

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2011 27

Urteil vom 29. Juni 2011

Besetzung

lic.iur. Werner Bruhin, Präsident
Dr.iur. Frank Lampert und Dr.oec. Andreas Risi, Richter
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

Parteien

A.,
Kläger,
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Luca Barmettler,

gegen

X. Versicherungen,
Beklagte,

Gegenstand

Versicherungsvertragsgesetz (Krankentaggelder, Verjährung)

Sachverhalt:

A. A., geb. 9. Juli 1949, hat ab September 2002 bei der Firma B., _____, als Bauarbeiter gearbeitet. Über seine Arbeitgeberin war er bei der X. Versicherungen krankentaggeldversichert, wobei eine Leistungsdauer von maximal 730 Tagen vereinbart wurde sowie eine Wartefrist von 30 Tagen (Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG, BB 1 und 34).

Ab dem 3. November 2004 wurde er vom Hausarzt zu 50% als arbeitsunfähig geschrieben wegen linksseitigen Brustschmerzen, welche vom Hausarzt zumindest teilweise in Zusammenhang gebracht wurden mit einer im Jahr 2001 erlittenen Rippenserien-Fraktur (BB 27). Ein in der Folge eingereichtes Rentengesuch wurde von der IV-Stelle Schwyz mit Verfügung vom 11. Mai 2006 abgewiesen mit der Begründung, dass ihm die angestammte Tätigkeit (als Bauarbeiter) noch zu 80% und eine mittelschwere bis leichte Tätigkeit zu 100% möglich sei (BB 28).

B. Die Arbeitgeberin beendigte das Arbeitsverhältnis mit A. per 30. April 2007 (BB 2).

A. bezog in der Folge Taggelder der Arbeitslosenkasse, wobei er infolge einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit von 40% ab dem 1. Mai 2007 lediglich zu 60% als vermittelbar eingestuft wurde (BB 21).

C. Ab 20. März 2009 war der Kläger bei der Firma C. als Bauarbeiter angestellt (KB 13). Dieses Arbeitsverhältnis wurde von der Arbeitgeberin per 3. August 2009 wieder gekündigt (BB 22).

D. Aus einem Schreiben der X. Versicherungen vom 17. April 2009 (KB 18) an den Rechtsvertreter von A. ergibt sich, dass sich dieser mit einem Schreiben vom 8. April 2009 (nicht bei den Akten liegend) an die X. Versicherungen gewandt hatte, wobei er einen Anspruch auf Krankentaggelder geltend machte. Die X. Versicherungen hielt mit Antwortschreiben vom 17. April 2009 sinngemäss fest, betr. Übertrittsrecht von der Kollektiv- in die Einzeltaggeldversicherung würden weitere Abklärungen vorgenommen. Im Weiteren verzichtete die X. Versicherungen für die Dauer bis zum 30. April 2010 darauf, die Einrede der Verjährung zu erheben, soweit diese nicht bereits eingetreten sei (BB 30).

Mit Schreiben vom 26. November 2009 (BB 4) anerkannte die X. Versicherungen, dass A. durch den vormaligen Arbeitgeber nur mündlich über das Übertrittsrecht in die Einzeltaggeldversicherung informiert worden war. Der Fall werde deshalb so behandelt, wie wenn gar keine Information über das Übertrittsrecht stattgefunden habe und der Kläger verbleibe damit beim Kreis der versicherten Personen im Kollektivvertrag, bis ihm das Übertrittsrecht in die Einzelversiche-

nung gewährt werde. A. wurde Frist eingeräumt, einen Übertritt in die (prämienpflichtige) Einzelversicherung zu erklären. A. reichte in der Folge das am 22. Februar 2010 unterzeichnete Formular „Austritt aus der Kollektiv- Krankentaggeldversicherung“ der X. Versicherungen ein. Er gab auf dem Formular an, dass er zum Zeitpunkt des Übertritts nicht voll arbeitsfähig sei (BB 5).

Mit Antwortschreiben vom 23. Februar 2010 (BB 6) hielt die X. Versicherungen fest, dass allfällige Ansprüche aus der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit erstens verjährt seien und zweitens eine entsprechend krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit nicht ausgewiesen sei.

Ein weiterer Verjährungsverzicht erklärte die X. Versicherungen mit Schreiben vom 30. April 2010 für die Dauer bis zum 30. April 2011, soweit allfällige Leistungsansprüche wegen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit nicht bereits verjährt seien (KB 19).

E. Für den rückwirkenden Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung stellte die X. Versicherungen A. wiederholt Rechnung (BB 9, 10, 15).

Mit Schreiben vom 19. August 2010 liess A. der X. Versicherungen mitteilen, dass er nicht bereit sei, der Prämienforderung nachzukommen, ohne dafür Versicherungsleistungen zu erhalten. Der Versicherungsübertritt per 30. April 2007 sei bei ärztlich bescheinigter Krankheit erfolgt. Die Krankentaggeldleistungen könnten mit den Prämiennachforderungen verrechnet werden (BB 13).

Die X. Versicherungen hielt mit Schreiben vom 24. August 2010 daraufhin fest, dass eine Verrechnung von Prämien mit Versicherungsleistungen nur bei fälligen Forderungen in Frage komme. Ein Anspruch auf Krankentaggelder müsse aber noch geprüft werden und eine diesbezügliche Forderung sei derzeit noch nicht fällig im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR (BB 14).

Auf Betreibungsbegehren der X. Versicherungen hin erliess das Betreibungsamt Sattel am 21. Januar 2011 den Zahlungsbefehl für die Prämienforderung in Höhe von Fr. 12'494.80 nebst Zinsen und Mahn-/ Bearbeitungskosten (BB 18). A. erhob am 7. Februar 2011 Rechtsvorschlag.

F. Am 22. März 2011 liess A. beim Verwaltungsgericht Klage erheben mit folgenden Anträgen:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 36'204.65, nebst 5% Zins seit 1. März 2011, zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

G. Die X. Versicherungen beantragt mit Klageantwort vom 11. Mai 2011 die Abweisung der Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

H. Am 26. Mai 2011 liess A. eine Replik einreichen, wobei er an seinen Anträgen festhielt. Die X. hielt ihrerseits mit Duplik vom 9. Juni 2011 an ihren Anträgen fest.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Krankenversicherungsgesetzes (KVG; SR 832.10) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 Erw. 1a/aa, 229 Erw. 2b). Die Krankentaggeldversicherung nach VVG stellt eine Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 KVG dar (vgl. VGE I 2007 157 vom 20.5.2008 Erw. 1.2 und 1.3 m.H.).

1.2 Gemäss Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist.

Das Verfahren vor der einzigen kant. Instanz ist als vereinfachtes Verfahren auszugestalten (Art. 243 Abs. 2 lit. f. ZPO), wobei der Sachverhalt von Amtes wegen zu klären ist (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V. m. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Das Verfahren muss zudem kostenlos sein (Art. 113 Abs. 2 lit. f ZPO; vgl. Härtsch, Schweizerische ZPO, Art. 7 Rz 9).

Der kantonale Gesetzgeber hat in § 24 Abs. 1 des Gesetzes über die Prämienverbilligung (PVG; SRSZ 361.100) das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht bezeichnet. Es ist gemäss § 24 Abs. 2 PVG auch für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zuständig.

Das Verwaltungsgericht ist demnach zur Beurteilung der vorliegenden Klage auf Leistungen aus der Krankentaggeldversicherung nach VVG sachlich zuständig, was von der Beklagten denn auch nicht bestritten wird.

2.1 Der Kläger macht geltend, er sei entgegen Art. 71 Abs. 2 Satz 2 KVG und Ziff. 10 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) bei seinem Ausscheiden aus der Firma B. nicht über das Recht, von der Kollektiv- in die Einzelversicherung übertreten zu können, informiert worden. Die Rechtsfolge der unterlassenen Aufklärung sei ein Verbleib in der Kollektivversicherung, zumindest bis zu einem allfälligen späteren Übertritt in die Einzelversicherung. Der Kläger fordert aus diesem Grunde Krankentaggelder für den Zeitraum Mai 2007 bis und mit

März 2009. In diesem Zeitraum bezog der Kläger Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Er sei jedoch nur zu 60% arbeitsfähig gewesen und er sei in diesem Zeitraum von der Arbeitslosenversicherung auch nur zu 60% vermittelbar qualifiziert worden. Entsprechend seien ihm von der Arbeitslosenversicherung die Taggelder gekürzt worden.

2.2 Die Beklagte wendet ein, der Kläger sei nicht in der Kollektivtaggeldversicherung verblieben; man habe ihm nachträglich die Möglichkeit eingeräumt, ihn in die Einzeltaggeldversicherung aufzunehmen. Der daraus folgenden Prämienzahlungspflicht sei der Kläger aber nie nachgekommen. Des Weiteren macht die Beklagte geltend, allfällige Forderungen aus Krankentaggeldversicherung seien gestützt auf Art. 46 VVG ohnehin verjährt. Die zweijährige Verjährungsfrist habe mit der krankheitsbedingten, ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit und dem Ablauf der dreissigtägigen Wartefrist begonnen, mithin am 3. November 2004 bzw. am 10. August 2004 gemäss Meldung der Arbeitsunfähigkeit des Klägers vom November 2009 (BB 19). Die zweijährige Verjährungsfrist sei somit im Dezember 2006 abgelaufen. Auch wenn man zugunsten des Klägers erst von einer vollen Arbeitsunfähigkeit ab dem 11. Dezember 2006 ausgehe, sei die Verjährung im Januar 2009 eingetreten. Ein Verzicht auf Erklärung der Verjährungseinrede sei zudem immer unter der Bedingung erfolgt, dass allfällige Ansprüche nicht bereits verjährt seien. Im Übrigen weist die Beklagte darauf hin, dass der Kläger, als er merkte, dass er eine Überbrückungsrente nach BVG ab dem 1. August 2009 nur erhalten werde, wenn er ab dem 20. März 2009 wieder auf dem Bau arbeiten würde, er fähig war, ab dem 20. März 2009 eine Stelle auf dem Bau anzutreten. An der vom Hausarzt ab dem 3. November 2007 dauerhaft attestierten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 40% seien daher erhebliche Zweifel angebracht. Zumindest sei der Kläger gestützt auf die Schadenminderungspflicht (Art. 3.7 AVB) verpflichtet gewesen, schon viel früher eine Vollzeittätigkeit anzunehmen. Durch die verspätete Anmeldung der Arbeitsunfähigkeit (erst am 10.2.2010) sei es ihr unmöglich gewesen, die tatsächliche Arbeitsunfähigkeit abzuklären und den Kläger aufzufordern, eine angepasste Tätigkeit zu suchen.

2.3 Bezüglich der Einrede der Verjährung hielt der Kläger mit Replik vom 26. Mai 2011 fest, ihm sei nachträglich das Übertrittsrecht in eine Einzelversicherung gewährt worden. Von diesem Recht habe er mit Übertrittserklärung per 22. Februar 2010 Gebrauch gemacht. Erst ab diesem Zeitpunkt sei somit fest gestanden, dass der Kläger bei der Beklagten auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses versichert war. Die Verjährung beginne mithin erst in diesem Zeitpunkt zu laufen.

3.1 Der Versicherungsschutz beginnt für den einzelnen Versicherten nach Ziff. 5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) 2002 der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG Typ 1, welche gemäss Versicherungspolice im vorliegenden Fall anwendbar sind (vgl. BB 1 und 34), am Tag, an dem sein Arbeitsvertrag mit dem versicherten Betrieb in Kraft tritt. Er erlischt für den einzelnen Versicherten u.a. mit seinem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen, z.B. infolge Kündigung des Arbeitsverhältnisses.

Art. 100 Abs. 2 VVG bestimmt, dass gewisse Bestimmungen des KVG auf arbeitslose Versicherte sinngemäss Anwendung finden, sofern diese im Rahmen der Privatversicherung gemäss VVG für ein Krankentaggeld versichert sind. So sind gemäss Art. 100 Abs. 2 VVG (in der seit 1.1.2006 geltenden Fassung) für Versicherungsnehmer und Versicherte, die nach Art. 10 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG) als arbeitslos gelten, die Art. 71 Abs. 1 und 2 und 73 KVG sinngemäss anwendbar.

Gemäss Art. 71 Abs. 1 KVG hat eine versicherte Person, die aus einer Kollektivversicherung ausscheidet, weil sie nicht mehr zu dem im Vertrag umschriebenen Kreis der Versicherten zählt oder weil der Vertrag aufgelöst wird, das Recht, in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten. Soweit die versicherte Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichert, dürfen keine neuen Versicherungsvorbehalte angebracht werden; das im Kollektivvertrag massgebende Eintrittsalter ist beizubehalten. Gemäss Art. 71 Abs. 2 KVG hat der Versicherer dafür zu sorgen, dass die versicherte Person schriftlich über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aufgeklärt wird. Unterlässt er dies, so bleibt die versicherte Person in der Kollektivversicherung. Sie hat ihr Übertrittsrecht innert drei Monaten nach Erhalt der Mitteilung geltend zu machen. Für Arbeitslose besteht somit nach Art. 100 Abs. 2 VVG i.V. mit Art. 71 KVG ein Rechtsanspruch zum Übertritt von der Kollektiv- in die Einzelversicherung. Diese Schutzbestimmung soll kranken Arbeitnehmern, denen die Arbeitsstelle gekündigt wird, den bisherigen Leistungsumfang der Krankentaggeldversicherung garantieren.

Art. 73 KVG enthält Bestimmungen über die Koordination mit der Arbeitslosenversicherung. Gemäss Art. 73 Abs. 1 KVG ist Arbeitslosen bei einer Arbeitsunfähigkeit (Art. 6 ATSG) von mehr als 50 Prozent das volle Taggeld und bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 25, aber höchstens 50 Prozent das halbe Taggeld auszurichten, sofern die Versicherer auf Grund ihrer Versicherungsbedingungen oder vertraglicher Vereinbarungen bei einem entsprechenden Grad der Arbeitsunfähigkeit grundsätzlich Leistungen erbringen. Gemäss Art. 73 Abs. 2 KVG haben arbeitslose Versicherte gegen angemessene Prämienanpassung

Anspruch auf Änderung ihrer bisherigen Versicherung in eine Versicherung mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag unter Beibehaltung der bisherigen Taggeldhöhe und ohne Berücksichtigung des Gesundheitszustandes im Zeitpunkt der Änderung.

3.2 Vorliegend ist unbestritten, dass die Beklagte ihrer in Art. 100 Abs. 2 VVG i.V.m. Art. 71 Abs. 2 KVG hinsichtlich des Übertrittsrechts verankerten Aufklärungspflicht nicht nachgekommen ist (BB 30). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung kann die Versicherung die Verpflichtung zur Aufklärung der Kollektivversicherten über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung zwar dem Arbeitgeber überbinden, bleibt aber für deren Erfüllung verantwortlich. Eine Verletzung der Aufklärungspflicht ist ihr mithin auch dann zuzurechnen, wenn der Arbeitgeber, an den sie die Aufklärung delegiert hat, diese nicht ordnungsgemäss vornimmt (Urteil BGer K 67/01 vom 15.10.2002 Erw. 3.4 m.H.).

3.3 Es stellt sich somit die Frage, wann der Kläger von seinem Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung tatsächlich Kenntnis hatte. Erst ab diesem Zeitpunkt konnte er das Übertrittsrecht geltend machen. Solange er von seinem Recht zufolge unterbliebener Aufklärung nicht Gebrauch machen konnte, verbleibt er gemäss Art. 71 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 100 Abs. 2 VVG in der Kollektivversicherung. Insbesondere ist es auch nicht möglich, den Zeitpunkt des Übertritts von der Kollektiv- in die Einzelversicherung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu datieren (Urteil BGer K 67/01 vom 15.10.2002).

Aus den Akten ergibt sich, dass sich der Kläger durch seinen Rechtsvertreter mit einem Schreiben vom 8. April 2009 erstmals zur Geltendmachung von Taggeldansprüchen an die Beklagte gewandt hat (BB 30). Es kann damit frühestens ab diesem Zeitpunkt davon ausgegangen werden, dass der anwaltschaftlich vertretene Kläger Kenntnis vom Übertrittsrecht erhalten hat. Dafür dass der Kläger zu einem früheren Zeitpunkt Kenntnis über sein Übertrittsrecht erhalten hat, liegen keinerlei Anhaltspunkte vor und solches wird von der Beklagten im Übrigen auch nicht geltend gemacht. Für den streitigen Zeitraum zwischen Mai 2007 und März 2009 ist somit von einem Verbleib in der Kollektivversicherung auszugehen. Es stellt sich damit die Frage, ob gestützt auf die durch den früheren Arbeitgeber abgeschlossene Kollektiv-Taggeldversicherung Leistungsansprüche bestehen.

4.1 Nachdem die Beklagte die Einrede der Verjährung erhebt, ist vorab zu prüfen, ob die eingeklagte Forderung verjährt ist.

Nach Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Während Lehre und Rechtsprechung hierfür ursprünglich den Eintritt des Versicherungsfalles als massgeblich erachtet haben, wird nunmehr in der Praxis je nach Versicherungsart und Leistungsanspruch auf unterschiedliche fristauslösende Ereignisse abgestellt (vgl. die Zusammenstellung in BGE 127 III 268 Erw. 2b). Dabei wird in der Regel der Zeitpunkt, in dem die leistungsbegründenden Tatsachenelemente feststehen, als fristauslösend angesehen (BGE 127 III 268 Erw. 2b; 5C.185/2003 vom 23.12.2003 Erw. 2). In BGE 127 III 268 ging es um Krankentaggelder. Die Leistungspflicht des Versicherers wurde ausgelöst durch die krankheitsbedingte, ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist. Das Bundesgericht führte aus, die Taggeldentschädigung müsse grundsätzlich, wenn sich nicht etwas anderes deutlich aus dem Vertrag ergebe, als einheitliche aufgefasst werden, die gesamthaft verjähre. Es entschied daher, dass die für die Dauer der Krankheit geltend gemachten Taggelder gesamthaft in zwei Jahren ab jenem Zeitpunkt verjähren (BGE 127 III 268 Erw. 2b; zum Ganzen: 4A_532/2009 vom 5.3.2010 Erw. 2.1).

Die gemäss Versicherungspolice (BB 1) geltenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB-Ausgabe 2002 Typ A; vgl. BB 34), sehen bezüglich der Verjährung keine differierenden Bestimmungen vor. Die Taggelder können also nur auf zwei Jahre zurückgefordert werden, nicht für längere Zeit. Das ist grundsätzlich nicht unangemessen, weil sie laufendes Einkommen ersetzen und zur Deckung laufenden Bedarfs bestimmt sind, nicht zur Kapitalbildung (Spiro, Verjährung von Krankentaggeldansprüchen, HAVE 2002, S. 121).

4.2 Es gilt damit zu prüfen, wann beim Kläger eine ärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit eingetreten ist. Gemäss den Akten hat der Kläger gegenüber der Beklagten den Eintritt einer (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit formell erst mit dem am 10. Februar 2010 eingereichten Formular „Meldung der Arbeitsunfähigkeit“ gemeldet (BB 19). Darin wird festgehalten, dass er seit dem 10. August 2004 arbeitsunfähig sei bzw. dass er seit dem 1. Mai 2007 „dauernd“ im Umfang von 40% bis 50% arbeitsunfähig sei. Zur Frage der Arbeitsunfähigkeit ergibt sich im Weiteren aus den Akten:

- dass Dr.med. D. mit Rückfallmeldung vom 28. Februar 2005 gegenüber der Suva eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit von 50% ab dem 3. November 2004 angegeben hat (BB 27);
- dass die IV-Stelle Schwyz mit Verfügung vom 11. Mai 2006 davon ausgegangen ist, dass der Kläger in seiner angestammten Tätigkeit (als Bauarbeiter)

noch zu 80% und in jeder leichten bis mittelschweren Tätigkeit zu 100% arbeitsfähig ist (KB 28);

- dass Dr.med. D. dem Kläger gegenüber der Beklagten mit Arztzeugnis vom 23. Mai 2007 eine Arbeitsunfähigkeit als Bauarbeiter ab dem 1. Mai 2007 attestiert hat (BB 20);
- dass mit ärztlichen Zeugnissen zu Händen des Arbeitgebers durch Dr.med. D. ab ca. August 2004 immer wieder Arbeitsunfähigkeiten für wenige Tage bis einige Wochen attestiert wurden und dass dann ab dem 11. Dezember 2006 mit verschiedenen Zeugnissen durchgehend eine volle (100%) bis teilweise (50%) Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde (BB 29);
- und dass das Arbeitsverhältnis von der vormaligen Arbeitgeberin (Firma B.) wegen der „gesundheitlichen Situation“ des Klägers per 30. April 2007 aufgelöst wurde (BB 3).

Eine ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit lag beim Kläger ab August 2004 zwar immer wieder vor, aber offenbar nie für eine längere Zeit als die vereinbarte Wartefrist von 30 Tagen. Es wird denn auch von keiner Seite geltend gemacht, dass der Kläger in irgendeinem Zeitraum – während des Arbeitsverhältnisses bei der Firma B. – Krankentaggelder der Beklagten bezogen hätte. Eine dauernde, bzw. die Leistungspflicht auslösende Arbeitsunfähigkeit (wobei gemäss Ziff. 23 lit. d AVG ein Leistungsanspruch ab einer Arbeitsunfähigkeit von 25% besteht) wurde gemäss den vorliegenden Akten ärztlich erst ab ca. Mitte Dezember 2006 bescheinigt, ohne dass gemäss den Akten jedoch Krankentaggelder der Beklagten bezogen wurden. Unabhängig davon muss jedoch aufgrund der ärztlichen Zeugnisse davon ausgegangen werden, dass die Wartefrist Mitte Januar 2007, spätestens Ende Januar 2007 geendet hat und die leistungsbegründenden Tatsachen mithin spätestens ab Ende Januar 2007 feststanden. Die zweijährige Verjährungsfrist hat somit ab diesem Datum zu laufen begonnen.

Damit steht fest dass für die Dauer der Krankheit geltend gemachten Taggelder die Verjährung gesamthaft ab Ende Januar 2007 zu laufen begann (vgl. dazu Urteil BGer 4A_532/2009 vom 5.3.2010 Erw. 2.1 und 2.4). Eine Unterbrechung der Verjährung vor Ablauf der zweijährigen Frist Ende Januar 2009 ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Gemäss Art. 135 OR wird die Verjährung unterbrochen durch Anerkennung der Forderung von Seiten des Schuldners (Ziff. 1) und durch Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klage oder Einrede vor einem Gericht sowie durch Eingabe im Konkurs (Ziff. 2). Eine ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung der Schuld durch die Beklagte ist vorliegend nicht aktenkundig und wird auch nicht geltend gemacht (vgl. dazu BGE 134 III 591 Erw. 5.2.1). Vielmehr hat die Beklagte eine Anspruchsberechtigung wieder-

holt in Frage gestellt bzw. zusätzliche Unterlagen zur Prüfung des Anspruches verlangt (BB 6, 14, 30, 31, 33). Eine gerichtliche Geltendmachung des Anspruches erfolgte erstmals mit vorliegend zu beurteilender Klage vom 22. März 2011.

Des Weiteren hat die Beklagte sich auch keinen Verzicht auf die Verjährungseinrede entgegen halten zu lassen. Sie hat zwar in zwei Schreiben gegenüber dem Kläger erklärt (Schreiben vom 17.4.2009, BB 30 und Schreiben vom 30.4.2011, KB 19), auf die Einrede der Verjährung zu verzichten, jedoch immer unter dem Vorbehalt, dass diese nicht bereits eingetreten ist. Im Zeitpunkt, als die beiden erwähnten Schreiben verfasst wurden, war die Verjährung nach dem Gesagten bereits eingetreten, weshalb dem Verzicht keine Rechtswirkung zukommt. Auch weitere Gründe, welche für eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Verjährungseinrede im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB sprechen würden, sind nicht ersichtlich. Nach der Rechtsprechung wäre Rechtsmissbräuchlichkeit im Sinne von Art. 2 Abs. 2 ZGB dann gegeben, wenn der Schuldner den Gläubiger arglistig dazu verleitet hätte, nicht innert nützlicher Frist zu handeln oder wenn er - ohne Arglist - ein Verhalten gezeigt hätte, das den Gläubiger bewogen hat, rechtliche Schritte während der Verjährungsfrist zu unterlassen, und das die Säumnis des Gläubigers auch bei objektiver Betrachtungsweise als verständlich erscheinen lässt. Das Verhalten des Schuldners muss für das verspätete Handeln des Gläubigers kausal sein (BGE 131 III 430 Erw. 2 m.H.; 128 V 236 Erw. 4a). Der Schuldner muss den Gläubiger während der offenen Verjährungsfrist zum Zuwarten veranlasst haben. Ein vertrauensbildendes Verhalten nach Eintritt der Verjährung hilft dem Gläubiger hingegen nicht (BGE 113 II 264 Erw. 2e).

Ein solches rechtsmissbräuchliches Verhalten von Seiten der Beklagten ist nicht ersichtlich und wird auch nicht geltend gemacht. Insbesondere gilt zu beachten, dass der Kläger die Beklagte über seine Arbeitsunfähigkeit erst im April 2009 informiert hat. Gemäss Ziff. 26 AVB wäre der Kläger als Versicherter vielmehr verpflichtet gewesen, der Beklagten auf dem entsprechenden Formular innerhalb von zwei Wochen nach Ablauf der Wartefrist (mithin noch während dem laufenden Arbeitsverhältnis) die (ganze oder teilweise) Arbeitsunfähigkeit mitzuteilen (vgl. auch Art 38 Abs. 1 VVG). Der Beklagten wäre es dann auch – wie sie selber geltend macht – möglich gewesen, weitere Abklärungen zur Erkrankung zu veranlassen. Dies ist im jetzigen Zeitpunkt nicht mehr oder höchstens erschwert und mit grossem Aufwand verbunden möglich. In Ziff. 28 AVB wird denn bei einer Meldepflichtverletzung, welche die Feststellung der Krankheitsfolgen oder deren Ausmass nachteilig beeinflusst, eine Leistungskürzung oder gar Leistungsverweigerung statuiert (vgl. auch Art. 28 Abs. 2 VVG). Ob die Meldepflichtverletzung

vorliegend eine Kürzung oder Verweigerung der Leistungen zur Folge hätte, kann jedoch offen bleiben, da die Forderung nach dem Gesagten verjährt ist.

4.3 Nach dem Gesagten kann auch dem Einwand des Klägers, die Verjährung habe erst mit der Erklärung des Übertritts zur Einzelversicherung zu laufen begonnen (mithin ab 22.2.2010) nicht gefolgt werden. Die Verjährung bestimmt sich auch bei der Einzelversicherung – sofern eine solche zustande gekommen ist – nach Art. 46 VVG, d.h. es ist auf den Eintritt der leistungsbegründenden Tatsachelemente (in casu auf den Eintritt der krankheitsbedingten, ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit) abzustellen (vgl. auch Ziff. 3.8 der AVB zur Einzel-Krankentaggeldversicherung, BB 25). Im Übrigen ist gestützt auf Art. 9 VVG eine sogenannte Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, grundsätzlich unzulässig. Das Rückwärtsversicherungsverbot lässt sich auch nicht mit einem vertraglichen Übertrittsrecht aufheben (BGE 127 III 21 Erw. 2b/aa; 4A_39/2009 v. 7.4.2009 Erw. 3.5.2). Eine Ausnahme vom Rückwärtsversicherungsverbot besteht - wie vorstehend dargelegt - gestützt Art. 71 Abs. 2 KVG i.V.m. Art. 100 Abs. 2 VVG. Ein Leistungsanspruch des Klägers würde daher auf diesen Bestimmungen gründen (und nicht auf einen allfälligen, erst im Jahr 2010 abgeschlossenen) Einzelversicherungsvertrag.

Die Klage ist dementsprechend abzuweisen.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in Zivilsachen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 72ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).

Soweit die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

4. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter des Klägers (2/R)
 - die Beklagte (A)
 - und die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (A).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 8. Juli 2011