf?higkeit ist gem?ss lit. B4 der AVB eine Unf?higkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten, zu verstehen, wobei zus?tzlich auch die zumutbare T?tigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet zu ber?cksichtigen ist. Weder den AVB noch in den besonderen Vertragsbedingungen ist indes geregelt, wann und unter welchen Bedingungen das Taggeld auf Grund der Arbeitsunf?higkeit im bisherigen Beruf oder auf Grund einer (hypothetischen) Arbeitsunf?higkeit in einem anderen zumutbaren Beruf zu bemessen ist.

4.5???? Mangels eines ?bereinstimmenden wirklichen Willens gilt es im Folgenden? zu pr?fen, wie der Kl?ger die Bestimmung von lit. B4 der AVB nach dem Vertrauensprinzip nach Treu und Glauben hatte verstehen d?rfen und m?ssen, soweit er die Bestimmung tats?chlich so verstanden hat.

4.6???? Diesbez?glich macht der Kl?ger geltend, dass lit. B4 der AVB im Sinne der Rechtsprechung zur Taggeldversicherung der obligatorischen Krankenversicherung gem?ss dem KVG zu verstehen sei und verweist diesbez?glich auf E. 1.5 des Urteils des hiesigen Gerichts vom 29. Februar 2008 (Prozess Nr. KV.2006.00047). Danach entsch?digt die Taggeldversicherung der obligatorischen Krankenpflegeversicherung nach Ablauf einer

angemessenen Anpassungszeit nicht mehr die Berufsunfähigkeit; der Taggeldanspruch wird vielmehr aufgrund der leidensangepassten Einsatzmöglichkeiten im allgemeinen Arbeitsmarkt bemessen, wobei zur Ermittlung der Erwerbseinbusse ein Einkommensvergleich anzustellen ist.

4.7???? Nach der Rechtsprechung zur Taggeldversicherung erfolgen die Taggeldleistungen nach KVG zunächst unter der Vorgabe einer bloss vorübergehenden Unfähigkeit, die angestammte Tätigkeit zu versehen; diese tätigkeitsspezifische Überbrückungsfunktion entfällt, wenn feststeht, dass eine Rückkehr in die bisherige Arbeit nicht mehr möglich sein wird (Urteil des Bundesgerichts K 224/05 vom 29. März 2007 E. 3.1.2). Solange noch die Prognose gestellt werden kann, die versicherte Person werde die Arbeitsfähigkeit im angestammten Beruf mit Überwiegender Wahrscheinlichkeit soweit zurückzugewinnen, dass weitere Leistungen entfallen, ist die dort gegebene funktionelle Einschränkung massgebend. Die Bezugsgrösse für die Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit wird aber auf alle zumutbaren, das heisst nach den gesundheitlichen und weiteren persönlichen Verhältnissen in Frage kommenden Beschäftigungen ausgeweitet, sobald feststeht, dass die Wiederaufnahme der bisher ausgeübten Tätigkeit aufgrund des stabilisierten Gesundheitszustandes nicht mehr in Frage kommt (oder definitiv nur noch in geringerem Umfang als in einer leidensangepassten Arbeit) und die versicherte Person eingliederungsfähig ist (Urteil des Bundesgerichts K 224/05 vom 29. März 2007 E. 3.2; BGE 129 V 460 E. 4.2).

???????? Ist ein Berufswechsel angezeigt, so gesteht die Rechtsprechung der versicherten Person zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse und zur Stellensuche eine Übergangsfrist zu, während welcher das bisherige Krankentaggeld geschuldet bleibt. 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).

4.8???? Bei der obenerwähnten Rechtsprechung zur Taggeldversicherung gemäss dem KVG handelt es sich um eine Konkretisierung des allgemeinen Rechtsgrundsatzes der Schadenminderungspflicht, welcher unter anderem in Art. 61 VVG statuiert ist. Nach Abs. 1 dieser Bestimmung des dispositiven Rechts ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befristeten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Er muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen (vgl. nicht in BGE 128 III 34 publizierte E. 2a des Urteils des EVG in Sachen K. vom 6. November 2001; 5C.89/2000). Obwohl die Rettungspflicht nach Art. 61 VVG als Anwendungsfall der Schadenminderungspflicht im Kapitel über die Schadensversicherung geregelt ist, beansprucht sie nach der Rechtsprechung auch in der Personenversicherung und damit auch bei einer Summenversicherung Geltung (Urteil des Bundesgerichts 5C.89/2000 vom 5. November 2001 E. 3b).

4.9???? Nach der Rechtsprechung zu Art. 61 VVG muss der Versicherer, der vom Versicherten zur Erfüllung seiner Schadenminderungspflicht einen Berufswechsel erwartete, dies dem Versicherten mitteilen und ihm dazu eine angemessene Frist ansetzen, um sich anzupassen und eine Stelle zu finden (Urteil des Bundesgerichts 4A_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1; BGE 133 III 527 E. 3.2.1).

??????? Sodann wurde die Regelung von Art. 21 Abs. 4 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) in Anlehnung an die erwählte Rechtsprechung zu Art. 61 VVG erlassen, weshalb sie praxisgemäss als Konkretisierung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch für Privatversicherungen anwendbar ist. 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. Denn es kann von einem Versicherer, der einer versicherten Person zunächst Taggelder ausrichtet, dann jedoch davon ausgeht, dessen Arbeitsunfähigkeit sei beendet, erwartet werden, dass er die versicherte Person darüber informiert und die Leistungen während der Frist weiterzahlt, welche zur tatsächlichen Wiederaufnahme der Berufstätigkeit erforderlich ist (Urteile des Bundesgerichts 4A_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.1 und 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.1 mit Hinweisen).

4.10?? Vorliegend verdeutlicht die Bestimmung von lit. B4 der AVB die in Art. 61 VVG statuierte Schadenminderungspflicht. Folglich durfte und mussten die Parteien lit. B4 der AVB nach dem Vertrauensprinzip daher in dem Sinne verstehen, dass bei einer bloss vorübergehenden Unfähigkeit, die angestammte Tätigkeit zu versehen, zunächst ein Taggeld für die Berufsunfähigkeit zu entschädigen ist, und dass, sobald feststeht, dass eine Rückkehr in die bisherige Arbeit nicht mehr möglich sein wird, bei der Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit auf alle zumutbaren, nach den gesundheitlichen und weiteren persönlichen Verhältnissen in Frage kommenden Beschäftigungen abzustellen ist. In Anbetracht des Umstandes, dass die Parteien eine Summenversicherung vereinbarten, bei welcher das Taggeld auf Grund des vereinbarten Jahreslohnes bemessen wird (Ziff. 3 der besonderen Vertragsbedingungen), durften die Parteien lit. B4 der AVB indes nicht so verstehen, als dass im Sinn der erwähnten Rechtsprechung zur Taggeldversicherung gemäss dem KVG bei der Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit aufgrund der leidensangepassten Einsatzmöglichkeiten im allgemeinen Arbeitsmarkt zur Bemessung der Erwerbseinbusse ein Einkommensvergleich anzustellen wäre. Die Parteien mussten die streitige Klausel vielmehr so verstehen, als dass selbst bei Ermittlung der Arbeitsunfähigkeit anhand der leidensangepassten Einsatzmöglichkeiten im allgemeinen Arbeitsmarkt, das Taggeld auf Grund des Grades der Arbeitsunfähigkeit und des vertraglich vereinbarten Jahreslohnes bemessen wird.

4.11?? Da vorliegend bereits eine Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu klaren Ergebnissen führt, braucht die subsidiäre Unklarheitsregel nicht geprüft zu werden (BGE 124 III 155 E. 1b; 122 III 118 E. 2d). Im übrigen hätte eine Auslegung nach der Unklarheitsregel zum selben Ergebnis geführt. Denn der Beklagten wäre es ein Leichtes gewesen, die Voraussetzungen für einen Berufswechsel und die Bemessung der Einbusse in den AVB mittels eines Zusatzes zu regeln, weshalb sie sich bei Annahme einer Unklarheit die für sie ungünstigere Auslegungsvariante der Klausel entgegenhalten lassen müsste.

E. 5

5.1???? Im Folgenden ist die für den Taggeldanspruch im streitigen Zeitraum vom 1. November 2009 bis 30. November 2010 massgebende medizinische Aktenlage zu prüfen.

5.2???? Dr. med. Y.____, Facharzt f?r Allgemeinmedizin, erw?hnte in seinem Bericht vom 4. September 2009 (Urk. 11/M4), dass der Kl?ger an einem entgleisten Diabetes mellitus mit stark erh?hten Blutzuckerwerten leide. Er habe den Kl?ger f?r eine station?re Behandlung an das Spital Z.____ und f?r eine Gespr?chstherapie an einen Psychiater ?berwiesen. Es sei davon auszugehen, dass der Kl?ger die n?chsten zwei bis drei Monate arbeitsunf?hig und mit guter Diabeteseinstellung voraussichtlich im November wieder arbeitsf?hig sein werde.

5.3???? Dr. med. A.____, Facharzt f?r Psychiatrie und Psychotherapie FMH, f?hrte in seinem Bericht vom 4. Dezember 2009 (Urk. 11/M7) aus, dass er den Kl?ger seit dem 15. September 2009 behandle, und dass dieser an einer mittelgradigen depressiven Episode mit somatischem Syndrom leide. Seit dem 15. September 2009 bestehe aus psychiatrischen Gr?nden eine Arbeitsunf?higkeit von 100 %.

5.4???? Mit Bericht vom 4. Dezember 2009 (Urk. 11/M8) stellte Dr. Y.____ eine Arbeitsunf?higkeit von insgesamt 100 % fest, wobei sich diese aus einer Arbeitsunf?higkeit von 50 % aus somatischen Gr?nden von 50 % und aus einer solchen aus psychischen Gr?nden von 100 % zusammensetze.

5.5???? Dr. med. B.____, FMH f?r Psychiatrie und Psychotherapie, stellte in seinem Gutachten vom 28. November 2009 (Urk. 11/M9 S. 8) fest, dass beim Kl?ger keine psychische St?rung bestehe, welche eine Arbeitsunf?higkeit begr?nden k?nnte. Insbesondere bestehe keine depressive oder ?ngstliche St?rung. Beim Kl?ger bestehe indes ganz offensichtlich ein bewusstes Rentenbegehren. Er habe in ?berzeichneter Weise versucht, sich als psychisch schwer krank darzustellen. Dabei sei sein karikaturhaft zur Schau getragener Leidenszustand jeweils in dem Moment in Schimpftiraden umgeschlagen, als er realisiert habe, dass ihm nicht einfach Recht gegeben worden sei. Eine psychiatrische Therapie sei gegenw?rtig nicht angezeigt.

5.6???? Dr. med. C.____, Facharzt FMH f?r Allgemeine Medizin, diagnostizierte mit Bericht vom 25. Januar 2010 (Urk. 11/M12) einen insulinbed?rftigen Diabetes mellitus, eine beginnende Neuropathie, eine schwere reaktive Depression und eine Instabilit?t der Lendenwirbels?ule im Bereich L5. Der Kl?ger habe seinen Kebab-Stand verkauft und sei aus dem Arbeitsprozess ausgeschieden. Er sei depressiv, leide unter suizidalen Gedanken, existentiellen ?ngsten sowie teilweise unter Panikattacken. Es bestehe eine Arbeitsunf?higkeit von 100 %.

5.7???? In seiner Stellungnahme vom 6. Februar 2010 zum Gutachten von Dr. B.____ vom 28. November 2009 (Urk. 11/M10) erw?hnte Dr. A.____, dass Dr. B.____ in seinem Gutachten schwer einzuordnende Symptome festgestellt habe, bei welchen bei der Begutachtung von Migranten gern Simulation angenommen werde. Dr. B.____, welcher in seinem Gutachten keine Hinweise f?r eine psychische St?rung festgestellt habe, fehle es offensichtlich an transkultureller Kompetenz. Er selbst habe beim Kl?ger eine Depression mittleren Grades diagnostiziert.

5.8???? Die ?rzte der Klinik D.____ diagnostizierten in ihrem Bericht vom 12. Februar 2010 (Urk. 23/24) eine Spondylolisthese L4/5 bei Spondylolyse L4 mit foraminaler Stenose L4 rechts, einen Diabetes mellitus und eine arterielle Hypertonie. Der Kl?ger leide schon seit vielen Jahren unter R?cken- und Kreuzschmerzen. Seit zwei Jahren h?tten diese an Intensit?t deutlich zugenommen. Die Schmerzen best?nden vor allem beim Stehen und Gehen, nicht jedoch beim Sitzen und Liegen. Die Beschwerden seien durch die

Spondylolisthese zu erklären. Eine absolute Operationsindikation bestehe nicht, da der Leidensdruck des Klügers lediglich bei Belastung, im Stehen und Gehen bestehe. Es sei davon auszugehen, dass der Klüger von einer Spondylodese mit Dekompression profitieren würde. Ob nach dieser Operation wieder eine Arbeitsfähigkeit von 100 % resultiere, könne indes nicht garantiert werden.

5.9.2010 Am 21. März 2010 (Urk. 11/M13) nahm Dr. B. ___ zur Stellungnahme von Dr. A. ___ vom 28. November 2009 Stellung und erwähnte, dass die Behauptungen von Dr. A. ___, wonach er mit der transkulturellen Kompetenz nicht vertraut sei und wonach er in seinem Gutachten Stereotypen und Stigmatisierungen verwendet habe, aus der Luft gegriffen und nicht belegt seien. Die Symptome des Klügers seien nicht schwer einzuordnen, sondern zeigten ein bis zur Karikatur gehendes Aggravationsverhalten. Es mache keinen Sinn, eine vermeintliche transkulturelle Problematik als Klischee zu verwenden, um eine offensichtliche Begehrenshaltung zu rechtfertigen.

5.10.2010 Dr. med. E. ___, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Facharzt für Neurologie, Arzt des Regionalen Ärztlichen Dienstes der IV-Stelle (RAD), erwähnte in seinem Untersuchungsbericht vom 19. Mai 2010 (Urk. 11/M15), dass er den Klüger am 23. April 2010 psychiatrisch und neurologisch untersucht habe und stellte die folgenden Diagnosen (S. 6):

Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- mittelgradige depressive Episode
- Spondylolisthese L4/5 bei Spondylolyse mit foraminale Stenose L4 rechts

Nebendiagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- arterielle Hypertonie
- insulinpflichtiger Diabetes mellitus Typ II

5.10.2010 Dr. E. ___ erwähnte, dass der Klüger während der Untersuchung immer wieder aufgestanden und wegen der Rückenbeschmerzen in die Kniebeuge gegangen sei, und dass er zwischenzeitlich agitiert und aufgeregter gewirkt habe (S. 5). Während der gesamten psychiatrischen und neurologischen Untersuchung hätte sich keine Hinweise für ein Aggravation oder ein Rentenbegehren ergeben (S. 6).

5.10.2010 Aus psychiatrischer Sicht sei von einer seit mindestens Mai 2009 bestehenden mittelgradigen depressiven Episode auszugehen. Der Klüger weise dafür die typischen Symptome, wie eine gedrückte Stimmung, Interessensverlust, Freudlosigkeit, Verminderung des Antriebs, Suizidgedanken, Schlafstörungen und verminderter Appetit auf. Die Entwicklung der depressiven Symptomatik sei am ehesten als sekundäre Folge der ausgeprägten Schmerzproblematik zu erklären. Bis auf die (angespannte) finanzielle Situation bestünden keine psychosozialen Belastungsfaktoren. Aus psychiatrischer Sicht bestehe in der bisherigen und in einer behinderungsangepassten Tätigkeit seit Mai 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 %, wobei die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit durch reduziertes Arbeitstempo, durch eine gedrückte Stimmungslage und durch eine Leistungsminderung verursacht werde (S. 6).

5.10.2010 In neurologischer Hinsicht seien die seit vielen Jahren bestehenden Rücken- und Kreuzschmerzen des Klügers und die seit zwei Jahren zusätzlich ausstrahlenden Schmerzen in das rechte Bein im Sinne einer Claudicatio intermittens spinalis durch die

Spondylolisthese zu erklären. Da der Leidensdruck nur bei Belastung (im Stehen und Gehen) bestehe, ergebe sich keine absolute Operationsindikation. Aus neurologischer Sicht bestehe in der bisherigen Tätigkeit in der Führung eines Kebab-Standes eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. In behinderungsangepassten, wechselbelastenden Tätigkeiten ohne Stehen, ohne längeres Gehen, ohne Tragen von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm und ohne Zwangshaltungen bestehe eine Arbeitsfähigkeit von 100 %. Insgesamt bestehe seit Mai 2009 aus psychischen und somatischen Gründen in behinderungsangepassten Tätigkeiten eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % (S. 7).

5.11?? Dr. med. F.____, Spezialarzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, stellte in seinem Gutachten vom 8. Juni 2010 (Urk. 11/M/14) die folgenden Diagnosen (S. 7 f.):

Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- agitiert depressive Episode, aktuell leicht bis mittel, seit Mai 2009 auf dem Hintergrund lumbovertebraler Schmerzen ausstrahlend ins rechte Bein bei Spondylolisthese L4/5, Spondylolyse L4 mit foraminale Stenose L4

- insulinpflichtiger Diabetes mellitus mit aktueller kompensierter Hypertonie

Nebendiagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit:

- Probleme in Verbindung mit der Berufstätigkeit (Verlust des Imbissstandes)

???????? Gegenwärtig werde die Arbeitsfähigkeit durch eine depressive Symptomatik und durch eine Schmerzproblematik, welche somatisch genügend erklärbar sei, eingeschränkt. Aus psychischen Gründen werde die Arbeitsfähigkeit gegenwärtig im Umfang von 50 % eingeschränkt. Insgesamt bestehe in Übereinstimmung mit der Beurteilung durch den RAD aus psychischen und somatischen Gründen seit November 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % (S. 9).

5.12?? Der RAD-Arzt Dr. med. G.____, Orthopädische Chirurgie und Traumatologie FMH, erwähnte in seiner Stellungnahme vom 2. März 2011 (Urk. 23/52/3), dass auf die Ergebnisse der Wirbelsäulenorthopädischen Untersuchung der Ärzte der D.____ vom 12. Februar 2010 abgestellt werden können. Aus orthopädischer Sicht bestehe in Übereinstimmung mit der Beurteilung durch Dr. E.____ eine Arbeitsfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten von insgesamt 50 %.

5.13?? Dr. med. H.____, Orthopädische Chirurgie FMH, stellte in seinem Gutachten vom 14. März 2011 (Urk. 2/43) die folgenden Diagnosen (S. 7):

- Lumboischialgie rechts (seit 2009)

- Spondylolisthesis L4/5

- Herniation mit Kompression der Wurzel L4 rechts

- leichte Spinalkanalstenose L4/5 rechts

- behandlungsbedürftige schwere Hypertonie

- insulinpflichtiger Diabetes mellitus Typ II

???????? Die frisch durchgeführte radiologische Untersuchung habe gegenüber der letzten Untersuchung an der D.____ keine Veränderungen ergeben. Aus orthopädischer Sicht bestehe in zumutbaren, rückenadaptierten, körperlich leichten, wechselbelastenden oder vorwiegend sitzenden Tätigkeiten, ohne Tragen und Heben von schweren Lasten, ohne

l?ngerdauernde vorn?bergeneigte Haltung und ohne asymmetrische Lasteinwirkungen eine Arbeitsf?higkeit von 50 % (S. 8).

E. 6

6.1???? Privatgutachten gelten als Bestandteil der Parteivorbringen (Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.5, BGE 132 III 83 E. 3.4; vgl. auch BGE 127 I 73 E. 3f/bb). Der Umstand allein, dass eine ?rztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, rechtfertigt nach der Rechtsprechung indes nicht, am Beweiswert dieses Parteigutachtens zu zweifeln (BGE 125 V 351 E. 3 b/dd). Beweiswert kann insbesondere auch einem nachtr?glich eingeholten Gutachten zukommen, sofern ein l?ckenloser Befund vorliegt und es im Wesentlichen nur um die ?rztliche Beurteilung eines an sich feststehenden medizinischen Sachverhaltes geht (Urteil des Bundesgerichts 4A_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6).

6.2???? Hinsichtlich des Beweiswertes eines ?rztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht f?r die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden ber?cksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenh?nge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begr?ndet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c).

6.3???? Den obenerw?hnten medizinischen Akten l?sst sich in somatischer Hinsicht entnehmen, dass der Kl?ger seit Jahren unter R?ckenschmerzen litt, und dass diese ab dem Jahre 2008 an Intensit?t zunahmen (Urk. 23/24). In ihrer Beurteilung des R?ckenleidens des Kl?gers stimmten die ?rzte der D.____, Dr. E.____, Dr. G.____ und Dr. H.____ insofern ?berein, als sie davon ausgingen, dass die R?ckenschmerzen durch die Spondylolisthese zu erkl?ren seien. W?hrend Dr. E.____ (Urk. 11/M15 S. 7) davon ausging, dass dem Kl?ger in somatischer Hinsicht die Aus?bung einer behinderungsangepassten T?tigkeit im Umfang eines Arbeitspensums von 100 % zuzumuten sei, vertrat Dr. H.____ (Urk. 2/43 S. 8) die Ansicht, dass aus somatischen Gr?nden in behinderungsangepassten T?tigkeiten eine Arbeitsunf?higkeit von 50 % bestehe.

6.4???? W?hrend Dr. A.____ in psychischer Hinsicht eine mittelgradige depressive Episode mit somatischem Syndrom (Urk. 11/M7) beziehungsweise eine Depression mittleren Grades (Urk. 11/M10), Dr. E.____ eine mittelgradige depressive Episode (Urk. 11/M15) und Dr. F.____ (Urk. 11/M/14 S. 7) eine leicht- bis mittelgradige agitiert depressive Episode feststellte, vertrat Dr. B.____ (Urk. 11/M9 S. 8) die Meinung, dass beim Kl?ger keine psychische St?rung und insbesondere keine depressive oder ?ngstliche St?rung vorliege, und dass vielmehr von einem bewussten Rentenbegehren auszugehen sei.

6.5???? Die Beurteilung durch Dr. E.____ vom 19. Mai 2010 (Urk. 11/M15) erf?hlt sowohl in somatischer als auch in psychischer Hinsicht die nach der Rechtsprechung f?r eine beweiskr?ftige medizinische Entscheidungsgrundlage vorausgesetzten formellen und materiellen Kriterien. Denn einerseits verf?gt Dr. E.____, welcher Facharzt f?r Psychiatrie und Psychotherapie und Facharzt f?r Neurologie ist, ?ber eine f?r die Beurteilung der geklagten somatischen und psychischen Beschwerden angezeigte fachmedizinische Spezialisierung. Andererseits hat sich der Experte eingehend mit den medizinischen Vorakten und den Ergebnissen der von ihm durchgef?hrten spezial?rztlichen Untersuchungen des Kl?gers auseinander gesetzt und begr?ndete seine Schlussfolgerungen, wonach in psychischer Hinsicht in Bezug auf die bisherige T?tigkeit und in Bezug auf

behinderungsangepasste Tätigkeiten seit Mai 2009 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bestehe, wonach dem Kläger aus somatischen Gründen die Ausübung der bisherigen Tätigkeit nicht mehr zuzumuten sei, und wonach ihm die Ausübung einer behinderungsangepassten, wechselbelastenden Tätigkeit ohne Stehen, ohne längeres Gehen, ohne Tragen von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm und ohne Zwangshaltungen aus somatischen und psychischen Gründen insgesamt im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten sei, in nachvollziehbarer Weise.

Die Beurteilung durch Dr. E. ___ erscheint sodann auch in diagnostischer Hinsicht als schlüssig. Denn Dr. E. ___ begründet die von ihm gestellte Diagnose einer seit Mai 2009 bestehenden, mittelgradigen, depressiven Episode in nachvollziehbarer Weise damit, dass der Kläger die für eine depressive Episode typischen Symptome, wie eine gedrückte Stimmung, Interessensverlust, Freudlosigkeit, Verminderung des Antriebs, Suizidgedanken, Schlafstörungen und verminderter Appetit aufweise.

Des Weiteren vermag zu überzeugen, dass Dr. E. ___ bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit davon ausging, dass der Kläger aus psychischen Gründen auf Grund der mittelgradigen depressiven Episode durch ein reduziertes Arbeitstempo, durch eine gedrückte Stimmungslage sowie durch eine Leistungsminderung im Umfang von 50 % in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt ist, und dass er aus somatischen Gründen durch die Spondylolisthese in der bisherigen Tätigkeit im Umfang von 100 % in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt wird, dass ihm hingegen die Ausübung einer behinderungsangepassten Tätigkeit vollumfänglich zuzumuten ist. Die Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch Dr. E. ___ vermag daher auch inhaltlich zu überzeugen, so dass darauf abgestellt werden kann.

Demgegenüber lässt sich der Beurteilung durch Dr. B. ___ keine nachvollziehbare Begründung für die von ihm gezogenen Schlüsse, dass eine psychische Störung zu verneinen sei, und dass es sich bei den vom Kläger karikaturhaft zur Schau getragenen Symptomen um ein bewusstes Rentenbegehren handle, entnehmen. Dieser Schlussfolgerung fehlt insbesondere eine eingehende und nachvollziehbare Auseinandersetzung mit den gegenteiligen Beurteilungen durch die behandelnden Ärzte des Klägers. Sodann steht die von Dr. B. ___ postulierte Verneinung einer psychischen Störung und insbesondere einer depressiven und ängstlichen Störung im Widerspruch zu der von ihm selbst festgestellten ängstlich-depressiven Verfassung des Klägers (Urk. 11/M9 S. 7) und zum Umstand, dass der Kläger gegenüber Dr. B. ___ über depressive Symptome im Sinne einer depressiven Stimmung sowie über Schlafstörungen klagte (Urk. 11/M9 S. 6). Auf Grund des Umstandes, dass Dr. B. ___ dem Verhalten des Klägers, der sich während der Untersuchung ärgerte, über seine ihn behandelnden Ärzte schimpfte, sich in unflätiger Weise ausdrückte (Urk. 11/M9 S. 6) und die Arztpraxis Dr. B. ___s im Ärger und ohne sich zu verabschieden verliess, in seinem Gutachten ein verhältnismässig grosses Gewicht einräumte, ist nicht auszuschliessen, dass der Experte dem Verhalten des Klägers während der Untersuchung ein unangemessen grosses Gewicht zumass, und aus diesem Grunde die vom Kläger geklagten Beschwerden nicht mehr unvoreingenommen beurteilen konnte. Aus den genannten Gründen vermag die Beurteilung durch Dr. B. ___ nicht zu überzeugen, weshalb darauf nicht abgestellt werden kann.

Des Gleichen lässt sich der Beurteilung durch Dr. A. ___ (Urk. 11/M7) keine nachvollziehbare Einschätzung der von ihm attestierten Arbeitsunfähigkeit aus psychischen Gründen von 100 % entnehmen, weshalb schon aus diesem Grunde nicht darauf abgestellt

werden kann. Sodann gilt es in Bezug auf die Beurteilung durch Dr. A.____ die Erfahrungstatsache zu beachten, dass behandelnde Ärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung mitunter eher zugunsten ihrer Patienten aussagen dürften (BGE 125 V 353 E. 3b/cc)

6.8???? Insofern Dr. F.____ in seinem Gutachten vom 8. Juni 2010 eine Arbeitsfähigkeit aus psychischen Gründen im Umfang von 50 % (Urk. 11/M/14 S. 9) feststellte, stimmt die Beurteilung mit derjenigen durch Dr. E.____ überein und erscheint grundsätzlich als schlüssig. Insofern Dr. F.____ in seinem Gutachten indes die Meinung vertrat, dass aus somatischen und psychischen Gründen insgesamt eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bestehe, kann darauf schon aus dem Grunde nicht abgestellt werden, da es Dr. F.____, welcher Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie ist, an einer für die Beurteilung der beim Kläger bestehenden somatischen Gesundheitsbeeinträchtigung angezeigten ärztlichen Spezialisierung fehlt.

6.9???? Dr. H.____ äusserte sich in seinem Gutachten vom 14. März 2011 ausschliesslich zur somatischen Komponente des beim Kläger bestehenden Beschwerdebildes. Insoweit als er aus somatischen Gründen eine Arbeitsunfähigkeit in behinderungsangepassten Tätigkeiten von 50 % feststellte (Urk. 2/43 S. 8), weist seine Beurteilung im Ergebnis nicht von derjenigen durch Dr. E.____ ab, welcher aus somatischen und psychischen Gründen eine Arbeitsunfähigkeit in zumutbaren behinderungsangepassten Tätigkeiten von insgesamt 50 % feststellte.

6.10?? Gestützt auf die nachvollziehbare Beurteilung durch Dr. E.____ vom 19. Mai 2010 ist daher mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass dem Kläger spätestens ab Mai 2009 in Nachachtung der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht die Ausübung einer behinderungsangepassten, wechselbelastenden Tätigkeit ohne Stehen, ohne längeres Gehen, ohne Tragen von Lasten über einem Gewicht von 10 Kilogramm und ohne Zwangshaltungen im Umfang eines Arbeitspensums von 50 % zuzumuten war.

6.11?? Unter diesen Umständen ist der Beklagten nicht zu folgen, wenn sie geltend macht, dass eine Leistungspflicht für die Folgen der Rückenbeschwerden des Klägers zu verneinen sei, weil diese erst nach der Kündigung des Vertrages durch die Beklagte am 25. August 2009 erstmals aufgetreten seien (Urk. 10 S. 18).

6.12?? Des Weiteren ist der Beklagten auch insofern nicht zu folgen, wenn sie die Meinung vertritt, der Kläger habe bezüglich der Rückenbeschwerden eine Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 6 VVG begangen (Urk. 10 S. 19). Dem sich bei den Akten befindenden Fragebogen "Gesundheitsfragen", den der Kläger am 8. August 2006 ausfüllte (Urk. 11/Div3), lässt sich vielmehr keine Frage zu Rückenbeschwerden und diesbezüglichen Behandlungen entnehmen. Es ist auch sonst nicht ersichtlich, inwiefern der Kläger die darin gestellten Fragen unrichtig beantwortet haben sollte. Die Beklagte unterliess es denn auch anzugeben, welche Frage(n) der Kläger in einer Anzeigepflichtverletzung darstellenden Weise unrichtig beantwortet haben sollte (Urk. 10 S. 19).

E. 7

7.1???? Vorliegend ist unbestritten (Urk. 1, Urk. 10), dass die Beklagte es unterliess, dem Kläger im Sinne der erwähnten Rechtsprechung zu Art. 61 VVG (E. 4.9) ausdrücklich mitzuteilen, dass sie von ihm einen Berufswechsel erwarte. Die Beklagte unterliess es auch, dem Kläger eine angemessene Frist anzusetzen, damit sich dieser daran anpassen und eine

Stelle suchen konnte. Insbesondere kann eine solche schriftliche Aufforderung nicht im Schreiben der Beklagten vom 22. Februar 2011 (Urk. 11/67) gesehen werden, worin diese dem Kl?ger mitteilte, dass nach Erlass der einen Rentenanspruch verneinenden Verf?gung der Invalidenversicherung kein Taggeldanspruch mehr ausgewiesen sei.

7.2???? Den Akten ist indes zu entnehmen, dass die IV-Stelle den RAD-Untersuchungsbericht von Dr. E.____ vom 19. Mai 2010 dem Kl?ger am 15. Juli 2010 zustellte (Urk. 23/30). In der Folge stellte der Kl?ger seinerseits am 10. August 2010 (Urk. 11/38) der Beklagten eine Kopie dieses Bericht zu. Gem?ss den Angaben des Kl?gers (Urk. 1 S. 14, Urk. 26 S. 2) rechnete dieser nach Erhalt des Berichts von Dr. E.____ am 15. Juli 2010 damit, dass er von der Beklagten zu einem Berufswechsel aufgefordert werde beziehungsweise, dass er in Nachachtung seiner Schadenminderungspflicht seine Restarbeitsunfhigkeit in zumutbaren behinderungsangepassten T?tigkeiten im Umfang von 50 % aussch?pfen und nach einer angemessenen Umsetzungsfrist im Umfang der Restarbeitsfhigkeit eine behinderungsangepasste T?tigkeit aus?ben m?sse.

7.3???? Demzufolge ist erstellt, dass der Kl?ger am 15. Juli 2010 Kenntnis von der ihm obliegenden Schadenminderungspflicht bei der Aussch?pfung seiner Restarbeitsfhigkeit nach Ablauf einer angemessenen Umsetzungsfrist hatte, weshalb sich diesbez?glich eine Abmahnung durch die Beklagte er?brigte.

7.4???? In W?rdigung der gesamten Umst?nde ist davon auszugehen, dass die angemessene Anpassungszeit von rund 3 Monaten Dauer am 15. Juli 2010 zu laufen begann und am 31. Oktober 2010 ablief. F?r die Zeit ab dem 1. November 2010 war das Taggeld daher gest?zt auf die Arbeitsfhigkeitsbeurteilung durch Dr. E.____ vom 19. Mai 2010 auf Grund einer Arbeitsunfhigkeit in zumutbaren, behinderungsangepassten T?tigkeiten von 50 % zu bemessen.

7.5???? Die Arbeitsunfhigkeit des Kl?gers war im Zeitraum vom 1. November 2009 bis 31. Oktober 2010 anhand seiner bisherigen T?tigkeit, dem F?hren eines Kebab-Standes, zu bemessen. In dieser T?tigkeit war er zu 100 % arbeitsunfhig. Die Beklagte richtete dem Kl?ger f?r den fraglichen Zeitraum nur Taggelder von 50 % aus. Masslich ist unbestritten, dass die Beklagte dem Kl?ger f?r eine Arbeitsunfhigkeit von 50 % ein Taggeld von Fr. 106.85 schuldet (Urk. 1 S. 15, Urk. 27). Entsprechend hat die Beklagte dem Kl?ger f?r die Zeit vom 1. November 2009 bis 31. Oktober 2010 Fr. 39'000.25 (Fr. 106.85 x 365 Tage) nachzuzahlen. Nicht zu beanstanden ist dagegen, dass die Beklagte dem Kl?ger f?r die Zeit vom 1. November 2010 bis 19. Januar 2011 ein Taggeld f?r eine Arbeitsunfhigkeit von 50 % ausrichtete (vgl. Urk. 27). Dar?ber hinaus bestand vom 20. Januar 2011 bis zum Ablauf der versicherten Leistungsdauer von 730 Tagen (abz?glich einer Wartefrist von 30 Tagen) am 19. Mai 2011 ein Anspruch auf ein Taggeld f?r eine Arbeitsunfhigkeit von 50 %. F?r die Zeit vom 20. Januar 2011 bis 19. Mai 2011 (120 Tage) resultiert daher ein Taggeldanspruch des Kl?gers im Betrag von Fr. 12'822.-- (Fr. 106.85 x 120 Tage). In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen.

E. 8

8.1???? Den Akten ist zu entnehmen, dass die Beklagte am 26. August 2009 Dr. B.____ beauftragte, den Kl?ger am 8. September 2009, 15.00 Uhr, psychiatrisch zu begutachten (Urk. 11/M9). Gem?ss dem Austrittsbericht des Spitals Z.____ vom 10. beziehungsweise 14. September 2009 (Urk. 11/M3) war der Kl?ger indes vom 4. bis 9. September 2009 im Spital Z.____ hospitalisiert und konnte den Begutachtungstermin vom 8. September 2009, 15.00

Uhr, aus diesem Grunde daher nicht wahrnehmen. Mit der Taggeldabrechnung vom 30. September 2009 k?rzte die Beklagte die Auszahlung des Taggeldes f?r die Zeit vom 12. August bis 30. September 2009 an den Kl?ger um Fr. 440.--, weil dieser den am 8. September 2009 vorgesehenen Begutachtungstermin bei Dr. B. ___ nicht wahrnahm (Urk. 27).

8.2???? Gem?ss lit. D1 Ziff. 1 der AVB ist jeder Versicherte verpflichtet, sich auch kurzfristig einer Untersuchung durch von der Beklagten beauftragte ?rzte zu unterziehen. Gem?ss Ziff. 3 dieser AVB-Bestimmung k?rzt die Beklagte ihre Leistungen entsprechend, wenn Verhaltenspflichten verletzt werden und dadurch die Feststellung und das Ausmass der Krankheitsfolgen beeinflusst werden.

8.3???? Die Nichtteilnahme an der am 8. September 2009 vorgesehenen Begutachtung durch den Kl?ger stellt indes keine Verletzung der Verhaltenspflichten dar, da der Kl?ger zu diesem Zeitpunkt im Spital Z. ___ hospitalisiert war und sich aus diesem Grunde einer Begutachtung durch Dr. B. ___ nicht unterziehen konnte.

8.4???? Demzufolge ist die Klage daher auch im Umfang des mit der Taggeldabrechnung vom 30. September 2009 (Urk. 27) vorgenommenen Abzugs vom Taggeld wegen Nichtteilnahme am Begutachtungstermin vom 8. September 2009 im Betrag Fr. 440.-- gutzuheissen.

9.????? Nach Gesagtem ist die Klage im Umfang von Fr. 52'262.25 (Fr. 39'000.25 + Fr. 12'822.-- + Fr. 440.--), zuz?glich Verzugszins von 5 % seit 19. Mai 2011 teilweise gutzuheissen.

10.????

10.1?? Gem?ss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten geh?ren die Gerichtskosten und die Parteientsch?digung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentsch?digung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.1 nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsm?ssigen Vertretung sowie in begr?ndeten F?llen eine angemessene Umtriebsentsch?digung, wenn eine Partei nicht berufsm?ssig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

10.2?? Die Kantone sind zust?ndig, die Tarife f?r die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das z?rcherische Ausf?hrungsgesetz zur ZPO, das GOG, enth?lt keine f?r das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Teil des GOG). Dasselbe gilt f?r die Verordnung ?ber die Anwaltsgeb?hren (LS 215.3). Diese regelt ausdr?cklich nur die Parteientsch?digungen vor den Schlichtungsbeh?rden, den Zivilgerichten und den Strafbeh?rden. Die Bemessung der Parteientsch?digung richtet sich somit nach ? 34 GSVGer sowie den ?? 1, 5 und 7 der Verordnung ?ber die Geb?hren, Kosten und Entsch?digungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gem?ss ? 34 Abs. 1 GSVGer ist die H?he der gerichtlich festzusetzenden Entsch?digung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne R?cksicht auf den Streitwert festzusetzen.

10.3?? Der Kl?ger beantragte die Ausrichtung einer Parteientsch?digung f?r Anwaltskosten im Umfang von Fr. 14'261.15 (28.09 Stunden ? Fr. 280.-- zuz?glich Fr. 409.-- Auslagen

und 8 % Mehrwertsteuer; Urk. 15 S. 17) sowie die Übernahme der Kosten der Privatgutachtens von Dr. F. ___ im Betrag von Fr. 2'625.-- und von Dr. H. ___ im Betrag von Fr. 2'700.-- (Urk. 15 S.- 16).

10.4?? Kosten von Privatgutachten können allenfalls als notwendige Auslagen im Rahmen der Parteientschädigung geltend gemacht werden, soweit das Privatgutachten unmittelbar im Zusammenhang mit dem Prozess erstellt wurde und zur gehörigen Substantiierung erforderlich ist (Suter/von Holzern in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur ZPO, 2. Auflage, Zürich 2013, Art. 95 ZPO N 33).

10.5?? Der medizinische Sachverhalt erscheint für die vorliegend im Streite stehenden Fragen nach dem Taggeldanspruch des Klägers spätestens zum Zeitpunkt der Untersuchung durch den RAD-Arzt Dr. E. ___ vom 23. April 2010 (Bericht vom 19. Mai 2010; Urk. 11/M15) als rechtsgenügend abgeklärt. Denn spätestens zu diesem Zeitpunkt war klar, dass aus somatischen und psychischen Gründen eine Restarbeitsfähigkeit des Klägers in zumutbaren behinderungsangepassten Tätigkeiten von 50 % bestand. Den nach diesem Zeitpunkt erstellten Gutachten von Dr. F. ___ vom 8. Juni 2010 (Urk. 11/M14) und Dr. H. ___ vom 14. März 2011 (Urk. 2/43) kam für die streitigen Belange daher keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu. Der Sachverhalt war vielmehr bereits bei Vorliegen des Untersuchungsberichts von Dr. E. ___ vom 19. Mai 2010 (Urk. 11/M15) rechtsgenügend abgeklärt. Die Privatgutachten von Dr. F. ___ vom 8. Juni 2010 und Dr. H. ___ vom 14. März 2011 waren daher für die rechtmässige Beurteilung des streitigen Anspruchs unmassgeblich, weshalb es sich bei deren Kosten nicht um notwendige Auslagen im Sinne von § 34 Abs. 1 und § 28 lit. a GSVGer in Verbindung mit Art. 95 Abs. 2 lit. a ZPO handelte. Demnach sind die Voraussetzungen für eine Kostenübernahme im Rahmen der Parteientschädigung nicht gegeben.

10.6?? Der von Rechtsanwältin Katja Ziehe mit Eingabe vom 20. Juni 2012 geltend gemachte Aufwand für die Rechtsvertretung des Klägers von 28.09 Stunden (Urk. 15 S. 16) ist der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses nicht angemessen, insbesondere aufgrund der Tatsache, dass sie den Kläger bereits im Verwaltungsverfahren der Invalidenversicherung vertrat (Urk. 23/1-61) und die massgebenden medizinischen Akten und Zusammenhänge somit bekannt waren.

10.7?? Aufgrund seines überwiegenden Obsiegens ist dem Kläger seitens der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1.???????? In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger einen Betrag von Fr. 52'262.25 zu bezahlen, zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 19. Mai 2011. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2.???????? Das Verfahren ist kostenlos.

3.???????? Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 9'000.-- zu bezahlen.

4.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwältin Katja Ziehe

- Kellerhals Anwältin

- 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 siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten 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 zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

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