



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 10. März 2020 (731 19 147 / 40)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Krankentaggeldversicherung; Beweis des Erwerbsausfalls bei Arbeitslosigkeit. Konstellation, in welcher die Erkrankung einer versicherten Person zwar nach ihrer Kündigung, aber noch vor Eintritt ihrer Arbeitslosigkeit eingetreten ist. Anwendung des Grundsatzes, dass die versicherte Person in einem solchen Fall die Beweislast für ihren Erwerbsausfall zu tragen hat und nicht von der Vermutung profitieren kann, ohne Erkrankung weiterhin erwerbstätig gewesen zu sein.

_____ Besetzung Vizepräsident Christof Enderle, Gerichtsschreiber Stephan Paukner

_____ Parteien **A.**_____, Kläger, vertreten durch Silvio Riesen, Rechtsanwalt, schadenanwaelte AG, Alderstrasse 40, Postfach, 8034 Zürich

gegen

AXA Versicherungen AG, General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur, Beklagte

_____ Betreff Forderung

A. Der 1957 geborene A._____ arbeitete seit dem 1. Juli 2008 als Controller bei der B._____ AG und war in dieser Eigenschaft bei der AXA Versicherungen AG (AXA) kollektiv gegen die wirtschaftlichen Folgen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit versichert. Am 12. Februar 2018

kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis unter Einhaltung der ordentlichen Kündigungsfrist von sechs Monaten per Ende August 2018. Mit Aufhebungsvereinbarung vom 19. Februar 2018 wurde der Versicherte mit Wirkung ab 1. April 2018 freigestellt, und die Arbeitgeberin verpflichtete sich unter anderem zur Bezahlung eines Pauschalbetrags an den Versicherten in der Höhe von brutto Fr. 219'500.--. Ab 27. Juli 2018 war der Versicherte wegen somatischen und psychischen Beschwerden vollständig arbeitsunfähig. Nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist von 90 Tagen richtete die AXA ab dem 25. Oktober 2018 auf der Basis eines maximal versicherten Verdienstes von Fr. 148'200.-- Taggelder an den Versicherten aus.

B. Bereits am 27. Dezember 2018 hatte die AXA dem Versicherten mitgeteilt, dass ab 1. September 2018 lediglich noch der arbeitslosenversicherungsrechtliche Maximallohn in der Höhe von Fr. 148'200.-- versichert gewesen sei, weil die Auflösung seines Arbeitsverhältnisses bei B.____ noch vor Eintritt seiner seither krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit erfolgt sei. Dies gelte unabhängig davon, ob er bei der Arbeitslosenversicherung (ALV) zum Leistungsbezug angemeldet sei, weil die Verhältnisse noch vor Erkrankungsbeginn massgebend seien. Nachdem der Versicherte gegen diese Auffassung opponiert hatte, teilte ihm die AXA am 11. Februar 2019 mit, dass es keine Hinweise gebe, wonach er nach der Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei der B.____ einen neuen Arbeitgeber gehabt hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Der Nachweis, ohne Erkrankung eine andere Erwerbstätigkeit ausgeübt zu haben, könne nicht erbracht werden, weshalb an der Kürzung des versicherten Verdienstes per 1. September 2018 im Umfang von 70% des arbeitslosenversicherungsrechtlich versicherten Jahreslohnes von Fr. 148'200.-- festgehalten werde. In der Folge hielten die Parteien an ihren divergierenden Standpunkten fest.

C. Am 10. Mai 2019 reichte A.____, vertreten durch Rechtsanwalt Silvio Riesen, Klage beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), ein. Er beantragte, die AXA sei zu verpflichten, ihm Fr. 10'000.-- nebst Zins zu 5% p.a. ab 31. Mai 2019 zu bezahlen; es sei vorzumerken, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage hinsichtlich des dem Kläger zwischen dem 25. Oktober 2018 und dem 31. März 2019 entstandenen Taggeldanspruchs handle, und dass weitere Forderungen aus dem Versicherungsvertrag gegenüber der Beklagten vorbehalten blieben, unter o/e-Kostenfolge zu Lasten der Beklagten. Zur Begründung liess er zusammenfassend vorbringen, dass er gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von der Vermutung profitiere, wonach er ohne Krankheitseintritt weiterhin erwerbstätig geblieben wäre und deshalb nach Ablauf seines Arbeitsverhältnisses Anspruch auf die ursprünglich versicherten Taggelder basierend auf einem maximal versicherten Verdienst von Fr. 300'000.-- besitze. Eventualiter sei davon auszugehen, dass er im April 2018, als er noch nicht arbeitsunfähig gewesen sei, bereits die Möglichkeit besessen habe, sich bei potentiellen Arbeitgebern, so insbesondere bei der Firma C.____ GmbH aus Deutschland, vorzustellen. Es sei deshalb davon auszugehen, dass er, wäre er nicht arbeitsunfähig geworden, weiterhin arbeitstätig geblieben sei.

D. Die AXA schloss mit Klagantwort vom 28. August 2019 auf Abweisung der Klage unter o/e-Kostenfolge zu Lasten des Klägers. Zur Begründung brachte sie im Wesentlichen vor, dass

der Erwerbsausfall eines Versicherten, der zwar nach Erhalt der Kündigung, jedoch noch während der Kündigungsfrist erkrankte, dem mutmasslichen Taggeld der ALV entspreche. Vorbehalten blieben jene Fälle, in welchen der Versicherte nachweisen könne, dass er ohne seine Arbeitsunfähigkeit wieder eine konkrete Stelle angetreten hätte. Ausserdem müsse die betroffene Person rechtsprechungsgemäss ohnehin einen konkreten, krankheitsbedingten Schaden beweisen. Der Kläger würde demnach nur dann Anspruch auf ein höheres Taggeld besitzen, wenn er beweisen könnte, dass er ohne Erkrankung weiterhin eine berufliche Tätigkeit ausgeübt hätte. Aus den von ihm eingereichten Unterlagen gehe aber nicht hervor, dass es zwischen ihm und der C.____ ab 1. September 2019 zu einer Anstellung gekommen wäre. Zumal keine weiteren Arbeitsbemühungen aktenkundig seien, sei das Taggeld demnach zu Recht per 1. September 2019 auf der Basis von 70% des maximal versicherten ALV-Lohnes bemessen worden. Es trete hinzu, dass dem Kläger im Juli 2018 eine Entschädigung im Umfang von Fr. 219'500.-- entsprechend zwölf Monatsgehältern ausbezahlt worden sei. Selbst wenn seine Taggeldforderung ausgewiesen sein sollte, hätte er deshalb keine wirtschaftliche Erwerbseinbusse erlitten, weil er unabhängig von seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Gelder von seiner Arbeitgeberin erhalten habe, ohne dass er gleichzeitig eine Arbeitsleistung hätte erbringen müssen. Durch die Auszahlung der im Aufhebungsvertrag vorgesehen Abgeltung von Fr. 219'500.-- sei die in der Periode vom 25. Oktober 2018 bis 31. März 2019 geltend gemachte Lohndifferenz bereits abgegolten. Die Klage sei alleine schon deshalb abzuweisen. Würde sich der versicherte Verdienst im konkreten Fall nicht nach dem maximal versicherten ALV-Lohn richten, wäre im Übrigen als Basis das jährlich vereinbarte Zieleinkommen des Klägers im Umfang von Fr. 219'500.-- heranzuziehen gewesen. Da er ab 1. September 2018 jedoch grundsätzlich Anspruch auf eine ALV-Entschädigung gehabt hätte, wenn er nicht erkrankt wäre, könne er lediglich verlangen, dass er den krankheitsbedingten Erwerbsausfall im Umfang der entgangenen Arbeitslosenentschädigung ersetzt bekomme. Der Kläger besitze daher keinen Taggeldanspruch, der über das bisher von der Beklagten Geleistete hinausgehe.

E. Anlässlich einer ersten Hauptverhandlung vom 29. Oktober 2019 hielten die Parteien im Wesentlichen an ihren divergierenden Standpunkten fest. Der Kläger anerkannte, dass für die Bemessung der Taggelder zu Recht ein Zieleinkommen im Umfang von Fr. 219'500.--heranzuziehen gewesen wäre. Der Taggeldanspruch betrage hiervon 90%. Dies entspreche für die Zeit vom 25. Oktober 2018 bis Ende März 2019 einer Summe von Fr. 84'937.--.

F. Mit verfahrensleitender Verfügung des Vizepräsidenten des Kantonsgerichts vom 29. Oktober 2019 wurden die Parteien zu einer weiteren Hauptverhandlung geladen. Anlässlich der zweiten Hauptverhandlung vom 10. März 2020 hielten die Parteien wiederum an ihren divergierenden Standpunkten fest.

Auf deren Vorbringen sowie auf die Aussagen der anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. März 2020 einvernommenen Zeugen wird nachfolgend soweit notwendig in den Erwägungen eingegangen.

Der Vizepräsident zieht **in Erwägung** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) vom 26. September 2014 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind somit privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ergibt sich aus Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Beschluss vom 1. Dezember 2011 (731 11 262) festgehalten hat, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen. Diese Klagen sind vielmehr direkt am Kantonsgericht einzureichen.

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 9 ff. ZPO. Für Klagen aus Vertrag ist grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Gemäss Ziffer F1 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB), Ausgabe 07.2010 (Klagbeilage 2.2), besteht indes ein vereinbarter Wahlgerichtsstand am Sitz des Versicherten. Da der Kläger in seiner Eigenschaft als versicherte Person Wohnsitz im Kanton Basel-Landschaft hat, ist das angerufene Gericht somit auch örtlich zuständig.

1.4 Nach § 55 Abs. 1 VPO entscheidet die präsidierende Person der Abteilung Sozialversicherungsrecht des Kantonsgerichts Streitigkeiten bis zu einem Streitwert von Fr. 10'000.-- durch Präsidialentscheid. Über die vorliegende Teilklage betreffend Versicherungsleistungen im Umfang von Fr. 10'000.-- ist demnach präsidial zu entscheiden.

2.1 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen Anspruch begründende Tatsachen im Privatversicherungsrecht lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1). Die besagte Beweislastverteilung gilt ausserdem auch dann, wenn der Versicherer bereits allfällige Taggelder ausbezahlt hat. Macht der Versicherer später geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien zum Vornherein

zu Unrecht erbracht worden, so hat deshalb die versicherte Person zu beweisen, dass sie weiterhin Anspruch auf Taggelder hat (Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2015, 4A_246/2015, E. 2.2).

2.2 Gelangt das Gericht in Würdigung der Beweise zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Diesfalls liegt eine freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist. Art. 8 ZGB schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist; auch schliesst sie eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 122 III 219 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 4A_346/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 3.3). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 130 III 591 E. 5.4). Ebenso wenig schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1).

2.3 Dem Versicherer steht wie zuvor erwähnt (oben, E. 2.1) ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 130 III 321 E. 3.4; 120 II 393 E. 4b) und damit die Sachbehauptungen des klagenden Versicherten nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Gelingt es mit dem Gegenbeweis, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

3. Da das VVG ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind die vertraglichen Versicherungsvereinbarungen massgebend. Gemäss vorliegender Versicherungspolice (Klagbeilage 2.1) hat die Beklagte mit der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Die Versicherungsleistung besteht in der Ausrichtung eines Taggelds bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (vgl. Art. B1 1 AVB). Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls oder einer Berufskrankheit ist, und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. A4 1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Art. A4 2 AVB). Für versicherte Personen, die im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Kreis der Versicherten arbeitsunfähig sind, werden sämtliche Leistungen der Versicherung belastet (Art. B11 7 AVB).

4.1 Mit Blick auf den vorliegend zu beurteilenden Zeitraum zwischen dem 25. Oktober 2018 und dem 31. März 2019 ist zwischen den Parteien unbestritten geblieben, dass der Kläger seit dem 27. Juli 2018 im Sinne der AVB aus krankheitsbedingten Gründen vollständig arbeitsunfähig

war. Unbestritten ist damit auch, dass der Kläger erst nach der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses am 12. bzw. am 19. Februar 2018, jedoch noch während der Kündigungsfrist bzw. noch vor der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erkrankt ist (Beilage 1 zur Klagantwort). Nicht strittig ist weiter der Eintritt des Versicherungsfalls und grundsätzlich das direkte Forderungsrecht des Klägers. Strittig und zu beurteilen ist hingegen, in welchem Umfang der Kläger in der Zeit zwischen dem 25. Oktober 2018 und dem 31. Mai 2017 Anspruch auf Ausrichtung von Krankentaggeldleistungen besitzt und dabei insbesondere, auf welcher Basis das in diesem Zeitraum geschuldete Krankentaggeld zu berechnen ist.

4.2 Die Beklagte hat ihre Taggelder für die strittige Periode ab 25. Oktober 2018 bisher auf der Basis des maximal versicherten ALV-Lohnes von Fr. 148'200.-- ausgerichtet. Sie vertritt die Auffassung, dass der Erwerbsausfall des Klägers, der zwar nach Erhalt der Kündigung, jedoch noch während der Kündigungsfrist erkrankt sei, im Zeitpunkt des Austritts aus dem Betrieb seiner ehemaligen Arbeitgeberin lediglich dem mutmasslichen Taggeld der ALV entspreche. Sie begründet diese Auffassung damit, es sei nicht erwiesen, dass der Kläger ohne seine Arbeitsunfähigkeit wieder eine konkrete Stelle angetreten hätte. Da er ab 1. September 2018 grundsätzlich Anspruch auf eine Entschädigung der ALV besessen hätte, wenn er nicht erkrankt wäre, könne er lediglich verlangen, dass ihm der krankheitsbedingte Erwerbsausfall im Umfang der entgangenen Arbeitslosenentschädigung ersetzt bekomme. Sein Taggeld sei deshalb auf 70% des maximal versicherten ALV-Lohnes zu plafonieren. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung vertritt der Kläger demgegenüber die Meinung, dass er von der Vermutung der Weiterführung seiner Erwerbstätigkeit profitiere. Es bestehe kein Zweifel, dass er nach der Auflösung seines Arbeitsverhältnisses per Ende August 2018 als valide Person zu mindestens denselben Bedingungen wie bereits zuvor weitergearbeitet hätte. Eventualiter sei davon auszugehen, dass er nach der Beendigung des Arbeitsvertrages per Ende August 2018 im Gesundheitsfall anschliessend bei der C.____ tätig geworden wäre. Als versicherter Verdienst sei demnach sein bisheriges Zieleinkommen bei der B.____ im Umfang von Fr. 219'500.-- heranzuziehen.

4.3 Im Grundsatz ist die Lohnausfallversicherung von Arbeitnehmenden bei Krankheit eine Schadenversicherung (mangels ausdrücklicher Vereinbarung in der Police so auch hier; Art. B6 2 und B10 1 AVB, Beilage 2.1 der Klagebegründung). Leistungen sind deshalb nur dann geschuldet, wenn und soweit das versicherte Ereignis zu einem Erwerbsausfall geführt hat (BGE 104 II 44, CHRISTOPH HÄBERLI, Aktuelles zur Krankentaggeldversicherung, in HAVE 2016, S. 100). Ein Blick auf die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der kollektiven Krankentaggeldversicherung zeigt dabei auf, dass in Fällen, in welchen ein Arbeitsverhältnis noch vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit beendet worden ist, nach dessen Beendigung jener Lohn für die Bemessung des versicherten Verdienstes massgebend ist, den die versicherte Person bei voller Gesundheit weiterhin hätte erzielen können (Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2013 vom 25. März 2013). In BGE 141 III 241 hat das Bundesgericht in diesem Zusammenhang allerdings dargelegt, dass im Falle von Arbeitslosigkeit zwei Fallkategorien zu unterscheiden sind: Verliert die versicherte Person ihre Stelle zu einem Zeitpunkt, in welchem sie krankheitsbedingt bereits arbeitsunfähig ist, so gilt die Vermutung, dass sie - wie schon vor ihrer Erkrankung - erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. Erkrankt die versicherte Person hingegen erst, nachdem sie arbeitslos geworden ist, gilt die Vermutung, dass sie ohne Krankheit auch weiterhin keine Erwerbstätigkeit ausüben würde.

Diese Vermutung könne allerdings durch den Nachweis widerlegt werden, dass die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkret bezeichnete Stelle angetreten hätte, wenn sie nicht erkrankt wäre (a.a.O., 3.2.1 mit Verweis auf die Urteile des Bundesgerichts 4A_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 4.1; 9C_311/2010 vom 2. August 2010 E. 1.3; 9C_332/2007 vom 29. Mai 2008 E. 2.1; K 16/03 vom 8. Januar 2004 E. 2.3.2). Für diese zweite Fallkonstellation hat das Bundesgericht die Beweislast, dass hypothetisch auch ohne Krankheit einer Erwerbstätigkeit nachgegangen worden wäre, somit der versicherten Person auferlegt. In Erwägung 3.2.2 hat es dabei festgehalten, dass die vorgängig in BGE 135 II 161 E. 3 formulierte Vermutung, wonach die versicherte Person ohne Krankheit weiterhin keine Erwerbstätigkeit ausüben würde, missverständlich und unzutreffend sei. Es trage stets die versicherte Person die Beweislast für ihren Erwerbsausfall. Präzisierend hat das Bundesgericht in E. 3.2.3 schliesslich statuiert, dass die versicherte Person namentlich dann, wenn sie im Zeitpunkt ihrer Erkrankung bereits arbeitslos gewesen sei, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachzuweisen habe, dass sie ohne Krankheit eine Erwerbstätigkeit ausüben würde (ebenso HÄBERLI, a.a.O., S. 102). Sei sie im Zeitpunkt ihrer Erkrankung noch nicht arbeitslos gewesen, profitiere sie hingegen von der Vermutung, dass sie ohne Krankheit weiter erwerbstätig wäre. Diesfalls könne die Versicherung jedoch den Gegenbeweis antreten.

4.4 Mit Verweis auf HÄBERLI (a.a.O., S. 101) ist festzustellen, dass trotz der Erwerbsvermutung des Bundesgerichts allerdings jene Konstellation unbeantwortet geblieben ist, in welcher die Erkrankung einer versicherten Person zwar nach ihrer Kündigung, aber noch vor Eintritt ihrer Arbeitslosigkeit eingetreten ist. In diese Lücke stösst nunmehr die Argumentation des Klägers. Unter Hinweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 1. Juli 2015 (ZV.2014.12) bringt er vor, dass er als erkrankte Person nach Ablauf seines Arbeitsvertrages Anspruch auf die ursprünglich versicherten Taggelderleistungen besitze und dabei von der bundesgerichtlichen Vermutung profitiere, dass er als versicherte Person - wie noch vor der Erkrankung - erwerbstätig gewesen wäre, wenn er nicht erkrankt wäre. In diesem Urteil kam das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt zum Schluss, dass eine Person, die im Zeitpunkt ihrer Erkrankung in einem gekündigten, indes noch aufrechten Arbeitsverhältnis steht, nicht als arbeitslos gilt und entsprechend von der vom Bundesgericht in BGE 141 III 231 statuierten Vermutung der Weiterführung ihrer Erwerbstätigkeit profitiere. Der diesem Urteil zu Grunde liegende Sachverhalt weist mit der hier zur Beurteilung stehenden Konstellation insofern Parallelen auf, als der Versicherte am 27. Juli 2018 und damit in einem Zeitpunkt erkrankt ist, nachdem sein Arbeitsverhältnis mit Kündigung vom 12. Februar 2018 bzw. mit Auflösungsvereinbarung vom 19. Februar 2018 bereits aufgelöst worden war. Geendet hat sein Arbeitsverhältnis indessen erst Ende August 2018. In Übereinstimmung mit der vom Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt vom 1. Juli 2015 beurteilten Konstellation kann somit zwar nicht von einer Arbeitslosigkeit des Klägers zum Zeitpunkt seiner Erkrankung gesprochen werden. Daraus nunmehr aber abzuleiten, dass der Kläger von der Vermutung profitieren würde, ohne Erkrankung weiterhin erwerbstätig gewesen zu sein, überzeugt nicht. Es kann nämlich nicht gesagt werden, dass die hier zur Debatte stehende, dritte Konstellation – bei welcher die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist eingetreten ist – jenen Fällen gleichzusetzen wäre, in welchen die versicherte Person ihre Stelle zu einem Zeitpunkt verliert, in welchem sie krankheitsbedingt bereits arbeitsunfähig ist. Im hier vorliegenden Fall ist dies gerade nicht der Fall, nachdem

sich der Kläger in einem noch immer laufenden Arbeitsverhältnis befunden hat und erst Ende Juli 2018 seine Arbeit aus krankheitsbedingten Gründen nicht mehr zu erbringen in der Lage war. Den Erwägungen im Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt vom 1. Juli 2015 kann deshalb nicht gefolgt werden. Sie lassen unerwähnt, dass das Bundesgericht die Vermutung einer hypothetisch fortdauernden Erwerbstätigkeit lediglich für jene Fälle gewährt hat, bei welchen die Arbeitsunfähigkeit im Zeitpunkt der Kündigung bereits bestanden hat. Etwas Anderes lässt sich dem Wortlaut in BGE 141 III 241 E. 3.2.1 jedenfalls nicht entnehmen. Das für die bundesgerichtliche Vermutung andauernder Erwerbstätigkeit vorausgesetzte Fehlen einer bestehenden Arbeitslosigkeit bereits im Zeitpunkt einer Erkrankung lässt sich für die hier zur Debatte stehende dritte Konstellation mit anderen Worten nicht durch die Hypothese ersetzen, die versicherte Person wäre infolge vorgängiger Auflösung ihres Arbeitsverhältnisses später nicht arbeitslos geworden. Dass diese Lösung letztlich einer Vermutung gleichkomme, wonach eine bereits gekündigte Person nach Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses zwingend arbeitslos sein müsse, es sei denn, sie würde ohne Krankheit weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausüben, kann nicht gesagt werden; sie ist letztlich vielmehr Ausdruck der allgemeinen Beweisregel, wonach die versicherte Person zu beweisen hat, dass sie einen erwerbsausfallbedingten Schaden erlitten und deshalb auch (weiterhin) Anspruch auf Taggelder des Krankentaggeldversicherers hat (Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2015, 4A_246/2015, E. 2.2). Die seitens des Klägers vertretene Auffassung würde demgegenüber dazu führen, dass sich die Beurteilung, ob eine versicherte Person von der von ihm postulierten Vermutung profitiert, letztlich einzig nach dem Zeitpunkt richtet, in welcher sie arbeitslos geworden ist, nicht hingegen nach den tatsächlichen Gegebenheiten in Bezug auf den Eintritt ihrer Erkrankung. Eine solche Auffassung entspricht weder Sinn noch Zweck der bundesgerichtlichen Präzisierung in BGE 141 III 241, E. 3.2.3. Letztlich widerspräche sie aber auch dem Grundsatz, dass eine versicherte Person, welche erst nach Erhalt der Kündigung erkrankt, lediglich Anspruch auf die Leistungen der ALV besitzt (Urteil des Bundesgerichts 9C_24/2013 vom 25. März 2013). Eine Vermutung, wonach der Kläger ohne seine Erkrankung über Ende August 2018 hinaus erwerbstätig geblieben wäre, ist bei diesem Zwischenergebnis deshalb abzulehnen.

5.1 Damit bleibt zu prüfen, ob mit überwiegender Wahrscheinlichkeit (oben, E. 2.1) erstellt ist, dass der Kläger ohne seine Erkrankung im Anschluss an die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei der B.____ Ende August 2018 weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte. In diesem Zusammenhang ist vorab festzustellen, dass in der Zeit zwischen der Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 12. bzw. am 19. Februar 2018 und seiner Erkrankung Ende Juli 2018 mit Ausnahme des von ihm dargelegten Kontakts mit der C.____ keine Stellenbemühungen ausgewiesen sind, welche darauf hinweisen würden, dass er im Anschluss an die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses bei der B.____ eine neue Stelle angetreten hätte. Er vertritt indes die Auffassung, dass sich eine mögliche Zusammenarbeit mit der C.____ bereits vor seiner Erkrankung derart konkretisiert hätte, dass er nach der Beendigung seiner Anstellung bei der B.____ mit der C.____ wieder einer neuen Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre und dabei ein Salär mindestens in jenem Umfang verdient hätte, wie er es zuvor bei der B.____ bereits erzielt hatte.

5.2 Den Akten ist ein Mail des Klägers an die C.____ vom 4. April 2018 zu entnehmen (Beilage 13 zur Klagebegründung). Daraus geht hervor, dass er von der C.____ zu einer Besprechung in der zweiten Aprilhälfte des Jahres 2018 sowie zu einer Messe eingeladen worden war. Aus einem weiteren Schreiben der C.____ vom 10. Oktober 2019 ergibt sich sodann (Beilage 2 zum ersten Parteivortrag vom 29. Oktober 2019), dass der erste Kontakt zwischen der C.____ und dem Kläger bereits im April 2017 stattgefunden habe und man ihn als einen äusserst zuverlässigen, professionellen und sehr erfahrenen Partner kennen gelernt habe. Als man im März 2018 erfahren habe, dass er die B.____ verlassen werde, habe man ihn kontaktiert. Man sei damals aktiv auf der Suche nach einem erfahrenen Mitarbeiter für den eigenen Softwarevertrieb gewesen. Der Versicherte habe Interesse an einer Zusammenarbeit gezeigt. In der Folge hätten die Gespräche bezüglich einer möglichen Zusammenarbeit begonnen. Im Verlauf hätten weitere Gespräche betreffend die Definition der Aufgabenbereiche stattgefunden. Während dieser Gespräche betreffend die konkrete Form der Anstellung habe der Versicherte jedoch aus gesundheitlichen Gründen gebeten, die Pläne bezüglich seiner Anstellung bis zu seiner Genesung zu verschieben. Seither pflege man engen Kontakt mit ihm. Sobald er gesundheitlich wieder in der Lage sei, für die C.____ tätig zu sein, werde man sich wieder mit ihm zusammensetzen und besprechen, in welcher Form und in welchem Umfang er die C.____ unterstützen könne.

Anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. März 2020 hat der Vertreter der C.____ zu Protokoll gegeben, dass man noch immer losen Kontakt zum Kläger pflege, weil man ihn als Consultant gewinnen wolle. Über die Form einer möglichen Anstellung habe man bisher aber noch nicht konkret gesprochen. Auch der Zeitpunkt eines Arbeitsbeginns sei noch nicht besprochen worden. Der Abbruch der Gespräche sei auf Wunsch des Klägers im August 2018 erfolgt. Man habe sich mehrere Formen der Zusammenarbeit vorstellen können. Ein Wohnsitzwechsel des Klägers sei dabei aber kein Thema gewesen. Man habe vorgeschlagen, dass der Kläger einen halben Monat vor Ort im Consulting für die Teamentwicklung gearbeitet hätte und die übrige Zeit auf Honorar-Basis im Bereich der Betriebsunterstützung tätig gewesen wäre. Hätte sich die Zusammenarbeit verwirklicht, hätte das Engagement ein Vollzeitpensum umfasst. Die Vorgespräche seien sehr konkret gewesen, die Arbeitsbereiche seien bereits klar definiert gewesen. Der nächste logische Schritt wäre das Führen der Lohnverhandlungen gewesen. Die C.____ habe über kein konkretes Lohnmodell verfügt, hätte mit Blick auf ein Engagement des Klägers aber ein solches geschaffen.

Der Kläger hat anlässlich der Hauptverhandlung vom 10. März 2020 ausgesagt, dass die ersten Gespräche mit dem Vertreter der C.____ bereits im März 2018 stattgefunden hätten. Auf die Frage, was dazu geführt habe, dass es in den darauffolgenden Monaten bis zum Beginn seiner gesundheitlichen Probleme nicht zu einem Vertragsabschluss mit der C.____ gekommen sei, gab er unter anderem zu Protokoll, dass er stets zwei Angebote einzuholen pflege. Die Beziehung zur C.____ und deren Grossprojekt sei sehr positiv gewesen. Eine Lohneinbusse hätte er allerdings nicht in Kauf genommen. Seine bisherige Karriere sei stets nach oben gegangen. Ob er für einen tieferen Lohn als zuvor eine Beschäftigung bei der C.____ angenommen hätte, wäre letztlich auch eine Frage der Life-Work-Balance gewesen. Die bisher geführten Gespräche hätten allerdings aufgezeigt, dass ein solches Engagement wohl ein 150-200%-Job umfasst hätte (Protokoll Hauptverhandlung vom 10. März 2020).

5.3 Es ist daran zu erinnern, dass mit Ausnahme von Kontakten mit der C.____ keine Stellenbemühungen ausgewiesen sind. Dem soeben Dargelegten zufolge vermag der Kläger aber auch nicht nachzuweisen, dass er nach der Beendigung seines alten Arbeitsverhältnisses per Ende August 2018 bei der B.____ wieder eine neue Stelle bei der C.____ angetreten hätte. So ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass er mit einer neuen Anstellung bei der C.____ an sein altes Arbeitsverhältnis hätte anschliessen wollen. Der Versicherte hat mit der C.____ bzw. mit deren Vertreter zwar über konkrete Aufgabenbereiche und Arbeitsmodelle gesprochen. Die nähere Ausgestaltung einer allfälligen Anstellung blieb bis zum Eintritt seiner krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Ende Juli 2018 jedoch letztlich offen. Auch wenn die C.____ eine zeitnahe Tätigkeitsaufnahme gewünscht hätte, blieb nicht nur unklar wann, sondern generell auch ob der Kläger mit der C.____ überhaupt ein entsprechendes Engagement tatsächlich eingegangen wäre. Einerseits haben die beiden Parteien keine Lohngespräche geführt. Damit verblieb ein wesentlicher Vertragsbestandteil betreffend ein allfälliges, künftiges Arbeits- oder Auftragsverhältnis schlicht ungeklärt. Zumal der Kläger den eigenen Aussagen zufolge nicht bereit war, im Vergleich zu seinem bisher bei der B.____ erzielten Salär einen Lohnverzicht in Kauf zu nehmen, kann auch nicht gesagt werden, die Lohnfrage wäre in subjektiver Hinsicht für ihn kein ausschlaggebendes Kriterium für ein neues Engagement gewesen. Das Gegenteil ist der Fall. Der Kläger hat angegeben, dass ihm bei einer Neu-Anstellung eine angemessene Life-Work-Balance wichtig gewesen wäre. Mit Blick darauf, dass ein Engagement bei der C.____ offenbar aber mit einem «150-200%-Pensum» verbunden gewesen wäre, kann mitnichten davon ausgegangen werden, die noch offene Frage des Salärs wäre für den Versicherten von lediglich untergeordneter Bedeutung gewesen. Dies gilt umso mehr, weil der Versicherte seinen eigenen Aussagen zufolge ohnehin mehrere neue Job-Angebote einzuholen beabsichtigt hat, bevor er sich allenfalls für ein Engagement bei der C.____ entschieden hätte.

5.4 Bei dieser Sachlage kann nicht davon gesprochen werden, ein künftiges Engagement bei der C.____ wäre kurz vor dem Abschluss gestanden. Daran ändert nichts, dass dem Kläger wegen seiner Erkrankung spätestens ab Ende Juli 2018 keine Arbeitsbemühungen mehr zumutbar waren. Mit Blick auf die zuvor bereits geführten Gespräche betreffend ein mögliches Arbeitsprofil sind seit der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei der B.____ Mitte Februar 2018 mehr als vier Monate verblieben, ein allfälliges Engagement bei der C.____ zu vereinbaren oder zumindest mit Blick auf die für einen Vertragsabschluss wesentlichen Vertragsbestandteile zu konkretisieren. Dies aber hat der Versicherte offenbar aus eigenen Stücken letztlich unterlassen, obschon er bereits seit Jahr 2017 geschäftliche Kontakte mit der C.____ gepflegt hatte und daher auch schon seit längerer Zeit einzuschätzen in der Lage war, ob ein entsprechendes Engagement für diese Firma für ihn in Frage kommen würde. Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass der Kläger im Juli 2018 für die Zeit über die Beendigung seines Arbeitsverhältnisses Ende August 2018 hinaus zusätzlich zwölf Monatsgehälter von der B.____ ausbezahlt erhalten hat (Beilage 1 zur Klagantwort). In finanzieller Hinsicht hat deshalb keine Veranlassung für ihn bestanden, mit Wirkung vor Ende August 2019 ein neues Engagement eingehen zu müssen. Dass er bereits ein Jahr zuvor bei der C.____ eine konkrete Anstellung angetreten hätte, ist deshalb nicht dargetan. Entgegen der von ihm vertretenen Auffassung vermag daran auch nichts zu ändern, dass er während der Zeit, während welcher er noch arbeitsfähig war, die Möglichkeit besessen hätte, sich bei weiteren, potentiellen Arbeitgebern vorzustellen. Auch dies hat er unterlassen. Entsprechende

Bemühungen sind jedenfalls keine ausgewiesen. Ebenso wenig ist von Relevanz, dass er über eine lückenlose Arbeitsbiographie verfügt hat und sich somit durch ein durchwegs positives Arbeitszeugnis seines letzten Arbeitgebers und mit besten Qualifikationen einem potentiellen Arbeitgeber hätte präsentieren können. Massgebend ist nicht die Möglichkeit einer potentiellen Erwerbstätigkeit, sondern der mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erbringende Nachweis, dass der Versicherte tatsächlich auch eine konkret bezeichnete Stelle angetreten hätte (BGE 141 III 241, E. 3.2.1). Davon ist dem Gesagten zufolge aber nicht auszugehen.

5.5 Zu berücksichtigen ist ein weiterer Aspekt: Der vorliegende Kollektivversicherungsvertrag zwischen der ehemaligen Arbeitgeberin des Klägers und der Beklagten bezweckte dessen Schutz vor den wirtschaftlichen Folgen einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Vorliegend war die entsprechende Lohnausfallversicherung als Schadenversicherung ausgestaltet (oben, E. 4.3 a. A.). Mit Blick auf den Grundsatz, wonach stets die versicherte Person die Beweislast für ihren Erwerbsausfall zu tragen hat (BGE 141 III 241 E. 3.2.2), resultiert demnach, dass für die Bemessung der schadensverursachenden Erwerbseinbusse grundsätzlich die Einkommenssituation ohne Erkrankung mit derjenigen nach Eintritt der Krankheit des Versicherten zu vergleichen ist. Die Beklagte schuldet dem Kläger mit anderen Worten nur dann ein über 70% des versicherten Verdienstes des maximal versicherten ALV-Lohnes von Fr. 148'200.-- hinausgehendes Taggeld, wenn der Versicherte umfangmässig auch die ausgebliebene Lohnhöhe im Zusammenhang mit einer allfälligen Folgebeschäftigung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu belegen in der Lage ist. Es reicht also nicht aus, lediglich eine Folgebeschäftigung nachzuweisen, sondern es ist für den Nachweis des Schadens auch ein (potentiell) geschuldetes Salär konkret zu belegen. Dem Gesagten zufolge hatten der Kläger und die C.____ jedoch noch keine Lohngespräche geführt. Dass die konkrete Lohnhöhe nicht nur einen wesentlichen Vertragsbestandteil darstellt, sondern für den Kläger offenbar auch in subjektiver Hinsicht von Bedeutung gewesen ist, wurde bereits dargelegt (oben, E. 5.3). Ein Konsens lag diesbezüglich jedenfalls nicht vor. Ausserdem hat die C.____ über kein konkretes Lohnmodell verfügt. Ein solches Lohnmodell wäre mit Blick auf ein Engagement des Klägers vielmehr erst geschaffen worden (oben, E. 5.2). Damit erweist es sich zwecks Bestimmung eines potentiellen Folgesalärs aber auch als unmöglich, auf allfällige Richtwerte oder zumindest auf eine grobe, potentielle Lohnsumme abzustellen. Ein künftig erzielbarer Lohn bleibt demnach unbestimmt, und ein konkreter Schadennachweis gelingt dem Kläger somit nicht. Mit Blick auf die ab 1. September 2018 eingeklagten Taggelder lässt sich schliesslich auch in zeitlicher Hinsicht nicht sagen, wann genau der Kläger eine allfällige Folgebeschäftigung bei der C.____ angenommen hätte, wenn er Ende Juli 2018 nicht erkrankt wäre. Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass er bei der C.____ ein solche Folgebeschäftigung angetreten hätte, bliebe mithin offen, wann und ob er an den bisher bei der B.____ erzielten Lohn hätte anknüpfen können. Ein bestimmbarer Schaden ist bei dieser Sachlage nicht ausgewiesen.

6. Zusammenfassend besteht in der hier vorliegenden Konstellation, in welcher die Erkrankung des Klägers erst nach dessen Kündigung, aber noch vor Eintritt seiner krankheitsbedingten Arbeitslosigkeit eingetreten ist, keine Vermutung zu dessen Gunsten, dass er ohne seine Erkrankung weiterhin erwerbstätig gewesen wäre. Sodann ist nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, ob und zu welchen Salär-Konditionen er ab 1. September 2018 wieder eine konkrete Folgebeschäftigung wahrgenommen hätte. Es muss daher sein Bewenden damit haben, dass die

Beklagte für die Höhe des zu ersetzenden Erwerbsausfalls grundsätzlich zu Recht auf die entgangenen Taggelder der ALV basierend auf einem versicherten Verdienst im Umfang von 70% des maximal versicherten ALV-Lohnes von Fr. 148'200.-- abgestellt hat. Die Klage ist bei diesem Ergebnis abzuweisen.

7.1 Das Verfahren vor dem Versicherungsgericht ist gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. f ZPO kostenlos. Es werden deshalb keine Verfahrenskosten erhoben.

7.2 Der obsiegenden Partei ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO grundsätzlich eine Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzusprechen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers aber nur unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen; zur Geltung dieser Rechtsprechung unter der ZPO: Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist hier nicht gegeben. Eine Parteientschädigung ist demnach keine auszurichten.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

Gegen dieses Urteil wurde beim Bundesgericht am 24. August 2020 Beschwerde in Zivilsachen erhoben (siehe nach Vorliegen das Urteil des Bundesgerichts [4A_424/2020](http://www.bl.ch/kantonsgericht)).