



Kantonsgericht St.Gallen

III. Zivilkammer

Präsident Hans Schawalder, Kantonsrichter Walter Siegwart, Ersatzrichter Martin Kaufmann; Gerichtsschreiber Markus Fuchs

Entscheid vom 5. März 2002

in der Sache

X

Kläger,

vertreten von Rechtsanwalt Arthur Andermatt, Teufener Strasse 8, Postfach,
9001 St. Gallen,

gegen

Y

Kranken- und Unfallversicherung,

Beklagte,

betreffend

Versicherungsrecht

Anträge vor Bezirksgerichta) des Klägers

Die Y , Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, Luzern, sei zu verpflichten, X per 1.1.1999 in die Einzelkrankentaggeldversicherung aufzunehmen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Beklagten

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

Anträge vor Kantonsgerichta) des Klägers

1. Das Urteil des Bezirksgerichtes Unterrheintal vom 24.1.2001 sei vollumfänglich aufzuheben;
2. Die Y , Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, Luzern, sei zu verpflichten, X ab 1.1.1999 Leistungen aus Kollektiverwerbsausfallversicherung bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer zu erbringen;
3. Eventuell sei die Y , Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung, Luzern, zu verpflichten, X per 1.1.1999 in die Einzelkrankentaggeldversicherung aufzunehmen.

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Beklagten

1. Die Berufung sei, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen bzw. der Entscheid des Bezirksgerichtes Unterrheintal sei zu bestätigen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Berufungsklägers.

Erwägungen

I.

1. Der Kläger trat im Jahre 1994 als Arbeitnehmer in die Dienste des Baugeschäftes S , Widnau. 1997 erlitt er einen Herzinfarkt und war bis zum 26. August 1997 zu 100% arbeitsunfähig, anschliessend für einen Monat zu 50%. Seit dem 3. August 1998 ist der Kläger wieder zu 100% arbeitsunfähig (vgl. kläg. act. 3). Am 24. September 1998 beantragte der Kläger Leistungen der Invalidenversicherung (vgl. kläg.act. 2).

Die Einzelfirma S hatte ihre Arbeitnehmer bei der Beklagten gegen die wirtschaftlichen Folgen der Arbeitsunfähigkeit versichert (vgl. bekl. act. 1). Auf Beginn des Jahres 1998 löste sie ihre bisherige Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung nach KVG durch eine Versicherung gemäss VVG ab. Am 26. August 1998 kündigte S die Versicherungspolice per 31. Dezember 1998 (vgl. bekl. act. 3). Seit dem 1. Januar 1999 besteht eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung mit der Z , Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft, Zürich (vgl. bekl. act. 4).

Am 30. Juni 1999 liess sich die Baugeschäft S GmbH ins Handelsregister eintragen (Statutendatum: 28. Juni 1999). Die Gesellschaft übernahm bei der Gründung das Geschäft der Einzelfirma S mit Aktiven und Passiven.

Seit Januar 1999 richtet die Beklagte keine Taggelder mehr an den Kläger aus. Am 16. März 1999 ersuchte dieser um Übertritt von der Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung in die Einzel-Taggeldversicherung, was die Beklagte indessen mit Schreiben vom 16. April 1999 ablehnte (vgl. bekl. act. 7). Auch die Z erbrachte bis jetzt keine Leistungen.

2. Am 11. April 1999 reichte der Rechtsvertreter des Klägers die Klage mit obigem Rechtsbegehren ein. Er liess sowohl der Elvia als auch der Baugeschäft S GmbH den Streit verkünden. Darauf wurden diese durch die Vorinstanz am 28. April 2000 hingewiesen (VI-act. 3). Die beiden Litisdenunziaten beteiligten sich indessen nicht am Gerichtsverfahren. Das Bezirksgericht Unterrheintal wies die Klage am 24. Januar 2001 ab und auferlegte die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- dem Kläger. Dieser hatte überdies die Beklagte für ihre Parteikosten mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

3. Gegen das am 17. April 2001 zugestellte Urteil erhebt der Kläger mit den eingangs erwähnten Anträgen Berufung. Die Beklagte verlangt die Abweisung der Berufung, soweit darauf eingetreten werden kann. Die Litisdennunziaten, die Baugeschäft S GmbH und die Z , beteiligten sich nicht am Berufungsverfahren, obwohl sie auch durch die Berufungsinstanz auf diesen Prozess hingewiesen wurden (act. B/7). Den Parteien wurde der Verzicht auf eine Berufungsverhandlung mitgeteilt (act. B/18). Sie verzichteten auf eine weitere Eingabe.

II.

1. Der Kläger reichte am 13. September 2001 gestützt auf Art. 164 Abs. lit. b ZPO eine nachträgliche Eingabe ein. Die Beklagte verlangt in ihrer Stellungnahme vom 17. September 2001, die nachträgliche Eingabe des Klägers sei aus dem Recht zu weisen.

a) Über die Zulässigkeit einer nachträglichen Eingabe wird zusammen mit der Hauptsache entschieden. Nachträglich eingereichte erhebliche Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge werden zugelassen, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht früher hätten vorgebracht werden können (Art. 164 lit. a ZPO). Das rechtliche Gehör erfordert eine nachträgliche Eingabe, wenn damit zu neuen Akten in der Berufungsantwort Stellung genommen wird (Art. 164 lit. b ZPO). Im Übrigen ist sie nur zulässig, soweit eine Partei im Einzelnen darlegt, welche Ausführungen in der Berufungsantwort neu sind (GVP 1993 Nr. 65).

b) Der Kläger macht mit nachträglicher Eingabe geltend, die Beklagte behaupte, ihre AVB entsprächen nicht denjenigen der V . Die Beklagte erkläre überdies erstmals, dass sie mit vertraglicher Abmachung ihre Leistungsdauer begrenzt habe.

Wenn die Beklagte erklärt, ihre AVB entsprächen nicht denjenigen der V , ist dies keine neue Tatsachenbehauptung, sondern eine Bemerkung zur Behauptung des Klägers in der Berufungsschrift, der für sich die gleichen Rechtsfolgen ableiten will, wie die Person, die den BGE 127 III 106 erstritten hat, gegenüber der V . Mit Berufungsschrift nimmt der Kläger selber Bezug auf die AVB der Beklagten, die bereits im erstinstanzlichen Verfahren vorlagen. Welche AVB die V verwendet, ist unbekannt und somit für diesen Entscheid nicht wichtig.

Die Behauptung der Beklagten, sie habe in ihren AVB ihre Leistungspflicht begrenzt, ist ebenfalls nur eine Äusserung der Beklagten zur Behauptung des Klägers, die Leistungspflicht sei eben nicht begrenzt. Ob sie wirklich begrenzt ist, wäre aus den bereits bekannten AVB abzuleiten. Darüber ist indessen ohnehin nicht zu entscheiden, da auf das Rechtsbegehren des Klägers auf weitere Taggeldzahlung aus Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung nicht eingetreten wird (vgl. unten Erwägung II/3).

Die Eingabe des Klägers vom 13. September 2001 erfüllt somit die Voraussetzungen von Art. 164 ZPO nicht, weshalb sie aus dem Recht zu weisen ist.

2. Das vorinstanzliche Urteil wurde dem Rechtsvertreter des Klägers am 17. April 2001 zugestellt. Wegen der Ostergerichtsferien begann die Rechtsmittelfrist erst am 23. April 2001 zu laufen. Die am 18. Mai 2001 eingereichte Berufung ist rechtzeitig erhoben.

3. Im Berufungsverfahren hat der Kläger sein Rechtsbegehren geändert. Er verlangt neu, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Leistungen aus Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer zu erbringen. Das Begehren vor erster Instanz, dass die Beklagte zu verpflichten sei, den Kläger in die Einzel-Krankentaggeldversicherung aufzunehmen, stellt er nun als Eventualbegehren. Der Kläger lässt dazu erklären, sein (Haupt-)Berufungsbegehren sei bezüglich Lebensvorgang und Rechtsgrund identisch mit der Klage vor Bezirksgericht. Er habe die Klage aufgrund von BGE 127 III 106 ff. abgeändert. Die verlangten Leistungen seien dieselben, nämlich die nach Ziffer 30 AVB verbleibenden Taggelder der Erwerbsausfallversicherung. Deshalb liege keine Klageänderung vor (vgl. Berufung, 2). Die Beklagte hingegen erachtet das Rechtsbegehren vor zweiter Instanz als eine unzulässige Klageänderung. Es könne nicht von einer untergeordneten Modifikation der Folgen des Rechtsverhältnisses gesprochen werden (vgl. Berufungsantwort, 2).

Mit dem vor erster Instanz gestellten Begehren verlangt der Kläger, die Beklagte habe mit ihm einen Vertrag (Einzel-Krankentaggeldversicherung) abzuschliessen. Er verlangt also – mit Leistungsklage – die Abgabe einer Willenserklärung durch die Beklagte; dies als Rechtsfolge aus Ziffer 50.1 der AVB des Kollektivversicherungsvertrages zwischen der Beklagten und S . Mit dem Hauptbegehren vor Berufungsinstanz verlangt der Kläger nicht quantifizierte, geldwerte Leistungen aus dem genannten Kollektivversicherungsvertrag.

Ob eine Klageänderung vorliegt, entscheidet sich daran, ob der Streitgegenstand verändert wird oder nicht. Unter den diversen Theorien zum Streitgegenstand wird unterschieden zwischen der materiellrechtlichen und der prozessualen. Während ein Teil der Verfechter der letzteren Theorie einen eingliedrigen Streitgegenstand (Rechtsbegehren) postuliert, betrachtet der andere Teil den Streitgegenstand als zweigliedrig (Rechtsbegehren und Lebenssachverhalt). Das st. gallische Zivilprozessrecht geht von einem prozessrechtlich definierten Streitgegenstand aus. Die Autoren LEUENBERGER/UFFERTOBTLER definieren beim Streit um individualisierte Rechte den Gegenstand über das Rechtsbegehren. Beim Streit um nicht individualisierte Rechte hingegen halten sie zur Bestimmung des Streitgegenstandes neben dem Rechtsbegehren den Klagegrund für notwendig (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 1 zu Art. 72). Bei Anwendung beider Theorien ist festzustellen, dass die Kläger im Berufungsverfahren und im bezirksgerichtlichen Verfahren je einen anderen Anspruch gestützt auf den Kollektivversicherungsvertrag Beklagte/ S einklagt. Dementsprechend hat er zwar den Lebenssachverhalt belassen, aber das Rechtsbegehren verändert. Somit ist von einer Veränderung des Streitgegenstandes, d.h. einer Klageänderung auszugehen.

Der Kläger ändert sein Rechtsbegehren im Berufungsverfahren. Dadurch wird die Rechtsstellung der Gegenpartei beeinträchtigt, da über die geänderte Klage nur noch eine kantonale Gerichtsinstanz urteilen kann. Überdies setzt eine Berufung immer auch eine Beschwer voraus. Diese fehlt für das im Berufungsverfahren neu vorgetragene Rechtsbegehren. Klageänderungen in der Berufung sind daher ausgeschlossen (vgl. Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O., N 9c zu Art. 72 ZPO). Im Übrigen beruft sich der Kläger zu Unrecht darauf, BGE 127 III 106 ff. habe Anlass zur Klageänderung gegeben. Dieser Entscheid stellt keine Praxisänderung dar und hat die Rechte des Klägers auf keine Art verändert. Auf Ziffer 2 des klägerischen Rechtsbegehren kann somit zusammenfassend nicht eingetreten werden. Es ist - in der Sache - nur Ziffer 3 zu behandeln. In diesem Sinne ist auch das am 5. März 2002 mitgeteilte Dispositiv in Anwendung von Art. 96 GerG zu berichtigen.

III.

1. Es ist damit auf das Eventualbegehren des Klägers einzugehen, wonach die Beklagte zu verpflichten sei, ihn per 1.1.1999 in die Einzel-Krankentaggeldversicherung aufzunehmen. Der Kläger ist selber zwar nicht Vertragspartner der Beklagten. Sein

ehemaliger Arbeitgeber, S , hat indessen mit dieser eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Diese räumt den Arbeitnehmern Rechte ein, so auch die Ziffern 50.1 und 50.4, die ausdrücklich die Arbeitnehmer (versicherte Personen) zum Übertritt in eine Einzel-Taggeldversicherung - unter bestimmten Bedingungen - berechtigen.

Gemäss der Ziffer 50.1 besteht für den Kläger ein Anspruch auf Übertritt in die Einzel-Taggeldversicherung grundsätzlich unter folgenden Voraussetzungen: Austritt aus dem versicherten Personenkreis oder Erlöschen des Versicherungsvertrages, Wohnsitz in der Schweiz und Stellen eines Antrags innert 30 Tagen nach Ausscheiden aus der Kollektivversicherung. Zu beachten ist aber gleichzeitig die Ausschlussklausel gemäss Ziffer 50.4 der AVB der Beklagten. Danach besteht kein Anspruch auf Übertritt bei Stellenwechsel und Übertritt in die Krankengeldversicherung des neuen Arbeitgebers, bei Auflösung des Vertrages und dessen Weiterführung durch einen anderen Versicherer für den gleichen Personenkreis, sofern der neue Versicherer auf Grund von Freizügigkeitsabkommen die Weiterführung des Versicherungsschutzes gewährleisten muss, bei Erreichen des AHV-Alters oder bei Grenzgänger-Eigenschaft des Ansprechers. Die Voraussetzungen gemäss Ziffer 50.1 sind als anspruchsbegründende Tatsachen vom Kläger zu beweisen, die Umstände gemäss Ziffer 50.4 sind als rechtsaufhebende Tatsachen von der Beklagten darzutun.

2.a) Die Beklagte stellt sich in erster Linie auf den Standpunkt, eine Verpflichtung zur Übernahme des Klägers in die Einzel-Taggeldversicherung bestehe nicht, da nach der Auflösung des zwischen ihr und der Firma S bestehenden Versicherungsvertrages per 31.12.98 und der anschliessenden Neuversicherung durch die Z diese aufgrund des Freizügigkeitsabkommens zwischen dem Konkordat der Schweizerischen Krankenkassen und der Schweizerischen Vereinigung privater Kranken- und Unfallversicherer vom Dezember 1988 (kläg. act. 17/bekl. act. 11) die Weiterführung des Versicherungsschutzes des Klägers gewährleisten müsse und insofern die Ausschlussklausel von Ziffer 50.4 al. 2 AVB greife. Seitens der Z werde dies denn auch grundsätzlich anerkannt. Dass diese sich aber trotzdem weigere, den Kläger aufzunehmen, sei darauf zurückzuführen, dass der Kläger von seinem Arbeitgeber bei Vertragsschluss nicht als Arbeitnehmer gemeldet worden sei. Dieser Umstand sei aber nicht ihr, sondern dem Arbeitgeber anzulasten und habe auf die Anwendbarkeit der Ausschlussklausel keinen Einfluss (Klageantwort, 6 f.; Duplik, 2 ff.; Berufungsantwort, 5 f.). Nach Ansicht des Klägers kann die genannte Ausschlussklausel im vorliegenden Fall nicht zum Zug kommen. Er argumentiert, Zweck von derartigen Freizügigkeitsbestimmungen sei die

Vermeidung von Versicherungslücken. Daher könne Ziffer 50.4 al. 2 nicht wörtlich interpretiert werden ("[...] sofern der neue Versicherer [...] *gewährleisten muss*;"), sondern müsse ergänzend dahingehend ausgelegt werden, dass der Übertritt ausgeschlossen sei, "[...] sofern der neue Versicherer [...] *gewährleistet*;" (Berufung, 6). Tatsache sei in diesem Zusammenhang, dass mit der ungerechtfertigten Weigerung der Z durch den Versicherungswechsel sein Versicherungsschutz nicht mehr gewährleistet sei. Soweit ihm aufgrund des Freizügigkeitsabkommens gegenüber der Z eigene Ansprüche zustünden - was er an sich bestreitet (Klage, 5; vgl. auch Berufung, 7) - würde wohl die Z eine Anzeigepflichtverletzung nach Art. 4 VVG geltend machen. Jedenfalls liegt es aber seiner Meinung nach an der Beklagten, sich im Verfahren nach Art. 7 des Freizügigkeitsabkommens gegenüber der Z durchzusetzen und sich gegebenenfalls bei ihr nach Art. 6 dieses Abkommens schadlos zu halten (Berufung, 7; vgl. auch Klage, 5 und Replik, 3 f.). Der Kläger ist somit zusammenfassend der Ansicht, solange die Freizügigkeit wie vorliegend nicht tatsächlich gewährleistet sei, d.h. die Aufnahme durch die Z nicht erfolgt sei, könne der Ausschlussgrund von Ziffer 50.4 al. 2 nicht angerufen werden. Die Vorinstanz geht wie die Beklagte von der Anwendbarkeit der Ausschlussklausel aus. Sie weist hier einerseits darauf hin, dass der Kläger nach Art. 4 des Freizügigkeitsabkommens selber die Möglichkeit habe, den Freizügigkeitsanspruch dem neuen Versicherer gegenüber geltend zu machen, andererseits hebt sie hervor, dass die Beklagte ihrerseits keine Möglichkeit habe, den neuen Versicherer gegen den Willen des Versicherungsnehmers zur Aufnahme des Klägers anzuhalten (Urteil, 8 ff.).

b) Die Ausschlussklausel von Ziffer 50.4 al. 2 enthält zwei Elemente, erstens die Auflösung des Vertrages und dessen nachfolgende Weiterführung für den gleichen Personenkreis, zweitens die Verpflichtung des neuen Versicherers zur Weiterführung des Versicherungsschutzes aufgrund einer Verpflichtung aus Freizügigkeitsabkommen.

aa) Es fragt sich zunächst, ob der Abschluss des neuen Versicherungsvertrages per 1.1.99 bei der Z nach der Terminologie der AVB der Beklagten den gleichen Personenkreis betraf.

Was in diesem Zusammenhang unter dem Begriff des gleichen Personenkreises zu verstehen ist, ergibt sich aus der sich in der Police und den AVB (bekl. act. 1 und 2) widerspiegelnden rechtlichen Charakteristik des zwischen den Parteien bis Ende 1998 bestehenden und als Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung bezeichneten Vertragsverhältnisses. Unter einer Kollektivversicherung versteht man einen rechtlich einheitlichen Vertrag, durch den mehrere voneinander unabhängige, wirtschaftlich selbständige Ge-

genstände, d.h. Sachen, Vermögen oder Personen versichert sind (VVG-Nef, N 2 zu Art. 7). Es genügt dabei, dass die versicherten Personen oder Sachen im Versicherungsfall bestimmbar sind, die versicherten Personen können also durch namentliche Nennung oder abstrakte Bezeichnung, beispielsweise als Arbeitnehmer eines bestimmten Betriebes, umschrieben werden (A. Maurer, Privatversicherungsrecht, 3. A., 177 f.; VVG-Stein, N 8 zu Art. 87). Der Vertrag beschränkt sich denn auch darauf, als "Personenkreis 1" die "Arbeitnehmer" der Einzelfirma S als versicherte Personen zu nennen. Eine weitergehende Identifikation der versicherten Arbeitnehmer bleibt aus. Insbesondere ergibt sich auch nicht eine indirekte nähere Bestimmung aus der in der Police festgesetzten versicherten Jahreslohnsumme, wird diese doch gemäss den AVB definitiv erst Ende Jahr aufgrund der effektiv ausgerichteten Löhne bestimmt und daraus die definitive Jahresprämie rückwirkend berechnet (Ziffer 38 f. AVB). Die Versicherung bezweckte somit insgesamt, ungeachtet von allfälligen Personalfluktuationen und Lohnschwankungen einfach den gesamten jeweiligen Mitarbeiterbestand der Einzelfirma S gegen die finanziellen Folgen der Erwerbsunfähigkeit zu versichern.

Im Zusammenhang mit der Frage der nachfolgenden Versicherung durch die Z sind zwei Aspekte zu unterscheiden. Einerseits ist zu beurteilen, ob angesichts der Einbringung der Einzelfirma S in die Baugeschäft S GmbH überhaupt von einer Weiterführung des Vertrages im Sinne der AVB gesprochen werden kann. Soweit dies zu bejahen ist, muss andererseits erörtert werden, ob die Z tatsächlich wie die Beklagte im vorhergehenden Vertrag einfach gesamthaft die Arbeitnehmerschaft versicherte.

Was die erstgenannte Problematik anbelangt, so muss davon ausgegangen werden, dass der neue Vertrag mit der Z von Anbeginn, d.h. ab 1.1.99, auf den Namen der erst am 30.6.99 ins Handelsregister eingetragenen, die Einzelfirma S mit Stichtag 31.12.98 mit Aktiven und Passiven übernehmenden Baugeschäft S

GmbH abgeschlossen wurde (vgl. kläg. act. 4; bekl. act. 4, 9 und 10). Insofern bestand seitens der Einzelfirma zunächst ab 1.1.99 keine Kollektivversicherung mehr und wurde die Firma dann am 30.6.99 aufgelöst. Der Abschluss des neuen Vertrages ist sodann als eine zulässige Handlung für eine sich in Gründung befindliche GmbH zu bewerten, was nach erfolgter Gründung rückwirkend die Übernahme der entsprechenden Verpflichtungen nach sich zieht (Art. 783 Abs. 2 und 3 OR). Vor diesem Hintergrund ist jedoch hinsichtlich der AVB nach deren Wortlaut nicht eindeutig zu bestimmen, ob eine "Weiterführung des Vertrages durch einen anderen Versicherer" voraus-

setzt, dass der bisherige Versicherungsnehmer den neuen Vertrag abschliesst oder ob auch der Vertragsschluss durch den Geschäftsübernehmer gedeckt ist. Nach dem Zweck der Freizügigkeitsregelung muss das Zweite der Fall sein. Diese soll sicherstellen, dass für die Versicherer als schlechte Risiken zu taxierende Arbeitnehmer nicht Gefahr laufen, bei Wegfall des bisherigen Versicherers keinen neuen Versicherungsvertrag mehr abschliessen zu können. Die Freizügigkeit bewirkt eine Besitzstandswahrung hinsichtlich der Leistungen, nicht jedoch bezüglich der Prämie (VVG-Nef, N 6 f. zu Art. 100 Abs. 2, vgl. auch Ziffer 50.1.1-50.3 AVB). Der Wegfall des bisherigen Versicherers des Arbeitnehmers könnte in diesem Zusammenhang aus dem Erlöschen des Versicherungsvertrages oder seinem Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis resultieren (Ziffer 50.1 AVB). Der Ausschluss des Übertrittsrechts gemäss Ziffer 50.4 erfasst insofern vor allem Fälle des Wegfalls des bisherigen Versicherers, bei denen eine solche Gefahrenlage für den Versicherten nicht besteht: Al. 1 betrifft die Situation, wo der Arbeitnehmer mit einem Stellenwechsel und seinem dadurch resultierenden Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis auf eigene Initiative die Auflösung der bisherigen Versicherung herbeiführt und gleichzeitig die Versicherung beim neuen Arbeitgeber sichergestellt ist, d.h. sich ein allenfalls bestehendes Risiko tatsächlich nicht hinderlich ausgewirkt hat. Al. 2 visiert den Fall an, wo bei fortbestehendem Arbeitsverhältnis nicht der Arbeitnehmer, sondern der Arbeitgeber den Wegfall der bisherigen Versicherung herbeiführt und durch Abmachung zwischen den Versicherern die Verpflichtung des neuen Versicherers zur Übernahme des Arbeitnehmers ungeachtet von dessen Gesundheitszustand sichergestellt ist, sich mit anderen Worten ein bestehendes Risiko sich nicht hinderlich auswirken kann. Aufgrund der Regelung von Art. 333 Abs. 1 OR bleibt nun das Arbeitsverhältnis auch bei Übertragung eines Betriebes auf einen neuen Rechtsträger bestehen. Insofern besteht bezüglich der Freizügigkeitsregelung sachlich kein Unterschied zum Fall, wo der Vertrag erlischt und der Arbeitgeber bleibt.

Hinsichtlich des zweiten Aspekts liegt zwar keine Aufschluss gebende Police im Recht, bereits aufgrund des aktenkundigen Verhaltens der Z muss aber geschlossen werden, dass diese den bis anhin versicherten Personenkreis der Arbeitnehmer übernahm. Zwar scheint die Z zunächst im März 1999 die Übernahme des Klägers abgelehnt zu haben (bekl. act. 7), aus der Korrespondenz vom Juni 1999 geht aber klar hervor, dass sie dann in Anwendung des Freizügigkeitsübereinkommens von ihrer Verpflichtung zur Übernahme des Klägers sowie des gesamten übrigen Personals ausging (bekl. act. 4; kläg. act. 9; vgl. Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. b des Übereinkommens). Selbst im abschliessenden Schreiben vom 30. Juli 1999, mit welchem sie die Übernahme des

Klägers letztlich trotzdem ablehnte (kläg. act. 10), geht sie angesichts ihrer Begründung von der gesamthaften Übernahme des bisherigen Personals aus, stellt sie sich doch lediglich auf den Standpunkt, es bestehe keine Versicherungsdeckung für den Kläger, weil das Arbeitsverhältnis des Klägers nicht auf die GmbH übertragen worden sei. Diese Meinung der Z ist im Übrigen in der Sache unzutreffend: Dem Kläger konnte zunächst nach Art. 21 Abs. 1 Landesmantelvertrages für das Bauhauptgewerbe 1998-2000 zum 31.12.98 hin gar nicht gekündigt werden. Ein entsprechender Aufhebungsvertrag wurde weder behauptet, noch ist ein solcher ersichtlich. Das fortbestehende Arbeitsverhältnis ging sodann mit der Einbringung der Einzelfirma in die GmbH in Anwendung von Art. 333 Abs. 1 OR auf diese über.

bb) Hinsichtlich der für die Anwendbarkeit der Ausschlussklausel geforderten Übernahmeverpflichtung aufgrund eines Freizügigkeitsabkommens ist zunächst unbestritten, dass die Klägerin als Krankenkasse und die Z als privater Kranken- und Unfallversicherer Mitglieder des im Recht liegenden Freizügigkeitsabkommens sind und dieses Abkommen im Zeitpunkt des Versicherungswechsels gültig war. Zu prüfen ist damit angesichts des Fortbestehens des klägerischen Arbeitsverhältnisses über den 31.12.98 hinaus zunächst, ob der vorliegende Fall von der Regelung des Abkommens gedeckt ist.

Art. 2 Abs. 1 lit. b erfasst unter dem Titel des Anwendungsbereichs des Übereinkommens unter anderem den Fall des Wechsels eines Kollektivkrankengeldversicherungsvertrages von einer Krankenkasse zu einer privaten Krankenversicherungsgesellschaft. Klar ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass es vorliegend um einen Übergang von einer Krankenkasse - der Beklagten - zu einer privaten Krankenversicherungsgesellschaft - der Z - geht. Weiter handelt es sich bei der vorliegenden Kollektiv-Erwerbsausfallversicherung um eine Kollektivkrankengeldversicherung im Sinne des Abkommens (vgl. bekl. act. 1; Ziffer 5 AVB). Schliesslich muss auch hier angesichts des Vertragszwecks wie bereits für die AVB der Beklagten gelten, dass unter den Begriff des Wechsels des Vertrages nicht nur der Abschluss eines neuen Vertrages durch den bisherigen Arbeitgeber, sondern auch durch den allfälligen Übernehmer des Betriebs fällt. Der vorliegende Wechsel des Versicherers fällt damit in den Anwendungsbereich des Abkommens. Art. 3 Abs. 4 i.V.m. Abs. 1 des Abkommens verpflichtet sodann den neuen Versicherer, alle im Rahmen des bisherigen Vertrages versicherten Personen weiter zu versichern und den bisherigen Versicherungsschutz im Rahmen der bei ihm vorgesehenen Leistungen weiter zu gewähren. Es versteht sich, dass die Z damit den Kläger grundsätzlich in die Versicherung hätte aufnehmen müssen.

Zu prüfen ist, ob diese Aufnahmeverpflichtung der Z im Rahmen der AVB der Beklagten ausreichend ist, um zur Anwendung der Ausschlussklausel von Ziffer 50.4 al. 2 zu führen. Der Wortlaut der Bestimmung geht mit der Wendung des "Gewährleistungsmüssens" davon aus, dass die bloße Verpflichtung und nicht deren tatsächliche Durchsetzung zum Ausschluss führt. Der Kläger bemerkt ferner richtig, dass sich hinsichtlich des Zwecks der Bestimmung - der Verhinderung einer Versicherungslücke bzw. der Gewährung eines Bestandsschutzes - die Frage stellt, ob nicht die Beklagte abweichend vom Wortlaut bei Nichteinhalten der vertraglichen Verpflichtungen durch den neuen Versicherer selber den Fortbestand des Versicherungsschutzes gewährleisten bzw. allenfalls selber die tatsächliche Durchsetzung der Verpflichtung erzwingen muss (vgl. Klage, 5; Replik, 3 f.; Berufung, 6 f.). Anders ausgedrückt ist zu entscheiden, ob der Zweck der Freizügigkeit dazu führt, dass sich die Beklagte Vertragsverletzungen ihrer Vertragspartner anrechnen lassen muss und somit die Ausschlussklausel nicht greift. In diesem Zusammenhang ist zunächst mit der Bezugnahme auf den Begriff des Freizügigkeitsabkommens und den anderen Versicherer objektiv erkennbar, dass die von der Beklagten für das Vertragsgegenstand bildende Versicherungsverhältnis gewährte Freizügigkeit nicht greifen soll, wenn diese im Rahmen eines Vertrages zwischen den Versicherern durch den neuen Versicherer sichergestellt werden soll. Es ist weiter ersichtlich, dass die Versicherer mit einem solchen gegenseitig bindenden Vertrag die Selektion der Versicherungsrisiken minimieren und so einen Risikoausgleich vornehmen. Mit der Bezugnahme auf diese gegenseitige vertragliche Bindung in den AVB muss aber zugleich geschlossen werden, dass sich die Beklagte auf das vertragskonforme Verhalten ihrer Partner verlassen will. Eine andere Betrachtung würde generell den Sinn eines solchen Vertrages in Frage stellen; Verträge werden nicht mit dem Gedanken geschlossen, die Folgen vertragswidrigen Verhaltens der Vertragspartner zu tragen. Es kann somit nicht angenommen werden, dass die von der Beklagten versicherungsvertraglich gewährte Freizügigkeit erst greifen soll, wenn der neue Versicherer seinen vertraglichen Pflichten aus dem Freizügigkeitsabkommen tatsächlich nachkommt.

Die Erfüllung der Verpflichtung der Z hätte der Kläger im Übrigen auch selbständig durchsetzen können. Art. 4 des Übereinkommens räumt dem übertretenden Versicherer ausdrücklich einen eigenen Anspruch auf Geltendmachung der Freizügigkeit ein. Konsequenterweise kann er auch selber das in Art. 7 des Abkommens vorgesehene Schiedsverfahren einleiten (Art. 7 Abs. 3 des Abkommens). Dass Art. 4 des Abkommens eine dreimonatige Frist zur Geltendmachung des Übertritts vorsieht, hat demge-

genüber keine entscheidende Bedeutung. Der Arbeitnehmer ist beim Wechsel des Versicherers in der Regel die letzte Person, die davon erfährt. Hinzu kommt, dass der neue Versicherer im Normalfall aufgrund der pauschalen Übernahme des versicherten Personenkreises die Person des versicherten Arbeitnehmers beim Übertritt gar nicht kennt. Schliesslich kann der Arbeitnehmer die Frist mangels Kenntnis des Freizügigkeitsabkommens objektiv meist gar nicht einhalten. Für den Arbeitnehmer kann die genannte Frist daher nur als Ordnungsvorschrift gelten. Selbst wenn man aber von einer Verwirkungsfolge ausginge, so ist festzuhalten, dass sich die Z nicht auf den Ablauf der Frist berief, sondern lediglich geltend machte, das Arbeitsverhältnis der Klägers sei nicht übergegangen. Damit hat sie aber auf die Geltendmachung der Verwirkung verzichtet. Schliesslich ergeben sich ohnehin Anhaltspunkte, dass der Kläger gegenüber der Z seinen Anspruch innert der genannten Frist geltend machte (bekl. act. 7). Soweit der Kläger in diesem Zusammenhang vorbringt, die Z hätte die Durchsetzung des Anspruches vereiteln können, indem sie sich auf eine Anzeigepflichtverletzung des Arbeitgebers des Klägers bei Vertragsschluss berufen hätte, so handelt es sich dabei lediglich um eine Behauptung; es ist nicht bekannt, welche Fragen die Z bei Vertragsschluss gestellt hat. Es ist im übrigen auch offen, ob unwahre Angaben gemacht wurden. Aufgrund des vorbestehenden Vertrages mit der Beklagten und dem Verhalten der Z nach Übernahme liegt wie bereits erörtert der Schluss nahe, dass die Z den versicherten Arbeitnehmerkreis ohne weitere Abklärungen einfach übernahm. Soweit der Arbeitgeber den Kläger gewissermassen zur Senkung der für die Prämie relevanten Gesamtlohnsomme für den Versicherungsantrag ausser acht liess, so bleibt dies ohne Bedeutung, soweit die Z wie die Beklagte zunächst nur eine provisorische Prämienrechnung stellte. Wie es sich damit genau verhält, kann indessen angesichts der gegebenen Aktenlage nicht beurteilt werden.

c) Nachdem die Ausschlussklausel der Ziffer 50.4 al. 2 der AVB der Beklagten anwendbar ist und demzufolge kein Anspruch des Klägers auf Übertritt in die Einzelversicherung der Klägerin besteht, ist die Berufung abzuweisen.

IV.

Die Prozesskosten trägt, wer mit seinem Begehren unterliegt. Auszugehen ist für deren Festsetzung vom Streitwert, wie er vom Kläger in der Berufung (3) unwidersprochen beziffert wurde, somit von Fr. 62'000.--. Die vom Kläger zu tragenden Gerichtskosten werden dabei auf Fr. 6'000.- festgesetzt (Ziff. 321.2 i.V.m. Ziff. 304 GKT). Die Ein-

schreibgebühr von Fr. 2'500.-- wird angerechnet. Die der Beklagten auszurichtende Prozessentschädigung ist angesichts des Fehlens einer Honorarnote nach Ermessen festsetzen (Art. 6 HonO). Ausgangspunkt ist dabei ein mittleres Honorar von Fr. 9'056.-- (Art. 14 lit. d HonO). Für das Berufungsverfahren ist dieser Ansatz um 60% zu kürzen (Art. 26 lit. a HonO). Hinzu kommt eine pauschale Vergütung für Barauslagen von 4% (Art. 29bis HonO). Das resultierende Ergebnis ist sodann nochmals um 75% herabzusetzen, da es sich beim Rechtsvertreter der Beklagten um einen Angestellten handelt (vgl. Leuenberger/Uffer, a.a.O., N 4 a und b zu Art. 263 ZPO). Die Parteientschädigung wird damit gerundet auf Fr. 1'000.-- festgesetzt.

Die III. Zivilkammer hat
entschieden:

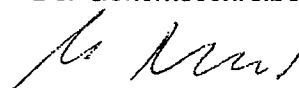
1. Die Berufung wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- bezahlt der Kläger.
Die vom Kläger geleistete Einschreibgebühr von Fr. 2'500.-- wird angerechnet.
3. Der Kläger hat die Beklagte mit Fr. 1'000.-- zu entschädigen.

Der Präsident


Hans Schawalder



Der Gerichtsschreiber


Markus Fuchs

Bekanntgabe des Rechtspruchs am 5. März 2002

Versand an

- Rechtsanwalt Arthur Andermatt (GU)
- Y Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung (R)
- Z Versicherungen (R)
- Baugeschäfts GmbH (R)
- Bezirksgericht Unterrheintal (S)

am **13. Mai 2002**

Berufung an das Bundesgericht und Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht

Gegen diesen Entscheid sind die Berufung an das Bundesgericht und die Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht des Kantons St. Gallen zulässig.

Die **Berufung an das Bundesgericht** kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich beim Kantonsgericht, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen, eingereicht werden.

Mit der Berufung kann nur eine Verletzung des Bundesrechts und von Staatsverträgen des Bundes geltend gemacht werden.

Der angefochtene Entscheid soll beigelegt werden.

Die **Nichtigkeitsbeschwerde** kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich beim Kassationsgericht des Kantons St. Gallen, Marktgasse 3, Postfach, 9004 St. Gallen, eingereicht werden. Die Nichtigkeitsgründe sind darzulegen.

Nichtigkeitsgründe sind:

- a) Verletzungen des kantonalen Rechts;
- b) tatsächliche Feststellungen, die dem Inhalt der Akten offensichtlich widersprechen oder willkürlich sind.

Dem Kassationsgericht ist mit der Beschwerde eine Einschreibgebühr in der Höhe der halben Entscheidgebühr des Kantonsgerichts zu überweisen (PC-Konto 90-4448-5). Der angefochtene Entscheid soll beigelegt werden.