Urteilskopf

142 III 671

86. Auszug aus dem Urteil der I. zivilrechtlichen Abteilung i.S. A. AG gegen B. (Beschwerde in Zivilsachen) 4A_10/2016 vom 8. September 2016

Regeste (de):
Art. 20 Abs. 3 VVG; Verzugsfolgen; Ruhen der Leistungspflicht.

Ist der Schuldner mit der Zahlung der Prämie in Verzug, ruht die Leistungspflicht des Versicherers; es besteht keine Leistungspflicht für versicherte Ereignisse, die während der Zeitdauer des Verzugs eintreten (E. 2.3). Regeste b

Regeste (fr):
Art. 20 al. 3 LCA; conséquences de la demeure; suspension de la couverture.

L'obligation de l'assureur est suspendue lorsque l'assuré se trouve en demeure dans le paiement de la prime; les sinistres qui surviennent pendant la demeure ne sont pas couverts (consid. 2.3). Regeste b

Regesto (it):
Art. 20 cpv. 3 LCA; conseguenze della mora; sospensione della copertura assicurativa.

Se il debitore è in mora con il pagamento del premio, l'obbligazione dell'assicuratore è sospesa; non sussiste una copertura assicurativa per i sinistri che si verificano durante il periodo di mora (consid. 2.3). Regesto b

Regeste b

Kollektiv-Krankentaggeldversicherung; Eintritt des Versicherungsfalls; Zeitpunkt. Auslegung eines Vertrags über eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung; Eintritt des Versicherungsfalls mit der (krankheitsbedingten) Arbeitsunfähigkeit (E. 3).
Sachverhalt ab Seite 671

BGE 142 III 671 S. 671

A. Die C. GmbH schloss mit der A. AG (Versicherung, Beklagte, Beschwerdeführerin) eine Kollektiv-Kranken-Lohnausfallversicherung mit Gültigkeit ab 1. Juli 2010. Versichert war u.a. der

BGE 142 III 671 S. 672

einzelzeichnungsberechtigte Geschäftsführer der C. GmbH, B. (Versicherter, Kläger, Beschwerdegegner). Ge-

mäss den von ihm eingereichten Arztzeugnissen stand er seit Februar 2013 wegen eines schweren Erschöpfungssyndroms und weiterer gesundheitlicher Beeinträchtigungen in ärztlicher Behandlung. Der Versicherte war vom 4. Oktober 2013 bis zum 1. November 2013, vom 21. November 2013 bis zum 5. Dezember 2013 sowie ab dem 13. Dezember 2013 zu 100 % arbeitsunfähig. In den kurzen Zwischenphasen betrug seine Arbeitsunfähigkeit 70 % bzw. 80 %. Die Arbeitsunfähigkeit wurde der Versicherung je am 10. Oktober 2013, 26. November 2013 und 17. Dezember 2013 gemeldet. Die Versicherung lehnte die Ausrichtung von Leistungen ab, weil in der Zeit vom 20./21. September 2013 bis zum 6. Dezember 2013 ein Deckungsunterbruch wegen nicht bezahlter Prämien bestanden und es sich bei den bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten ab dem 21. November 2013 und dem 13. Dezember 2013 um Rückfälle gehandelt habe.

B. Mit Klage vom 27. Oktober 2014 stellte der Versicherte dem Bezirksgericht Willisau das Begehren, die Versicherung sei zu verpflichten, ihm ab 21. November 2013 bis 2. Dezember 2013 sowie ab 13. Dezember 2013 fortdauernd das ganze Taggeld zu bezahlen. Der Versicherte bezifferte seine Forderung später auf Fr. 170'432.85 nebst Zins. Mit Urteil vom 16. April 2015 wies das Bezirksgericht Willisau die Klage ab. Das Gericht kam zunächst zum Schluss, der C. GmbH sei die gehörig begründete Mahnung vom 4. September 2013 mit "A-Post Plus" zugestellt worden und die Leistungspflicht der Versicherung habe ab dem 20. September 2013 geruht. Das Bezirksgericht verneinte sodann die Leistungspflicht der Versicherung in der Erwägung, die Versicherung sei für Versicherungsfälle, die sich während der Verzugsdauer ereigneten, nicht leistungspflichtig; die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten sei während des Ruhens der Versicherung am 4. Oktober 2013 eingetreten und der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten ab 21. November 2013 und 13. Dezember 2013 liege dieselbe Krankheit zugrunde. Das Kantonsgericht des Kantons Luzern hiess mit Entscheid vom 16. November 2015 die vom Versicherten erhobene Berufung gut, hob das Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 16. April 2015 auf und wies die Sache im Sinne der Erwägungen an die Vorinstanz



zurück (Dispositiv-Ziffer 1). Das Kantonsgericht bestätigte zunächst die Gültigkeit und gültige Zustellung der Mahnung vom 4. September 2013 mit der Folge, dass die gesetzlichen Verzugsfolgen ausgelöst wurden. Entgegen der ersten Instanz kam es jedoch zum Schluss, der Versicherungsfall sei nicht erst im Zeitpunkt der ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit - während der Verzugsdauer - eingetreten, sondern es sei zwischen dem Primärereignis der Erkrankung und dem Sekundärereignis des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden mit der Folge, dass der Versicherungsfall im Zeitpunkt der Erkrankung eintrete. Das Kantonsgericht wies die Sache zurück zur Prüfung, ob sich das Primärereignis der Erkrankung schon vor dem 20./21. September 2013 und damit vor Beginn des Deckungsunterbruchs verwirklicht habe sowie ob gegebenenfalls die Arbeitsunfähigkeit tatsächlich bestanden habe.

C. Die Versicherung erhebt Beschwerde in Zivilsachen mit dem Antrag, Dispositiv-Ziffer 1 des Entscheides des Kantonsgerichts Luzern vom 16. November 2015 sei aufzuheben, das Urteil des Bezirksgerichts Willisau vom 16. April 2015 sei zu bestätigen und die Klage vom 27. Oktober 2014 sei abzuweisen. Das Bundesgericht heisst die Beschwerde gut, hebt Dispositiv-Ziffer 1 des angefochtenen Entscheids auf und weist die Klage ab. (Zusammenfassung)

Erwägungen

Aus den Erwägungen:

2. (...)

2.3 Der Verzug hat nach Art. 20 Abs. 3 VVG (SR 221.229.1) zur Folge, dass die Leistungspflicht des Versicherers vom Ablauf der Mahnfrist an ruht. Es besteht mithin keine Leistungspflicht für versicherte Ereignisse, die während der Zeitdauer des Verzugs eintreten (vgl. etwa Urteile 5C.284/2001 vom 20. Dezember 2001 E. 2b; 5C.71/1990 vom 21. Dezember 1990 E. 3d; JOSEF HOFSTETTER, Der Prämienzahlungsverzug nach schweizerischem Versicherungsvertragsrecht, 1935, S. 100; ANDREA KIEFER, Prämienzahlungsverzug nach VVG, 2000, S. 94, 113; WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1967, S. 121; ROELLI/KELLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, 1968, S. 357). Da die Versicherung vorliegend ab 21. September 2013 bis zum 6. Dezember 2013 suspendiert war, besteht für versicherte Ereignisse, die während dieser Zeitdauer eingetreten sind, keine Leistungspflicht der Beschwerdeführerin. Davon gehen



sämtliche Beteiligten aus; umstritten ist dagegen, ob der Versicherungsfall für die vom Beschwerdegegner beanspruchten Taggelder während der Zeitdauer des Verzugs eingetreten ist.

3. Nach Ansicht der Vorinstanz ist der Versicherungsfall bereits mit der gesundheitlichen Beeinträchtigung des Versicherten (Erschöpfungs- oder Burn-out-Syndrom) eingetreten, nicht erst mit der Arbeitsunfähigkeit während des Deckungsunterbruchs. Die Beschwerdeführerin rügt diese Ansicht als bundesrechtswidrig; der Versicherungsfall trete erst mit der Arbeitsunfähigkeit ein. Da sie als Versicherung nicht für Versicherungsfälle leistungspflichtig werde, die sich während der Verzugsdauer ereignen würden, sei die Klage abzuweisen.

3.1 Die Vorinstanz hat zunächst "die Regeln des VVG" so ausgelegt, dass der Versicherungsfall nicht von vornherein mit der Arbeitsunfähigkeit gleichzusetzen sei. Vielmehr sei mit den Autoren SCHAER und FUHRER zwischen dem Primärereignis der Erkrankung und dem Sekundärereignis des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit zu unterscheiden. Danach sei der Versicherungsfall mit der Verwirklichung des Primärereignisses (Krankheit) eingetreten. Diesen Standpunkt hat die Vorinstanz durch die Allgemeinen Vertragsbedingungen für Kranken-Lohnausfallversicherung, Ausgabe 2007, der Beschwerdeführerin (AVB) bestätigt gesehen. Sie kam zum Schluss, gewisse Formulierungen würden für den Standpunkt des Versicherten sprechen, andere wiederum für denjenigen der Versicherung. Da das "versicherte Ereignis" im Vertrag nicht genau bestimmt sei, sei dieser Begriff aufgrund der Unklarheitsregel zugunsten des Beschwerdegegners auszulegen. Die Vorinstanz wies die Sache an das erstinstanzliche Gericht zurück zur Abklärung, ob das Primärereignis vor dem Deckungsunterbruch eingetreten ist und - falls dies zu bejahen wäre - ob der Beschwerdegegner arbeitsunfähig gewesen ist.

3.2 Die Beschwerdeführerin hält daran fest, dass der Tatbestand, der grundsätzlich die Leistungspflicht des Versicherers entstehen lässt, bei der Krankentaggeldversicherung entgegen der Ansicht der Vorinstanz nicht der Beginn der Krankheit, sondern der (krankheitsbedingte) Eintritt der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten ist. Dies gehe auch aus dem Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2014 vom 30. März 2015 hervor: Das Bundesgericht habe ausgeführt, eine verbotene Rückwärtsversicherung nach Art. 9 VVG liege vor, wenn eine Krankheit vor Vertragsschluss zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt habe. Nach der Definition von Art. 9 VVG liege eine

Rückwärtsversicherung u.a. dann vor, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten sei. Das Bundesgericht habe mithin das befürchtete Ereignis - was gleichbedeutend sei mit dem Versicherungsfall - mit der Arbeitsunfähigkeit gleichgesetzt. Die Beschwerdeführerin macht weiter auf die praktischen Schwierigkeiten aufmerksam, wenn für die vertraglichen Obliegenheiten im Anschluss an den Eintritt des Versicherungsfalles jede Krankheit gelten würde, die möglicherweise zu einer Arbeitsunfähigkeit führen könnte. Schliesslich erachtet die Beschwerdeführerin die von den Autoren SCHAER und FUHRER vertretene Unterscheidung in Primär- und Folgeereignis im Rahmen der Krankentaggeldversicherung als nicht opportun.

3.3 AGB-Klauseln sind, wenn sie in Verträge übernommen werden, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 135 III 1 E. 2 S. 6 mit Verweisen). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher - wie hier - nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 140 III 391 E. 2.3 S. 398; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666 mit Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 140 III 391 E. 2.3 S. 398; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGE 123 III 165 E. 3a S. 168). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 140 III 391 E. 2.3 S. 398; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; BGE 132 III 24 E. 4 S. 28). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666 f. mit Hinweisen).

3.4 Die Vorinstanz hat einerseits auf die "Regeln des VVG" und andererseits auf die ihrer Ansicht nach unklaren AGB der Beschwerdeführerin abgestellt. Zu Recht kam die Vorinstanz zum Schluss, dass die AGB sowohl Bestimmungen enthalten, die für den Eintritt des Versicherungsfalls mit der Krankheit sprechen, als auch solche, die auf die Arbeitsunfähigkeit als entscheidenden Zeitpunkt hindeuten. Das versicherte Ereignis ist in den AGB selbst nicht



ausdrücklich definiert. Die Versicherungspolice und die AGB tragen den Titel "Kranken-Lohnausfallversicherung". Daraus darf in guten Treuen geschlossen werden, dass die darin vorgesehenen Taggeldzahlungen das laufende Einkommen des Versicherten, das dieser zufolge seiner (krankheitsbedingten) Arbeitsunfähigkeit nicht mehr erzielen kann, ersetzen sollen (vgl. auch BGE 139 III 418 E. 3.2 S. 421; BGE 142 V 448 E. 4.2). Dies gilt unabhängig davon, ob eine Schaden- oder eine Summenversicherung vorliegt; auch die Taggelder, die aus einer Summenversicherung ausbezahlt werden, bezwecken letztlich die Kompensation eines durch Arbeitsunfähigkeit bedingten Erwerbsausfalls, dessen Nachweis aber nicht Voraussetzung für die Auszahlung ist (Urteil 4A_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.5). Dies legt nahe, dass als Zweck der Versicherung die Abdeckung des Risikos verstanden werden musste, das regelmässige Einkommen zu verlieren, und dass der Versicherungsfall folglich mit der (krankheitsbedingten) Arbeitsunfähigkeit eintritt. Mit dem Zweck der Taggeldversicherung und dem Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls bei dieser Versicherung haben sich Bundesgericht und Lehre bereits ausführlich befasst (vgl. nachfolgend E. 3.6 und 3.7); aus dem VVG lässt sich für diese Frage indessen nichts ableiten (sogleich E. 3.5).

3.5 Das VVG enthält zwar mehrfach den Begriff "befürchtetes Ereignis" (Art. 8, 9, 10, 14, 15, 17, 29, 32, 38, 39, 48, 61, 62, 64, 66, 71, 96 VVG); das befürchtete Ereignis (auch Versicherungsfall genannt: BGE 129 III 510 E. 3.2 S. 512 f.) wird aber im Gesetz nicht definiert (so schon STEPHAN FUHRER, Schweizeri-

sches Privatversicherungsrecht [nachfolgend: Privatversicherungsrecht], 2011, N. 11.2; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1995, S. 167 f., 327; ROLAND SCHAER, Modernes Versicherungsrecht [nachfolgend: Versicherungsrecht], 2007, § 17 N. 5, 50; vgl. auch VINCENT BRULHART, Le cas d'assurance [nachfolgend: Le cas d'assurance], in: Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, 2006, S. 85). Insbesondere ist Art. 20 Abs. 3 VVG keine Umschreibung des Versicherungsfalles zu entnehmen; diese Norm bestimmt, dass "die Leistungspflicht des Versicherers" ruht mit der Folge, dass ein während dieser Zeit eintretender Versicherungsfall durch die Versicherung nicht gedeckt ist. Die Norm regelt die Rechtsfolge des Deckungsunterbruchs, nicht die Voraussetzungen des Eintritts des Versicherungsfalls. Vorliegend ist denn auch nicht umstritten, dass die Beschwerdeführerin keine Leistungen erbringen muss für



Versicherungsfälle, die während des Ruhens der Versicherung nach Art. 20 Abs. 3 VVG eingetreten sind. Ob der Versicherungsfall bei der kollektiven Kranken-Lohnausfallversicherung eintritt mit der Krankheit, die schliesslich zur Arbeitsunfähigkeit im versicherten Ausmass führt, oder mit der - krankheitsbedingten - Arbeitsunfähigkeit, ist dem VVG jedoch nicht zu entnehmen.

3.6 Das Bundesgericht definiert den Versicherungsfall als Verwirklichung der Gefahr, gegen welche die Versicherung abgeschlossen worden ist (BGE 129 III 510 E. 3.2 S. 512 f.). Bei Krankentaggeldversicherungen wurde in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bislang überwiegend die Arbeitsunfähigkeit als Versicherungsfall betrachtet. So erwog das Bundesgericht in BGE 129 III 510 E. 3.2 S. 513 zu einer Lebensversicherung, die auch Leistungen im Falle der Erwerbsunfähigkeit vorsah, befürchtetes Ereignis sei die geltend gemachte Erwerbsunfähigkeit (in diesem Fall ging es allerdings nicht um eine Krankheit, sondern um einen Unfall). Im Urteil 4A_140/2007 vom 3. August 2007 E. 6.2 hielt das Bundesgericht fest, die Frage der Schadenminderungsobliegenheit stelle sich nicht, weil der Versicherungsfall ("cas d'assurance") nicht eingetreten sei, habe doch keine Arbeitsunfähigkeit bestanden. Auch im Urteil 4A_53/2007 vom 26. September 2007 E. 5.2 in einem Fall zu einer kollektiven Krankentaggeldversicherung führte das Bundesgericht aus, das befürchtete Ereignis ("sinistro") sei die Arbeitsunfähigkeit (so auch Urteil 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 7.5 [obiter dictum]). Gemäss dem Urteil 4A_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.2.1 ist das befürchtete Ereignis bei der Taggeldversicherung nicht die Gesundheitsschädigung als solche, die zur Arbeitsunfähigkeit geführt hat, sondern die Arbeitsunfähigkeit selbst. In den Urteilen 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2 und 4A_445/2010 vom 1. Dezember 2010 E. 2.3 zur Krankentaggeldversicherung hat das Bundesgericht festgehalten, der Eintritt des Versicherungsfalls sei vom Anspruchsberechtigten zu beweisen; im Rahmen der Subsumption führte es aus, die versicherte Person müsse mithin ihre Arbeitsunfähigkeit beweisen. Auch in diesen Urteilen ging das Bundesgericht mithin davon aus, der Versicherungsfall trete mit der Arbeitsunfähigkeit ein. Noch deutlicher ergibt sich dies aus BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 242, wonach bei der Ausgestaltung der Krankentaggeldversicherung als Schadensversicherung der Eintritt des Versicherungsfalls einen Erwerbsausfall voraussetze.



Demgegenüber führte das Bundesgericht in BGE 117 II 591 E. 3 S. 595 zu einer Unfallversicherung mit Todesfallkapital aus, das befürchtete Ereignis in der Unfallversicherung sei der Unfall. In BGE 127 III 21 E. 2b/bb S. 25 zum Verbot der Rückwärtsversicherung gemäss Art. 9 VVG qualifizierte das Bundesgericht die Krankheit als das befürchtete Ereignis; eingeklagt waren Leistungen aus Zusatzversicherungen für erweiterte besondere Pflegeleistungen, Aufenthalte in der Privatabteilung eines Spitals oder einer Klinik sowie für Naturheilmetho-

den. Dieser Entscheid wurde in der Literatur teilweise kritisiert (vgl. HAUSHEER/JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2001, ZBJV 139/2003 S. 63 ff.; NEF/VON ZEDTWITZ, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, 2012, ad N. 14/15 zu Art. 9 VVG; ROLAND SCHAER, "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung, HAVE 2002 S. 295; HANS PETER WALTER, Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles, in: Totalrevision VVG: Ein Wurf für die nächsten 100 Jahre?, 2006, S. 62; vgl. auch HANS-RUDOLF MÜLLER, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, 2007, S. 33). Das Bundesgericht relativierte diese Rechtsprechung denn auch wieder: In BGE 136 III 334 E. 3 S. 340 erwog es zu einer Lebensversicherung, die für den Fall einer krankheits- oder unfallbedingten Arbeitsunfähigkeit eine Befreiung von der Bezahlung der Prämien und eine jährliche Rente vorsah, das versicherte Risiko bzw. das befürchtete Ereignis ("le risque assuré [le sinistre]") sei die Arbeitsunfähigkeit. Da die Krankheit bis zum Vertragsschluss nie zu einer krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit geführt habe, die Krankheit bei Vertragsschluss weder diagnostiziert noch dem Versicherten bekannt und die Entwicklung hin zu einer Erwerbsunfähigkeit ungewiss gewesen sei, liege mithin keine verbotene Rückwärtsversicherung i.S.v. Art. 9 VVG vor. Dieses Verständnis bestätigte das Bundesgericht im Urteil 4A_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2, wo eine Kollektiv-Lohnausfallversicherung zu beurteilen war ("Arbeitsunfähigkeit beziehungsweise [...]Eintritt des Versicherungsfalles"). Zusammenfassend versteht das Bundesgericht als Versicherungsfall in der Krankentaggeldversicherung als Versicherungstypus somit die (krankheitsbedingte) Arbeitsunfähigkeit.

3.7 Die Vorinstanz hat sich in ihrem Entscheid auf die Lehrmeinungen FUHRER und SCHAER berufen.



3.7.1 FUHRER teilt die versicherten Gefahren auf in einfache Gefahren und Stufengefahren; bei letzteren sei zwischen Primärgefahr und Folgegefahr zu unterscheiden (FUHRER, Privatversicherungsrecht, a.a.O., N. 2.8). Zum Eintritt des versicherten Ereignisses brauche es hier ein Primär- und ein Folgeereignis, wobei erst mit dem Folgeereignis das versicherte Ereignis als eingetreten gelte. Bei Krankentaggeldversicherungen sei die Bezahlung eines Taggeldes bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit versichert, mithin eine Stufengefahr (STEPHAN FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung - aktuelle Fragen, in: Jahrbuch SGHVR 2014 [nachfolgend: Jahrbuch],N. 2; derselbe, Privatversicherungsrechtliche Entscheide des Bundesgerichts, HAVE 2015 S. 174). Primärgefahr sei die Erkrankung und Folgegefahr die Arbeitsunfähigkeit. Für die Zuordnung des Versicherungsfalles zu einer Police ist nach FUHRER jedoch das Primärereignis massgebend (FUHRER, Privatversicherungsrecht, a.a.O., N. 2.8; derselbe, Jahrbuch, a.a.O., N. 2). Erlösche der Vertrag zwischen dem Primär- und dem Folgeereignis, so bleibe der Versicherer leistungspflichtig, da sich dieser andernfalls nach dem Eintritt des Primärereignisses aus seiner Leistungspflicht "herauskündigen" könnte. Dieses Problem wird mit dem Abstellen auf das Primärereignis für die Zuordnung des Versicherungsfalles zu einer Police nach eigener Ansicht des Autors allerdings nicht gelöst. Denn FUHRER bezeichnet AGB-Klauseln, wonach Leistungen nur erbracht werden, wenn auch die Arbeitsunfähigkeit während der Vertragsdauer eintritt, als nicht ungewöhnlich (FUHRER, Jahrbuch, a.a.O., N. 44; vgl. auch BGE 127 III 106 E. 3b und 3c S. 109 f.). Auch ein Abstellen auf das Primärereignis "Krankheit" würde somit nicht verhindern, dass die erste Versicherung - zwar nicht wegen Kündigung, sondern wegen der entsprechenden AGB-Klausel - keine Leistungen schuldet und gleichzeitig die zweite Versicherung nur Leistungen erbringt, wenn sie vorbestehende Krankheiten mitversichert, was bei Abstellen auf die Krankheit als versichertes Ereignis regelmässig gegen das Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG verstossen dürfte. Ein bewusstes "Herauskündigen" dürfte bei Abstellen auf die Arbeitsunfähigkeit als versichertes Ereignis in der Praxis bereits deshalb selten möglich sein, weil diesfalls vor Eintreten der Arbeitsunfähigkeit keine Anzeigepflicht für eine allenfalls bereits eingetretene Krankheit besteht. Zudem stellt eine nach erster Behandlung der Krankheit, aber vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit geschlossene neue Versicherung keinen Verstoss gegen das Verbot der

Rückwärtsversicherung nach Art. 9 VVG dar, ist doch das befürchtete Ereignis noch nicht eingetreten. Ein Missbrauchspotenzial entsteht dadurch kaum: Bereits heute sind AGB-Klauseln weit verbreitet, wonach bereits bestehende Krankheiten, die noch zu keiner Arbeitsunfähigkeit geführt haben, mitversichert sind (vgl. FUHRER, Jahrbuch, a.a.O., N. 44). Zudem steht es den Versicherungen bei Einzelversicherungen frei, sich vor Abschluss des Versicherungsvertrags nach bereits bestehenden Krankheiten zu erkundigen. Bei kollektiven Krankentaggeldversicherungen über Arbeitgeber ist kaum realistisch, dass eine Person nur deshalb eine neue Arbeitsstelle antritt (was sie ohnehin nicht einseitig bestimmen kann), um im Falle einer Arbeitsunfähigkeit in den Genuss von Versicherungsleistungen der (neuen) Taggeldversicherung zu kommen. Bei Übertritt von einer kollektiven Taggeldversicherung in die Einzelversicherung zwischen Behandeln der Krankheit und Eintritt der Arbeitsunfähigkeit dürfte ebenso wenig ein Missbrauch vorliegen, wäre doch die Versicherung diesfalls auch leistungspflichtig, wenn die Krankheit als Versicherungsfall qualifiziert würde (vgl. BGE 127 III 106 E. 3c S. 110).

3.7.2 Auch SCHAER geht bei bestimmten Versicherungen von primären und sekundären Leistungsvoraussetzungen aus (SCHAER, Versicherungsrecht, a.a.O., § 17 N. 60). Seiner Ansicht nach besteht die primäre Leistungsvoraussetzung dabei in der Verwirklichung des befürchteten Ereignisses; damit sei der Versicherungsfall eingetreten (SCHAER, Versicherungsrecht, a.a.O., § 17 N. 61). Als Beispiel nennt er etwa die Unfalltaggeldversicherung, wo das Unfallereignis selbst den Versicherungsfall darstelle (SCHAER, Versicherungsrecht, a.a.O., § 17 N. 60). SCHAER begründet seine Ansicht mit der Schadenminderungsobliegenheit, welche an den Versicherungsfall anknüpfe und gar nicht zum Zuge kommen könnte, wenn der Versicherungsfall erst mit Verwirklichung der sekundären Leistungsvoraussetzungen eintreten würde (SCHAER, Versicherungsrecht, a.a.O., § 17 N. 59). Der Anspruchsberechtigte ist nach Art. 61 Abs. 1 VVG verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Versicherungsfall) tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Er muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen. Die Obliegenheit zur Minderung des Schadens hat die versicherte Person nicht nur bei einer Schadens-, sondern auch bei einer Summenversicherung (BGE 128 III 34 E. 3b S. 36; Urteile 4A_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 3.3; 4A_529/2012 vom 31. Januar 2013 E. 2.2; vgl. auch



BGE 133 III 527 E. 3.2.1 S. 531). Würde bereits die Krankheit als Versicherungsfall qualifiziert, würden sich in diesem Zusammenhang verschiedene Probleme stellen: Ab welchem Zeitpunkt besteht eine (Anzeige- und) Schadenminderungsobliegenheit? Ist der erste Arztbesuch massgebend, und braucht es diesfalls auch eine gewisse Wahrscheinlichkeit für den Eintritt einer Arbeitsunfähigkeit? So wäre jedenfalls fraglich, ob die versicherte Person bei jedem krankheitsbedingten Arztbesuch ihre Krankentaggeldversicherung informieren und allenfalls sogar deren Weisungen befolgen müsste, auch wenn die Krankheit aller Wahrscheinlichkeit nach nie zu einer Arbeitsunfähigkeit führen wird. Demgegenüber ist die Versicherung nicht ohne jede Handhabe, wenn als Versicherungsfall (erst) die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit qualifiziert wird. So haftet die Versicherung nicht, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat (Art. 14 Abs. 1 VVG). Bei Grobfahrlässigkeit ist die Versicherung berechtigt, ihre Leistungen zu kürzen (Art. 14 Abs. 2 VVG; vgl. dazu etwa HÖNGER/SÜSSKIND, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 10 zu Art. 14 VVG). Zudem ist die Vereinbarung zulässig, dass der Versicherungsnehmer - als Vertragspartei (Arbeitgeber) - Massnahmen zu ergreifen hat, wenn der Ver-

sicherungsfall noch nicht eingetreten ist, aber auf Grund besonderer Umstände sich zu verwirklichen droht; darin liegen gefahrspräventive Obliegenheiten (vgl. Art. 29 Abs. 1 VVG; Urteil 5C.89/2000 vom 5. November 2001 E. 2a, nicht publ. in: BGE 128 III 34).

3.7.3 Die Mehrheit der Lehre vertritt entgegen den zitierten Autoren die Ansicht, nicht Unfall oder Krankheit seien als jeweiliger Versicherungsfall zu qualifizieren, sondern erst die Arbeitsunfähigkeit (BRULHART, Le cas d'assurance, a.a.O., S. 86; derselbe, Droit des assurances privées, 2008, N. 574; MARIUS GROS, Versicherungsfall "Erwerbsunfähigkeit", 2014, N. 209; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, N. 169; PETER HELBLING, Die private Krankenversicherung in der Schweiz im Hinblick auf versicherten Gegenstand, versicherte Gefahr und Versicherungsfall, 1954, S. 102; HANS HOTZ, Der Versicherungsfall und die Beweislast im Versicherungsrecht, 1931, S. 11; JEAN-BENOÎT MEUWLY, La durée de la couverture d'assurance privée, 1994, S. 43 ff., 185; wohl auch MÜLLER, a.a.O., S. 31; so für die Schadensversicherung [hingegen nicht für die Summenversicherung]PETER DIENER,



Verminderung von Gefahr und Schaden im Versicherungsvertragsverhältnis, 1970, S. 21; wohl auch ROELLI/KELLER, a.a.O., S. 234 Fn. 4 und 5; differenzierend PETER STEIN, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 4 zuArt. 87 VVG). Das versicherte Ereignis tritt danach mithin erst ein, wenn eine Krankheit eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

3.8 Dieses Verständnis entspricht auch demjenigen im Bereich der sozialen Krankenversicherung. Die AGB der Beschwerdeführerin verweisen insofern auf das Sozialversicherungsrecht, als die Definitionen der Begriffe "Krankheit" und "Arbeitsunfähigkeit" in den AGB wörtlich Art. 3 Abs. 1 und beinahe wörtlich Art. 6 des Bundesgesetzes vom 6. Oktober 2000 über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts entsprechen (ATSG; SR 830.1; "volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten" anstatt wie in Art. 6 ATSG "im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich"). Im Bereich der obligatorischen Krankenpflegeversicherung tritt der Versicherungsfall nicht schon mit dem Entstehen, dem Ausbruch oder der Diagnose einer Krankheit ein, sondern im Zeitpunkt der erstmaligen Inanspruchnahme medizinischer Hilfe für ein bestimmtes Krankheitsgeschehen (BGE 139 V 244 E. 3.3.1 S. 248; BGE 126 V 319 E. 4a S. 321; vgl. GEBHARD EUGSTER, Krankenversicherung, in: Soziale Sicherheit, SBVR Bd. XIV, 3. Aufl. 2016, S. 464 N. 196). Auch bei der freiwilligen Taggeldversicherung nach Art. 67 ff. KVG besteht das versicherte Risiko im Erwerbsausfall, dessen Deckung Zweck der Versicherung ist (EUGSTER, a.a.O., S. 830 N. 1428; vgl. BGE 128 V 149 E. 4a S. 156).

3.9 Nach dem Gesagten musste der Versicherungsvertrag in guten Treuen so verstanden werden, wie auch das Bundesgericht und die Mehrheit der Lehre dies in Bezug auf diesen Versicherungstypus tun: Versichert ist mit der Krankentaggeldversicherung die (krankheitsbedingte) Arbeitsunfähigkeit. Der Versicherungsfall tritt mithin nicht bereits mit der Krankheit ein. Nachdem die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu einem Ergebnis geführt hat, bleibt für die Unklarheitsregel kein Raum.

3.10 Im vorliegenden Fall hat das "Burn-out"- bzw. Erschöpfungs-Syndrom des Beschwerdegegners nach der Feststellung der Vorinstanz am 4. Oktober 2013 erstmals zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt. Der Versicherungsfall für die Krankentaggeldversicherung ist an diesem Datum eingetreten. Da die Versicherung seit dem 21. September 2013 ruhte, besteht für die durch das Erschöpfungssyndrom

verursachte Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdegegners keine Deckung. Der Beschwerdegegner war vom 4. Oktober 2013 bis zum 1. November 2013, vom 21. November 2013 bis zum 5. Dezember 2013 sowie ab dem 13. Dezember 2013 zu 100 % arbeitsunfähig. In den kurzen Zwischenphasen war er zu 70 % bzw. zu 80 % arbeitsunfähig. Es ist nicht umstritten, dass stets dieselbe gesundheitliche Störung Ursache der Arbeitsunfähigkeit war. Der Deckungsunterbruch wegen nicht bezahlter Prämien bestand zwar nur bis zum 6. Dezember 2013. Der am 4. Oktober 2013 eingetretene Versicherungsfall ist indessen insgesamt nicht gedeckt und es ist nach dem Deckungsunterbruch kein neuer Versicherungsfall eingetreten. Die Beschwerdeführerin ist daher auch für die Arbeitsunfähigkeit ab dem 7. Dezember 2013 nicht leistungspflichtig. (...)