Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}

4A 178/2015

Urteil vom 11. September 2015

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterin Klett, Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Hohl, Bundesrichterin Niquille,
Gerichtsschreiberin Marti-Schreier.

Verfahrensbeteiligte
A._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. André Largier,
Beschwerdeführer,

gegen

Versicherung B._____ AG,
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand
Taggeldversicherung; Privatgutachten,

Beschwerde gegen das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau, 3. Kammer, vom 17. Februar 2015.

Sachverhalt:

A.

A.a. Der 1980 geborene A._____ (Kläger, Beschwerdeführer) hat mit der Versicherung B._____ AG (Beklagte, Beschwerdegegnerin) eine Einzel-Krankentaggeldversicherung nach VVG abgeschlossen.

A.b. Am 25. Dezember 2009 erlitt A._____ bei einer tätlichen Auseinandersetzung Kopf- und Gesichtsverletzungen. In der Folge wurde ihm eine Arbeitsunfähigkeit zu 100 % attestiert. Die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) erbrachte die gesetzlichen Versicherungsleistungen (Übernahme der Heilbehandlungskosten, Taggelder).

A.c. Am 21. September 2010 meldete sich A._____ bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug an. Mit Verfügung vom 27. Januar 2014 verneinte die IV-Stelle Aargau einen invalidisierenden Gesundheitsschaden und entschied, A._____ habe keinen Anspruch auf Leistungen der Invalidenversicherung. Die dagegen erhobene Beschwerde von A._____ wies das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 16. Oktober 2014 ab.

A.d. Mit Verfügung vom 31. August 2011 stellte die SUVA ihre Leistungen per 30. September 2011 ein mit

der Begründung, die aktuell noch geltend gemachten Beschwerden seien organisch als Folge des Unfalls nicht erklärbar, weshalb die adäquate Kausalität zu verneinen sei. Mit Einspracheentscheid vom 12. Oktober 2011 hielt die SUVA an der Leistungseinstellung fest. Dagegen erhob A._____ Beschwerde, woraufhin sowohl das Versicherungsgericht des Kantons Aargau mit Urteil vom 16. August 2012 als auch das Bundesgericht mit Urteil 8C 833/2012 vom 29. November 2012 die Leistungseinstellung bestätigten. Beide Instanzen kamen zum Schluss, bei A._____ lägen keine organisch objektiv ausgewiesenen Unfallfolgen mehr vor, welche die über den 30. September 2011 hinaus beklagten Beschwerden erklären würden.

A.e. Mit Schadenanzeige vom 14. Oktober 2011 meldete sich A._____ bei der Versicherung B._____ AG zum Bezug von Leistungen aus der Einzel-Krankentaggeldversicherung an. Im Auftrag der Versicherung B._____ AG verfasste Dr. med. C._____, Facharzt FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, auf der Grundlage der medizinischen Vorakten und einer Untersuchung von A._____ ein psychiatrisch-psychotherapeutisches Gutachten vom 1. Februar 2012. Gestützt auf dieses Gutachten verneinte die Versicherung B._____ AG mit Schreiben vom 21. Februar 2012 und vom 19. Juni 2012 einen Leistungsanspruch von A._____.

A.f. Am 26. November 2013 verlangte A._____ von der Versicherung B._____ AG erneut die Zahlung von Krankentaggeldern und verwies dabei auf ein interdisziplinäres Gutachten des Zentrums D._____ vom 1. August 2013. Die Versicherung B._____ AG hielt mit Stellungnahme vom 13. Februar 2014 daran fest, dass kein Leistungsanspruch bestehe.

B.
Am 14. März 2014 erhob A._____ Klage beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau und beantragte, die Versicherung B._____ AG sei zur Zahlung von Fr. 91'000.– an ihn (bzw. an die Gemeinde Wettingen im Rahmen der Drittauszahlungsermächtigung) zu verurteilen.
Mit Urteil vom 17. Februar 2015 wies das Versicherungsgericht des Kantons Aargau die Klage ab.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen vom 25. März 2015 beantragt A._____ dem Bundesgericht, das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau sei aufzuheben und die Versicherung B._____ AG sei zur Zahlung von Fr. 91'000.– an ihn (bzw. an die Gemeinde Wettingen im Rahmen der Drittauszahlungsermächtigung) zu verurteilen.
Die Beschwerdegegnerin beantragt die Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten ist. Die Vorinstanz hat auf Vernehmlassung verzichtet.

Erwägungen:

1.
Zu beurteilen ist die Leistungspflicht aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur, womit als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG in Betracht kommt (BGE 138 III 2 E. 1.1 S. 3; 133 III 439 E. 2.1 S. 441 f. mit Hinweis).
Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG). Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau hat als einzige kantonale Instanz im Sinne von Art. 7 ZPO und Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG entschieden, weshalb die Beschwerde in vermögensrechtlichen Angelegenheiten gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Erreichen der Streitwertgrenze nach Art. 74 Abs. 1 BGG zulässig ist (vgl. BGE 138 III 2 E. 1.2.2 S. 4 ff., 799 E. 1.1 S. 800). Die Beschwerdefrist ist eingehalten (Art. 100 Abs. 1 BGG). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen erfüllt sind, ist unter Vorbehalt rechtsgenügend begründeter Rügen auf die Beschwerde einzutreten.

2.

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht auf das von Dr. med. C._____ erstellte Parteigutachten der Beschwerdegegnerin abgestellt und gestützt darauf als überwiegend wahrscheinlich erachtet, dass ab 1. Oktober 2011 keine relevante Arbeitsunfähigkeit mehr bestanden habe.

2.1. Der Vorinstanz lagen vier ärztliche Beurteilungen des gesundheitlichen Zustands des Beschwerdeführers und dessen Arbeits (un) fähigkeit vor. Dr. med. C._____ verfasste ein Gutachten im Auftrag der Beschwerdegegnerin. Darin kam er zum Schluss, eine relevante Arbeitsunfähigkeit lasse sich aus rein psychiatrisch-psychotherapeutischer Sicht nicht begründen. Pract. med. E._____ behandelte den Beschwerdeführer ab dem 17. Mai 2011 und hielt in einem Bericht vom 16. Mai 2012 fest, es sei dem Beschwerdeführer zumutbar, mit einem Arbeitsversuch von ein bis zwei Stunden in einer angepassten Tätigkeit im geschützten, ruhigen Rahmen zu beginnen und den zeitlichen Umfang langsam zu steigern. Das Zentrum D._____ verfasste ein interdisziplinäres Gutachten vom 1. August 2013. Darin attestiert der psychiatrische Gutachter Dr. med. F._____ aufgrund einer posttraumatischen Belastungsstörung seit Dezember 2009 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit. Die IV-Stelle Aargau unterbreitete die Akten Dr. med. G._____. Dieser kam in einer konsiliarischen Aktenbeurteilung vom 13. November 2013 zum Schluss, der Beschwerdeführer weise eine Arbeitsfähigkeit von rund 40-50 % auf.
Die Vorinstanz würdigte die vorliegenden Gutachten und den Bericht. Sie erachtete als nachvollziehbar, dass Dr. med. C._____ beim Beschwerdeführer keine relevante Arbeitsunfähigkeit für gegeben erachtet habe. Darauf sei abzustützen; dies auch in Würdigung des Umstands, dass es sich dabei um ein Parteigutachten handle. In dieser Hinsicht stützte sich die Vorinstanz auf BGE 125 V 351 E. 3b/dd S. 353, wonach der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht werde, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert rechtfertige. Die Vorinstanz stellte somit auf das Gutachten von Dr. med. C._____ ab und erachtete es als überwiegend wahrscheinlich, dass der Beschwerdeführer ab 1. Oktober 2011 keine relevante Arbeitsunfähigkeit aufgewiesen habe. Damit habe dieser keinen Anspruch auf Leistung von Krankentaggeldern.

2.2. Dagegen bringt der Beschwerdeführer vor, beim Gutachten von Dr. med. C._____ handle es sich nicht um ein neutrales Gutachten, sondern um ein Parteigutachten. Ein solches gelte zivilprozessual als blosse Parteibehauptung, nicht aber als Beweismittel, was das Bundesgericht in BGE 132 III 83 E. 3.4 festgehalten habe. Die von der Vorinstanz zitierte sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung sei weder direkt noch analog anwendbar, weil die Beschwerdegegnerin nicht als eine mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete Verwaltungsbehörde zur Neutralität verpflichtet sei und den notwendigen Sachverhalt auch nicht von Amtes wegen abzuklären habe. Vielmehr nehme sie als Privatversicherin schon bei der Sachverhaltsermittlung ihre Parteiinteressen wahr. Es sei offensichtlich unhaltbar, dass sich die Vorinstanz auf eine blosse Parteibehauptung ohne Beweiswert stütze. Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, die Vorinstanz habe richtig festgehalten, dass am Beweiswert des Privatgutachtens nicht allein deshalb zu zweifeln sei, weil es von einer Partei eingeholt worden sei. Die Beschwerdegegnerin verweist auf das Urteil des Bundesgerichts 4A 505/2012 vom 6. Dezember 2012, das auch auf (den vorinstanzlich zitierten) BGE 125 V 351 hinweise.

2.3. In BGE 125 V 351 hat das Bundesgericht was folgt ausgeführt: Was Parteigutachten anbelangt, rechtfertigt der Umstand allein, dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht wird, nicht Zweifel an ihrem Beweiswert (E. 3b/dd S. 353). Auch ein Parteigutachten enthält mithin Äusserungen eines Sachverständigen, welche zur Feststellung eines medizinischen Sachverhalts beweismässig beitragen können (E. 3c S. 354). Daraus folgt indessen nicht, dass ein solches Gutachten den gleichen Rang wie ein vom Gericht oder von einem Unfallversicherer nach dem vorgegebenen Verfahrensrecht eingeholtes Gutachten besitzt. Es verpflichtet indessen - wie jede substanziiert vorgetragene Einwendung gegen ein solches Gutachten - den Richter, den von der Rechtsprechung aufgestellten Richtlinien für die Beweiswürdigung folgend, zu prüfen, ob es in rechtserheblichen Fragen die Auffassungen und Schlussfolgerungen des vom Gericht oder vom Unfallversicherer förmlich bestellten Gutachters derart zu erschüttern vermag, dass davon abzuweichen ist.
Diese Rechtsprechung hat ihren Ursprung beim (damaligen) Eidgenössischen Versicherungsgericht (vgl. LUCREZIA GLANZMANN, Der Beweiswert medizinischer Erhebungen im Zivil-, Straf- und Sozialversicherungsprozess, AJP 2005 S. 77). Die in BGE 125 V 351 enthaltenen Erwägungen wurden bis heute denn auch pri-

mär in Urteilen der beiden sozialversicherungsrechtlichen Abteilungen bestätigt (vgl. etwa Urteile 9C 49/2014 vom 29. Oktober 2014 E. 4.1; 8C 892/2013 vom 27. März 2014 E. 5.3.2), fanden aber auch Eingang in Urteile anderer Abteilungen (vgl. etwa BGE 137 II 266 E. 3.2 S. 270 f.; Urteil 4A 505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6).
Gleichzeitig hat das Bundesgericht immer wieder bestätigt, dass Parteigutachten nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen ist (BGE 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29; 140 III 16 E. 2.5 S. 24; 139 III 305 E. 5.2.5 S. 319; 135 III 670 E. 3.3.1 S. 677; 132 III 83 E. 3.6 S. 88 f.).

2.4. Die Vorinstanz und die Beschwerdegegnerin stützen sich auf BGE 125 V 351 und erachten das Abstützen auf das von der Beschwerdegegnerin eingeholte Privatgutachten von Dr. med. C._____ als zulässig, während der Beschwerdeführer mit Hinweis auf die ebenfalls publizierte Rechtsprechung, wonach Parteigutachten blosse Parteibehauptungen seien, das Vorgehen der Vorinstanz als unzulässig erachtet. Es besteht daher Anlass zur Klarstellung, was in Verfahren nach der ZPO gilt, die für Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (auch vor den Versicherungsgerichten) die massgebliche Verfahrensordnung bildet (BGE 138 III 558 E. 3.2 S. 561).

2.5.

2.5.1. Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis (lit. a), Urkunde (lit. b), Augenschein (lit. c), Gutachten (lit. d), schriftliche Auskunft (lit. e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel (Urteil 5A 957/2012 vom 28. Mai 2013 E. 2; Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7320 Ziff. 5.10.3). Vorbehalten bleiben nach Art. 168 Abs. 2 ZPO lediglich die Bestimmungen über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten. In seiner Botschaft zur ZPO gesteht der Bundesrat zu, dass eine abschliessende Aufzählung zulässiger Beweismittel auf den ersten Blick den Kernprinzipien des Beweisrechts (Recht auf Beweis, freie Beweiswürdigung nach Art. 157 ZPO) zu widersprechen scheint; die Rechtssicherheit und das Gebot eines fairen Verfahrens gebieten jedoch eine klare Aussage des Gesetzes darüber, wie, wann und mit welchen Mitteln Beweis zu führen sei (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7320 Ziff. 5.10.3).

2.5.2. Aus dem Begriff "Gutachten" (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO) alleine lässt sich noch nicht ableiten, ob darunter auch ein Privatgutachten zu subsumieren ist. Systematisch sind indessen Art. 183 ff. ZPO zu berücksichtigen, die das Gutachten als Beweismittel näher regeln. Nach Art. 183 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann das Gericht auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen bei einer oder mehreren sachverständigen Personen ein Gutachten einholen (Hervorhebung hinzugefügt). Aus der Gesetzessystematik wird mithin klar, dass Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel zulässt.
Diese Auslegung wird gestützt von den Materialien. Neben dem gerichtlich bestellten Gutachten (Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO) sah der Vorentwurf explizit auch das Privatgutachten vor (Art. 182 des Vorentwurfs von 2003 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung). Aufgrund der Kritik in der Vernehmlassung wurde in der Folge auf dieses Beweismittel verzichtet; Privatgutachten bleiben nach der Botschaft zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7325 Art. 180-185).

2.5.3. Nach einem Teil der Lehre sollen Privatgutachten dem Gericht als Urkunden i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. b und Art. 177 ff. ZPO eingereicht werden dürfen (ANDREAS BINDER/ROMAN S. GUTZWILER, Das Privatgutachten - eine Urkunde gemäss Art. 177 ZPO, ZZZ 2013 S. 171 ff.; DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, 2. Aufl. 2015, S. 149; THOMAS WEIBEL, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 3 f. zu Art. 177 ZPO; wohl auch HANS SCHMID, Kurzkommentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 18 zu Art. 183 ZPO). Entgegen dieser Ansicht ist es nicht möglich, ein Privatgutachten unter dem Titel der Urkunde doch noch als Beweismittel für die inhaltliche Richtigkeit der im Gutachten enthaltenen Aussagen in das Verfahren einzubringen. Denn der Gesetzgeber lehnte das Privatgutachten als Beweismittel i.S.v. Art. 168 Abs. 1 ZPO allgemein und nicht nur als Gutachten i.S.v. Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO ab (in diesem Sinn auch DAVID RÜETSCHI, Das Parteigutachten unter der neuen ZPO, Unter Berücksichtigung der geografischen Marke, in: Festschrift für J. David Meisser zum 65. Geburtstag, 2012, S.

16 f.; SVEN RÜETSCHI, in: Berner Kommentar, 2012, N. 35 zu Art. 183 ZPO; FRANZ MÜLLER/SIMON ZINGG, Der Beizug von
Sachverständigen im Zivilprozess aus anwaltlicher Sicht, in: ZBJV 2009, S. 651 Fn. 87; vgl. auch ANNETTE DOLGE, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 12 zu Art. 177 ZPO; KILIAN PERROULAZ, in: Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, N. 4 zu Art. 183 ZPO; differenzierend PHILIPPE SCHWEIZER, in: Code de procédure civile commenté, 2011, N. 4 zu Art. 177 ZPO).

2.6. Im Zivilprozess stellt ein Privatgutachten somit kein Beweismittel dar. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Beschwerdegegnerin gilt mithin die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung nach BGE 125 V 351 unter dem Anwendungsbereich der ZPO nicht. Vielmehr ist die vom Beschwerdeführer angerufene Rechtsprechung anwendbar, wonach Parteigutachten nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen beizumessen ist (BGE 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29; 140 III 16 E. 2.5 S. 24; 139 III 305 E. 5.2.5 S. 319; 135 III 670 E. 3.3.1 S. 677; 132 III 83 E. 3.6 S. 88 f.). Allerdings ist zu beachten, dass nur Tatsachenbehauptungen bewiesen werden müssen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden (BGE 117 II 113 E. 2 S. 113); die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGE 115 II 1 E. 4 S. 2). Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung; je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts
behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung (vgl. BGE 117 II 113 E. 2 S. 113 f.; HANS PETER WALTER, in: Berner Kommentar, 2012, N. 204 zu Art. 8 ZGB; JÜRGEN BRÖNNIMANN, in: Berner Kommentar, 2012, N. 15 zu Art. 150 ZPO); pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird (HANS PETER WALTER, a.a.O., N. 191 zu Art. 8 ZGB).
Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen (vgl. BGE 132 III 83 E. 3.5 S. 88). Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden. Dies hat die Vorinstanz verkannt, wenn sie vorliegend ein Privatgutachten als Beweismittel zugelassen und einzig gestützt auf dieses Gutachten als bewiesen erachtet hat, dass der Beschwerdeführer im zu beurteilenden Zeitraum arbeitsfähig gewesen sei. Damit hat sie nach dem Gesagten Art. 168 Abs. 1 ZPO verletzt. Die Rüge des Beschwerdeführers erweist sich mithin als begründet.

3.
Das vorinstanzliche Urteil enthält auch eine Eventualbegründung. Nachdem die Hauptbegründung der Überprüfung nicht standhält, ist nachfolgend daher auf die Rügen einzugehen, die der Beschwerdeführer gegen die Eventualbegründung vorbringt. Die Vorinstanz hat im Rahmen dieser Eventualbegründung ausgeführt, der Beschwerdeführer hätte auch bei Bejahung einer weiterhin bestehenden Arbeitsunfähigkeit keinen Anspruch auf Taggeldleistungen, weil er seine Schadenminderungspflicht nach Ziff. 3.7 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen und Art. 61 VVG verletzt habe.

3.1. Der Beschwerdeführer rügt eine Verletzung seines rechtlichen Gehörs. Er habe nicht ahnen können, dass die Vorinstanz die Klage schliesslich mit dem Vorwurf der Verletzung der Schadenminderungspflicht abweisen würde. Gerade weil die Beschwerdegegnerin in der Duplik keine konkreten Vorwürfe hinsichtlich der Mitwirkung an der Behandlung erhoben habe, sei es für den Beschwerdeführer auch nach Erhalt der Duplik nicht vorhersehbar gewesen, dass sich die Vorinstanz auf diesen Standpunkt stellen könnte. Die Vorinstanz begründe mithin die Klageabweisung gestützt auf einen Sachverhalt, der im vorangegangenen Verfahren nicht zur Spra-

che gekommen sei, auf den sich keine Partei berufen habe und dessen Erheblichkeit die Parteien im konkreten Fall auch nicht hätten voraussehen können. Deshalb wäre die Vorinstanz verpflichtet gewesen, vor Erlass des Urteils den Parteien Gelegenheit zu geben, zum Vorwurf, der Beschwerdeführer habe sich der zumutbaren Behandlung entzogen und habe dadurch seine Heilung verzögert, Stellung zu nehmen.

3.2. Die Parteien haben Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO). Dieser Anspruch ist auch grundrechtlich gewährleistet (Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 6 Ziff. 1 EMRK); er dient der Sachaufklärung und garantiert den Verfahrensbeteiligten ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht (BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102; 137 II 266 E. 3.2 S. 270). Sie haben insbesondere Anspruch auf Äusserung zur Sache vor Fällung des Entscheids, auf Abnahme ihrer erheblichen, rechtzeitig und formrichtig angebotenen Beweise und auf Mitwirkung an der Erhebung von Beweisen oder zumindest auf Stellungnahme zum Beweisergebnis (BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 102 f.; 135 II 286 E. 5.1 S. 293; 134 I 140 E. 5.3 S. 148). Voraussetzung dafür sind genügende Kenntnisse über den Verfahrensverlauf, weshalb die Parteien in geeigneter Weise über die entscheidwesentlichen Vorgänge und Grundlagen vorweg orientiert werden müssen (BGE 140 I 99 E. 3.4 S. 103). Die Parteien eines Verfahrens haben das Recht, sich zu rechtserheblichen Sachverhaltsvorbringen zu äussern, auf welche zu ihrem Nachteil abgestellt wird (BGE 139 II 489 E. 3.3 S. 496; 137 IV 33 E. 9.2 S. 48 f.; 136 V 351 E. 4.4 S. 355 f.).

3.3. Die Beschwerdegegnerin hat - erst in der Duplik - Art. 61 VVG und das (theoretische) Bestehen einer Schadenminderungspflicht zwar erwähnt. Dies geschah indes unter dem Titel "Zum Begriff der Arbeitsunfähigkeit" und diente der Begründung dafür, dass die Praxis zur Überwindbarkeit chronischer Schmerzstörungen vorliegend anwendbar sei. Wie der Beschwerdeführer zu Recht vorbringt, hat die Beschwerdegegnerin keine konkreten Vorwürfe hinsichtlich der Mitwirkung an der Behandlung erhoben. Selbst die Beschwerdegegnerin gibt in ihrer Vernehmlassung sinngemäss an, dass die Schadenminderungspflicht insofern kein Thema gewesen sei, als sie einen Leistungsanspruch mangels Arbeitsunfähigkeit verneint habe. Es habe für sie folglich keine Veranlassung gegeben, den Beschwerdeführer zur Einhaltung seiner Schadenminderungspflicht anzuhalten. Da eine Verletzung der Schadenminderungspflicht des Beschwerdeführers somit im vorinstanzlichen Verfahren nicht erwogen wurde und die Parteien keinen Anlass hatten, sich dazu zu äussern, wäre vor der Abweisung der Klage mit dieser (Eventual-) Begründung eine vorgängige Anhörung der Parteien und insbesondere des Beschwerdeführers angezeigt gewesen. Indem die Vorinstanz dies unterliess, verletzte sie das
rechtliche Gehör des Beschwerdeführers. Eine Heilung dieser Gehörsverletzung kommt im bundesgerichtlichen Verfahren nicht in Betracht (vgl. BGE 137 I 195 E. 2.3.2 S. 197 f. und E. 2.7 S. 199 mit Hinweisen).

4.
Nach dem Dargelegten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 17. Februar 2015aufzuheben und die Sache zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Vorinstanz hat dabei entweder die Beweiswürdigung erneut vorzunehmen unter Berücksichtigung der zum Privatgutachten dargelegten Grundsätze (Hauptbegründung) oder sie hat den Parteien das rechtliche Gehör zur Frage der Verletzung der Schadenminderungspflicht zu gewähren (Eventualbegründung).
Der Beschwerdeführer dringt mit seinen Begehren nur teilweise durch. Da zum jetzigen Zeitpunkt zudem noch ungewiss ist, in welchem Umfang er in der Sache obsiegen wird, erscheint es gerechtfertigt, die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdegegnerin hat dem Beschwerdeführer eine reduzierte Parteientschädigung auszurichten; da die Beschwerdegegnerin nicht anwaltlich vertreten ist, hat sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung (Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; BGE 133 III 439 E. 4 S. 446 mit Hinweis).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen und das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 17. Februar 2015 wird aufgehoben. Die Sache wird zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 4’500.– werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.

3.
Die Beschwerdegegnerin hat den Beschwerdeführer für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2’500.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau, 3. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 11. September 2015

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Die Gerichtsschreiberin: Marti-Schreier