



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 5. Juni 2013 (731 12 263)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Abgrenzung Schadens- und Summenversicherung bei einer Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG;

Besetzung Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Yves Thommen, Kantonsrichter Dieter Freiburghaus, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz

Parteien A.____, Kläger, vertreten durch Martin Lutz, Advokat, Falknerstrasse 3, 4001 Basel

gegen

Helsana Versicherungen AG, Worblaufenstrasse 200,
3048 Worblaufen, Beklagte

Betreff Taggeld

A. A.____ führte seit 1990 ein Einzelunternehmen als Unternehmens- und Personalberater. Mit Police vom 29. November 2010 schloss er für die Dauer vom 1. Januar 2011 bis 31. Dezember 2013 eine Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach Versicherungsvertragsgesetz (VVG) mit der Helsana Versicherungen AG (Helsana) ab. Bei einer Wartefrist von 60 Tagen und einer Leistungsdauer von 730 Tagen war ein fixes jährliches Erwerbseinkommen von Fr. 91'250.--, d.h. Fr. 250.-- pro Tag versichert. In den Jahren 2009 und 2010 hatte sich der Gesundheitszustand von A.____ stark verschlechtert. Im Verlauf des Jahres 2010 musste er

sich mehreren komplexen Operationen am Herz und an der Hauptschlagader des Bauches unterziehen, die einen komplikationsreichen Verlauf zeigten und zu einer Schädigung der Niere führten. Mit Schreiben vom 9. September 2011 teilte er der Helsana mit, dass er seine Geschäftstätigkeit per 31. Dezember 2011 einstellen werde und daher auf dieses Datum die Kollektiv-Taggeldversicherung kündige. Die Helsana bestätigte mit Brief vom 28. September 2011 die Vertragsauflösung per 31. Dezember 2011 und erklärte, dass mit diesem Datum der Versicherungsschutz ende.

Am 14. Oktober 2011 musste A.____ aufgrund eines Nierenversagens hospitalisiert werden. Am 23. Oktober 2011 meldete er der Helsana eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Nach Ablauf der Wartefrist von 60 Tagen erbrachte die Helsana die vertragliche Taggeldleistung ab dem 13. Dezember 2011 bis zum 31. Dezember 2011. Die Ausrichtung weiterer Taggelder lehnte die Helsana ab, unter anderem weil es sich vorliegend um eine Schadensversicherung handle und der Versicherte nach dem 31. Dezember 2011 keinen nachweisbaren Erwerbsausfall erlitten habe.

B. Daraufhin erhob A.____, vertreten durch Advokat Martin Lutz, Klage beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, und verlangte von der Helsana Fr. 61'000.-- für ausstehende Taggeldleistungen ab 1. Januar 2012 bis 31. August 2012 nebst Zins von 5% seit dem 14. März 2012. Zur Begründung führte der Rechtsvertreter an, dass es sich vorliegend um eine Summenversicherung handle. Die Taggelder seien deshalb unabhängig von einer Erwerbseinbusse geschuldet. Die Helsana habe bis Ende 2011 ihre Leistungspflicht erfüllt, ohne den Nachweis eines Erwerbsausfalls zu verlangen. Überdies bestehe nach Art. 9.4 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (AVB) eine vertragliche Nachleistungspflicht. Selbst wenn von einer Schadensversicherung auszugehen wäre, wäre eine Leistungspflicht über das Vertragsende hinaus gegeben. Grund der Geschäftsaufgabe sei die schlechte gesundheitliche Verfassung gewesen. Der Kläger hätte seine Tätigkeit nicht aufgegeben, wenn er nicht krank gewesen wäre. Durch die Aufgabe der Geschäftstätigkeit habe er einen bezifferbaren Einkommensausfall erlitten.

C. Mit Klagantwort vom 4. Oktober 2012 beantragte die Helsana die Abweisung der Klage. Vorliegend handle es sich um eine Schadensversicherung. Der Kläger sei ab 14. Oktober 2011 bis 31. Dezember 2011 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Auf den Nachweis des Erwerbsausfalls sei aus Kulanzgründen verzichtet worden. Mit der Kündigung der Police per 31. Dezember 2011 sei das vertragliche Verhältnis aufgelöst worden. Eine Nachleistungspflicht nach Art. 9.4 AVB sei zu verneinen, da es aufgrund der freiwilligen Geschäftsaufgabe an einem Erwerbsausfall nach dem 31. Dezember 2011 mangle. Zudem sei die vorliegende ausserordentliche Kündigung infolge Geschäftsaufgabe vergleichbar mit der Beendigung eines befristeten Arbeitsverhältnisses. Ein Anspruch auf Nachleistungen bestehe in einem solchen Fall gemäss Art. 9.5 lit. c AVB nicht.

D. An der Urteilsberatung vom 7. Februar 2013 kam das Gericht zum Schluss, dass es sich beim strittigen Versicherungsverhältnis um eine Schadensversicherung handle. Versicherungs-

leistungen setzten demnach grundsätzlich den Nachweis einer erlittenen Erwerbseinbusse voraus. Da diesbezüglich konkrete Angaben in den Akten fehlten, erhielten die Parteien Gelegenheit, im Rahmen eines zweiten Schriftenwechsels zum Bestand und zur Höhe des Erwerbsausfalls Stellung zu nehmen und Beweisanträge zu stellen (vgl. Beschluss vom 7. Februar 2013).

E. Mit Replik vom 13. Mai 2013 hielt der Kläger an der Klage vollumfänglich fest. Der Kläger besitze seit 1994 eine Krankentaggeldversicherung mit einem fest vereinbarten Taggeld von Fr. 250.--. Die Beklagte habe seit der Übernahme dieses Vertrages im Jahre 2006 auch immer die jeweilige Prämie eingenommen und im Leistungsfall das entsprechende Taggeld ausbezahlt, ohne den Nachweis eines Erwerbsausfalls zu verlangen. Dies entspreche der Praxis bei Selbständigerwerbenden, bei denen der Schaden viel aufwändiger zu berechnen sei, als bei Angestellten und daher auch die Regel darstelle. Er sei deshalb nach wie vor der Ansicht, dass das Taggeld unabhängig von einer allfälligen Erwerbseinbusse geschuldet sei, da er mit der Beklagten eine Summenversicherung vereinbart habe. Die Ausführungen zum erlittenen Erwerbsausfall ab 1. Januar 2012 erfolgten deshalb eventualiter. Die Berechnung des Erwerbsausfalls bei Selbständigerwerbenden sei schwierig, da unklar sei, wie sich dieser konkret berechne. Er habe sein Geschäft gesundheitsbedingt auf Ende 2011 aufgeben müssen. Ab Oktober 2012 werde er eine volle IV-Rente erhalten. Für die eingeklagte Zeit von Januar 2012 bis Ende August 2012 verfüge er über praktisch kein Einkommen. Insgesamt habe er in den Jahren 2006 bis 2011 ein Einkommen von Fr. 521'525.80 erwirtschaftet. Dies entspreche einem jährlichen Einkommen von Fr. 86'920.95. Auf acht Monate umgerechnet resultiere somit ein finanzieller Schaden von Fr. 57'947.30.

F. Die Helsana beantragte mit Duplik vom 4. Juni 2013 die Abweisung der Klage. Sie verlange bei Selbständigerwerbenden und Betriebsinhabern den Nachweis eines Einkommensausfalls grundsätzlich ab einem Jahreseinkommen von Fr. 80'000.--. Dies treffe auf den Kläger zu. Der Schadenfall im Jahre 2010 sei abgeschlossen und nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Für den Schadenfall ab 14. Oktober 2011 habe - abzüglich der Wartefrist von 60 Tagen - lediglich eine Leistungspflicht vom 13. Dezember 2011 bis 31. Dezember 2011 bestanden. Dass die Einholung eines Nachweises des Erwerbsausfalls für diesen kurzen Zeitraum unverhältnismässig gewesen wäre, sei nachvollziehbar. Der Verzicht ändere jedoch nichts an der Tatsache, dass die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG als Schadensversicherung konzipiert sei. Mit der Kündigung per 31. Dezember 2011 seien sämtliche Rechte und Pflichten aus dem Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Beklagten erloschen.

G. Am 28. November 2013 beurteilte das Gericht den Fall erneut und kam zum Schluss, dass nicht abschliessend beurteilt werden könne, ob der Versicherte seinen Betrieb per 31. Dezember 2011 aus gesundheitlichen Gründen aufgegeben habe, was für die Beurteilung der Nachleistungspflicht allenfalls von Bedeutung wäre. Zur Klärung dieser Frage wären weitere Sachverhaltsabklärungen notwendig (Beizug der IV-Akten). Bevor das Gericht in diesem Sinne weiterverfuhr, bot es den Parteien Gelegenheit, den Fall mittels Vergleichs abzuschliessen und unterbreitete den Parteien einen Vergleichsvorschlag.

H. Mit Schreiben vom 19. Dezember 2013 stimmte die Helsana dem Vergleichsvorschlag zu. Der Beschwerdeführer lehnte diesen hingegen mit Eingabe vom 31. Dezember 2013 ab.

I. Am 14. Januar 2014 forderte das Gericht die IV-Akten bei der IV-Stelle zur Einsichtnahme ein. Der Kläger verzichtete auf eine Stellungnahme. Die Beklagte äusserte sich dahingehend, dass sie erstmals mit Schreiben vom 2. Mai 2012 vernommen habe, dass die Geschäftsaufgabe aus gesundheitlichen Gründen erfolgt sein solle. Die klägerische Behauptung, dass die Geschäftsaufgabe infolge einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes aus dem Jahre 2010 bzw. aus gesundheitlichen Gründen erfolgt sei, finde in den IV-Akten keine Stütze.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind 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, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ergibt sich aus Art. 7 ZPO i.V.m. § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Grundsatzentscheid vom 1. Dezember 2011 festhielt, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen, womit sie direkt am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, einzureichen sind (Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262).

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz der Versicherten eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/ JÜRGEN BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 32 N 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 38 AVB, wonach ein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der Versicherten besteht. Da der Kläger Wohnsitz in B.____ hat, ist das angerufene Gericht auch örtlich zuständig. Auf die formgerecht erhobene Klage ist damit einzutreten.

2.1 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ist der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen; es ist dabei aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweis erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tra-

gen. Das Bundesgericht hat die in den Vorgängernormen zu Abs. 2 enthaltene Untersuchungsmaxime daher bisweilen auch als gemilderte Verhandlungsmaxime bezeichnet. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Die Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen oder alle möglichen Beweise abzunehmen. Ebenso wenig verleiht die Untersuchungsmaxime den Parteien Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel. Das Gericht muss die betroffene Partei nur einmal auf etwaige Unzulänglichkeiten in ihren Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hinweisen. Bei anwaltlicher Vertretung ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf "krasse Fälle" beschränkt. Indessen verpflichtet die Untersuchungsmaxime das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 247 Abs. 2 ZPO N 33 ff.).

2.2 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen 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]).

2.3 Gelangt das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 109 II 251 E. 3.5). Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist (BGE 112 II 179); sie schliesst selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 109 II 31 E. 3b und 344/45). 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 114 II 290 E. 2). Ebenso schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.206, E. 2.1).

2.4 Dem Versicherer steht 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 120 II 393 E. 4b) und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwie-

gend wahrscheinlich erscheinen. Gelingt der Gegenbeweis, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

3. Streitig und zu prüfen ist, ob es sich bei der vorliegenden Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG um eine Schadens- oder Summenversicherung handelt und ob die Beklagte ihre Leistungspflicht ab 1. Januar 2012 zu Recht ablehnte.

3.1 Entscheidend für die Qualifikation als Schadens- oder Summenversicherung sind die vertraglichen Voraussetzungen der konkreten Leistung. Schadensversicherung liegt vor, wenn die Vermögenseinbusse eine selbständige Voraussetzung der Leistungspflicht ist. Die Leistungspflicht aus Summenversicherung hängt nicht vom Eintritt eines wirtschaftlichen Schadens ab, sondern garantiert eine bei Vertragsabschluss festgelegte Leistung. Diese ist geschuldet, wenn das versicherte Ereignis eingetreten ist. Bei Versicherung gegen Erwerbsunfähigkeit hängt deshalb die Leistungspflicht nur davon ab, ob der Versicherte erwerbsunfähig ist, ohne dass eine effektive Erwerbseinbusse nötig wäre. Die Versicherung eines Taggeldes oder einer Rente bei Krankheit oder Unfall kann sowohl als Summen- wie als Schadensversicherung ausgestaltet sein. Soll die Leistung den Lohnausfall ausgleichen und wird sie nach der tatsächlich erlittenen Einbusse bemessen, liegt eine Schadensversicherung vor. Sieht der Versicherungsvertrag dagegen eine im Voraus bestimmte Leistung als Rente oder Taggeld vor, die keine tatsächliche wirtschaftliche Einbusse des Versicherten voraussetzt, sondern allein vom Grad der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten abhängt, liegt eine Summenversicherung vor (vgl. GERHARD STOESEL, Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012 S. 5 f. mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung).

3.2 Welche Art von Versicherung in einem konkreten Fall vorliegt, ist aufgrund der Parteiabrede (Police und einschlägige AVB) zu ermitteln (vgl. Urteil des Appellationsgerichts vom 3. November 2004, in: BJM 2006, S. 107). Die Police ist in erster Linie Beweismittel für Bestand und Inhalt des Versicherungsvertrages (vgl. STOESEL, a.a.O., S. 9). Gemäss Versicherungspolice vom 29. November 2010 vereinbarten die Parteien bei einem versicherten Jahreslohn von Fr. 91'250.-- die Ausrichtung eines Taggeldes von Fr. 250.-- pro Kalendertag für 730 Tage abzüglich einer Wartefrist von 60 Tagen pro Fall. Als Versicherungsbeginn wurde der 1. Januar 2011, als Ablauf der 31. Dezember 2013 festgesetzt. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die AVB, Ausgabe 2006, gelten.

3.3 Allgemeine Versicherungsklauseln sind, wenn sie in Verträge übernommen werden, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 135 III 1 E. 2, 133 III 607 E. 2.2 und 3.3). Deren Inhalt bestimmt sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen (subjektiven) Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (OR) vom 30. März 1911). Ist hinsichtlich der Tragweite einer Klausel der vorformulierten AVB ein Übereinstimmen der wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar, richtet sich die Auslegung nach den Grundsätzen der normativen (objektiven) Vertragsauslegung. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen,

wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht ist. Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen gelangt zudem die Unklarheitsregel zur Anwendung, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (Urteile des Bundesgerichts vom 29. Juni 2012, 4A_84/2012, E. 4.1 und vom 28. Juli 2009, 4A_291/2009, E. 2.1 mit zahlreichen Hinweisen).

3.4 Der Wortlaut von Art. 1 AVB (Gegenstand der Versicherung), Art. 13.2 AVB (Anmeldung und Obliegenheit im Schadenfall) sowie Art. 22.1 AVB (Versicherungsgewinn) lassen keine Zweifel daran aufkommen, dass eine als Schadensversicherung ausgestaltete Erwerbsausfallversicherung vorliegt. So steht in Art. 1 AVB, dass die Kollektiv-Taggeldversicherung Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit gewährt. Leistungsvoraussetzung ist demnach nicht nur eine attestierte Arbeitsunfähigkeit (Art. 12.2 AVB), sondern auch ein nachgewiesener Erwerbsausfall (Art. 13.2 AVB).

3.5 Der Kläger macht jedoch geltend, dass gemäss Versicherungspolice vom 29. November 2010 im Sinne einer Summenversicherung eine fixe Lohnsumme und ein fixes Taggeld versichert worden seien. Es handle sich dabei um besondere Vertragsbedingungen, welche den AVB, insbesondere Art. 13.2 AVB und 22.1 AVB vorgingen. Zudem habe er aufgrund des Verhaltens der Beklagten darauf vertrauen dürfen, dass die Versicherungsleistung unabhängig von einem konkreten Schaden erbracht werde. So habe die Beklagte für bisherige Taggeldleistungen keinen Nachweis einer Erwerbseinkunftsverminderung verlangt. Damit impliziert der Kläger, dass die Parteien bei Vertragsabschluss übereinstimmend den tatsächlichen Willen auf Abschluss einer Summenversicherung gehabt hätten. Dem widerspricht die Beklagte und beruft sich auf die AVB, wonach die Kollektiv-Taggeldversicherung auch bei Selbständigerwerbenden als Schadensversicherung zu qualifizieren sei. Da ein Selbständigerwerbender keine AHV-Lohnsumme versichern könne, werde in der Police eine fixe Lohnsumme als Messgrösse und Richtwert vereinbart. Diese diene dazu, das Prämienvolumen zu bestimmen und die maximale Obergrenze im Leistungsfall festlegen zu können. Trotz dieser Vorgehensweise sei der Nachweis eines Erwerbsausfalls zu erbringen, um im Leistungsfall die Leistungen aufgrund des effektiven Erwerbseinkommens festzulegen. Im Übrigen entspreche der Verzicht auf den Nachweis des Erwerbsausfalls nicht dem gewöhnlichen, standardisierten Vorgehen. Da vorliegend aufgrund der Geschäftsaufgabe per Dezember 2011 in Berücksichtigung der Wartefrist lediglich Leistungen vom 13. bis 31. Dezember 2011 in Frage gestanden seien, habe sie kulanterweise auf den Nachweis eines Erwerbsausfalls verzichtet.

Eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Vertragsschliessenden, insbesondere hinsichtlich Abrede eines Abweichens von den AVB lässt sich aufgrund der gegenteiligen Standpunkte der Parteien und der ins Recht gelegten Unterlagen nicht feststellen.

3.6 Massgebend ist deshalb, dass gemäss Art. 6.2 AVB bei Selbständigerwerbenden maximal das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert ist. Das Bundesgericht stellte mit Urteil vom 19. April 2007 klar, dass der Umstand, dass ein fixes Taggeld vereinbart worden

ist, eine Krankentaggeldversicherung noch nicht zu einer Summenversicherung mache. Ergebe die Auslegung der AVB, dass die Leistungen des Taggeldversicherers nicht nur von einer Arbeitsunfähigkeit des Versicherten, sondern auch von einer wirtschaftlichen Einbusse abhängig seien und das Taggeld nur bis zur tatsächlichen Höhe des Einkommensausfalls ausgerichtet werde, liege eine Schadensversicherung vor, die höchstens den tatsächlichen Verdienstausschlag decke (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. April 2007, 5C.243/2006, E. 3.2; STÖESSEL, a.a.O., S. 5). Dieser Fall ist vorliegend gegeben. Da es sich vorliegend gemäss Auslegung der AVB um eine Schadensversicherung handelt, ist höchstens der tatsächliche Verdienstausschlag gedeckt, wobei das versicherte Taggeld als Obergrenze gilt.

3.7 Auch der Umstand, dass die Beklagte anlässlich der Arbeitsunfähigkeitsmeldung vom 24. Oktober 2011 die Leistungen erbrachte, ohne einen Nachweis des Erwerbsausfalls zu verlangen, ändert nichts an der Qualifikation als Schadensversicherung. Denn nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann allenfalls auf einen tatsächlichen Willen der Parteien bei Vertragsabschluss schliessen lassen. Ein solcher konnte gerade nicht festgestellt werden (vgl. BGE 132 II 626 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts vom 31. Mai 2012, 4A_41/2012, E. 3.1).

4. An der Qualifikation als Schadensversicherung vermögen ferner die ergänzenden Ausführungen des Rechtsvertreters des Klägers in der Replik vom 13. Mai 2013 nichts zu ändern. Soweit er geltend macht, dass in der Klagschrift zu wenig verdeutlicht worden sei, dass zwischen Kläger und Beklagten bereits ein langjähriges Vertragsverhältnis seit 2006 bestanden habe, welches als Summenversicherung konzipiert worden sei und die Beklagte praktisch während des ganzen Jahres 2010 (und nicht nur für zwei Monate) das vereinbarte Taggeld ohne Nachweis einer Erwerbseinbusse ausrichtete, was ebenfalls auf eine Summenversicherung hindeute, sind diese Vorbringen als verspätet zu betrachten. Die versicherungsvertragliche Vorgeschichte der Police vom 29. November 2010, welche der Kläger für die Beurteilung des Verhältnisses als Schadens- oder Summenversicherung als relevant erachtet, wurde in der Klage mit keinem Wort erwähnt. Für das Gericht bestand deshalb kein Anlass, vor der Urteilsberatung in diese Richtung weitere Abklärungen vorzunehmen bzw. einen zweiten Schriftenwechsel anzuordnen. Nach Art. 229 Abs. 3 ZPO berücksichtigt das Gericht neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung. Die neuen Vorbringen des Klägers bzw. seines Rechtsvertreters erfolgten nach der Urteilsberatung vom 7. Februar 2014, anlässlich welcher das Gericht gestützt auf die vorgängigen Parteivorbringen zum Schluss gelangte, dass eine Schadensversicherung vorliege. Das Gericht stellte das Verfahren lediglich aus, um dem Kläger Gelegenheit zu geben, einen Erwerbsausfall nachzuweisen. Die nachträglichen Vorbringen zur Qualifikation der Versicherung müssen deshalb unberücksichtigt bleiben, unabhängig davon, ob sie entschuldbar verspätet sind (vgl. DANIEL WILLISEGGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 229 Abs. 3 ZPO N 52).

5. Es stellt sich weiter die Frage, ob eine Nachleistungspflicht der Beklagten besteht.

Für versicherte Personen, die bei Ende der Versicherung arbeitsunfähig bzw. erwerbsunfähig sind, bleibt der Leistungsanspruch für den laufenden Fall im Rahmen der Vertragsbestimmung-

gen gewahrt (Nachleistung; Art. 9.4 AVB). Mit Wiedererlangen der vollständigen Arbeitsfähigkeit erlischt der Anspruch auf Nachleistung (Art. 9 AVB). Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, dass vorliegend keine Nachleistungspflicht bestehe. Der Fall einer ausserordentlichen Kündigung der Police wegen Geschäftsaufgabe sei unter Art. 9.5 lit. c AVB zu subsumieren. Danach komme die Nachleistungsregel nach Art. 9.4 AVB nicht zur Anwendung, wenn es sich um ein befristetes Verhältnis handelt. Dazu führte die Beklagte Folgendes aus: „Wird ein Selbständigerwerbender oder Betriebsinhaber arbeitsunfähig und entscheidet sich für eine ausserordentliche Kündigung der Police aufgrund einer Geschäftsaufgabe, kann dieser aufgrund wenig bezogener Taggelder über eine lange Zeit hinweg Nachleistungen beziehen, ohne einer Prämienpflicht zu unterstehen. Dies würde für die Beklagte zu einem stossenden Ergebnis und einer enormen finanziellen Mehrbelastung führen. Ebenso könnte eine solche Konstellation unter Umständen Tür und Tor für missbräuchliches Verhalten öffnen. Um bereits der Möglichkeit eines solchen Vorgehens einen Riegel zu schieben, wende die Beklagte auf Selbständigerwerbende oder Betriebsinhaber Art. 9.5 lit. c AVB an, die nach ausserordentlicher Kündigung der Police wegen Geschäftsaufgabe arbeitsunfähig würden.“ Diese Interpretation lässt sich mit dem Wortlaut der entsprechenden Bestimmungen nicht vereinbaren. Einerseits wird im Titel 9 „Ende des Versicherungsschutzes“ nicht zwischen Arbeitnehmern und Selbständigerwerbenden unterschieden. Andererseits ist nicht ersichtlich, inwiefern eine ausserordentliche Kündigung der Police wegen Geschäftsaufgabe einem befristeten Arbeitsverhältnis gleichzusetzen ist. Soweit die Beklagte eine solche Rechtsfolge vorsehen will, um Missbräuchen vorzubeugen, bedarf es einer entsprechenden Ausformulierung in den AVB. Der Auslegung der Beklagten kann deshalb nicht gefolgt werden. Vielmehr gilt nach den geltenden AVB auch bei Kündigung durch Selbständigerwerbende (Art. 9.2 lit. a AVB) die Nachleistungspflicht der Versicherung im Rahmen der Vertragsbestimmungen.

6.1 Demnach ist zu prüfen, ob der Kläger ab 1. Januar 2012 einen Erwerbsausfall ausweisen kann.

6.2 Die Beklagte ist der Auffassung, dass der Kläger mit Schreiben vom 9. September 2011 die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung infolge freiwilliger Geschäftsaufgabe per 31. Dezember 2011 gekündigt habe. Mangels Erwerbsausfalls nach diesem Zeitpunkt habe er keinen Anspruch auf Nachleistung. Der Kläger wendet dagegen ein, dass die Geschäftsaufgabe nicht freiwillig erfolgt sei, sondern wegen seiner bereits sehr schlechten gesundheitlichen Verfassung. Diese bestehe nicht erst seit dem plötzlichen Nierenversagen am 14. Oktober 2011. Seine Leistungsfähigkeit sei seit der Herz- und Nierenerkrankung im Jahr 2010 eingeschränkt. Die Geschäftsaufgabe sei folglich nicht freiwillig erfolgt. Ein Einkommensausfall liege ohne weiteres vor, da er im Gesundheitsfall weitergearbeitet hätte.

6.3 Zur Klärung der Streitfrage ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur freiwilligen Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 heranzuziehen. Danach kann auch eine arbeitslose Person, die keinen Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung besitzt, einen Erwerbsausfall erleiden, der Anspruch auf Krankentaggelder verleiht. Voraussetzung für den Leistungsanspruch ist allerdings, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststeht, dass die versicherte Person eine

Erwerbstätigkeit ausüben würde, wenn sie nicht krank wäre. Es ist die Aufgabe des Gerichts, in Anwendung des Untersuchungsgrundsatzes (welcher durch die Mitwirkungspflicht der versicherten Person ergänzt wird) abzuklären, ob die versicherte Person einer Erwerbstätigkeit nachgehen würde, wenn sie nicht erkrankt wäre. Dabei werden grundsätzlich zwei Fallgruppen unterschieden: Wenn eine versicherte Person ihre Stelle durch Kündigung zu einem Zeitpunkt verliert, da sie bereits zufolge Krankheit arbeitsunfähig ist, gilt die Vermutung, dass sie – wie vor der Erkrankung – erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. In solchen Fällen kann der Anspruch auf Taggelder nur verneint werden, wenn konkrete Indizien dafür vorliegen, dass die versicherte Person, auch wenn sie nicht erkrankt wäre, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit keine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Anders sind jene Fälle zu beurteilen, da die versicherte Person erkrankt, nachdem sie bereits zuvor arbeitslos geworden ist. Diesfalls ist von der Vermutung auszugehen, dass die versicherte Person, auch wenn sie nicht erkrankt wäre, weiterhin keine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Diese Vermutung kann indessen durch den Nachweis widerlegt werden, dass die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkret bezeichnete Stelle angetreten hätte, wenn sie nicht erkrankt wäre (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juni 2013, 4A_138/2013, E. 4.1 mit Hinweisen).

6.4 Der Kläger kündigte die Kollektiv-Taggeldversicherung mit Schreiben vom 9. September 2011 per 31. Dezember 2011, da er vorhatte, seine Geschäftstätigkeit per 31. Dezember 2011 einzustellen. Mit Brief vom 24. September 2011 erklärte er gegenüber der Versicherung, dass sich die definitive Firmenauflösung um drei Monate auf den 31. März 2012 verschiebe, sofern er den Mietvertrag für die Büroräumlichkeiten nicht per Ende 2011 künden könne. Die Ausgleichskasse Arbeitgeber Basel bestätigte am 22. September 2011, dass der Kläger ab 1. April 2012 als Selbständigerwerbender aus der Mitgliedschaft bei der Ausgleichskasse entlassen werde. Die Beklagte bot dem Kläger an, den Vertrag erst per 31. März 2012 aufzuheben, was der Kläger indessen ablehnte (vgl. Schreiben vom 30. März 2012). Aufgrund eines Nierenversagens war der Kläger ab 14. Oktober 2011 100% arbeitsunfähig. Diese Arbeitsunfähigkeit meldete er der Beklagten am 23. Oktober 2011. Dem zeitlichen Ablauf zufolge, kündigte der Kläger das Versicherungsverhältnis vor seiner Erkrankung im Oktober 2011. Es ist demnach von der Vermutung auszugehen, dass der Kläger auch im Gesundheitsfall weiterhin keiner Erwerbstätigkeit mehr nachgegangen wäre.

6.5 Als Gegenbeweis legte der Kläger das ärztliche Zeugnis seines Hausarztes Dr. med. C.____, FMH Allgemeinmedizin, vom 30. Juli 2012 vor, woraus hervorgeht, dass der Kläger in der Kontrolle vom 21. März 2011 angedeutet habe, dass er sein Geschäft aufgeben und stattdessen privatisieren wolle. In einer ergänzenden E-Mail vom 14. August 2012 führte er aus, dass der Kläger erwähnt habe, dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr arbeiten könne und sein Geschäft aufgeben werde. Aus medizinischer Sicht sei dies sehr gut nachvollziehbar angesichts der stark eingeschränkten Leistungsfähigkeit bei schwerer Herz- und chronischer Niereninsuffizienz. Seit den Operationen im Jahre 2010 sei der Kläger nie mehr voll leistungsfähig gewesen. Genauere Angaben hierzu könne er leider nicht machen.

6.6.1 Um weiteren Aufschluss über die Motivation der Geschäftsaufgabe zu erhalten, holte das Gericht die IV-Akten ein.

Aus diesen geht hervor, dass der Kläger im Jahr 2010 wegen einer schweren koronaren 3-Asterkrankung, einem Status nach aorto-biilakaler Y-Prothese bei yuxtarenalem Bauchaortenaneurysma sowie einer chronisch eingeschränkten Nierenfunktion behandelt werden musste. Dr. med. D.____, FMH Kardiologie, führte dazu in seinem Bericht vom 27. August 2010 aus, dass der Verlauf extrem kompliziert gewesen sei. Es sei immer wieder zu Nierenversagen infolge Re-Verschlüssen im Bereich der Nierenarterien und Herzinsuffizienz gekommen. Am 10. Mai 2010 sei deshalb eine Re-Installation des Cordarones erfolgt. Erfreulicherweise sei es zu einer deutlichen Verbesserung der Pumpfunktion sowie der körperlichen Leistungsfähigkeit mit stabilen Nierenwerten gekommen. Der Versicherte sei vom 5. Januar 2010 bis 31. Juli 2010 zu 100% und vom 1. August 2010 bis 31. August 2010 zu 50% arbeitsunfähig gewesen. Ab 1. September 2010 habe er seine Arbeit wieder zu 100% aufnehmen können. Die IV-Stelle schloss daraufhin das Verfahren mit Verfügung vom 7. Dezember 2010 ab.

6.6.2 Die Ausführungen des Hausarztes stehen demnach im Widerspruch zu den Erkenntnissen aus den IV-Akten. Der Kläger arbeitete ab 1. September 2010 gemäss Arztbericht und eigenen Aussagen wieder voll (vgl. Telefonnotizen der IV-Stelle vom 30. September 2010 und 4. Oktober 2010). Fachärztliche Berichte, die Aufschluss über eine krankheitsbedingte Einschränkung im Zeitraum vom 1. September 2010 bis zur erneuten Erkrankung am 14. Oktober 2011 geben könnten, sind keine vorhanden. Die Neuanmeldung zum Bezug von IV-Leistungen erfolgte erst am 14. Februar 2012 aufgrund des Nierenversagens am 14. Oktober 2011. Zwar ist es nachvollziehbar, dass die Gesundheitssituation mit eine Rolle für die Geschäftsaufgabe spielte. Die Behauptung des Klägers, dass seine Gesundheit und seine Arbeitsfähigkeit bereits im Zeitpunkt der Kündigung stark reduziert gewesen seien, findet in den medizinischen Akten jedoch keine Stütze. Es gelingt ihm somit nicht, die Vermutung umzustossen, dass die Geschäftsaufgabe freiwillig erfolgte und eine weitere Erwerbstätigkeit nicht vorgesehen war.

7. Sonach ist davon auszugehen, dass der Kläger seine Erwerbstätigkeit mit der Geschäftsaufgabe auch eingestellt hätte, wenn er nicht erkrankt wäre. In Bezug auf den Zeitpunkt der Auflösung der Firma geht aus dem Schreiben des Versicherten vom 24. September 2011, der Information der Ausgleichskasse Arbeitgeber Basel vom 22. September 2011 sowie dem Abklärungsbericht Selbständigerwerbende der IV-Stelle vom 5. Oktober 2012 hervor, dass die Firma nicht wie vorgesehen per 31. Dezember 2011, sondern erst per 31. März 2012 aufgelöst wurde. Dies hängt auch damit zusammen, dass der Kläger die Büroräumlichkeiten erst auf dieses Datum hin kündigen konnte. Diese Information erfolgte seitens des Klägers noch vor Beginn seiner Arbeitsunfähigkeit am 14. Oktober 2011. Es darf deshalb angenommen werden, dass er seine Tätigkeit als Personalberater im Gesundheitsfall bis zur effektiven Auflösung der Firma fortgeführt und die offenen Dossiers zu einem Abschluss gebracht hätte. Folglich kann der Kläger einen Verdienstaufschlag bis zum 31. März 2012 geltend machen.

8.1 Den Verdienstaufschlag eines Selbständigerwerbenden zu ermitteln, bereitet fraglos Schwierigkeiten. Eine methodische Vorgehensweise, die allgemein Geltung beanspruchen könnte, lässt sich kaum festlegen, so dass dem Gericht im Einzelfall ein weites Ermessen zugebilligt werden muss. Je nach dem, wie aussagekräftig und sorgfältig die Buchhaltung des

selbstständigen Unternehmers geführt und auf die steuerrechtlichen Anforderungen abgestimmt ist, kann für die Erwerbsausfallberechnung darauf mehr oder weniger abgestellt werden. Fehlen zuverlässige Buchhaltungsunterlagen, so ist der Geschäftsverlauf anhand der vorhandenen Belege zu rekonstruieren. Sind überhaupt keine brauchbaren Angaben verfügbar, so bleibt als letzte Möglichkeit nur mehr die Schätzung nach Privataufwand (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 20. April 2007, 5C.21/2007, E. 4).

8.2 Als Basis für die Einkommensermittlung berücksichtigt das Gericht die Erfolgsrechnungen und Bilanzen der letzten fünf Geschäftsjahre (vgl. FELIX HUNZIKER-BLUM, Die gutachterliche Ermittlung des Erwerbsschadens bei Selbständigerwerbenden, in: Der Schweizer Treuhänder 4/02, S. 346). Massgebend sind demnach die folgenden Gewinne: Fr. 122'793.20 (2007), Fr. 99'814.35 (2008), Fr. 25'098.55 (2009), Fr. 81'090.30 (2010) und Fr. 45'629.50 (2011). Als durchschnittliches Jahreseinkommen resultiert ein Betrag in der Höhe von Fr. 74'885.--. Diese Summe liegt auch im Bereich des von der IV-Stelle ermittelten Valideneinkommens von Fr. 71'467.-- gemäss Verfügung vom 19. März 2013 (vgl. auch die Berechnung der IV-Stelle im Abklärungsbericht Selbständigerwerbende vom 5. Oktober 2012).

9. Die Berechnung der Taggeldhöhe erfolgt mittels Umrechnung des Einkommens auf ein volles Jahr und Teilung der Summe durch die Zahl 365 bzw. 366 in Schaltjahren. Das Taggeld beträgt demnach Fr. 204.60 (Fr. 74'885.-- : 366). Der Kläger hat Anspruch auf 31 Taggelder für Januar 2012 (Fr. 6'342.60), auf 29 Taggelder für Februar 2012 (Fr. 5'728.80) sowie für 31 Taggelder für März 2012 (Fr. 6'342.60), insgesamt Fr. 18'618.60.

10. Der Kläger beantragt eine Verzinsung der Forderung zu 5% seit dem 14. März 2012.

Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des OR Anwendung. Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR gerät der Versicherer mit einer Mahnung in Verzug. Mit Schreiben vom 14. März 2012 forderte der Kläger die Beklagte auf, Taggelder im Rahmen der Nachleistungspflicht auszurichten. Mit dieser Mahnung setzte er die Beklagte in Verzug, womit ab diesem Datum ein Verzugszins von 5% ab Fälligkeit der monatlichen Zahlungen zu leisten ist. Die Beklagte hat demnach dem Kläger Fr. 18'618.60 nebst dem seit 14. März 2012 bis 31. März 2012 aufgelaufenen Zins von Fr. 27.30 zu bezahlen. Der geschuldete Betrag von Fr. 18'645.90 ist sodann ab 1. April 2012 mit 5% zu verzinsen. Die Klage ist demnach teilweise gutzuheissen.

11. Das Verfahren vor dem Versicherungsgericht ist gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. f ZPO kostenlos. Gemäss Ausgang des Verfahrens ist dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- zulasten der Beklagten zuzusprechen (vgl. Art. 106 Abs. 2 ZPO).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 18'618.60 nebst dem seit 14. März 2012 bis 31. März 2012 aufgelaufenen Zins von Fr. 27.30 zu bezahlen. Der geschuldete Betrag von Fr. 18'645.90 ist ab 1. April 2012 mit 5% zu verzinsen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Die Beklagte hat dem Kläger eine reduzierte Parteientschädigung von pauschal Fr. 3'000.-- (inkl. Auslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Gegen diesen Entscheid wurde vom Kläger am 7. November 2014 Beschwerde beim Bundesgericht ([4A 642/2014](#)) erhoben.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>