

Bezirksgericht Zürich, 8. Februar 2000,  
D. c. Schweizerische Lebensversicherungs- und Rentenanstalt, Zürich

**Tatbestand:** Der 1950 geborene Kläger absolvierte die Volksschule sowie einen Maurerkurs und arbeitete seit 1994 als Bauarbeiter bei der G. AG in St. M. SG. Seine Arbeitgeberin hatte mit der Beklagten einen Kollektivversicherungsvertrag über die Ausrichtung von Taggeldern im Krankheitsfall abgeschlossen, mit welcher den Arbeitnehmern im Krankheitsfall bei vollständiger Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen für 720 Tage ein Taggeld in Höhe von 80% des Tagesverdienstes zugesichert wurde. Die G. AG kündigte dem Kläger die Stelle per Ende Januar 1997. Seit dem 1. Februar 1997 ist der Kläger als arbeitslos gemeldet.

Mit Schreiben vom 18. Februar 1997 ersuchte er die Beklagte um die Ermöglichung des Übertritts von der kollektiven Krankentaggeldversicherung seiner früheren Arbeitgeberin in eine Einzelversicherung. Mit Schreiben vom 9. April 1997 offerierte die Beklagte ihm den Abschluss einer Einzeltaggeldversicherung. Dabei hielt sie fest, der Versicherungsschutz gelte nur solange, wie der Kläger Anspruch auf Taggelder der Arbeitslosenversicherung habe und keine neue Stelle bei einem Arbeitgeber mit einer Kollektivtaggeldversicherung antrete. Sodann ersuchte sie um Zustellung einer Bestätigung über die Höhe der dem Kläger ausgerichteten Arbeitslosentaggelder und offerierte dem Kläger per 1. Februar 1997 eine Versicherung mit einer Wartefrist von 30 Tagen, einer Leistungsdauer von 560 Tagen pro Fall und einem Prämiensatz von 2,87% der versicherten jährlichen Lohnsumme. Am 25. April 1997 bestätigte die Beklagte den Erhalt der Weiterführungserklärung des Klägers und stellte ihm die Ausstellung der Police in Aussicht, sobald er eine Bestätigung über die Höhe seines Arbeitslosentaggeldes beibringe. Nachdem sich die Ausstellung der Police verzögert hatte, nahm die Gewerkschaft GBI namens des Klägers telefonisch Kontakt mit der Beklagten auf; nachdem sich herausgestellt hatte, dass der Kläger die verlangte AIV-Taggeldbestätigung nicht beigebracht hatte, sandte die GBI, die entsprechenden Abrechnungen für die Monate Februar bis Juli 1997 der Beklagten zu. Darauf stellte diese dem Kläger die Police und ihre seit 1. Juli 1996 gültigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen zu.

Dr. med. W., Hausarzt des Klägers, bescheinigte diesem eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit seit dem 25. November 1997. Seit dem 25. Dezember 1997 richtete die Beklagte dem Kläger in der Folge das vereinbarte Taggeld von Fr. 101.-- aus. Am 1. September 1998 teilte die Beklagte dem Kläger mit, die Versicherungsdauer von 560 Tagen sei am 14. August 1998 erreicht worden und die Versicherung dadurch erloschen. Mit Schreiben vom 24. November 1998 liess der Kläger der Beklagten durch seinen Rechtsvertreter mitteilen, er sei über den Umfang der ihm gesetzlich zustehenden Leistungsdauer beim Übertritt in die Einzelversicherung getäuscht worden.

Mit Eingabe vom 21. Juni 1999 (Poststempel) reichte der Kläger die Weisung des Friedensrichteramtes Z. 2 vom 22. März 1999 ein und machte dadurch das vorliegende Verfahren rechtshängig. Darauf wurden die Parteien auf den 28. September 1999 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Nach Erstattung der mündlichen Klagebegründung und Klageantwort wurde mit Verfügung vom 4. Oktober 1999 für Replik und Duplik das schriftliche Verfahren angeordnet und dem Kläger Frist zur Replik angesetzt. Darauf erstattete der Kläger die Replikschrift innert erstreckter Frist am 15. November 1999. Mit Verfügung vom 16. November 1999 wurde der Beklagten Frist zur Duplik angesetzt; die fragliche Replikschrift ging ebenfalls innert erstreckter Frist ein und datiert vom 10. Januar 2000. Da die Beklagte die Stellungnahme von Dr. med. K. zum IV-Gutachten unvollständig eingereicht hatte, wurde sie am 2. Februar 2000 in Anwendung von § 183 Abs. 1 und 186 Abs. 1 ZPO aufgefordert, das unveränderte Original oder eine Kopie des ganzen Dokuments einzureichen. Nach Eingang von Urk. 21 und 22 erweist sich der Prozess als spruchreif.

Mit der vorliegenden Klage macht der Kläger Versicherungsleistungen über den 14. August 1998 hinaus geltend, da von einer massgeblichen Versicherungsdauer von 720 Tagen abzüglich der Karenzfrist von 30 Tagen auszugehen sei. Schon der Inhalt der Versicherungspolice sei sehr ungewöhnlich, denn je länger der Versicherungsnehmer die Prämien bezahle, desto kürzer würden die versicherten Leistungen. Vor allem aber stehe die dem Kläger offerierte Versicherung im Widerspruch zu Art. 100 Abs. 2 VVG. Diese Bestimmung verpflichte die privaten Krankentaggeldversicherer, die Art. 71 Abs. 1 und, entgegen dem Wortlaut, auch Abs. 2 sowie Art. 73 KVG einzuhalten. Der Kläger habe daher Anspruch darauf gehabt, eine Einzelversicherung für die gleichen Leistungen - und damit auch für die gleiche Anzahl Taggelder - abzuschliessen, wie sie ihm schon die Kollektivversicherung bei seiner früheren Arbeitgeberin geboten habe. Soweit die Beklagte die Taggelder der AIV vollumfänglich auf die Leistungsdauer bei Krankheit anrechnen wolle, beruhten ihre Überlegungen auf erheblichen Denkfehlern. Zunächst werde der Anspruch auf Arbeitslosentaggelder nur erschöpft, wenn innerhalb der 2-jährigen Rahmenfrist die Höchstzahl der versicherten Taggelder auch effektiv bezogen würden. Nur während der ersten 30 Tage seiner Krankheit könne der Arbeitslose AIV-Taggelder beziehen; bei einer über diese Frist hinausgehenden Vermittlungsunfähigkeit zufolge Krankheit würden keine Arbeitslosentaggelder mehr ausgerichtet, weshalb der Taggeldanspruch nicht aufgebraucht werden könne. Werde der Arbeitslose wieder gesund, so könne er bis zum Ablauf der Rahmenfrist die noch nicht bezogenen Taggelder geltend machen. Selbst danach könne ein mutmasslicher Verdienstausschlag fortbestehen. Die Vermutung des Bundesgerichts im Urteil vom 17. Juli 1998, dass ein während bereits bestehender Arbeitslosigkeit Erkrankter auch ohne die Erkrankung keine neue Stelle gefunden hätte, überzeuge nicht. Statistisch sei nachweisbar, dass ein gesunder Arbeitsloser innerhalb von weniger als einem Jahr eine Stelle finde. Der Nachweis, er hätte eine bestimmte Stelle angetreten, könne von einem Erkrankten schlicht nicht geführt und dürfe ihm daher auch nicht auferlegt werden. Abgesehen davon sehe Art. 14 Abs. 1 AVIG die Befreiung des Arbeitslosen von der Beitragspflicht vor, wenn er mehr als 12 Monate in Folge krank gewesen sei. Dadurch werde nach Ablauf der ersten Rahmenfrist eine zweite eröffnet, unter Neuberechnung des Taggeldes. Die Versicherungs konstruktion der Beklagten sei daher entgegen ihrer Darstellung nicht einmal mit dem Arbeitslosenversicherungsrecht kompatibel. Sicher sei jedenfalls, dass der Kläger auch nach dem 14. August 1998 Anspruch auf Ausrichtung von Taggeldern gehabt hätte, wenn er damals wieder gesund gewesen wäre; dies habe ihm die Arbeitslosenkasse des Kantons St. G. schriftlich bestätigt.

Die Beklagte habe den Kläger über seine Rechte in Verletzung ihrer gesetzlichen Aufklärungspflicht nicht informiert. Er habe zufolge mangelhafter Deutschkenntnisse die geführte Korrespondenz nicht verstanden und sich daher beim Vertragsschluss in einem wesentlichen Irrtum befunden. Er fechte den Vertrag an und bestehe auf dem Abschluss einer gesetzeskonformen Versicherung. Dass die Beklagte die Informationspflicht der G. AG delegiert habe, spiele keine Rolle, denn auch die frühere Arbeitgeberin des Klägers sei ihrer Pflicht nicht nachgekommen. Dass Art. 100 Abs. 2 VVG in der seit 1. Januar 1996 in Kraft stehenden Fassung nur auf Art. 71 Abs. 1 und 73 KVG verweise, sei ein gesetzestechnisches Versehen; aus den Materialien gehe klar hervor, dass an der schon zuvor bestehenden Informationspflicht des Versicherers nichts geändert werden sollte.

Die allfällige Genehmigung der beklagten AVB durch das Bundesamt für Privatversicherungen beruhe nicht auf einer Inhaltskontrolle; die verbindliche Entscheidung über die Gültigkeit stehe dem Bundesamt als Aufsichtsbehörde im übrigen gar nicht zu.

Der Kläger sei im Hinblick auf seine Anmeldung zum Bezug einer IV-Rente gesundheitlich begutachtet worden. Im Gutachten vom 18. Januar 1999 werde ihm eine Arbeitsfähigkeit von 40% bescheinigt, wobei unklar sei, welche Tätigkeiten er noch ausüben könne bzw. wie gross die noch realisierbare Erwerbsfähigkeit nach Umschulung auf eine leichte, sitzende Tätigkeit sei. Nach Art. 73 KVG habe ihm die Beklagte daher weiterhin das volle Taggeld auszurichten. Das von der Beklagten ohne Kontaktnahme mit dem Kläger in Auftrag gegebene und von der Beklagten erst im Laufe des vorliegenden Verfahrens präsen

tierte Arztgutachten vom 7. August 1998 komme zwar zu leicht abweichenden Schlüssen punkto Arbeitsfähigkeit; das Ergebnis erweise sich aber nicht als stichhaltig. Abgesehen davon sei eine 50%-ige Arbeitsfähigkeit ob der Struktur der Baubranche auf dem Arbeitsmarkt nicht realisierbar. Selbst der Gutachter K. habe Umschulungsmassnahmen empfohlen.

Die Anmeldung bei der IV werde aufgrund der einjährigen Wartefrist frühestens ab November 1998 zur Ausrichtung einer IV-Rente führen.

Einstweilen beschränke der Kläger seinen Anspruch auf die Dauer vom 15. August bis zum 31. Dezember 1998, mithin auf 139 Taggelder in Höhe von Fr. 101.-- zuzüglich 5% Zins seit der friedensrichterlichen Sühnverhandlung, mithin ab 21. Januar 1999.

Die Beklagte wandte dagegen hauptsächlich ein, beim abgeschlossenen Versicherungsvertrag handle es sich nicht um eine Summen-, sondern um eine Schadensversicherung. Der Schaden bestehe im Erwerbsausfall, der dem Versicherten aus seiner Krankheit erwachse. Art. 73 KVG beziehe sich lediglich auf die bisherige Taggeldhöhe, mithin auf das unter dem Kollektivvertrag zuletzt bezogene Einkommen. Da Art. 100 Abs. 2 VVG nur auf die Art. 71 Abs. 1 und 73 KVG verweise, sei der Leistungskatalog von Art. 72 KVG von der Verweisung nicht erfasst. Die Versicherungen könnten ihre Leistungen daher frei mit den Versicherungsnehmern vereinbaren. Art. 71 Abs. 1 KVG bestimme nur, die ehemals Kollektivversicherten könnten ohne neue Gesundheitsprüfung und ohne die Anbringung von Vorbehalten in die Einzelversicherung übertreten; ein Anspruch auf eine vollkommen identische Versicherung ergebe sich daraus jedoch nicht. Sodann habe das Bundesamt für Privatversicherungen die AVB, der Beklagten zur Einzelversicherung genehmigt, mithin deren rechtliche Zulässigkeit auch mit Blick auf Art. 100 Abs. 2 VVG bescheinigt. Damit seien die Bestimmungen der abgeschlossenen Police massgeblich, welche die Versicherungsdauer auf 560 Kalendertage beschränke, was 400 Taggeldern der Arbeitslosenversicherung entspreche. Bei einem arbeitslosen Versicherten bestehe der Erwerbsausfall im Verlust der Arbeitslosenentschädigung nach 30-tägiger Krankheitsdauer gemäss Art. 28 AVIG. Art. 73 KVG bestimme unter dem Marginalen "Koordination mit der Arbeitslosenversicherung", Arbeitslose, die zu mehr als 50% arbeitsunfähig seien, hätten Anspruch auf das volle Krankentaggeld. Daraus und aus der entsprechenden Regel in Art. 28 AVIG ergebe sich die Anspruchsvoraussetzung, dass die versicherte Person, wäre sie nicht krank, Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hätte. Die Krankentaggeldversicherung decke den Erwerbsausfall ab und keine Fürsorgeleistungen; wer ausgesteuert sei, habe daher auch keinen Anspruch auf Krankentaggeld. Zwar könne gemäss einer Entscheidung des Bundesgerichts vom 17. Juli 1998 ein Anspruch auf Ausrichtung von Krankentaggeldern auch ohne Anspruch auf Arbeitslosentaggelder bestehen; Voraussetzung dafür sei jedoch, dass der Betroffene ohne die Krankheit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Wenn die Erkrankung nach der Arbeitslosigkeit eingetreten sei, sei nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts zu vermuten, dass der Betroffene auch ohne die Erkrankung keine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Den Beweis des Gegenteils sei der Kläger schuldig geblieben, ebenso wie den Nachweis, dass er über den 14. August 1998 hinaus arbeitsunfähig gewesen sei und ohne die Krankheit Taggelder der Arbeitslosenversicherung hätte beziehen können. Über die Rahmenfrist der Arbeitslosenversicherung hinaus könne es ohnehin keinen Anspruch auf Krankentaggeld geben, denn die Befreiung von der Beitragspflicht und die Eröffnung einer neuen Rahmenfrist setze voraus, dass der Ansprecher seine Arbeitsfähigkeit wieder erlange.

Gemäss Art. 28 Abs. 5 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Kollektivtaggeldversicherung zwischen ihr und der G. AG sei der Arbeitgeber zur Information der Versicherten über das Übertrittsrecht in die Einzelversicherung verantwortlich. Diese Delegation der Informationspflicht sei nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung und auch gemäss den parlamentarischen Beratungen zum revidierten Krankenversicherungsgesetz zulässig. Durch die Police sei der Kläger im übrigen korrekt informiert gewesen. Er selbst habe die Ausfertigung der Police in deutscher Sprache gewünscht und sich der Unterstüt

zung durch die GBI versichert. Die Versicherung sei daher nicht irrtümlich abgeschlossen worden. Der Kläger berufe sich zumindest treuwidrig auf die Verletzung der Informationspflicht.

Die von der Beklagten veranlasste Untersuchung des Klägers durch Dr. med. K. vom Z. Universitätsspital vom 25. und 26. Mai 1998 habe gemäss dessen Gutachten vom 7. August 1998 zur Erkenntnis geführt, aufgrund der fehlenden radikulären Symptomatik, der wenig ausgeprägten Beweglichkeitseinschränkung und aufgrund der Ergebnisse der Leistungstests bestehe für die bisherige Tätigkeit als Bauarbeiter eine Arbeitsunfähigkeit von 50%, die ob der strukturellen Läsion und der Leistungstests als dauernd zu betrachten sei. Für eine mittelschwere Tätigkeit sei die Arbeitsfähigkeit des Klägers nicht eingeschränkt, weshalb berufliche Massnahmen angezeigt seien. Im Verlaufe der Tests hätten die Beschwerden stark zugenommen, obwohl sich dies klinisch nicht habe erhärten lassen; dies lasse auf eine pessimistische Zukunftssicht und eine Katastrophisierungstendenz schliessen und sei bedingt durch die Arbeitslosigkeit sowie die eher schlechten Berufsaussichten. Entsprechend fehlten Bemühungen um eine berufliche Neuorientierung oder um ein Heimprogramm bzw. Kräftigungstraining. Das Gutachten ist gemäss der Beklagten unter Einbezug des Klägers entstanden, sei es doch mit ihm besprochen und gemäss Verteiler auch seinem Hausarzt zugestellt worden. Das IV-Gutachten nehme auf die Expertise K. nicht Bezug; daraus sei zu schliessen, dass der Kläger es entgegen seiner Verpflichtung gegenüber der IV nicht erwähnt habe. K. habe den Widerspruch zwischen den beiden Gutachten im übrigen in einer Stellungnahme vom 17. November 1999 damit erklärt, die 50%-ige Arbeitsunfähigkeit sei gemäss dem Gutachten vom 7. August 1998 gut ausgewiesen; der Kläger habe selber ausgeführt, sein Zustand habe sich seit November 1997 nicht gebessert, sondern tendenziell eher verschlechtert; dann sei auch retrospektiv von einer 50%-igen Arbeitsunfähigkeit als Maurer auszugehen. Im IV-Gutachten seien Einschränkungen bei der Rotation und Lateralflexion der Halswirbelsäule dokumentiert, die bei der früheren Begutachtung nicht hätten festgestellt werden können und die Differenz in der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zu erklären vermöchten. Unter diesen Umständen lasse sich die im Rahmen der IV-Begutachtung festgestellte Arbeitsunfähigkeit von 60% sicher nicht auf Oktober 1997 zurückdatieren, zumal nicht einmal der Hausarzt für die Zeit vor dem 25. November 1997 eine wie auch immer geartete Arbeitsunfähigkeit diagnostiziert habe. Arbeitsmarktliche Probleme dürften bei der Beurteilung der Arbeitsfähigkeit keine Rolle spielen. Spätestens seit der Beurteilung durch K. sei der Kläger für eine mittelschwere Tätigkeit wieder vermittelbar gewesen und hätte daher Taggelder der AIV beanspruchen müssen. Der Kläger sei daher verpflichtet, die zuvor erbrachten Leistungen zurückzuerstatten. In der Duplik berief sich die Beklagte diesbezüglich auf die Einrede der Verrechnung.

Falls den klägerischen Begehren ganz oder teilweise stattgegeben werde, seien die IV-Akten beizuziehen und allfällige Leistungen der Invalidenversicherung mit solchen aus der vorliegenden Police gestützt auf Art. 5 Abs. 1 der beklaglichen AVB zu koordinieren. Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist, soweit für den Entscheid von Belang, im Rahmen der folgenden Erwägungen einzugehen.

Zunächst ist zu prüfen, ob der Verweis von Art. 100 Abs. 2 VVG auf Art. 71 Abs. 1 und Art. 73 KVG arbeitslosen Personen einen Anspruch auf Beibehaltung der bisherigen versicherten Leistungen gewährt, wenn sie von ihrem Übertrittsrecht von der Kollektivtaggeldversicherung ihres früheren Arbeitgebers in eine Einzelversicherung Gebrauch machen. Art. 100 Abs. 2 VVG wurde bei der Schaffung des AVIG durch dessen Art. 115 ins VVG eingefügt. Die Bestimmung war damals noch anders gefasst, da sie auf das KUVG als Vorgängererlass des heutigen KVG zu verweisen hatte. Art. 5bis Abs. 4 KUVG hielt im letzten Satz klar fest, die Kassen (bzw. im Bereich des VVG die Versicherungsgesellschaften) seien verpflichtet, den Übertretenden im Rahmen der Einzelversicherung den bisherigen Umfang der Leistungen zu wahren. Zweck von Art. 100 Abs. 2 VVG zur Zeit seiner Einführung war es daher ganz unzweifelhaft, auch privat Kollektivversicherten den Versicherungsschutz im Krankheitsfall weiterhin zu gewährleisten, wenn sie arbeitslos

geworden sind (vgl. dazu das Zitat aus den Beratungen der eidgenössischen Räte in Zusammenhang mit der Schaffung des AVIG im Urteil der ehemaligen 5. Abteilung des hiesigen Gerichts vom 2. Mai 1995, Urk. 17/1 E. 4.3). Maurer bezeichnet die dadurch geschaffene Rechtslage zutreffend als Form der Besitzstandswahrung (Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.A., Bern 1995, S. 154). Schon Art. 71 Abs. 1 KVG bringt diesen Gedanken mit der Formulierung zum Ausdruck, es dürften keine neuen Versicherungsvorbehalte hinsichtlich des Gesundheitszustandes angebracht werden, soweit die versicherte Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichere. Bezüglich arbeitsloser Versicherter erlaubt Art. 73 Abs. 2 der Versicherung einzig eine "angemessene" Prämienanpassung und garantiert den Versicherten im übrigen die Weiterführung "ihrer bisherigen Versicherung". Dass damit auch die Anzahl der auszurichtenden Taggelder gemeint ist, versteht sich von selbst, auch wenn das Gesetz in der Folge nur die bisherige Taggeldhöhe und die Frage der Vorbehalte anspricht. Was die Beklagte dagegen vorbringt, ist in keiner Weise stichhaltig. Soweit sie ernsthaft die Anzahl der versicherten Taggelder ins Belieben der Vertragsparteien (und damit in erster Linie der Versicherungen) stellen will, spricht sie dem Gesetzgeber letztlich den Willen ab, das erkannte Ungleichgewicht zwischen dem aus der Kollektivversicherung ausscheidenden Arbeitslosen und der Versicherungsgesellschaft zu beheben. An der Ernsthaftigkeit des Zieles des Gesetzgebers von 1981 kann es keinen Zweifel geben; Indizien für eine Abkehr davon anlässlich der Schaffung des KVG vermochte die Beklagte nicht zu bezeichnen und sind aus den parlamentarischen Beratungen nicht ersichtlich; gegenteils hielt der ständerätliche Berichterstatter H. generell fest, im Bereich des VVG seien nur redaktionelle Änderungen vorgeschlagen (BBl 1992 I 279 f.; Amtl. Bull. SR 1992 1339; diskussionslose Zustimmung im Nationalrat gemäss Amtl. Bull. NR 1993 1904). Richtig ist zwar, dass Versicherungen des VVG grundsätzlich von der Privatautonomie beherrscht sind. Art. 100 Abs. 2 VVG ist jedoch zweifellos zwingender Natur (und beileibe nicht die einzige zwingende Bestimmung des Gesetzes).

Was sich die Funktionäre im Bundesamt für Privatversicherungen bei der Genehmigung der AVB der Beklagten gedacht haben, kann offenbleiben; die Rechtsanwendung ist Sache der Gerichte und nicht des Bundesamtes.

Damit steht fest, dass die Beklagte verpflichtet war, dem arbeitslosen Kläger den Übertritt in eine Einzelversicherung zu ermöglichen, die ihm namentlich mit Bezug auf die Anzahl der versicherten Taggelder die gleichen Leistungen geboten hätte wie die Kollektivversicherung seiner früheren Arbeitgeberin.

Damit stellt sich die Frage, welche Wirkungen dem Versicherungsvertrag zukommt, den die Parteien im vorliegenden Fall tatsächlich abgeschlossen haben. Dies hängt wesentlich von Bestand und Bedeutung der Informationspflicht des Versicherers beim Ausscheiden des Versicherten aus der Kollektivversicherung ab, denn zwingende Aufklärungspflichten zwingen den Verpflichteten zum Nachweis, dass der Vertragspartner um den von der Pflicht erfassten Umstand wusste. Nur in diesem Fall verstösst nämlich die Berufung auf die Verletzung der Informationspflicht gegen Treu und Glauben: Das Bundesgericht hatte sich mit dieser Frage in der jüngeren Vergangenheit etwa in Zusammenhang mit Mietzinserhöhungen zu befassen. Art. 269d OR verlangt dafür vom Vermieter die Verwendung eines amtlichen Formulars, das unter anderem angibt, worauf der Vermieter seinen Anspruch stützt und wie der Vermieter dagegen vorgehen kann. Da ohne Formular erfolgte Mietzinserhöhungen nach Art. 269d Abs. 2 OR nichtig sind, ergab sich daraus die Frage, inwieweit der Mieter Mietzinse zurückverlangen kann, die er gestützt auf eine nichtige Erhöhung bezahlt hat. Das Bundesgericht hielt zunächst in BGE 113 II 188 mit Blick auf den Einwand der irrtumsfreien Leistung des Mieters im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR fest, die Informationspflicht des Vermieters setze die Unwissenheit des Mieters geradezu voraus (vgl. dazu auch Vogel, ZBJV 125 [1989] 273 f.). Eine Rückforderung scheitert nach Treu und Glauben nur dann, wenn der Mieter in Kenntnis der Formularpflicht und des Inhalts einen objektiv nicht zu beanstandenden und ohne Druck erhöhten Mietzins vorbehaltlos

bezahlt hat (Urteil 4C.117/1998 v. 28. August 1998, in SJZ 95 [1999] 14; BGE 123 III 70 E. 3; BGE 110 II 498).

Wie bereits erwähnt wurden im Rahmen der Schaffung des KVG vom Gesetzgeber nur redaktionelle Änderungen an Art. 100 Abs. 2 VVG vorgenommen und bestand die Pflicht der Versicherung, den aus der Kollektivversicherung ausscheidenden Versicherten über sein Recht auf Abschluss einer Einzelversicherung schon unter der Herrschaft des KUVG (so zutreffend Ueli Kieser, Urk. 9 S. 376). Dass es sich beim fehlenden Verweis auf Satz 1 von Art. 71 Abs. 2 KVG um ein gesetzgeberisches Versehen handeln muss, ergibt sich auch daraus, dass schon Art. 5bis Abs. 4 KUVG die Informationspflicht nicht direkt regelte; diese ergab sich vielmehr erst durch Einbezug von Art. 12 der Verordnung II über die Krankenversicherung betreffend die Kollektivversicherung bei den vom Bund anerkannten Krankenkassen vom 22. Dezember 1964 (Urteil der 5. Abteilung des Bezirksgerichts vom 2. Mai 1995, Urk. 17/1 E. 4.1-3). Unter dem geltenden Recht lässt sie sich im übrigen nach wie vor mit dem Zweck von Art. 100 Abs. 2 VVG begründen, die Arbeitnehmer von Firmen, die Krankentaggelder privat versichert haben, mit jenen der Unternehmungen gleichzustellen, die dasselbe im Rahmen der sozialen Krankenversicherung getan haben.

Die Beklagte bestreitet die Informationspflicht denn auch nicht im Grundsatz. Vielmehr beruft sie sich nur darauf, sie habe sie der früheren Arbeitgeberin des Klägers delegieren können. Das ist zwar richtig, hat aber nichts mit der Frage zu tun, was geschieht, wenn die Delegatin ihre Pflicht versäumt. Besteht eine gesetzliche Informationspflicht des Versicherers gegenüber dem Versicherten, so kann es keinen Zweifel daran geben, dass der Versicherte sich die Unkenntnis seiner Rechte nicht entgegenhalten zu lassen braucht und Anspruch auf Abschluss einer gesetzeskonformen Versicherung hat. Soweit sich die Beklagte zur Stützung ihrer gegenteiligen Auffassung auf BGE 103 V 71 beruft, zitiert sie das Bundesgericht in geradezu treuwidriger Weise. Schon im Ingress hält der Entscheid fest: "Die Krankenkasse kann die Verpflichtung zur Aufklärung ... dem Arbeitgeber überbinden, bleibt aber für deren Erfüllung verantwortlich" (Hervorhebung d. Verf.).

Im vorliegenden Fall hat die Beklagte nicht behauptet, den Kläger schriftlich über sein Recht auf Beibehaltung des früheren Versicherungsschutzes hingewiesen zu haben oder dass die G. AG dies getan habe. Selbst im vorliegenden Verfahren spricht sie dem Kläger das Recht zur Beibehaltung der zuvor versicherten Leistungen noch ab. Dass dem Kläger zur Zeit der Entstehung der Police Hilfe von der Gewerkschaft GBI zuteil wurde, bedeutet nicht, dass er im hier streitigen Punkt Kenntnis von seinen Rechten hatte, zumal die Beklagte nicht behauptete, die Funktionäre der GBI hätten die dem Kläger zugestellte Police zu Gesicht bekommen. Eine entsprechende Kenntnis ergibt sich auch aufgrund der verfügbaren Korrespondenz nicht, kümmerte sich die GBI um die Sache doch nur insoweit, als sich die Ausstellung der Police verzögert hatte, weil der Kläger die von ihm verlangte Bestätigung über die Höhe der Arbeitslosentaggelder nicht beigebracht hatte.

Damit steht fest, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Intervention seines Rechtsanwalts vom 24. November 1998 noch das Recht hatte, den Abschluss eines gesetzeskonformen Vertrages zu verlangen. Ob dies durch Modifikation des bestehenden Vertrages im Sinne einer Ausdehnung auf das erlaubte Mass analog zu Art. 20 Abs. 2 OR oder durch Aufhebung des bisherigen Vertrages und Abschluss eines neuen geschieht, ist für den Leistungsanspruch des Klägers belanglos. Entsprechend braucht nicht geprüft zu werden, ob Anfechtung des ursprünglich geschlossenen Vertrages zufolge Irrtums wirksam ist oder nicht.

Damit bleibt nur noch zu untersuchen, ob der Kläger die Anspruchsvoraussetzungen über den 14. August 1998 hinaus erfüllte oder nicht.

Unzweifelhaft ist der Beklagten darin beizupflichten, dass es sich bei der Krankentaggeldversicherung ohne besondere gegenteilige Abrede nicht um eine Summen-, sondern um eine Schadensversicherung handelt. Nicht richtig ist allerdings die Überlegung, bei arbeitslosen Versicherten, die vom Übertrittsrecht Gebrauch machten, sei nur das Ersatz-einkommen aus der Arbeitslosenversicherung versichert. Der Gedanke des nahtlosen Übergangs von der früheren Kollektiv- in die Einzelversicherung zeigt, dass versichert

letztlich das tatsächliche oder hypothetische Einkommen ist, das der Versicherte ohne die Erkrankung erzielte bzw. hätte erzielen können. Gerade der Bundesgerichtsentscheid vom 17. Juli 1998 bestätigt dies, da das Gericht auch dem Versicherten, der keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder hat, zumindest der Nachweis offenhält, er hätte ohne die Krankheit eine bestimmte Stelle angetreten.

Ob demnach zu einem bestimmten Zeitpunkt nach Erkrankung dem Versicherten ein Anspruch auf Ausrichtung eines Krankentaggelds zusteht, hängt davon ab, ob er am fraglichen Tage ein Einkommen oder Ersatzehkommen erzielt hätte, wenn er nicht erkrankt wäre. Innerhalb der zweijährigen Rahmenfrist im Sinne von Art. 9 Abs. 1 AVIG hat eine Erkrankung des Arbeitslosen - wie der Kläger mit Recht vortragen lässt - nach Ablauf der Wartefrist gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG zur Folge, dass er keine weiteren Arbeitslosentaggelder beziehen kann, wenn er nicht mindestens zu 50% arbeitsfähig ist (Art. 28 Abs. 4 AVIG). Umgekehrt nimmt die Arbeitslosenkasse ihre Leistungen wieder auf, sobald der Arbeitslose innerhalb der Rahmenfrist wieder gesund wird. Solange diese Voraussetzung gegeben ist, besteht im Rahmen der maximalen Versicherungsdauer Anspruch auf Ausrichtung von Krankentaggeldern. Zwar ist der Beklagten zuzugeben, dass damit der erkrankte Arbeitslose besser gestellt wird als der gesunde, der die maximale Anzahl Arbeitslosentaggelder bezieht und innert dieser Zeit keine neue Stelle findet. Diese Bevorzugung rechtfertigt sich jedoch mit Rücksicht darauf, dass der Arbeitslose, der seine Vermittlungsfähigkeit auszuschöpfen vermag, das Ziel der Reintegration in den Arbeitsmarkt in der überwiegenden Zahl aller Fälle auch erreicht. Dies verbietet es aber gerade, im Rahmen der Prüfung der hypothetischen Kausalität schlicht davon auszugehen, der Arbeitslose hätte auch ohne die Krankheit keine Stelle gefunden, denn nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ist das Gegenteil der Fall. Die vom Bundesgericht im nicht publizierten Entscheid vom 17. August 1998 aufgestellte Vermutung, eine nach Verlust der Stelle erkrankte Person wäre auch ohne die Erkrankung stellenlos geblieben, gilt nach dessen E. 3 denn auch nur für Arbeitslose, die aus anderen Gründen als infolge ihrer Erkrankung keinen Anspruch auf Arbeitslosentaggelder haben.

Im vorliegenden Fall steht daher fest, dass der Kläger jedenfalls in der hier interessierenden Periode zwischen dem 15. August und dem 31. Dezember 1998 Anspruch auf Ausrichtung von Arbeitslosentaggeldern gehabt hätte, wenn er nicht krank gewesen wäre. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50% hatte er daher Anspruch auf Ausrichtung des vollen Krankentaggeldes (Art. 28 Abs. 4 AVIG, Art. 73 Abs. 1 KVG).

Die Beklagte stellt auch dies in Abrede und beruft sich zur Stützung ihres Standpunktes auf das Gutachten K. Beweispflichtig für seine Arbeitsunfähigkeit und für deren Grad ist nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB der Kläger.

Nach § 133 ZPO hat das Gericht über erhebliche streitige Tatsachen Beweis abzunehmen. Hat es davon sichere Kenntnis, so entfällt die Beweisbedürftigkeit (Frank/Sträuli/Messmer, N 11 zu § 133). Nebst eigenem - im vorliegenden Fall nicht gegebenen - richterlichen Fachwissen kann auch ein Gutachten aus einem anderen Verfahren zu Gerichtsnotorietät und damit zum Wegfall der Beweisbedürftigkeit führen, soweit es sich als schlüssig erweist wie im Falle eines Grundsatzgutachtens (Frank/Sträuli/Messmer, N 13 zu § 140). Von den Parteien in Auftrag gegebene Gutachten sind keine Beweismittel, sondern blosser Parteibehauptungen, es sei denn, die Parteien hätten es gemeinsam in Auftrag gegeben. Parteigutachten können aber immerhin Anhaltspunkte für die Anordnung eines Obergutachtens bieten, wenn sie an den Schlussfolgerungen eines gerichtlichen Gutachtens erhebliche Zweifel aufkommen lassen (Frank/Sträuli/Messmer, N 4 vor § 171 ZPO).

Eine (weitere) Beweiserhebung erübrigt sich, wenn die Voraussetzungen der antizipierten Beweiswürdigung erfüllt sind (Frank/Sträuli/Messmer, N 1 zu § 148 ZPO). Eine solche Vorwegnahme des Beweisergebnisses ist ob der für das Gericht im voraus nur schwer abschätzbaren Beweismöglichkeiten lediglich in Ausnahmefällen angezeigt, so wenn weitere Beweismittel sich von vornherein als untauglich erweisen oder am bereits

feststehenden Beweisergebnis nichts zu ändern vermöchten (Frank/Sträuli/Messmer, N 4 zu § 140 ZPO).

Das zuhanden der Sozialversicherungsanstalt des Kantons St. G. durch den zuständigen Arzt erstellte Gutachten vom 18. Januar 1999 wurde unbestrittenermassen im Rahmen des pendenten IV-Verfahrens des Klägers erstellt. Was die Diagnose und den Grad der Arbeitsfähigkeit betrifft, hatte sich der Gutachter mit den gleichen Fragen zu befassen, die auch im vorliegenden Fall zu beantworten sind. Insbesondere spielte mit Blick auf die allfällige Ausrichtung einer IV-Rente hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit die 50%-Marke eine entscheidende Rolle, mit dem geringfügigen Unterschied, dass nach Art. 28 Abs. 1 IVG eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50% zu einer halben Rente (statt einer Viertelsrente) führt, während bei der Krankentaggeldversicherung nach Art. 73 Abs. 1 KVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 2 VVG ein ganzes (statt ein halbes) Taggeld auszurichten ist, wenn die Arbeitsunfähigkeit mehr als 50% beträgt. Das fragliche Gutachten kann daher im vorliegenden Verfahren ohne weiteres verwertet werden, soweit es sich bezogen auf die zu beurteilenden Fragen als schlüssig erweist und nicht - unter Gewährung des rechtlichen Gehörs - der Ergänzung bedarf.

Inhaltlich weist das IV-Gutachten keine Widersprüche und keine relevanten Lücken auf. Dass dem IV-Gutachter die Schlussfolgerungen des Gutachtens K. offenbar nicht vorlagen, unterstreicht die Unvoreingenommenheit des Experten.

Die Einwände des beklaglichen Gutachters K. gegen das IV-Gutachten im Schreiben vom 17. November 1999 sind eher vorsichtig abgefasst. Er widersprach zwar der pauschalen Feststellung einer 60%-igen Arbeitsunfähigkeit schon seit Oktober 1997, weil selbst der Hausarzt des Klägers eine Arbeitsunfähigkeit erst ab 25. November 1997 bescheinigt habe. Bezüglich der 10%-igen Abweichung beim diagnostizierten Grad der Arbeitsunfähigkeit wies der Gutachter der Beklagten vorab darauf hin, der Unterschied lasse sich am ehesten damit erklären, dass das IV-Gutachten eine leichtgradige Einschränkung von Rotation und Lateralflexion der Halswirbelsäule erwähne, die anlässlich der Untersuchungen vom 25. und 26. Mai 1998 nicht festgestellt worden seien. Er erwähnte aber selber, dass dieser Umstand für den IV-Gutachter nicht entscheidend gewesen sei, zumal diese Einschränkungen auch gemäss dem IV-Gutachten erst 10 Tage vor der Begutachtung aufgetreten seien und sich der IV-Gutachter in seinen Schlussfolgerungen einzig auf die Rückenschmerzen stütze. K. mochte nicht ausschliessen, dass die medizinische Arbeitsunfähigkeit nach dem Datum seiner eigenen Untersuchungen 60% betragen habe. Er bezeichnete im übrigen die von ihm diagnostizierte Arbeitsunfähigkeit von 50% als "gut ausgewiesen", stellte mithin zumindest einen leicht höher als zu 50% zu veranschlagenden Grad der Arbeitsunfähigkeit nicht grundsätzlich in Abrede. Gegenteils geht aus seiner - erst auf gerichtliche Aufforderung eingereichten - vollständigen Stellungnahme hervor, dass auch nach K. Meinung die Abweichung von 10% noch nicht als Widerspruch zu betrachten ist, weil die Bewertung auch von der Gewichtung subjektiver Faktoren abhängt. Im Falle eines neuen Gutachtens bestehe durchaus auch die Möglichkeit, dass "ein unkritischer Begutachter ... u.U. vorschnell eine AUF als Maurer von 100% festlegen könnte, weil man das bei Rückenproblemen halt so macht". Dazu passt, dass K. (anders als der IV-Gutachter) in sein Gutachten vom 7. August 1998 - obwohl er sich zweifellos um Objektivität bemühte - Wertungen einfliessen liess, die er nicht schlüssig auf die Testergebnisse abstützen konnte: Dass die Beschwerden nach Angaben des Klägers im Laufe der Tests zunahmen, ohne dass sich dies klinisch erhärten liess, kann zwar - wie der beklagliche Gutachter dies annimmt - auf eine pessimistische Sicht der Zukunft oder gar eine "Katastrophisierungstendenz" hinweisen. Ebensogut könnte man dem Mediziner K. aber vorhalten, er nehme die - letztlich nicht messbaren - Rückenschmerzen des Patienten weniger ernst als der IV-Gutachter. Ähnliches gilt für die Wertung, der Kläger bemühe sich nicht um eine berufliche Neuorientierung, zumal sie vor dem (K. bekannten) Hintergrund erfolgte, dass der Kläger vor der Begutachtung einzig im Besitze des Zeugnisses seines Hausarztes war, der ihm vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt hatte. Dass die Wertung der Äusserungen eines Patienten nicht allzu verlässlich ist, bestätigt K. auch durch

die Aussage, wenn sich der Gesundheitszustand des Klägers zwischen November 1997 und der Begutachtung tendenziell eher verschlechtert habe, müsse auch retrospektiv eine Arbeitsfähigkeit von 50% anerkannt werden. Aus dem Fehlen des Wortes "mindestens" lässt sich nur folgern, dass der Gutachter entweder seinem Schluss oder den Angaben des Klägers nicht traute.

Dagegen erweist sich das IV-Gutachten als wesentlich neutraler. Wohl wird darin erwähnt, der Kläger erscheine etwas gereizt und ungehalten; trotzdem blieb der Gutachter im wesentlichen beim - im übrigen mit demjenigen des Gutachters K. identischen - klinischen Befund, ohne aus den Äusserungen des Klägers den unbelegbaren Schluss zu ziehen, der Kläger stelle seinen Gesundheitszustand negativer dar, als er in Wahrheit sei. Damit erweist sich das IV-Gutachten zumindest insoweit als schlüssig, als es dem Kläger ab 25. November 1997 eine Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50% bescheinigt.

Die Einholung eines weiteren Gutachtens zu dieser Frage erscheint von vornherein als zwecklos, da die Bewertung der Arbeitsunfähigkeit generell mit Unsicherheitsfaktoren belastet ist und von einer Untersuchung im massgeblichen Zeitraum abhinge (so ausdrücklich auch der Gutachter K.) Eine verlässlichere Aussage über den exakten Gesundheitszustand des Klägers in der Zeit vor dem 31. Dezember 1998 wäre - selbst nach der Auffassung des beklagten Experten - nicht zu erwarten.

Damit stehen dem Kläger für die Zeit vom 15. August bis zum 31. Dezember 1998 139 volle Taggelder zu. Die Verrechnungseinrede mit Bezug auf zuvor ausgerichtete Leistungen erweist sich als nicht stichhaltig.

Soweit die Beklagte sich auf eine höhere Arbeitsfähigkeit des Klägers bei einer leichten bis mittelschweren Tätigkeit beruft, kann ihr ebenfalls nicht gefolgt werden.

Das IV-Gutachten bezeichnet eine endgültige Prognose als unmöglich. Auch der Gutachter K. machte - nach der erneuten subjektiven Wertung, der Kläger habe hinsichtlich einer anderen Tätigkeit "keine Ideen" - eine Reintegration in die Arbeitswelt von beruflichen Massnahmen abhängig. Den Unterschied zum IV-Gutachten, das eine Umschulung anregte, erklärte K. nur terminologisch: Eine Umschulung komme nicht in Betracht, weil der Kläger gar nicht über eine Berufsausbildung verfüge. Mit Blick auf das Ausbildungsdefizit des Klägers ist offensichtlich, dass Ideen für eine Eingliederung im Rahmen einer leichten, sitzenden oder einer mittelschweren Tätigkeit jedenfalls ohne (Um-)Schulung nicht leicht zu finden sind; auch der Gutachter K. mochte sich denn nicht zu konkreten Ideen bekennen. Wie schon erwähnt, hatte der Kläger im übrigen aufgrund des Zeugnisses seines Hausarztes zunächst keine Veranlassung, von einer verwertbaren Arbeitsfähigkeit auszugehen. Im übrigen trifft es zwar zu, dass der Gutachter K. ein (mit Schmerzen verbundenes) Kräftigungstraining und ein Heimprogramm vermisste; er wies jedoch wie der IV-Gutachter auch darauf hin, dass der Kläger immerhin eine Physiotherapie, bestehend aus passiver Bewegungstherapie, Massage und Elektrotherapie, durchgeführt habe. Eine Verletzung der vertraglichen Verpflichtung des Klägers, zu seiner Reintegration in den Arbeitsprozess beizutragen, kann daher im hier relevanten Zeitraum bis Ende 1998 ausgeschlossen werden.

Schliesslich beantragt die Beklagte die Koordination der von ihr geschuldeten Leistungen mit denjenigen, die der Kläger von der IV zu erwarten hat. Indessen behauptet sie nicht, der Kläger habe bereits Rentenzahlungen von der IV erhalten. Sowohl die AVB, für die kollektive Taggeldversicherung, als auch diejenigen der Einzelversicherung sehen jedoch vor, dass sich die Leistungspflicht der Beklagten erst mit Leistungen Dritter wie etwa der IV reduziere. Entsprechend enthalten die genannten AVB-Artikel auch Bestimmungen für den Fall, dass die Beklagte Vorschussleistungen erbringt oder dass sich die Leistungspflicht durch Leistungen Dritter nachträglich reduziere. Da solche Leistungen bis dato unstreitig nicht erfolgten, dringt die Beklagte mit ihrem Einwand nicht durch.

Das Primat des Sozialversicherers infolge der Legalzession mit Eintritt des versicherten Ereignisses und das damit verbundene integrale Regressrecht (Art. 52 IVG in Verbindung mit Art. 48ter ff. AHVG; Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht I, 5.A., Zürich 1995, § 11 N 240 ff.; vgl. auch Art. 41 UVG) ändern an diesem Ergebnis nichts. Die fragli

chen Bestimmungen beziehen sich nicht auf Drittschuldner, die wie die Beklagte nicht als Haftpflichtversicherer in Erscheinung treten, sondern sich gegenüber dem Anspruchsberechtigten im Rahmen einer privaten Personenversicherung zu einer vertraglichen Leistung verpflichtet haben (vgl. zur privaten Personenversicherung Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 N 127 ff.).

Der Kläger macht Verzugszins ab dem Datum der friedensrichterlichen Sühnverhandlung geltend, mithin ab einem Zeitpunkt nach der Klageanhebung im Sinne von Art. 105 Abs. 1 OR (zum Begriff der Rentenforderung BK-Becker, N1 zu Art. 105 OR). Auch die Verzugszinsforderung ist daher ausgewiesen.

Damit ist die Klage gutzuheissen. Der Vorbehalt des Nachklagerechts gehört indessen nicht in den vorliegenden Entscheid. Es wird Sache des für eine allfällige neuerliche Klage zuständigen Gerichts sein zu prüfen, inwieweit der hier behandelte Lebenssachverhalt einer weiteren Klage entgegensteht.

Der Einzelrichter verfügt:

1. Das Doppel der Duplik wird dem Kläger zugestellt.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Der Einzelrichter erkennt:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 14'039.-- nebst 5% Zins seit dem 21. Januar 1999 zu bezahlen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
 

Fr. 1'650.--;	die weiteren Kosten betragen:
Fr. 60.-	Vorladungsgebühr
Fr. 695.-	Schreibgebühr
Fr. 190.-	Zustellungsgebühr und Porti
Fr. 23.-	Kosten für Barauslagen

3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 3'030.-- (Mehrwertsteuerpflicht des klägerischen Rechtsvertreters und Weisungskosten berücksichtigt) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.

6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Zürich, Postfach, 8026 Zürich, erklärt werden.