Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 13. Juni 2013 (731 12 315)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Teil-Urteil betreffend Krankentaggeld; Zuständigkeit des Kantonsgerichts; Aktivlegitimation der versicherten Person; Beweiswert von Parteigutachten; Rückwärtsversicherungsverbot; Begriff des befürchteten Ereignisses; Anwendungsfall von Art. 9 VGG bei vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheiten; Auslegung vorformulierter Versicherungsbedingungen

Besetzung	Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Christof Enderle, Kantonsrichter Yves Thommen, Gerichtsschreiberin Martina Freivogel
Parteien	A.____, Kläger, vertreten durch Jan Herrmann, Rechtsanwalt, Lange Gasse 90, 4052 Basel gegen **innova Versicherungen AG**, Bahnhofstrasse 4, 3073 Gümligen, Beklagte, vertreten durch Daniel Staffelbach, Fürsprecher, Walder Wyss & Partner, Seefeldstrasse 123, Postfach 1236, 8034 Zürich
Betreff	Leistungen

A. Der 1966 geborene A.____ war seit dem Jahr 1995 bei der B.____ AG als Geschäftsführer angestellt und in dieser Eigenschaft seit 1. September 2011 bei der Kollektiv-Lohnausfallversicherung der innova Versicherungen AG (innova) versichert. Dieser teilte A.____ am 23. September 2011 mit, er sei seit 12. September 2011 krankheitsbedingt zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. "Meldung der Arbeitsunfähigkeit Kollektiv-Taggeld" vom 23. September 2011). Der behandelnde Arzt Dr. med. C.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, bestätigte mit Arztzeugnis vom 29. September 2011 die vollständige Arbeitsunfähigkeit des Versicherten. Dabei hielt er unter anderem fest, das Leiden habe bereits früher bestanden, ungefähr seit dem Jahr 2001 (vgl. "Arztzeugnis Kollektiv-Taggeld" vom 29. September 2011). Mit Schreiben vom 16. Januar 2012 lehnte die innova die Ausrichtung von Versicherungsleistungen ab. Zur Begründung wurde ausgeführt, eine vorbestehende Krankheit habe die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit verursacht. Aufgrund des Verbots der Rückwärtsversicherung komme A.____ deshalb kein Versicherungsschutz zu.

B. Mit Klage vom 12. Oktober 2012 forderte Jan Herrmann namens und im Auftrag von A.____ beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), die Verurteilung der innova zur Bezahlung von Fr. 22'634.20 zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Oktober 2012; unter o/e-Kostenfolge.

C. In ihrer Klageantwort vom 28. Dezember 2012 beantragte die Beklagte, vertreten durch Advokat Daniel Staffelbach, die Abweisung der Klage; unter o/e-Kostenfolge.

D. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung wurde von Seite des Klägers ein auf dessen Namen lautender Kontoauszug der D.____ Basel vom 11. Juni 2013 mit sämtlichen Bewegungen aus dem Jahr 2011 als neues Beweismittel ins Recht gelegt. Zudem reichte Jan Herrmann eine aktualisierte Honorarnote ein. In den Parteivorträgen hielten die beiden Rechtsvertreter an ihren jeweiligen Anträgen und Begründungen fest. Daniel Staffelbach machte im Rahmen der Begründung zusätzlich geltend, der Kläger sei gar nicht aktivlegitimiert, da ihm die Arbeitgeberin - gemäss dem als Novum eingereichten Kontoauszug - während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit regelmässig den vollständigen Lohn ausbezahlt habe. Hiergegen brachte Jan Herrmann vor, der Kläger sei sehr wohl anspruchsberechtigt und zwar als Arbeitnehmer von Gesetzes wegen. Die B.____ AG habe während der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten dessen Lohn aus "Goodwill" weiterhin ausbezahlt, was den gesetzlichen Anspruch nicht zu hindern vermöge. Der Kläger werde die Angelegenheit intern mit der Arbeitgeberin regeln müssen; eine Subrogation finde jedenfalls nicht statt. Aufgrund dieses anlässlich der Parteiverhandlung erstmals geltend gemachten, strittigen Punktes betreffend die Aktivlegitimation des Klägers beschloss das Gericht, weitere rechtliche Abklärungen vorzunehmen und das Urteil schriftlich zu eröffnen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1. Im vorliegenden Verfahren geht es um Leistungen aus einer am 2. September 2011 zwischen der innova und der B.____ AG abgeschlossenen "Kollektiv-Lohnausfall-versicherung nach VVG". Versicherte Personen sind die Arbeitnehmenden der B.____ AG (vgl. Bst. A4

Abs. 1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen [AVB] der innova für die Kollektiv-Lohnausfallversicherung nach VVG). Gegenstand des Versicherungsvertrags bildet die Gewährung von Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheit (Bst. A1 Satz 1 AVB). Die Versicherungsleistung besteht in der Ausrichtung von Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit (Bst. B1 Abs. 1 AVB). Beim besagten Versicherungsverhältnis handelt es sich folglich um eine private Kollektiv-Krankentaggeldversicherung.

2. Zunächst stellt sich die Frage der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts.

2.1 Den Krankenkassen steht es frei, neben der sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 auch Zusatzversicherungen anzubieten (Art. 12 Abs. 2 Satz 1 KVG). Diese Zusatzversicherungen unterliegen dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908 (Art. 12 Abs. 3 KVG). Wie die übrigen Versicherungsverhältnisse nach VVG sind sie privatrechtlicher Natur. Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung bildet daher die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 die massgebliche Verfahrensordnung (Art. 1 lit. a ZPO; Urteil des Bundesgerichts vom 18. September 2012, 4A_184/2012, E. 3.2 mit zahlreichen Hinweisen; vgl. auch § 54 Abs. 1 lit. d des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [VPO] vom 16. Dezember 1993). Die ZPO sieht für die besagten Streitigkeiten mehrere verfahrensrechtliche Sonderbestimmungen vor, unter anderem bei der gerichtlichen Zuständigkeit (Art. 7 ZPO). Zunächst ist daher im Rahmen der Zuständigkeitsfrage zu beurteilen, ob die vorliegende Versicherungspolice als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung zu qualifizieren ist.

2.2 Die Beklagte macht geltend, sie sei keine Krankenversicherung nach KVG, weshalb die abgeschlossene Versicherungspolice keine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung darstelle.

2.2.1 Laut Art. 12 Abs. 1 KVG sind Krankenkassen juristische Personen des privaten oder öffentlichen Rechts, die keinen Erwerbszweck verfolgen, hauptsächlich die soziale Krankenversicherung betreiben und vom Eidgenössischen Departement des Innern (EDI) anerkannt sind. Gemäss Handelsregister ist die innova als Aktiengesellschaft eine juristische Person des Privatrechts. Das EDI hat sie im Zeitpunkt des Vertragsschlusses am 2. September 2011 als Krankenversicherer anerkannt (vgl. Verzeichnis der zugelassenen Krankenversicherer vom 1. Juni 2011). Unklar ist, in welchem Umfang die innova eine soziale Krankenversicherung betreibt und damit die Voraussetzungen von Art. 12 Abs. 1 KVG erfüllt. Wie sich aufgrund der nachstehenden Erwägungen zeigen wird, kann dies für die Frage der Zuständigkeit jedoch offen bleiben.

2.2.2 Gemäss ständiger Praxis besteht ein genereller Konnex zwischen der privaten Krankentaggeldversicherung (nach VVG) und der KVG-Grundversicherung (nach KVG), da deren Leistungen sich im Sinne eines integralen sozialversicherungsrechtlichen Charakters ergänzen. In diesem Sinne hat auch die privatrechtliche Krankentaggeldversicherung den Charakter einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung, stellt doch die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers eine sozialpolitisch begründete Massnahme im Rahmen des Arbeitsrechts dar

(vgl. zur Lohnfortzahlungspflicht Art. 324*a* und 324*b* des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht; OR] vom 30. März 1911). Es wäre mit der Rechtsgleichheit nicht vereinbar, wenn die zivilrechtlichen Verfahren aus Krankenzusatzversicherungen von Trägern, die nur die Krankenzusatzversicherungen betreiben, anders behandelt würden als diejenigen Verfahren, die aus Streitigkeiten mit anerkannten Krankenversicherern gemäss KVG entstehen (vgl. ausführlich: Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262, E. 2.1 und 2.2 mit zahlreichen Hinweisen). So subsumiert das Bundesgericht die kollektiven Krankentaggeldversicherungen wie alle weiteren Taggeldversicherungen praxisgemäss unter den Begriff der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 12. März 2012, 4A_47/2012, E. 2 [welches den Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011 stützt]).

2.2.3 Entgegen der Ansicht der Beklagten handelt es sich demnach bei der vorliegenden Versicherungspolice sehr wohl um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung, und zwar unabhängig davon, ob die innova eine Krankenkasse im Sinne von Art. 12 Abs. 1 KVG darstellt oder nicht.

2.3 Die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich folglich aus Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 54 Abs. 1 lit. d VPO. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen (BGE 138 III 558 ff.; vgl. auch den Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262). Die vorliegende Klage ist damit zu Recht direkt beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, eingereicht worden.

2.4 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zugrunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz der versicherten Person eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRG BLOCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO-Kommentar], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013, Art. 32 N 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich aus den AVB, wonach ein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der versicherten Person besteht (Bst. J4 AVB). Da sich der Wohnsitz des Klägers in E.____ befindet, ist das Kantonsgericht auch örtlich zuständig.

2.5 Gestützt auf das Gesagte kann die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts bejaht werden. Auf die am 12. Oktober 2012 erhobene Klage ist demnach einzutreten.

3. Zunächst ist auf folgende Verfahrensgrundsätze hinzuweisen:

3.1 Der vorliegende Prozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Das Gericht hat den Sachverhalt grundsätzlich mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen. Es ist nicht an die Beweisanträge der Parteien gebunden, sondern kann auch von sich aus Beweis erheben. Dieser Untersuchungsgrundsatz gilt allerdings nicht unein-

geschränkt, sondern wird durch die Mitwirkungspflichten der Parteien begrenzt (vgl. zum Ganzen BERND HAUCK, in: ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 247 Abs. 2 ZPO N 31 ff., insbesondere N 33). Er ist überdies weniger streng zu handhaben, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind (Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.206/2006, E. 2.1).

3.2 Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime nach Beweislastgesichtspunkten im Sinne von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 (HAUCK, a.a.O., N 37 mit Verweis auf das Urteil des Bundesgerichts vom 28. Juli 2000, 4C.283/1999, E. 2b). Danach hat, wo das Gesetz nichts anderes bestimmt, diejenige Person das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. Jene Partei, welche einen Anspruch geltend macht, hat somit die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen. Die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen liegt hingegen bei der Partei, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (vgl. ausführlich BGE 128 III 273 f. E. 2a/aa mit mehreren Hinweisen).

3.3 Die erwähnte Grundregel von Art. 8 ZGB kommt auch im Bereich eines Versicherungsvertrags gemäss VVG zu Anwendung (ROLF NEBEL, in: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz [VVG-Kommentar], Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel 2001, Art. 100 N 4 und 9). Demnach hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs zu beweisen, 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 berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (vgl. zum Ganzen BGE 130 III 323 E. 3.1).

3.4 Da der Beweis für den Eintritt des Versicherungsfalls regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst die anspruchsberechtigte Person insoweit eine Beweiserleichterung und genügt ihrer Beweislast, als sie nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Versicherungsfalls bzw. das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat (BGE 128 III 275 ff. E. 2b/aa). Dieses Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Die Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

3.5 Das Gericht ist in der Würdigung der Beweise frei (Art. 157 ZPO). Es kann bei der Bewertung der erhobenen Beweise unabhängig von abstrakten Regeln nach seiner eigenen Überzeugung darüber 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 (FRANZ HASENBÖHLER, in: ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 157 N 8). Der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversiche-

rung herrschende Untersuchungsgrundsatz schliesst die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.206/2006, E. 2.1; vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung im Zivilprozess: HASENBÖHLER, a.a.O., Art. 152 N 18).

3.6 Art. 168 ff. ZPO nennt die im Zivilprozess zulässigen Beweismittel. Dazu gehören unter anderem die Urkunde und die Parteibefragung.

3.6.1 Als Urkunden gelten sämtliche Dokumente, welche geeignet sind, rechtserhebliche Tatsachen zu beweisen (Art. 177 ZPO). Für das Kriterium der Beweiseignung reicht es aus, dass ein Dokument Tatsachen kundtut und damit für das Gericht als "Erkenntnisquelle" in Frage kommt. Ob die Urkunde den zu beweisenden Rechtsakt selbst verkörpert oder lediglich auf ihn schliessen lässt, ist für die Qualifikation eines Dokuments als Urkunde im zivilprozessualen Sinn nicht relevant. Ebenso ist es unerheblich, ob eine Urkunde zu Beweiszwecken oder nicht erstellt worden ist. Inwieweit einer sogenannten Zeugnisurkunde Beweiskraft zukommt, d.h. Aufzeichnungen einer Person über ihr Wissen um Tatsachen (z.B. privates Bestätigungsschreiben oder Arztzeugnis), hängt von der Beweiswürdigung ab. Bei Arztzeugnissen ist bis zum Beweis der Unechtheit von voller Beweiskraft auszugehen, nicht zuletzt auch aufgrund der Strafandrohung beim Ausstellen eines unwahren ärztlichen Zeugnisses (Art. 318 des Schweizerischen Strafgesetzbuches [StG] vom 21. Dezember 1937; vgl. zum Ganzen THOMAS WEIBEL, in: ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 177 N 14).

3.6.2 Die Parteibefragung (Art. 191 ZPO) ist den anderen Beweismitteln von Art. 168 ff. ZPO gleichgestellt und nicht bloss subsidiärer Notbehelf bei Fehlen, Versagen oder Ungenügen aller anderen Beweise. Die Aussagen einer Partei sind sowohl als Ergänzung zu den übrigen Beweisen wie auch für sich allein grundsätzlich voll beweistauglich, vorausgesetzt, dass sie der gerichtlichen Beweiswürdigung im Rahmen der gesamten Beweislage standhalten (THOMAS WEIBEL/SABINA NAEGELI, in: ZPO-Kommentar, a.a.O., Art. 191 N 5).

3.6.3 In Bezug auf Parteigutachten ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung vor Inkrafttreten der ZPO davon ausgegangen, diesen komme die Bedeutung eines Parteivorbringens und nicht jene eines Beweismittels zu (BGE 132 III 87 f. E. 3.4). Es fragt sich, ob diese Praxis unter Anwendung der ZPO weiterhin gilt. In der Lehre vertreten SUTTER-SOMM/VON ARX die Ansicht, Parteigutachten, welche Sachverhalts- oder Rechtsstandpunkte stützten, sollten vom Gericht nicht einfach aus dem Recht gewiesen werden können. Indes seien sie zu den Akten zu nehmen und dürften bei Schlüssigkeit auch Berücksichtigung finden (THOMAS SUTTER-SOMM/GREGOR VON ARX, in: ZPO-Kommentar, Art. 55 N 54). Noch weiter geht WEIBEL, nach dessen Meinung ein Parteigutachten gleich wie alle anderen Beweismittel zu behandeln sei. Das Gericht habe im Rahmen einer Auseinandersetzung mit dem Parteigutachten dessen Beweiswert unter Berücksichtigung aller Umstände zu ermitteln (Beziehungen der Parteien zum Gutachter, Fachkunde des Parteigutachters, etc.). Ein Parteigutachten könne demnach - entgegen der früheren bundesgerichtlichen Rechtsprechung in BGE 132 V 83 ff. - nicht aufgrund pauschaler Annahmen, sondern lediglich im Rahmen der freien gerichtlichen Beweiswürdigung als blosses Parteivorbringen gewürdigt werden (WEIBEL, a.a.O., Art. 177 N 4). Schliesslich hat auch das Bundesgericht in seiner neueren Rechtsprechung festgehalten, der Umstand allein,

dass eine ärztliche Stellungnahme von einer Partei eingeholt und in das Verfahren eingebracht werde, rechtfertige es nicht, am Beweiswert dieses Parteigutachtens zu zweifeln (Urteil des Bundesgerichts vom 6. Dezember 2012, 4A_505/2012, E. 3.6 mit Verweis auf BGE 125 V 353 E. 3b/dd). Gestützt auf diese Praxis sowie die dargestellte Lehre kann davon ausgegangen werden, dass einem Parteigutachten unter Anwendung der ZPO durchaus Beweiskraft zukommen kann, sofern anlässlich der Beweiswürdigung nicht wichtige Gründe gegen dessen Zuverlässigkeit sprechen.

4. Im Rahmen der materiellen Beurteilung ist vorab zu prüfen, ob der Kläger überhaupt aktivlegitimiert ist.

4.1 Art. 87 VVG sieht vor, dass derjenigen Person, zu deren Gunsten eine kollektive Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zusteht. Der Versicherer kann mit befreiender Wirkung lediglich an die anspruchsberechtigte Person leisten, nicht aber an den Versicherungsnehmer (PETER STEIN, in: VVG-Kommentar, a.a.O., Art. 87 N 23 mit Hinweis; vgl. auch CHRISTOPH FREY/NATHALIE LANG, in: Nachführungsband zum VVG-Kommentar, Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund [Hrsg.], Basel 2012, Art. 87 ad N 23).

4.2 Die Bestimmung von Art. 87 betrifft nur das Verhältnis zwischen dem Versicherer einerseits und dem Versicherungsnehmer sowie der anspruchsberechtigten Person anderseits. Sie hindert die anspruchsberechtigte Person nicht, ihre Ansprüche nach eingetretenem Schadensfall an den Versicherungsnehmer oder an eine andere Person abzutreten (FREY/LANG, a.a.O., Art. 87 ad N 16), beispielsweise weil sie von ihrer Arbeitgeberin Vorschüsse bezogen hat (vgl. zum Ganzen STEIN, a.a.O., Art. 87 N 16).

4.3 Die Abtretung von Leistungen aus einer privaten Krankenversicherung richtet sich nach Art. 73 Abs. 1 VVG (FREY/LANG, a.a.O., Art. 87 ad N 16 mit Verweis auf MORITZ W. KUHN, in: Nachführungsband zum VVG-Kommentar, a.a.O., Art. 73 ad N 20, beide mit Verweis auf ein Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Juli 2006, KK.2005.00008, E. 2.5, welches wiederum auf KUHN verweist, diesmal in: VVG-Kommentar, a.a.O., Art. 73 N 20). Dementsprechend bedarf es für die Gültigkeit einer Abtretung der Schriftform und der Übergabe der Police sowie der schriftlichen Anzeige an den Versicherer (Art. 73 Abs. 1 Satz 2 VVG).

4.4 Gestützt auf die dargelegte Rechtslage ergibt sich in Bezug auf die Aktivlegitimation des Klägers Folgendes: Da die B.____ AG als Versicherungsnehmerin mit der Beklagten als Versicherer einen Versicherungsvertrag für eine kollektive Krankentaggeldversicherung nach VVG zugunsten ihrer Angestellten abgeschlossen hat (vgl. E. 1 hiervor), handelt es sich beim strittigen Versicherungsverhältnis um eine kollektive Krankenversicherung im Sinne von Art. 87 VVG. Ein allfällig aus diesem Versicherungsverhältnis entstandener Anspruch steht deshalb ausschliesslich dem Kläger als Arbeitnehmer der Versicherungsnehmerin zu. Nur er selbst ist zur Einklagung von Leistungsansprüchen aus dem besagten Versicherungsverhältnis aktivlegitimiert. Die B.____ AG besitzt hingegen weder eine Anspruchs- noch eine Klageberechtigung

(vgl. in einem ähnlich gelagerten Fall das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 28. Januar 2009, KK.2008.00031, insbesondere E. 3 [wobei die Aktivlegitimation der klagenden Arbeitgeberin als Versicherungsnehmerin verneint wird mit der Begründung, der Arbeitnehmer hätte seinen Versicherungsanspruch selbst einklagen müssen]). An der Aktivlegitimation des Klägers ändert auch der Umstand nichts, dass die B.____ AG anscheinend während der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit weiterhin den vollen Lohn bezahlt hat und dem Versicherten daher gar kein Schaden entstanden ist. Höchstens eine Abtretung des strittigen Versicherungsanspruchs vermöchte die Aktivlegitimation des Klägers zu hindern. Den Akten können jedoch keine Anhaltspunkte entnommen werden, dass dieser seine Ansprüche abgetreten hätte, zumal die Abtretung zu ihrer Gültigkeit unter anderem der schriftlichen Anzeige an den Versicherer bedürfte.

4.5 Infolgedessen kann die Aktivlegitimation des Klägers bejaht werden. Der entsprechende Einwand der Beklagten anlässlich der heutigen Parteiverhandlung ist somit unbegründet.

5. Streitig und zu prüfen ist in einem nächsten Schritt, ob die innova für die am 23. September 2011 gemeldete Arbeitsunfähigkeit des Versicherten leistungspflichtig ist.

5.1 Nach den vorstehend erwähnten Verfahrensgrundsätzen (vgl. E. 3.3 und 3.4) trägt der Kläger als Anspruchsberechtigter die Beweislast für den Eintritt des Versicherungsfalls. Die Versicherungsleistung besteht in der Ausrichtung von Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit (Bst. B1 Abs. 1 AVB). Zum Nachweis dieser Arbeitsunfähigkeit reicht eine ärztliche Bescheinigung aus (vgl. Bst. B3 AVB). Mit dem Arztzeugnis von Dr. C.____ vom 29. September 2011 hat der Kläger somit den ihm obliegenden Nachweis für den Eintritt des Versicherungsfalls erbracht.

5.2 Die innova stellt das Vorliegen der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit bzw. den Eintritt des Versicherungsfalls im Grunde genommen nicht in Frage. Sie macht viel mehr geltend, der Versicherungsvertrag sei nichtig und der Anspruch des Klägers daher gar nicht erst entstanden. Bei diesem Einwand handelt es sich um eine typisch anspruchshindernde Tatsache, für deren Nachweis die Versicherung die Beweislast trägt. Mithin ist in der Folge zu ermitteln, ob die Beklagte ihre Leistungspflicht mangels gültigem Zustandekommen des Versicherungsvertrags zu Recht abgelehnt hat.

6. Die innova verweigert die Ausrichtung von Versicherungsleistungen gestützt auf das Rückwärtsversicherungsverbots gemäss Art. 9 VVG. Danach ist ein Versicherungsvertrag - vorbehältlich der hier nicht anwendbaren Ausnahme nach Art. 100 Abs. 2 VVG - nichtig, wenn das befürchtete Ereignis im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits eingetreten ist.

6.1 Als Erstes ist zu prüfen, was im vorliegenden Fall als “befürchtetes Ereignis“ zu bezeichnen ist. Während die Beklagte davon ausgeht, die “Krankheit“ stelle das befürchtete Ereignis dar, ist der Kläger der Ansicht, beim versicherten Ereignis handle es sich um den “krankheitsbedingten Lohnausfall“.

6.1.1 Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist unter dem Begriff “Ereignis“ im Sinne von Art. 9 VGG das Eintreten des versicherten Risikos zu verstehen, das heisst der Eintritt des befürchteten Vorfalls, der beim Abschluss des Versicherungsvertrags im Blickfeld gelegen ist (BGE 136 III 339 E. 3; vgl. die deutsche Übersetzung in: Praxis des Bundesgerichts [Pra] 2011, Nr. 20, S. 139, E. 3). Gemäss NEF/VON ZEDTWITZ besteht das befürchtete Ereignis in der Krankentaggeldversicherung im Eintritt der “Arbeitsunfähigkeit“ und nicht im Eintritt der Krankheit (URS CH. NEF/ CLEMENS VON ZEDTWITZ, in: Nachführungsband zum VVG-Kommentar, a.a.O., Art. 9 ad N 14/15 lit. c). Diese Ansicht, wonach bei einer Krankentaggeldversicherung die Arbeitsunfähigkeit das versicherte Ereignis darstellt, steht der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht entgegen. Das Bundesgericht hat im von der Beklagten zitierten BGE 127 III 21 ff. (sog. Polyarthritisentscheid) zwar festgehalten, dass in der Krankenversicherung die Gefahr, gegen deren Folgen versichert werde, in der Erkrankung der versicherten Person bestehe (BGE 127 III 23 E. 2b/aa). Allerdings ist es im besagten Entscheid um eine Zusatzversicherung für erweiterte besondere Pflegeleistungen gegangen, namentlich für Aufenthalte in der Privatabteilung eines Spitals oder einer Klinik sowie für Naturheilmethoden. Es hat sich nicht um eine Krankentaggeldversicherung gehandelt, welche das spezifische Risiko der Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit versichert. Entgegen der Ansicht der Beklagten kommt daher die Rechtsprechung des Polyarthritisentscheids vorliegend nicht direkt zur Anwendung. Des Weiteren lässt sich auch anhand des (aktuelleren) BGE 136 III 334 ff. erkennen, dass nicht bei jedem Versicherungsvertrag, welcher in irgendeiner Weise die Folge einer Krankheit deckt, bereits der Eintritt dieser Krankheit das befürchtete Ereignis darstellt. In diesem Fall hat die Versicherungsleistung in der Ausrichtung einer Rente bei krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit bestanden (vgl. die unpublizierte Fassung vom 2. Juli 2010, 4A_163/2010, lit. A Abs. 3). Selbst wenn es sich dabei ebenfalls nicht um eine Krankentaggeldversicherung handelt, ist für die vorliegenden Angelegenheit entscheidend, dass das Bundesgericht nicht die Krankheit selbst, sondern die “Erwerbsunfähigkeit“ infolge von Krankheit als versichertes Risiko anerkannt hat (BGE 136 III 340 E. 3). Sofern bei einer Invalidenversicherung die Erwerbsunfähigkeit als versichertes Risiko bezeichnet wird, hat bei einer Krankentaggeldversicherung folgerichtig die Arbeitsunfähigkeit das befürchtete Ereignis darzustellen.

6.1.2 Die AVB der Beklagten sehen als Gegenstand der Versicherung die Gewährung von Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten vor (Bst. A1 Satz 1 AVB). Dies könnte den Schluss zulassen, die Krankheit stelle das versicherte Risiko der vorliegenden Versicherungspolice dar. Mit Blick auf die weiteren Bestimmungen der AVB lässt sich jedoch erkennen, dass die Versicherungsleistung in der Ausrichtung von Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit besteht (vgl. Bst. B1 AVB). Mithin handelt es sich beim strittigen Versicherungsverhältnis um eine typische Krankentaggeldversicherung, bei welcher die Arbeitsunfähigkeit das befürchtete Ereignis im Sinne von Art. 9 VGG darstellt. Der Ansicht der Beklagten, welche im vorliegenden Fall die Krankheit als versichertes Risiko betrachtet, kann daher nicht gefolgt werden. Ferner ist zum Standpunkt des Klägers, wonach das versicherte Risiko im Lohnausfall bestehe, darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei um den Schaden und nicht um das befürchtete Ereignis im Sinne von Art. 9 VGG handelt. Der Zeitpunkt des Schadenseintritts ist für den Tatbestand des Rückwärtsversicherungsverbots nicht relevant (BGE 127 III 23 E. 2b/aa). Massgebend ist

einzig, ob das befürchtete Ereignis - vorliegend die Arbeitsunfähigkeit - bereits vor- oder erst nach Vertragsschluss eingetreten ist.

6.2 Gestützt auf die vorstehenden Erwägungen ist nun zu ermitteln, ob beim Kläger im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit vorgelegen hat. Der Versicherungsvertrag zwischen der B.____ AG und der Beklagten ist am 2. September 2011 mit Wirkung per 1. September 2011 abgeschlossen worden. Gemäss Arztzeugnis von Dr. C.____ vom 29. September 2011, bestätigt durch dessen Berichte vom 5. Dezember 2011 und vom 27. Januar 2012, ist der Kläger aufgrund einer rezidivierenden depressiven Erkrankung (ICD-10 F 33.11) erst ab dem 12. September 2011 arbeitsunfähig gewesen. Infolgedessen ist die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit des Klägers bzw. das befürchtete Ereignis grundsätzlich nach Vertragsabschluss eingetreten.

6.3 Die Beklagte bringt jedoch vor, bei Vertragsschluss habe wegen einer vorbestehenden Krankheit erneut mit dem Eintritt des befürchteten Ereignisses gerechnet werden müssen, weshalb das Rückwärtsversicherungsverbot von Art. 9 VVG gleichwohl zur Anwendung gelange.

6.3.1 Ist eine Diagnose bereits gestellt, so kann man sich nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht mehr gegen diese Krankheit versichern, selbst wenn sie im Augenblick des Vertragsschlusses nicht sichtbar zutage tritt, sofern gemäss dem normalen Krankheitsverlauf mit einem späteren Rückfall gerechnet werden muss (BGE 136 III 340 E. 3 mit Verweis auf BGE 127 III 24 E. 2b/aa). Insofern ist das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit juristisch nicht als eine selbständige Neuerkrankung aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit (BGE 127 III 25 E. 2b/bb).

6.3.2 Diese Praxis ist zwar im bereits erwähnten Polyarthritisentscheid und damit im Rahmen einer Krankenversicherung entwickelt worden, bei welcher das befürchtete Ereignis in der Krankheit - und nicht in der Arbeitsunfähigkeit - besteht. Sie hat jedoch sinngemäss auch bei Krankentaggeldversicherungen zu gelten. Selbst wenn die Arbeitsunfähigkeit erst nach Vertragsschluss eintritt, ist demnach der Tatbestand von Art. 9 VGG erfüllt, sofern die versicherte Person wegen derselben Symptome bereits früher einmal arbeitsunfähig gewesen ist und es sich beim entsprechenden Krankheitsbild um eine vorbestehende, rückfallgefährdete Erkrankung handelt, aufgrund welcher bei Vertragsschluss mit einer neuen Arbeitsunfähigkeit hat gerechnet werden müssen.

6.4 Zur Beantwortung der Frage, ob im vorliegenden Fall von einem solchen Tatbestand auszugehen ist, liegen dem Gericht folgende Beweismittel vor:

6.4.1 Der behandelnde Arzt Dr. C.____ hat in seinem Arztbericht vom 5. Dezember 2011 festgehalten, der Kläger leide ungefähr seit dem Jahr 2001 an einer rezidivierenden depressiven Störung (ICD-10 F33.11), wobei es alle zwei bis drei Jahre zu einem Rückfall gekommen sei.

6.4.2 Den Akten liegt eine vom Kläger eingereichte medizinische Auskunft von Dr. med. F.____, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vom 10. September 2012 bei. Der Psychiater erläutert, es könnten sowohl innere Faktoren als auch äussere Lebensbelastungen zu einer Depression führen. Zwischen einzelnen depressiven Phasen könne zwar eine Verbindung bestehen; es sei aber durchaus möglich, dass die einzelnen Episoden nicht zusammenhingen. Für eine nähere Differenzierung müssten die zur Erkrankung führenden Auslösfaktoren bekannt sein. Reagiere die betroffene Person zum Beispiel einmal nach einer Trennung und später nach einem Stellenverlust oder bei Erkrankung eines Familienmitglieds depressiv, so liege kein zwingender Zusammenhang vor. Anders sehe es aus, wenn die betroffene Person bei Belastungen grundsätzlich depressiv reagiere. Dies käme einem labilisierten psychischen Gleichgewicht gleich. Ein solches hänge seinerseits wiederum mit der Lebensgeschichte des Patienten oder hereditären Belastungen zusammen. Bestünden zwischen den einzelnen depressiven Episoden beschwerdefreie Phasen und lägen keine Hinweise auf eine zur Erkrankung führende Belastung in der Lebensgeschichte oder der Heredität vor, so seien die depressiven Phasen aus gutachterlicher Sicht unabhängig voneinander zu beurteilen. Insgesamt sei es nicht zwingend, dass im Abstand von zwei bis drei Jahren eintretende depressive Episoden miteinander in Verbindung stünden bzw. dass es sich dabei um eine Grunderkrankung handle. Für die Beurteilung dieser Frage brauche es eine Begutachtung, welche den Krankheitsverlauf im Längsschnitt aufzeige und den Zusammenhang zwischen dem Krankheitsverlauf und der Lebensgeschichte der betroffenen Person betrachte.

6.4.3 Anlässlich der heutigen Parteibefragung hat der Kläger ausgeführt, er sei innert 13 Jahren dreimal erkrankt: Die B.____ AG sei als Familienbetrieb früher von seinem Vater geführt worden. Nach dessen unerwartetem Tod im Jahr 2000 seien er und sein Bruder mit dem Geschäft überfordert gewesen. Damals habe er bei Dr. C.____ in psychiatrischer Behandlung gestanden und sei eine Zeit lang arbeitsunfähig gewesen. Anschliessend habe er sein Arbeitspensum aber schrittweise wieder bis zur 100%igen Arbeitsfähigkeit gesteigert. Ungefähr im Jahr 2006 sei nochmals eine zwei- bis dreimonatige Arbeitsunfähigkeit eingetreten, wonach er wiederum zu 100 % arbeitsfähig gewesen sei. Schliesslich habe er Anfang September 2011 wegen familiärer Probleme - seine Ehefrau habe ausziehen wollen - erneut eine depressive Störung erlitten. Die gesundheitlichen Beschwerden seien etwa im Abstand von sechs Jahren aufgetreten, wobei ihnen immer ein bestimmtes Ereignis zugrund gelegen habe. Während der gesundheitlich angeschlagenen Phasen habe er lediglich die Therapie bei Dr. C.____ absolviert. Medikamente habe er - abgesehen von Schlafmitteln - nie eingenommen, auch nicht wenn es ihm schlecht gegangen sei. Nach Beendung der einzelnen depressiven Perioden sei die Erkrankung immer vorüber gewesen. Er habe jeweils wieder die volle Leistung erbringen und die Firma erfolgreich führen können.

6.5.1 Es ist unbestritten und kann aufgrund des Arztberichts von Dr. C.____ sowie der heutigen Aussagen des Klägers als erwiesen betrachtet werden, dass der Versicherte bereits in früheren Jahren wegen einer depressiven Störung arbeitsunfähig gewesen ist. Fraglich und zu prüfen bleibt, ob das im Herbst 2011 aufgetretene, psychische Leiden eine neue, von früheren Episoden unabhängige Erkrankung darstellt oder ob es sich dabei um das Wiederaufleben einer bereits vorhandenen, depressiven Grunderkrankung handelt.

6.5.2 Vorab ist festzustellen, dass in verfahrensrechtlicher Hinsicht keines der soeben erwähnten Beweismittel grundsätzlich unzulässig ist (vgl. E. 3.6 hiervor). Viel mehr ist im Rahmen der Beweiswürdigung zu beurteilen, ob gestützt auf die vorhandenen Beweismittel mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bejaht werden kann, dass im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit einer erneuten Arbeitsunfähigkeit des Klägers infolge einer depressiven Erkrankung hat gerechnet werden müssen.

6.5.3 Dr. C.____ stellt in seinem Arztzeugnis vom 5. Dezember 2011 die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung. Dieses Krankheitsbild könnte zwar auf eine vorbestehende Krankheit des Klägers hinweisen. Allerdings bedeutet die Diagnose lediglich, dass die betroffene Person bereits mehr als einmal an einer depressiven Episode erkrankt ist (vgl. Internationale Klassifikation psychischer Störungen, ICD-10 Kapitel V [F], Klinisch-diagnostische Leitlinie, Dilling/Mambour/Schmidt [Hrsg.], 8. Auflage, Bern 2011, S. 176 f.; JOSEF SCHÖPF, Psychiatrie für die Praxis, Mit ICD-10-Diagnostik, 2. Auflage, Berlin 2003, S. 139). Für sich genommen vermag die Qualifikation der depressiven Störung als rezidivierend deshalb nicht zu bestätigen, dass im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses eine Grunderkrankung vorgelegen hat und mit einem Wiederaufleben der Symptomatik hat gerechnet werden müssen (vgl. KGE vom 18. April 2013, 731 12 385, E. 5.3.3). Im Weiteren hält Dr. C.____ fest, es sei beim Kläger alle zwei bis drei Jahre zu einem Rückfall gekommen. Die Erwähnung der Rückfälligkeit könnte ebenfalls ein Indiz für einen Anwendungsfall von Art. 9 VVG darstellen. Fraglich ist jedoch auch in diesem Zusammenhang, ob bereits bei Abschluss des Versicherungsvertrags am 2. September 2011 mit einem Rückfall hat gerechnet werden müssen. Der behandelnde Psychiater äussert sich diesbezüglich nicht. In Anbetracht der anscheinend über mehrere Jahre hinweg bestehenden Symptomfreiheit des Klägers wäre eine entsprechende Einschätzung aber wesentlich. Insgesamt kann daher gestützt auf die Angaben von Dr. C.____ nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass der Tatbestand des Rückwärtsversicherungsverbots wegen der bereits früher aufgetretenen, depressiven Episoden des Klägers erfüllt ist.

6.5.4 Der fachlichen Auskunft von Dr. F.____ kann für die vorliegend relevante Frage, ob der Versicherte bei Vertragsschluss an einer depressiven Grunderkrankung gelitten hat, Folgendes entnommen werden: Selbst wenn bei einer Person mehrere depressive Episoden im Abstand von zwei bis drei Jahren auftreten, so muss nicht zwingend eine Grunderkrankung vorliegen. Aus psychiatrischer Sicht ist es durchaus möglich, dass die einzelnen depressiven Perioden nicht miteinander in Verbindung stehen, sondern von einander unabhängige Erkrankungen darstellen, insbesondere wenn sie durch unterschiedliche Ereignisse ausgelöst werden. Diese medizinischen Ausführungen von Dr. F.____ scheinen nachvollziehbar. Sie widersprechen auch nicht den übrigen Beweismitteln, insbesondere dem Arztbericht von Dr. C.____, da dieser sich zur Frage der Grunderkrankung nicht explizit äussert. Inhaltlich gibt es daher keinen Grund, im Rahmen der Beweiswürdigung nicht auf den Arztbericht von Dr. F.____ abzustellen. Was die Umstände der Beweisbeschaffung betrifft, so könnte die Unabhängigkeit der medizinischen Auskunft in Frage gestellt werden, da diese im ausschliesslichen Auftrag des Klägers eingeholt worden ist. Hierzu ist jedoch festzustellen, dass es sich beim Bericht von Dr. F.____ um eine theoretisch-medizinische Erläuterung ohne Ermessensfragen handelt. Die Beurteilung bezieht

sich nicht spezifisch auf den Fall des Klägers, sondern äussert sich generell zur Möglichkeit einer bestehenden Grunderkrankung, wenn eine Person im Abstand von mehreren Jahren depressive Phasen durchlebt. So scheint der Psychiater den Kläger auch nie selbst untersucht, geschweige denn behandelt zu haben. Im Übrigen ist er aufgrund seines Berufsstands ohnehin dazu verpflichtet, wahrheitsgetreue Angaben zu machen (vgl. E. 3.6.1 hiervor). Aufgrund des Gesagten gibt es trotz des Auftragsverhältnisses keinen Anlass, an der Objektivität der medizinischen Auskunft von Dr. F.____ zu zweifeln. Entgegen der Ansicht der Beklagten kann daher im Rahmen der Beweiswürdigung darauf abgestellt werden. Da Dr. F.____ nicht auf den konkreten Fall des Klägers eingeht, ist es jedoch nicht möglich, gestützt auf sein Schreiben die Frage der Grunderkrankung abschliessend zu beantworten.

6.5.5 Schliesslich liegen die heutigen Aussagen des Klägers vor, welcher unter anderem ausgeführt hat, seinen depressiven Episoden habe immer ein besonderes äusseres Ereignis zugrunde gelegen. Nach einer gesundheitlich angeschlagenen Phase sei er jeweils wieder vollständig geheilt und zu 100 % arbeitsfähig gewesen. Diese Angaben widersprechen weder den übrigen vorhandenen Beweismitteln noch scheinen sie grundsätzlich unglaubwürdig. Es gibt daher keinen Grund, sie im Rahmen der Beweiswürdigung unberücksichtigt zu lassen. Damit wird zwar bestärkt, dass im vorliegenden Fall nicht unbesehen von einer psychischen Grunderkrankung ausgegangen werden kann; es vermag allerdings nichts daran zu ändern, dass die Frage, ob die depressive Episode vom Herbst 2011 mit den früheren Erkrankungen des Versicherten in Verbindung steht, unbeantwortet bleibt.

6.5.6 Die Würdigung der vorhandenen Beweismittel ergibt im vorliegenden Fall, dass nicht zuverlässig beantwortet werden kann, ob das im Herbst 2011 aufgetretene, psychische Leiden des Klägers eine neue, von früheren Episoden unabhängige Erkrankung darstellt oder ob es sich dabei um das Wiederaufleben einer bereits vorhandenen, depressiven Grunderkrankung handelt. Diese Frage hätte nur mittels einer unabhängigen medizinischen Begutachtung seriös beantwortet werden können. Entsprechende Abklärungen sind jedoch bis anhin nie vorgenommen worden. Anscheinend hat es die Beklagte trotz der knappen und teilweise widersprüchlichen Berichte des behandelnden Arztes nicht für nötig empfunden, nach Meldung der Erkrankung im Herbst 2011 eine weitere medizinische Beurteilung zu veranlassen. Seit der letzten aktenkundigen, zur Arbeitsunfähigkeit führenden, depressiven Episode des Versicherten sind mittlerweile rund zwei und seit der ersten sogar ungefähr 13 Jahre verstrichen. Es ist nach all den Jahren nicht mehr zu erwarten, dass der massgebende medizinische Sachverhalt - insbesondere der Krankheitsverlauf - rückwirkend zuverlässig ermittelt werden kann. Dies nicht zuletzt deshalb, weil lediglich die Psychotherapie bei Dr. C.____ bekannt ist. Der Psychiater könnte somit als einzige medizinische Fachperson Auskunft über den Krankheitsverlauf geben. Angesichts der Tatsache, dass es sich hierbei um den behandelnden Arzt handelt, wäre der Beweiswert einer solchen Aussage womöglich einschränkt. Zudem hat Dr. C.____ in seinen Schreiben zuhanden der innova jeweils nur wage und teilweise von den Aussagen des Versicherten abweichende Angaben gemacht. Es ist daher fraglich, inwiefern er den Krankheitsverlauf überhaupt echtzeitlich dokumentiert hat bzw. ob dieser im Nachhinein glaubwürdig ermittelt werden kann. Ferner hat das Bundesgericht anerkannt, dass eine psychiatrische Exploration von der Natur der Sache her nicht ermessensfrei erfolgen kann. So verfügt eine begutachtende

psychiatrische Fachperson bereits bei echtzeitlichen Explorationen über einen gewissen Spielraum, innerhalb dessen verschiedene medizinisch-psychiatrische Interpretationen möglich sind (Urteile des Bundesgerichts vom 5. März 2009, 8C_694/2008, E. 5.1 und vom 19. September 2006, I 51/06, E. 3.1.2). Dieser Umstand dürfte sich bei der rückwirkenden Beurteilung einer psychischen Erkrankung verstärken und den Beweiswert einer solchen Exploration wesentlich beeinflussen. Mithin ist im vorliegenden Fall aufgrund der besonderen Konstellation im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung (vgl. E. 3.5 hiervor) davon auszugehen, dass rückwirkend nicht mehr verlässlich beurteilt werden kann, ob bei Vertragsschluss am 2. September 2011 mit einer erneuten Arbeitsunfähigkeit des Klägers infolge einer depressiven Störung hat gerechnet werden müssen.

6.6 Wie bereits erwähnt (vgl. E. 5.2 hiervor), trägt die Beklagte die Beweislast für rechtshindernde Tatsachen - vorliegend die Nichtigkeit des Versicherungsvertrags. Da sich die Sachlage diesbezüglich als unklar erwiesen hat und davon auszugehen ist, dass weitere medizinische Beurteilungen nicht zu einem besseren Ergebnis führen würden, kann der Tatbestand von Art. 9 VVG nicht als erfüllt betrachtet werden. Entgegen der Ansicht der Beklagten liegt folglich keine unzulässige Rückwärtsversicherung vor, welche die Leistungspflicht des Versicherers zu hindern vermöchte.

7.1 Sodann ist zu prüfen, ob die Leistungspflicht der innova gestützt auf eine vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien zu verneinen ist. Zunächst wird hierzu ein Blick auf die AVB der Beklagten geworfen. Gemäss Bestimmung D1 Abs. 1 lit. b AVB sind Krankheiten, welche bei Vertragsbeginn bestehen, von der Versicherung ausgeschlossen, solange sie eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge haben.

7.2 Fraglich ist, ob der Kläger bei Vertragsbeginn am 1. September 2011 bereits an einer neuen depressiven Episode erkrankt ist. Dem Gericht liegen hierzu verschiedene, sich teilweise widersprechende Angaben vor: Gemäss “Arztzeugnis Kollektiv-Taggeld“ vom 29. September 2011 ist der Kläger ab 16. September 2011 bei Dr. C.____ in psychiatrischer Behandlung gestanden. Dieser hat im Arztbericht vom 5. Dezember 2011 festgehalten, das Leiden seines Patienten habe bereits seit August 2011 krankheitswert. Nachdem die Ausrichtung von Versicherungsleistungen von der Beklagten verweigert worden ist, hat der behandelnde Psychiater mit Schreiben vom 27. Januar 2012 zuhanden der innova einen „Nachtrag zum ärztlichen Zeugnis vom 5. Dezember 2011“ verfasst. Darin wird bemerkt, der Patient verneine, im August 2011 depressive Verstimmungen oder ähnliche Symptome bei sich beobachtet oder festgestellt zu haben. Anlässlich der heutigen Parteibefragung hat der Kläger angegeben, es sei ihm im August 2011 gesundheitlich noch gut gegangen. Die depressive Episode hätte erst Anfang September 2011 wegen familiärer Probleme begonnen. Im Arztbericht vom 5. Dezember 2011 sei dies falsch geschrieben worden, denn Dr. C.____ habe im August 2011 noch gar nichts von einer allfälligen Erkrankung wissen können. Er sei damals noch gar nicht wieder bei ihm in der Therapie gewesen. Aufgrund der nachfolgenden Erwägungen kann es letztlich offen bleiben, ob der Kläger bereits vor- oder erst nach dem Vertragsbeginn am 1. September erkrankt ist.

7.3.1 Nebst der Erkrankung bei Vertragsbeginn setzt ein Ausschluss von der Versicherung gemäss Bestimmung D1 Abs. 1 lit. b AVB zusätzlich voraus, dass die entsprechende Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Nicht klar ersichtlich wird aus der besagten AVB-Klausel, ob die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit bereits im Zeitpunkt des Vertragsbeginns bestehen muss, oder ob es für den Versicherungsausschluss auch ausreicht, wenn sie erst nach Vertragsbeginn eintritt.

7.3.2 Vorformulierte Versicherungsbedingungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2, 135 III 412 E. 3.2). Der Inhalt bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR; BGE 131 III 611 E. 4.1). Nur wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden dürfen und müssen (BGE 133 III 67 E. 2.2.1; 132 III 632 E. 3.1). Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen hat sich das Gericht vom Prinzip leiten zu lassen, dass bei mehrdeutigen Klauseln jene Auslegung vorzuziehen ist, die dem dispositiven Gesetzesrecht entspricht. Da dieses in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat die Partei, die davon abweichen will, das im Vertrag mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen. Subsidiär gilt sodann die Unklarheitsregel, wonach mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen sind, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 122 III 121 E. 2a; 133 III 610 E. 2.2; vgl. zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts vom 1. März 2013, 4A_585/2012, E. 3).

7.3.3 Im vorliegenden Fall gibt es für die Frage, welcher Zeitpunkt für den Eintritt der Arbeitsfähigkeit gemäss Bestimmung D1 Abs. 1 lit. b AVB massgebend ist, keinen Hinweis auf einen übereinstimmenden Parteiwillen. Im Rahmen der vorgenannten Auslegungsregeln ist daher auf das Gesetzesrecht abzustellen. Wie bereits eingehend erläutert, sind bei Krankentaggeldversicherungen gemäss Gesetz nur jene Krankheiten von der Versicherung ausgeschlossen, welche bereits vor Vertragsschluss zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt haben (vgl. E. 6.1 hiervor). Die Anwendung der Bestimmung D1 Abs. 1 lit. b AVB führt daher zum selben Ergebnis wie die gesetzliche Regelung von Art. 9 VVG. Dementsprechend ist der geltend gemachte Versicherungsfall des Klägers auch gestützt auf die AVB der innova von der abgeschlossenen Versicherungspolice gedeckt. Im Übrigen führte die Anwendung der Unklarheitsregel zum gleichen Resultat. Da die Beklagte branchenkundiger ist als der Versicherte und die AVB vorformuliert hat, ist die unklare Bestimmung zugunsten des Klägers auszulegen. Dies führt wiederum dazu, dass sowohl die Erkrankung also auch die daraus folgende Arbeitsunfähigkeit vor Vertragsbeginn eingetreten sein müssten, damit ein Versicherungsausschluss möglich wäre.

7.4 Im Ergebnis lässt sich gestützt auf die AVB nichts zugunsten der Beklagten ableiten.

8. Im Weiteren ist zu untersuchen, ob die innova für den vorliegenden Versicherungsfall des Klägers einen Vorbehalt angebracht hat. Den Akten kann kein Hinweis darauf entnommen

werden, dass sie vor Abschluss des Versicherungsvertrags mit der B.____ AG nach dem Gesundheitszustand bzw. allfälligen vorbestehenden Erkrankungen der versicherten Angestellten - insbesondere des Klägers - gefragt hätte. Insofern ist der Versicherungspolice auch kein Vorbehalt zu entnehmen, welcher die Leistungspflicht der Beklagten im vorliegenden Versicherungsfall auszuschliessen vermöchte.

9.1 Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Beklagte für die am 23. September 2011 gemeldete Arbeitsunfähigkeit des Klägers leistungspflichtig ist. Die Klage ist als Teil-Urteil in diesem Sinne gutzuheissen.

9.2 Was die Höhe der Versicherungsleistung betrifft, ist es dem Gericht gestützt auf die vorhandenen Akten nicht möglich, den geschuldeten Betrag abschliessend zu beziffern. Zur Vornahme weiterer Abklärungen wird das Verfahren deshalb ausgestellt.

10. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten werden mit dem das Klageverfahren abschliessenden zweiten Teil-Urteil verlegt.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Es wird festgestellt, dass die Beklagte für die am 23. September 2011 gemeldete Arbeitsunfähigkeit des Klägers leistungspflichtig ist.

2. Die ordentlichen und ausserordentlichen Kosten werden mit dem das Klageverfahren abschliessenden zweiten Teil-Urteil verlegt.