

VKL.2010.6 / SN / fi

Art. 224

Urteil vom 7. Dezember 2010

Besetzung Oberrichterin Plüss, Präsidentin
 Oberrichter Roth
 Ersatzrichterin Panariello Weber
 Gerichtsschreiberin Nussbaumer

Kläger **A.**,
 vertreten durch lic. iur. Martina de Roche

Beklagte **X. Versicherungen,**

Gegenstand Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach VVG

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

Mit Eingabe vom 26. Januar 2010 liess A. Klage gegen die X. Versicherungen erheben mit folgenden Rechtsbegehren:

" 1.

Es sei die Beklagte zur Zahlung von CHF 38'486.30 zuzüglich 5 % Zins auf CHF 20'306.00 seit 27. März 2009, auf CHF 1'988.00 seit 30. März 2009, auf CHF 2'130.00 seit 15. April 2009, auf CHF 4'260.00 seit 13. Mai 2009 auf CHF 1'562.00 seit 28. Mai 2009, auf CHF 2'982.00 seit 09. Juni 2009, auf CHF 2'272.00 seit 01. Juli 2009, auf CHF 2'130.00 seit 21. Juli 2009 und auf CHF 1'988.00 seit 13. August 2009 zu verurteilen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Zur Begründung wurde geltend gemacht, der Kläger sei am 29. Oktober 2007 bei der Firma B. als Elektromonteur fest angestellt worden und bei der Beklagten im Rahmen der Krankentaggeldversicherung für Unternehmen gegen Erwerbsausfall versichert gewesen. Gegen Ende 2007 seien beim Kläger Beschwerden im Bereich des bei ihm im Jahre 1993 implantierten und im Mai 2006 revidierten Herzschrittmachers aufgetreten. Der Kläger sei deshalb im Februar und Mai 2008 mehrfach operiert worden; eine Schmerzfreiheit sei aber nicht erreicht worden. Während seiner Arbeitsunfähigkeit vom 21. Februar bis 26. März 2008 und vom 5. Mai bis 23. Juni 2008 habe die Beklagte der Arbeitgeberin Taggeldleistungen erbracht. Die Arbeitgeberin habe dem Kläger am 16. Juli 2008 per 15. August 2008 gekündigt und das Arbeitsverhältnis sei am 15. August 2008 beendet worden. Der Kläger sei danach weder von seiner Arbeitgeberin noch von der Beklagten über die Übertrittsmöglichkeit aus der Kollektiv-Taggeldversicherung in die Einzel-Taggeldversicherung informiert worden. Er sei davon ausgegangen, dass er für diesen Rückfall nach wie vor in der Kollektiv-Taggeldversicherung der Beklagten versichert gewesen sei. Er habe dieser die Arbeitsunfähigkeitszeugnisse ab dem 8. Oktober 2008 eingereicht, worauf die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 25. November 2008 informiert habe, dass er seit dem 1. September 2008 aus der Kollektiv-Taggeldversicherung ausgeschieden und deshalb nicht mehr bei ihr für den Erwerbsausfall versichert sei. Nach Opposition des Klägers habe er schliesslich die Taggeldversicherung, wie gesetzlich und vertraglich vorgesehen, weiterführen können. Die Beklagte habe dem Kläger im Wissen, dass er seit 1. September 2008 ohne Arbeitsstelle und mehrere Monate arbeitsunfähig gewesen sei, den Übertritt in die Einzelversicherung gewährt. Für Arbeitslose verweise Art. 9.6 der AVB auf Art. 73 KVG, gemäss welcher Bestimmung Arbeitslose, welche zu mehr als 50 % arbeitsunfähig seien, Anspruch auf das volle Krankentaggeld hätten. Jener gesetzlichen Regelung liege die Überlegung

zugrunde, dass auch ein von der Krankentaggeldversicherung zu entschädigender Verdienstausschlag erleide, wer Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe, zufolge Krankheit indessen vorübergehend vermittlungsfähig sei. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei ein Erwerbsausfall dann anzunehmen, wenn der Versicherte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Erwerbstätigkeit ausgeübt und ein Einkommen erzielt hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Die Rechtsprechung unterscheide dabei zwei Fallkonstellationen. Sei die versicherte Person im Zeitpunkt der Kündigung bereits arbeitsunfähig, so gelte die Vermutung, dass sie wie vor der Erkrankung erwerbstätig gewesen wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. Wenn die versicherte Person erkrankte, nachdem sie bereits zuvor arbeitslos geworden sei, gelte die Vermutung, dass sie weiterhin keine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte. Der Gesundheitszustand des Klägers hätte sich auch nach dem zweiten Eingriff im Mai 2008 nicht gebessert, weshalb ihm seine Arbeitgeberin gekündigt habe. Daraus folge, dass der Kläger einer Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre, wenn er nicht krank geworden wäre. Angesichts des Umstandes, dass ihm wiederholt ein operativer Eingriff bevor gestanden sei, habe er keine neue Stelle suchen können. Ohnehin hätte ihn kein Arbeitgeber im Wissen, dass er bereits während der Probezeit mehrere Monate ausfallen würde, angestellt. Er habe sich aber auch nicht als arbeitslos melden können, da er aufgrund der bevorstehenden Eingriffe nicht vermittlungsfähig gewesen sei.

2.

In der Klageantwort vom 3. März 2010 beantragte die Beklagte, die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers abzuweisen. Zur Begründung führte sie aus, die Beklagte habe für krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeiten des Klägers Taggelder vom 21. Februar 2008 bis 26. März 2008 und vom 5. Mai 2008 bis 23. Juni 2008 geleistet. Im Zusammenhang mit einem geltend gemachten Rückfall habe die X. Versicherungen dem Kläger rückwirkend per 1. September 2008 den Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung gewährt. Im Rahmen dieser Versicherung habe die X. Versicherungen einen Leistungsanspruch des Klägers auf Taggelder ab dem 8. Oktober 2008 abgelehnt, da es an einem der Arbeitsunfähigkeit direkt vorausgegangenen Verdienst und folglich an einem krankheitsbedingten Verdienstausschlag fehle. Gemäss Arztbericht vom 21. Juli 2008 sei von einer vollen Arbeitsfähigkeit auszugehen und der Kläger habe seine Arbeitstätigkeit demgemäss auch ab dem 24. Juni 2008 wieder voll aufgenommen. Der Kläger sei gegen Ende des Arbeitsverhältnisses bei der Firma B. voll arbeitsfähig gewesen und es sei keine Operation geplant gewesen. Sie habe die vom Kläger geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit vom 8. Oktober 2008 bis zum 13. Juli 2009 nicht genauer geprüft, da es an der weiteren Leistungsvoraussetzung des Erwerbsausfalles fehle. Der Anspruch auf Leistungen der Taggeldversicherung verlange gemäss AVB 01.1997 Art. 9.4. nebst Ar-

beitsunfähigkeit von mindestens 50 % einen nachgewiesenen Erwerbsausfall. Der Kläger habe keinen nachgewiesenen Erwerbsausfall erlitten, da er nach dem Austritt aus der Firma B. ein Stellenangebot ausgeschlagen und sich nicht bei der Arbeitslosenversicherung gemeldet habe. Eine erneute Operationsindikation sei gemäss Akten erst am 22. September 2008 gestellt worden. Auch die Operation vom 9. Oktober 2008 sei aber erfolglos gewesen und habe das subjektive Schmerzempfinden des Klägers nicht beeinflussen können. Erst anlässlich dieser Operation sei er wieder arbeitsunfähig gewesen. Es stelle sich bei dieser Ausgangslage die Frage, warum er überhaupt in die Einzelversicherung hätte übertreten sollen. Der X. Versicherungen und auch dem Kläger seien aber die genaueren Sachumstände im Zeitpunkt der Übertrittserklärung vom 26. November 2008 noch nicht klar gewesen. Unpräjudiziell werde dem Kläger die Aufhebung der Taggeldversicherung und die Rückerstattung der von ihm einbezahlten Prämien angeboten.

3.

In der Replik hielt der Kläger an seinen Begehren und Ausführungen der Klage fest. Er hielt zudem fest, er sei bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses zwar nicht krankgeschrieben gewesen, habe jedoch weiterhin massive Beschwerden gehabt, was von den ärztlichen Berichten bestätigt werde. Auch die ärztliche Empfehlung, sich eine Stelle mit weniger körperlicher Beanspruchung zu suchen, habe ihn daran gehindert, weiterhin in seiner bisherigen Tätigkeit zu arbeiten und die angebotene Stelle bei der Firma C. anzunehmen. Die Operation vom 8. Oktober 2008 sei kein Notfall, aber notwendig gewesen. Die Beklagte habe zum Zeitpunkt des Übertrittes Kenntnis über seine berufliche und gesundheitliche Situation gehabt. Wenn die Beklagte bereits anlässlich des Übertrittes und der gleichzeitigen Schadenmeldung einen Anspruch abgelehnt hätte, hätte er auf den Übertritt verzichtet. Die Beklagte habe aber auch die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nie bestritten.

4.

In der Duplik vom 10. Mai 2010 hielt die Beklagte an ihren Anträgen und Ausführungen der Klageantwort fest.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

Der Kläger arbeitete seit dem 29. Oktober 2007 als fest angestellter Elektromonteur für die Firma Firma B. in _____ und war im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses bei der Beklagten über die Krankentaggeldversicherung für Unternehmen, Police Nr. _____, gegen Erwerbsausfall versichert. Als Versicherungsbedingungen wurde die Ausgabe 01.2004 in die Police übernommen (vgl. Klagebeilage [KB] 8). Am 22. und am

27. Februar 2008 wurde der im Jahre 1993 implantierte Herzschrittmacher operativ verlegt. Am 7. Mai 2008 erfolgte eine erneute Revision des Herzschrittmachers. Die Beklagte bezahlte in der Zeit vom 21. Februar bis 26. März 2008 und vom 5. Mai bis zum 23. Juni 2008 aufgrund einer 100 %-igen Arbeitsunfähigkeit Taggelder im Umfang von insgesamt Fr. 7'823.00 aus. Am 16. Juli 2008 kündigte die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis auf den 15. August 2008. Aufgrund neuer Beschwerden wurde dem Kläger in der Herz- und Gefässklinik _____ am 22. September 2008 eine operative Neuversorgung des Herzschrittmachers empfohlen, worauf der Eingriff am 9. Oktober 2008 durchgeführt wurde. Der Kläger machte daraufhin Taggelder ab dem 8. Oktober 2008 geltend. Die Beklagte informierte den Kläger mit Schreiben vom 25. November 2008, dass er seit dem 1. September 2008 aus der Kollektiv-Taggeldversicherung ausgeschieden sei. Mit Schreiben vom 26. November 2008 bat der Kläger um Bekanntgabe der Versicherungsbedingungen der Kollektiv-Taggeldversicherung und informierte sich über den Übertritt in die Einzelversicherung. Mit Antrag vom 5. Dezember 2008 beantragte der Kläger den Übertritt in die Einzel-Taggeldversicherung. Mit Schreiben vom 11. Dezember 2008 teilte die Beklagte mit, dass dem Übertrittsgesuch des Klägers nicht stattgegeben werden könne. In der Folge sandte sie dem Kläger die Versicherungspolice Nr. _____ für eine Taggeldversicherung nach VVG gültig ab 1. September 2008. Gemäss dieser Police werden die Allgemeinen Versicherungsbedingungen Version 01.1997 übernommen. Als Versicherungsgrund wurde "Neuabschluss" angegeben. Die Leistungsdauer beträgt 730 Tage innert 900 Tagen und das Taggeld Fr. 142.00 mit einer Wartefrist von 30 Tage.

2.

2.1.

Die freiwillige Taggeldversicherung (Art. 67 ff. KVG und Art. 107 ff. KVV) ist neben der sozialen Krankenpflegeversicherung der zweite Pfeiler der sozialen Krankenversicherung. Ihr Zweck ist die Deckung des durch Krankheit, Unfall und Mutterschaft bedingten Erwerbsausfalls. Das Krankenversicherungsgesetz setzt bei der freiwilligen Taggeldversicherung nur die tragenden Eckpfeiler. Alles Übrige kann in den Versicherungsbedingungen vereinbart werden, die jedoch keinen zwingenden Bestimmungen des KVG und allgemeinen verfassungs-, verwaltungs- oder sozialversicherungsrechtlichen Prinzipien widersprechen dürfen. Das Rechtsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherten wird als öffentlichrechtliches Vertragsverhältnis verstanden und die Bestimmungen des Obligationenrechts kommen dabei subsidiär zur Anwendung (Gebhard Eugster, Krankenversicherung, in: Ulrich Meyer [Hrsg.], SBVR Bd. XIV, Soziale Sicherheit, Zürich 2007, Rz. 1095 ff.). Neben der freiwilligen Krankentaggeldversicherung nach KVG bieten Versicherungsgesellschaften zudem Krankentaggeldversicherungen nach VVG an. Gesetzliche Grundlage dieser Taggeldversicherung ist das Bundesgesetz über den Versicherungsver-

trag (VVG, SR. 221.229.1) Solche privatrechtliche Krankentaggeldversicherungen beruhen auf dem Grundsatz der Vertragsfreiheit und es besteht für die Kontrahenten im Rahmen des VVG einen grösseren Gestaltungsfreiraum, so im Besonderen im Bereich der Versicherungsvorbehalte und der Prämiengestaltung. Massgebend bei diesen privatrechtlichen Taggeldversicherungen sind ausser dem VVG vor allem die Allgemeinen Versicherungsbedingungen sowie die im Einzelfall zwischen den Vertragsparteien getroffenen Vereinbarungen (D. Widmer, Die Sozialversicherung in der Schweiz, Zürich 2005, S. 193; Gebhard Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in: Jean-Louis Duc (Hrsg.), LAMal – KVG, Lausanne 1997, S. 509; P. Mösch Payot, Absicherung bei Krankheit: Arbeitsvertragliche und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Luzern 2009).

2.2.

Im vorliegenden Fall wurde eine privatrechtliche kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen, weshalb die Vorschriften des VVG und die Allgemeinen Versicherungsbedingungen zur Anwendung kommen. Gemäss Art. 8 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 01.2004, endet der Versicherungsschutz für die einzelne versicherte Person, wenn sie aus dem Kreis der versicherten Personen ausscheidet. Bei einer Kollektivversicherung für Unternehmen ist diese Bestimmung so auszulegen, dass der Versicherungsschutz mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses erlischt.

Gemäss Art. 100 VVG i.V.m. Art. 71 Abs. 1 und Art. 73 KVG haben Arbeitslose nach Art. 10 AVIG zwingend das Anrecht auf Übertritt in die Einzelversicherung. Art. 71 Abs. 2 KVG, auf welchen in Art. 100 Abs. 2 VVG ebenfalls verwiesen wird, sieht vor, dass der Versicherer dafür zu sorgen hat, dass die versicherte Person schriftlich über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aufgeklärt wird und diese hat ihr Übertrittsrecht innert drei Monaten nach Erhalt der Mitteilung geltend zu machen. Als arbeitslos nach Art. 10 AVIG gilt nur, wer in keinem Arbeitsverhältnis steht, eine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung sucht und sich beim Arbeitsamt seines Wohnsitzes zur Arbeitsvermittlung gemeldet hat. Der persönliche Anwendungsbereich von Art. 100 Abs. 2 VVG bezieht sich daher ausschliesslich auf Arbeitslose nach Art. 10 AVIG (Jürg Nef, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Rz. 3 zu Art. 100 Abs. 2).

Art. 9.1. der Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 01. 2004, der Beklagten sieht zudem vor, dass jeder versicherte Arbeitnehmer (und daher nicht nur der im Sinne von Art. 10 AVIG als arbeitslos geltende Versicherte) vom Zeitpunkt an, indem er aus dem Kreise der versicherten Personen ausscheidet, innert 30 Tagen in die Einzelversicherung der X. Versicherungen übertreten kann.

2.3.

Gemäss Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort ist die Kündigung des Arbeitsverhältnisses des Klägers bereits auf den 15. August 2008 erfolgt. Im Anstellungsvertrag zwischen dem Kläger und der Firma B. wurde eine Kündigungsfrist von vier Wochen vorgesehen und damit die gesetzlich vorgesehene Frist von einem Kalendermonat für das erste Dienstjahr (Art. 335 c Abs. 1) verkürzt. Die zwingende minimale Kündigungsfrist von einem Monat kann gemäss Art. 335 c Abs. 2 OR nur im ersten Dienstjahr und nur durch Gesamtarbeitsvertrag unterschritten werden. Gemäss Gesamtarbeitsvertrag des Schweizerischen Elektro- und Telekommunikations-/Installationsgewerbes vom 1. Januar 2005-2012 Art. 55.2 kann das Arbeitsverhältnis mit einer Kündigungsfrist gemäss Art. 57 GAV auf das Ende eines Monats gekündigt werden. Gemäss Art. 57.1 GAV beträgt die Kündigungsfrist im ersten Dienstjahr einen Monat, wobei diese Frist selbst durch schriftliche Abrede *nicht* abgekürzt werden kann. Damit konnte die gesetzlich vorgesehene Kündigungsfrist von einem Kalendermonat vorliegend nicht unterschritten werden und war die Bestimmung im Vertrag der Parteien unwirksam. Die Kündigung, welche dem Kläger mit Schreiben vom 16. Juli 2008 mitgeteilt wurde, wirkte daher erst auf Ende August 2008. Bis zu diesem Zeitpunkt hatte daher der Kläger noch den Versicherungsschutz der kollektiven Taggeldversicherung.

2.4.

Der Kläger wurde ausweislich der Akten und gemäss den Angaben der Parteien bei Beendigung seines Arbeitsverhältnisses nicht über die Möglichkeit des Übertrittes in die Einzelversicherung informiert. Im Schreiben vom 25. November 2008 verweigerte die Beklagte die Taggeldzahlung für die ab dem 8. Oktober 2008 bestehende Arbeitsunfähigkeit (KB 28). Mit Schreiben vom 26. November 2008 ersuchte der Kläger um Mitteilung der Versicherungsbedingungen für den Übertritt in die Einzelversicherung ohne Unterbruch des Versicherungsschutzes (KB 29). Mit Schreiben vom 2. Dezember 2008 stellte die Beklagte dem Kläger das "Merkblatt für austretende Mitarbeiter", ein Antragsformular für den Übertritt in die Einzel-Krankentaggeldversicherung gemäss VVG, sowie die Versicherungsbedingungen Ausgabe 01.2004 zu und bat den Kläger, das Formular innert 30 Tagen ausgefüllt an sie zurückzusenden, um eine Antragsofferte für die Einzeltaggeldversicherung zu prüfen. Im Merkblatt für austretende Mitarbeiter wurde in Abweichung von den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (Art. 9.1.) eine dreimonatige Frist für den Übertritt gewährt (KB 33). Mit Schreiben vom 11. Dezember 2008 verweigerte die Beklagte in der Folge den Übertritt in die Einzelversicherung, da das Übertrittsgesuch des Klägers nicht innert 90 Tagen seit dem Austritt aus dem Betrieb der Firma B. erfolgt sei (KB 34).

Im konkreten Fall sind die gemäss Verweis in Art. 100 Abs. 2 VVG auch für die private Krankentaggeldversicherung geltenden Vorschriften von Art. 71 Abs. 1 und 2 KVG über das zwingende Übertrittsrecht, die Mitteilungspflicht des Versicherers sowie über die dreimonatige Frist nicht anwendbar, da der Kläger nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses nicht eine Voll- oder Teilzeitbeschäftigung gesucht und sich nicht beim Arbeitsamt gemeldet hat. Er kann daher nicht als arbeitslos im Sinne von Art. 10 AVIG betrachtet werden. Mit dem Kläger (Klage S. 18) ist jedoch davon auszugehen, dass der Übertritt in die Einzelversicherung, für welche die AVB keine besondere Form vorsehen, mit dem Schreiben des Klägers vom 26. November 2008 innert Frist rechtsgültig erfolgt ist und der Kläger rückwirkend ab September 2008 in die Einzelversicherung der Beklagten übergetreten ist. Die Beklagte hat ihrerseits in ihren Rechtschriften den Übertritt nicht bestritten, sondern geht – trotz ihres Schreibens vom 11. Dezember 2008 – in ihrer Klageantwort selber davon aus, dass dem Kläger der Übertritt in die Einzelversicherung rückwirkend ab 1. September 2008 gewährt wurde (vgl. Klageantwort S. 2 Ziff. 3.2.).

3.

3.1.

Bei Übertritt in die Einzelversicherung gewährt die Beklagte dem Übertretenden im Rahmen der geltenden Bedingungen und Tarife der Einzelversicherung gegen eine entsprechende Tarifierhöhung Versicherungsschutz für die bisher versicherten Leistungen (vgl. AVB der Krankenversicherung für Unternehmen Ausgabe 01.2004, Art. 9.3). Erleidet die versicherte Person nach dem Übertritt einen Rückfall, so werden die Tage, für die aus dieser Versicherung Leistungen erbracht worden sind, an die Leistungsdauer der neuen Einzelversicherung angerechnet, wobei die Wartefrist nicht nochmals angerechnet wird (Art. 9.4). Laut der Versicherungspolice vom 31. Januar 2009, gültig ab 1. September 2008 bis zum 30. November 2011, gelten für die Einzeltaggeldversicherung die Allgemeinen Versicherungsbedingungen Version 01.1997 (KB 36).

Die Beklagte hat die Leistung der Taggelder für die ab dem 8. Oktober 2009 vorliegende Arbeitsunfähigkeit verweigert, da der Kläger keinen den Taggeldanspruch auslösenden Erwerbsausfall erlitten habe. Der Kläger macht dazu geltend, gemäss Lehre und Rechtsprechung sei ein Erwerbsausfall anzunehmen, wenn der Versicherte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Erwerbstätigkeit ausgeübt hätte, wenn er nicht krank geworden wäre.

3.2.

In der Lehre und Praxis wird zwischen Schadens- und Summenversicherung unterschieden. Massgeblich für die Abgrenzung sind die vertraglichen Voraussetzungen der konkret in Frage stehenden Leistung. Eine Schadensversicherung liegt vor, wenn die Parteien die Vermögensein-

busse zu einer selbständigen Voraussetzung der Leistungspflicht gemacht haben. Entscheidend ist, ob die Versicherungsleistung einen Schaden voraussetzt, oder ob sie unabhängig davon geschuldet sein soll. In der Schadensversicherung ist die Versicherungsleistung gleichzeitig bedingt und begrenzt durch den tatsächlich eingetretenen, versicherten Vermögensschaden (Erhard Stössel, Basler Kommentar zum VVG, a.a.O., Allgemeine Einleitung Rz. 29). Bei der Taggeldversicherung ist von einer Schadensversicherung auszugehen, wenn nur der dem Versicherten infolge Verdienstauffalls entstandene Schaden ausgeglichen werden soll. Für die Beantwortung der Frage, ob es sich im konkreten Fall um eine Schadens- oder eine Summenversicherung handelt, ist die Formulierung der Vertragsbedingungen entscheidend. Es ist nicht dasselbe, ob in einem Versicherungsvertrag die Erstattung des erlittenen Schadens oder die Bezahlung einer zum voraus festgelegten Summe vereinbart wird. Falls mit der Versicherung der tatsächliche Verdienstauffall ausgeglichen werden soll, handelt es sich um eine Schadensversicherung. Wird jedoch die Bezahlung einer klar festgelegten Summe vereinbart, so handelt es sich um eine Summenversicherung (Hans Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Adrian von Kaenel (Hrsg), Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Zürich 2007, S. 29). Während Taggelder aus Kollektivverträgen grundsätzlich Schadensversicherungscharakter haben, können bei Einzelverträgen auch Summenversicherungslösungen im Vordergrund stehen; der Wechsel von einem Kollektiv- zu einem Einzelvertrag kann zur Folge haben, dass der Schadenversicherungscharakter sich verändert und von einer Summenversicherung auszugehen ist (Roland Schaer, Koordination von Taggeldleistungen, in: Adrian von Kaenel (Hrsg), Krankentaggeldversicherung, a.a.O., S. 168).

Gemäss der an den Kläger zugestellten Police ab 1. September 2008 (KB 1) wurde ein festes Taggeld von Fr. 142.00 vereinbart und nicht auf den tatsächlichen Verdienst des Klägers abgestellt, was auf den Abschluss einer Summenversicherung hindeutet. Gemäss der in der Police als anwendbar erklärten Versicherungsbedingungen, Version 01.1997, ist allerdings der nachgewiesene Erwerbsausfall, welcher durch die versicherte Arbeitsunfähigkeit entstanden ist, zu ersetzen (Art. 9.1). Die Parteien sind sich denn auch über den Charakter der abgeschlossenen Einzeltaggeldversicherung in Form einer Schadensversicherung einig bzw. auch der Kläger geht in seinen Rechtsschriften von dieser Form der Versicherung aus (vgl. Klage S. 19 Rz. 37). Er macht damit nicht geltend, dass er beim Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung von einer anderen Versicherungsform ausging bzw. dass er den Willen hatte, eine Taggeldversicherung in Form einer Summenversicherung abzuschliessen. Auszugehen ist demnach im konkreten Fall von einer Schadensversicherung.

4.

4.1.

Zu prüfen ist, ob der Kläger ab dem 8. Oktober 2008 einen zu entschädigenden Erwerbsausfall erlitten hat. Der Kläger macht dazu geltend, der Bestimmung von Art. 73 KVG, auf welche in Art. 9.6 AVB verwiesen wird, liege der Gedanke zugrunde, dass die Person, welche Anspruch auf Arbeitslosentaggelder habe, jedoch infolge Krankheit vorübergehend vermittlungsunfähig sei, auch einen von der Taggeldversicherung zu entschädigenden Verdienstaufschlag erleide. Gemäss Lehre und Rechtsprechung sei ein Erwerbsausfall dann anzunehmen, wenn der Versicherte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit und nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge eine Erwerbstätigkeit ausgeübt und damit ein Einkommen erzielt hätte, wenn er nicht krank geworden wäre. Sei der Versicherte erkrankt, nachdem er bereits zuvor arbeitslos geworden sei, dann gelte die Vermutung, dass er, auch wenn er nicht erkrankt wäre, weiterhin keine Erwerbstätigkeit ausüben würde. Dies könne jedoch durch den Nachweis, dass die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkrete Stelle angetreten hätte, widerlegt werden (Klage S. 19).

4.2.

Gemäss Art. 73 KVG hat der kranke arbeitslose Versicherte bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 50% Anspruch auf das volle Taggeld der Krankentaggeldversicherung. Im Krankheitsfalle geht daher die Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung vor bzw. ist die Leistungspflicht der Arbeitslosenversicherung subsidiär (Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung [AVIG]; BGE 128 V 149 ff.). Die Bestimmung von Art. 100 Abs. 2 VVG, wonach Art. 73 KVG auch für die privatrechtliche Taggeldversicherung kraft gesetzlicher Anordnung sinngemäss anwendbar ist, setzt jedoch Arbeitslosigkeit im Sinne von Art. 10 AVIG voraus. Ob jemand als arbeitslos gilt, bestimmt sich nach den Regeln der Gesetzgebung über die Arbeitslosenversicherung, insbesondere nach Art. 10 AVIG. Nach dieser Bestimmung gilt – neben anderen Voraussetzungen – nur als arbeitslos, wer sich beim Arbeitsamt seiner Wohngemeinde zur Arbeitsvermittlung angemeldet hat. Für die Arbeitslosenversicherung beginnt die Arbeitslosigkeit erst ab dem Moment der Meldung der Arbeitslosigkeit beim Arbeitsamt und es kann nur gemeldete und kontrollierte Arbeitslosigkeit entschädigt werden. Der Versicherte muss zudem bereit sein, sich durch das Arbeitsamt vermitteln zu lassen. Ob ein Arbeitsloser dann auch vermittelbar ist, kann er nicht selber entscheiden und schon gar nicht, ohne das Arbeitsamt kontaktiert zu haben (Hans-Rudolf Müller, Grundlagen der Krankentaggeldversicherung nach VVG, in: Adrian von Kaenel (Hrsg), Krankentaggeldversicherung, Zürich 2007 S. 42). Nach einem Teil der Lehre, dem sich der hier zitierte Beitrag von Hans Rudolf Müller nicht anschliesst, ist hingegen das formale Kriterium der Anmeldung zur Arbeitsvermittlung für die Bemessung der Leistungspflicht des Taggeld-

versicherers nicht entscheidend (vgl. im Einzelnen: Hans-Rudolf Müller, a.a.O., S. 42).

4.3.

Liegt eine Taggeldversicherung in Form einer Schadensversicherung vor, dann setzt die Versicherungsleistung voraus, dass eine Vermögenseinbusse infolge des versicherten Ereignisses (Krankheit) eingetreten ist. Die Leistung der Versicherung ist in diesem Fall auf den Ausgleich eines Vermögensschadens ausgerichtet und die versicherte Person muss diese durch den Versicherungsfall verursachte finanzielle Erwerbseinbusse ausweisen (Gebhard Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung nach KVG und nach VVG, a.a.O., S. 80). Gemäss den in der Rechtsprechung zur Krankentaggeldversicherung nach KVG entwickelten Grundsätzen beurteilt sich der entgangene Verdienst nach der durch den Versicherungsfall bedingten Erwerbseinbusse während der Arbeitsunfähigkeitsperiode, für die Taggeld beansprucht wird. Es kommt mithin darauf an, ob die versicherte Person Erwerbseinkommen erzielt bzw. was sie verdient hätte, wenn sie nicht arbeitsunfähig geworden wäre (Gebhard Eugster, Vergleich, a.a.O., S. 80). Durch Krankheit entgangene Einkünfte können auch der Verlust von Ersatzeinkommen in Form entgangener Arbeitslosenentschädigung sein. Gemäss Art. 28 Abs. 1 AVIG haben Versicherte, die wegen Krankheit, Unfall oder Schwangerschaft vorübergehend nicht oder nur vermindert arbeits- und vermittlungsunfähig sind und deshalb die Kontrollvorschriften nicht erfüllen können, Anspruch auf das volle Taggeld der Arbeitslosenversicherung. Dieser dauert längstens bis zum 30. Tag nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit und ist innerhalb der Rahmenfrist auf 44 Taggelder beschränkt. Die arbeitslose Person, die arbeitsunfähig wird und den Anspruch nach Art. 28 Abs. 1 AVIG erschöpft hat, erleidet mangels Vermittlungsfähigkeit (Art. 15 Abs. 1 AVIG) eine Einkommenseinbusse im Umfang der entgangenen Arbeitslosenentschädigung. Diese ist durch das Taggeld der Krankentaggeldversicherung auszugleichen. Hat die versicherte Person hingegen ihre Stelle wegen Arbeitsunfähigkeit verloren, so ist der massgebende Erwerbsausfall nach dem entgangenen Lohn zu bemessen, weil zu vermuten ist, dass sie ohne die Arbeitsunfähigkeit nicht stellenlos wäre. In diesem Fall verursacht die Arbeitsunfähigkeit eine Lohneinbusse und nicht einen Verlust der Arbeitslosenentschädigung. Ausgesteuerte oder Personen, die wegen Nichterfüllung der beitragsmässigen Voraussetzungen kein Anrecht auf Arbeitslosenentschädigung haben, können dagegen bei Arbeitsunfähigkeit mangels Einbusse an Ersatzeinkünften kein Taggeld beanspruchen, es sei denn, sie erbringen den Nachweis, dass sie ohne Krankheit eine Stelle hätten antreten können. Diese zur Krankentaggeldversicherung nach KVG entwickelten Rechtsprechungsgrundsätze lassen sich auch auf die als Schadensversicherung ausgestalteten Krankentaggeldversicherung nach VVG übertragen (Gebhard Eugster, Vergleich, a.a.O., S. 81, sowie in SBVR, a.a.O., Rz. 1133; vgl. auch M. Rüegg, Praxisleitfaden zur

Koordination von Erwerbsausfall-Leistungen bei [mutmasslichen und tatsächlichen] Krankheitsfaktoren nach Unfall, AJP 2009 S. 28).

4.3.

Das Arbeitsverhältnis mit der Firma B. endete am 31. August 2008 (vgl. E. 2.3. vorstehend). In der Zeit nach der zuletzt entschädigten Arbeitsunfähigkeit (9. - 23. Juni 2008; vgl. Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 9. Juni 2008, KB 14) war der Kläger gemäss Bericht von Dr. med. D. vom 21. Juli 2008 100 % arbeitsfähig und arbeitete bei seiner Arbeitgeberin bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses wieder voll (vgl. KB 20).

In der Zeit vom 1. September 2008 bis zur erneuten Erkrankung bzw. bis zum Spitalaufenthalt ab dem 8. Oktober 2008 ging der Kläger hingegen keiner Erwerbstätigkeit nach. Er meldete sich in dieser Zeit auch nicht bei der Arbeitslosenversicherung zum Leistungsbezug an und trat keine neue Stelle an. In der Klage wird geltend gemacht, das Arbeitsverhältnis sei wegen seines schlechten Gesundheitszustandes beendet worden (Rz. 33 S. 18). Dass der Kläger nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bis zur Operation am 8. Oktober 2008 auch arbeitsunfähig war, ergibt sich jedoch aus den vorhandenen medizinischen Akten nicht. Der Kläger hat für diese Zeit denn auch kein Krankentaggeld beantragt. Die medizinische Indikation für einen erneuten Eingriff ergab sich jedenfalls erst anlässlich der Untersuchung vom 22. September 2008 (vgl. KB 23 - 25). Entgegen der Auffassung in der Klage kann aus dem Schreiben der Beklagten vom 31. August 2009 (KB 76) nicht abgeleitet werden, dass die Beklagte vom Bestehen einer Operationsindikation vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses ausgegangen ist. Selbst wenn der Kläger in der Zeit vom 1. September 2008 bis zum erneuten Spitalaufenthalt ab dem 8. Oktober 2008 aufgrund seiner gesundheitlichen Beschwerden vorübergehend arbeitsunfähig gewesen wäre, hätte er aufgrund von Art. 28 Abs. 1 AVIG bis zum 30. Tag bereits nach Beginn der ganzen oder teilweisen Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf das volle Taggeld der Arbeitslosenversicherung ohne Bestehen einer Wartefrist gehabt. Der Kläger konnte daher nicht zum vornherein auf die Arbeitslosentaggelder in der Annahme verzichten, er sei nicht vermittlungsfähig. Obwohl die medizinische Indikation für einen neuen Eingriff erst am 22. September feststand, nahm der Kläger gemäss eigenen Ausführungen die ihm gegen Ende August 2008 angebotene Festanstellung bei der Firma C. nicht an (vgl. Klage S. 7 Rz. 12). Der Kläger kann damit auch nicht die Vermutung widerlegen, dass er ohne die erneute Krankheit ab dem 8. Oktober 2008 weiterhin erwerbslos gewesen wäre.

Da die Taggeldversicherung gemäss übereinstimmender Darstellung der Parteien als Schadensversicherung abgeschlossen wurde und der Kläger keinen Nachweis für den Verlust von Einkommen oder Ersatzeinkommen in Form von entgangener Arbeitslosenentschädigung zu erbringen ver-

mag, hat er keinen Anspruch auf Bezahlung der Taggelder für die Zeit ab dem 8. Oktober 2008.

Die Klage ist deshalb abzuweisen.

5.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 85 Abs. 3 VAG).

Ausgangsgemäss hat der Kläger keinen Anspruch auf Parteientschädigung (vgl. § 112 Abs. 1 ZPO). Die obsiegende Beklagte hat sich nicht anwaltlich vertreten lassen, es sind ihr keine ausserordentlichen Kosten entstanden. Entsprechend ist ihr keine Parteientschädigung zuzusprechen (zum Anspruch vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010).

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

Die Klage wird abgewiesen

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

Zustellung an:

den Kläger (Vertreterin; 2-fach)

die Beklagte

das Bundesamt für Gesundheit, Kranken- und Unfallversicherung

1. Beschwerde in Zivilsachen

Dieser Entscheid kann, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG] vom 17. Juni 2005), wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonalem Recht **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **Beschwerde in Zivilsachen** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Ist eine Beschwerde nur unter der Voraussetzung zulässig, dass sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, ist auszuführen, warum diese Voraussetzung erfüllt ist. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 72 ff. BGG).

2. Subsidiäre Verfassungsbeschwerde

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von verfassungsmässigen Rechten **innert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **subsidiären Verfassungsbeschwerde** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 113 ff. BGG). Wird gegen einen Entscheid sowohl ordentliche Beschwerde als auch Verfassungsbeschwerde geführt, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Aarau, 7. Dezember 2010

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Plüss

Nussbaumer