

KK.2011.00003

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich
II. Kammer
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichter Gräub

Ersatzrichterin Romero-Käser

Gerichtsschreiberin Lienhard
Urteil vom 26. September 2011
in Sachen
Gemeinde X.____

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Peter Stadler
Dufourstrasse 140, 8008 Zürich

gegen

AXA Versicherungen AG
Generaldirektion
General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwältin Tonia Villiger
Probst Rechtsanwälte
Bahnhofplatz 18, Postfach 2211, 8401 Winterthur

Sachverhalt:

1.

1.1 Y.____, geboren 1961, war bis zum 31. Dezember 2004 bei der Z.____ AG, K.____, angestellt (Urk. 2/17/3). Am 22. Dezember 2004 schloss er mit der Winterthur Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft (heute AXA Versicherungen AG, nachfolgend: AXA) eine Freizügigkeitsversicherung (Einzeltaggeldversicherung) nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) ab, wobei als Erstbeginn der 1. Januar 2005 und als Ablaufdatum der 31. Dezember 2005 sowie ein versicherter Jahreslohn von Fr. 60'640.-- festgelegt wurde. Vereinbart wurde ferner ein Krankentaggeld von 100 % des versicherten Lohns (Urk. 2/2/4). Am 27. April 2005 (Urk. 2/2/1) trat der Versicherte seine Ansprüche aus der Einzeltaggeldversicherung ab 1. Januar 2005 an die Sozialbehörde der Gemeinde X.____ (nachfolgend: Sozialbehörde) ab. Diese teilte der AXA am 18. Dezember 2006 mit, dass der Versicherte ab 2. November 2006 hospitalisiert worden und vollständig arbeitsunfähig sei (vgl. Urk. 2/12/3 in Verbindung mit Urk. 2/12/6/3).

1.2 Am 20. November 2006 war die Freizügigkeitspolice per 1. Januar 2007 dahingehend angepasst worden, dass der versicherte Jahreslohn Fr. 33'100.-- betrug (Urk. 2/2/5). Mit Schreiben vom 9. Juli 2007 (Urk. 2/2/10) teilte die AXA der Sozialbehörde mit, dass gestützt auf Taggeldabrechnungen der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) von einem versicherten Jahreslohn von Fr. 19'583.-- auszugehen sei und das zuviel bezahlte Taggeld mit weiteren Taggeldansprüchen verrechnet werde. Am 26. September 2007 kündigte die AXA aufgrund der hohen Schadensbelastung die Taggeldversicherung per 31. Dezember 2007 (Urk. 2/2/9). Der Versicherte hatte am 8. Juni 2007 sowie am 27. Januar 2009 erneut seine Taggeldansprüche an die Sozialbehörde abgetreten (ab 1. Juni 2007; Urk. 2/12/14; ab 1. Januar 2007; Urk. 2/17/1).

In der Folge entstand zwischen dem Versicherten, der und der AXA ein Streit über die Höhe und den Umfang der Taggelder (vgl. Urk. 2/12/27-36; Urk. 2/12/42-46). Der Versicherte hat ab Juni 2006 Anspruch auf eine ganze Rente der Invalidenversicherung, was das hiesige Gericht mit unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Urteil vom 20. August 2010 bestätigte (Prozess-Nr. IV.2009.00778; Urk. 14). Dieses Urteil wurde sowohl der Sozialbehörde X.____ wie der AXA zugestellt.

1.3 Mit Eingabe vom 1. September 2008 erhob die Sozialbehörde Klage gegen die AXA mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verpflichten, der Klägerin ab 2. Dezember 2006 ein Taggeld von Fr. 166.13 bis zum 31. Dezember 2006 und von Fr. 90.68 ab 1. Januar 2007 aus der Krankentaggeldversicherung von Y.____ zu vergüten, unter Anrechnung der von der Beklagten für diesen Zeitraum bereits ausbezahlten Taggelder (Urk. 2/1 S. 2). Auf entsprechende Aufforderung durch das hiesige Gericht (Urk. 2/4) präziserte die Klägerin ihren Antrag wie folgt (Urk. 2/6 S. 2):

„Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin Fr. 28'184.50 aus der Krankentaggeldversicherung von Y.____ zu bezahlen. Dieser Betrag entspricht einem Taggeld von Fr. 166.13 vom 2. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2006 (und damit für 30 Tage) und von Fr. 90.68 vom 1. Januar 2007 bis zum 31. Oktober 2008 (und damit für 670 Tage), reduziert um die von der Beklagten für den gesamten Zeitraum vom 2. Dezember 2006 bis zum 31. Oktober 2008 (700 Tage) bereits ausbezahlten bzw. noch auszahlenden Tagelder von Fr. 53.65.“

Mit Klageantwort vom 18. Dezember 2008 (Urk. 2/11) beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage. In den folgenden Schriftenwechseln hielten die Parteien an ihren Anträgen fest (Urk. 2/16; Urk. 2/21; Urk. 2/25; Urk. 2/32; Urk. 2/36; Urk. 2/41).

1.4 Mit Urteil vom 20. August 2010 (Urk. 2/42) hiess das hiesige Gericht die Klage gut und verpflichtete die Beklagte, der Klägerin den Betrag von Fr. 28'184.50 zu bezahlen, dies für den Zeitraum vom 27. März 2005 bis 20. Mai 2006 (E. 4.6, E. 5.5, E. 6.3).

2.

2.1 Die gegen das Urteil vom 20. August 2010 (Urk. 2/42) am 13. Oktober 2010 erhobene subsidiäre Verfassungsbeschwerde (Urk. 2/44) hiess das Bundesgericht mit Urteil vom 20. Dezember 2010 gut, hob das angefochtene Urteil des hiesigen Gerichts auf und wies die Sache zur neuen Beurteilung an die Vorinstanz zurück (4A_572/2010; Urk. 2/46 = Urk. 1).

2.2 Mit Stellungnahme vom 3. März 2011 schloss sich die Beklagte dem Urteil des Bundesgerichts an (Urk. 5). Die Klägerin beantragte am 11. März 2011 eine Klageänderung in dem Sinne, als die Beklagte zu verpflichten sei, der Klägerin für den Zeitraum vom 27. März 2005 bis zum 20. Mai 2006 Fr. 32'219.-- aus der Krankentaggeldversicherung von Y.____ zu bezahlen (Urk. 6 S. 2). Mit Stellungnahme vom 12. Mai 2011 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klageänderung (Urk. 10 S. 2).

Mit unangefochten in Rechtskraft erwachsenem Beschluss vom 20. Juni 2011 (Urk. 12) trat das hiesige Gericht auf den Antrag des Klägers auf Klageänderung nicht ein.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die daraus herrührende Streitigkeit ist daher zivil- und vermögensrechtlich (BGE 124 III 46 E. 1 und 232 Erw. 2b).

1.2 Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist im Kanton Zürich das hiesige Gericht sachlich zuständig (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Gericht stellt die für den Entscheid erheblichen Tatsachen von Amtes wegen fest. Es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei (§ 23 Abs. 1 GSVGer).

1.3 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind dem Privatrecht zuzuordnen (BGE 124 III 46 E. 1a). Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten (Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg, 1999, S. 23 N71; vgl. auch Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 150 f.). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

2.

2.1 Streitig und zu prüfen ist gemäss höchstrichterlicher Vorgaben im Urteil 4A_572/2010 vom 20. Dezember 2010 einzig ein Anspruch der Klägerin auf Auszahlung von Taggeldern für den Zeitraum vom 2. Dezember 2006 bis zum 31. Oktober 2008 (Urk. 1 E. 4.4 und E. 5). Nicht zu prüfen ist die Frage der Verjährung, da die Beklagte auf die entsprechende Einrede verzichtete (vgl. Urk. 7).

2.2 Was die Vorbringen der Parteien wie die Frage der Abtretung der Ansprüche des Versicherten aus der Taggeldversicherung der Beklagten angeht, wird auf die Erwägungen 2 und 3 des Urteils des hiesigen Gerichts vom 20. August 2010 (Prozess-Nummer KK.2008.00022 Urk. 42) verwiesen.

3.

3.1 Unter den Parteien ist der Krankheitsbeginn und somit der Schadenseintritt strittig: Während die Beklagte von einem Krankheitsbeginn am 2. November 2006 ausgeht (vgl. Urk. 2/11 S. 5), macht die Klägerin zunächst ebenfalls geltend, der Versicherte sei ab 2. November 2006 arbeitsunfähig (vgl. Urk. 2/1 S. 3), hielt aber aufgrund der zwischenzeitlich vorgenommenen Abklärungen der Invalidenversicherung und gestützt auf das Gutachten der A.____ vom 21. November 2008 (Urk. 2/26/1) fest, der Versicherte sei seit 25. Februar 2005 aus psychischen Gründen in jeglicher Tätigkeit zu 100 % und vor diesem Datum mit grosser Wahrscheinlichkeit zu 50 % arbeitsunfähig gewesen (Urk. 2/25 S. 2). Die Beklagte bestreitet dies unter Hinweis auf ein psychiatrisches Gutachten von Dr. med. P.____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 11. Juli 2006 (Urk. 2/33/57) und ein Aktengutachten ihres beratenden Arztes Dr. med. M.____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 19. August 2009 (Urk. 2/33/M8/2).

3.2 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die

streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 352 E. 3a, 122 V 160 E. 1c).

3.3

3.3.1 Die Ärzte der A.____ erstatteten ihr Gutachten unter Einbezug der Akten, Erhebung der Anamnese und Durchführung einer internistischen, neurologischen und psychiatrischen Untersuchung und stellten folgende Diagnosen mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit (Urk. 2/26/1 S. 17):

1. mässig ausgeprägtes Lumbovertebralsyndrom bei radiologisch nachgewiesenen Spondylarthrosen L4 bis S1 und mässiggradige Diskopathie L4/L5 und L5/S1
2. rezidivierende depressive Störung gegenwärtig mittelgradig mit somatischen Symptomen (ICD-10 F33.11)
3. anamnestisch Persönlichkeitsstörung vom paranoiden Typ mit Borderline-Organisationsniveau (ICD-10 F60.0)
4. anhaltende somatoforme Schmerzstörung (ICD-10 F45-4).

Der psychiatrische Konsiliarius hielt fest, eine Reintegration sei höchst ungewiss, da die Krankheit des Versicherten doch schwerwiegend sei. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Integrationsbemühungen immer wieder Rückschläge erlitten oder ganz scheiterten. Der Versicherte leide an einer Symptomatik, von der er sich aus freiem Willen nicht befreien könne. Aggravation oder Simulation seien ausgeschlossen, da die diesbezüglichen Befunde fehlten. Seiner Schadenminderungspflicht komme der Versicherte insofern nach, als er sich in psychiatrische Behandlung begeben und die Medikamente offensichtlich einnehme (Urk. 2/26/1 S. 16).

In einer behinderungsangepassten Tätigkeit mit möglichst wechselnder Körperhaltung bestehe gemäss neurologischer und internistischer Beurteilung keine Beeinträchtigung der Arbeitsfähigkeit. Die heute gegebene Arbeitsunfähigkeit sei rein psychiatrisch begründet und deren Dauer nicht absehbar. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die vorliegende psychiatrische Symptomatik die Arbeitsfähigkeit (richtig wohl: Arbeitsunfähigkeit), entsprechend der Aktenlage, ab Beginn der stationären Behandlung in der Klinik E.____ und dem psychosozialen Konsilium am Spital S.____ vom 25. Februar 2005, mit 100 % bemessen werden müsse. In der Folge sei es nie zu einer Remission, auch nicht teilweise, gekommen. Die Situation habe sich eher verschlechtert bis hin zu Suizidalität und zum fürsorgerischen Freiheitsentzug. Vorher habe mit grosser Wahrscheinlichkeit aus psychiatrischer Sicht eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden, es könne dies aber aufgrund der Aktenlage nicht definitiv beurteilt werden (Urk. 2/26/1 S. 22).

3.3.2 Das A.____-Gutachten vom 21. November 2008 erfüllt die praxisgemässen Anforderungen an einen Arztbericht (vgl. vorstehend E. 3.2), da es für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis sämtlicher Vorakten abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet. Die darin gezogenen Schlussfolgerungen sind begründet und es wurde auch die Abweichung zur von Dr. P.____ vorgenommenen Beurteilung diskutiert (vgl. Urk. 2/26/1 S. 22 Ziff. 7.4).

3.4

3.4.1 Dr. P.____ konnte im Zeitpunkt seines Gutachtens keine die Arbeitsfähigkeit nennenswert einschränkende psychiatrische Erkrankung diagnostizieren. Insbesondere habe zum Untersuchungszeitpunkt keine so gravierende depressive Symptomatik vorgelegen, dass der Versicherte nicht einer seiner somatisch diagnostizierten Störungen berücksichtigende Tätigkeit nachgehen könne. Er habe zudem bis vor kurzem nie entsprechende psychiatrische Hilfe in Anspruch genommen. Gegen das Vorliegen einer Somatisierungsstörung spreche der Umstand, dass sich der Versicherte im Kollegenkreis ganz unauffällig zu bewegen scheine. Seine Persönlichkeit weise histrionische und unreife Züge auf. Aus psychiatrischer Sicht sei deshalb keine Arbeitsunfähigkeit mehr ausgewiesen (Urk. 2/33/57 S. 11 unten f.).

3.4.2 Das Gutachten von Dr. P.____ vermag den praxisgemässen Anforderungen an den Beweiswert einer Expertise nicht vollumfänglich zu genügen, wurde es doch in Unkenntnis der vollständigen Aktenlage erstellt: Dr. P.____ lag der Bericht des psychosozialen Konsiliums des Spital S.____ vom 25. Februar 2005 (Urk. 2/33/56), worin ein Verdacht auf Vorliegen einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung geäussert sowie das Vorliegen eines begleitenden depressiven Syndroms bestätigt wird (vgl. Urk. 2/33/56 S. 2), nicht vor. Auch die Berichte von Prof. Dr. med. E.____, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 26. April 2004 und 9. November 2004, sowie das rheumatologische Gutachten von Dr. med. F.____ vom 27. März 2006 (vgl. die Übersicht im A.____-Gutachten; Urk. 2/26/1 S. 6; vgl. auch Urk. 2/37/1-2), waren Dr. P.____ nach Lage der Akten nicht bekannt (vgl. Urk. 2/33/57 S. 3 f.). Damit erstellte Dr. P.____ sein Gutachten in Unkenntnis der Vorakten. Darüber hinaus unterliess es Dr. P.____, den behandelnden Psychiater Dr. med. G.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie (vgl. Urk. 2/33/57 S. 9), zu konsultieren. Und schliesslich leuchtet die von ihm vorgenommene Darlegung der medizinischen Zusammenhänge nicht restlos ein, stützte Dr. P.____ seine Beurteilung doch offenbar wesentlich auf die Auskunft eines Mitarbeiters der ehemaligen Arbeitgeberfirma des Versicherten, wonach dieser sich im Kollegenkreis völlig unauffällig bewege (vgl. Urk. 2/33/57 S. 11 in Verbindung mit S. 12).

3.5

3.5.1 Dr. M._____ bestätigte in seinem Bericht vom 19. August 2009 (Urk. 2/33/M8/2) den von den A.____-Ärzten dargelegten Umstand, dass beim Versicherten psychische Probleme im Vordergrund stünden. In früheren Berichten sei eine somatoforme Schmerzstörung an erster Stelle gestanden und die depressiven Begleitsymptome erst an zweiter. Sodann habe Dr. P._____ keine psychische Störung gefunden. Dr. M._____ äusserte seine Meinung, dass die anhaltende somatoforme Schmerzstörung im Vordergrund stehe und die Gründe hierfür in den psychosozialen Umständen lägen. Weiter sei die Diagnose einer Persönlichkeitsstörung vom paranoiden Typ auf Boderline-Niveau zu hinterfragen, welche Diagnose von den A.____-Ärzten übernommen und nicht aufgrund von eigenen Untersuchungsbefunden gestellt worden sei. In diesem Sinne erachtete er eine Arbeitsunfähigkeit schon in den Jahren 2005 und 2006 als nicht nachgewiesen (S. 2).

3.5.2 Das Aktengutachten von Dr. M._____ vermag den praxisgemässen Anforderungen (vgl. vorstehend E. 3.2) nicht zu genügen, fehlt es darin doch an der Erhebung eigener Untersuchungsbefunde und Berücksichtigung der geklagten Beschwerden und standen Dr. M._____ offenbar auch nicht die vollständigen Vorakten zur Verfügung.

3.6 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die vollständige Arbeitsunfähigkeit des Versicherten und somit der Schaden gestützt auf das A.____-Gutachten vom 21. November 2008 bereits am 25. Februar 2005 und nicht, wie von der Beklagten vertreten, am 2. November 2006 eintrat. Diese Einschätzung erfolgte wohl rückwirkend, indes unter Bezugnahme auf echtzeitliche Berichte, unter anderem des Spital S.____ (Urk. 2/33/56), und ist nachvollziehbar. Dem Versicherten war es demnach ab diesem Zeitpunkt nicht möglich, sich eine andere Arbeit zu suchen, weshalb eine Verletzung der Schadenminderungspflicht ausser Betracht fällt. Hingegen wurde eine vorherige, 50%ige Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischen Gründen lediglich als wahrscheinlich und nicht definitiv beurteilbar erachtet (vgl. Urk. 2/26/1 S. 22). Es ist jedoch zu beachten, dass die Beklagte bereits im Jahr 2004, infolge einer seit 21. Oktober 2003 bis Juli 2004 bestehenden Arbeitsunfähigkeit des Versicherten (vgl. Urk. 2/22/51 S. 1; Urk. 2/17/5) insgesamt 237 Taggelder an die damalige Arbeitgeberin des Versicherten geleistet hat (vgl. Urk. 2/17/2).

4.

4.1 Gemäss Freizügigkeitsversicherungspolice vom 22. Dezember 2004 (Urk. 2/2/4) vereinbarten die Parteien bei einem versicherten Jahreslohn von Fr. 60'640.-- die Ausrichtung eines Krankentaggeldes im Rahmen von 100 % des versicherten Lohns für 730 Tage abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen. Auf Seite 2 der Police findet sich der folgende Satz: „Der versicherte Jahreslohn basiert auf dem AHV-Lohn, mit Anrechnung Leistungen Dritter (Schadensversicherung).“ Als Erstbeginn wurde der 1. Januar 2005, als Ablauf der 31. Dezember 2005 festgesetzt (Urk. 2/2/4 S. 1). Vertragsgrundlage bildeten die AVB Ausgabe 05.2001 (Urk. 2/2/4 S. 3).

Gemäss Art. A3 Ziff. 2 der AVB 05.2001 ist der Vertrag für die in der Police aufgeführte Dauer abgeschlossen. Er verlängert sich am Ende dieser Dauer jeweils um ein Jahr, wenn keiner der Vertragspartner spätestens drei Monate vorher eine Kündigung erhalten hat. Ist der Vertrag für weniger als ein Jahr abgeschlossen, erlischt er an dem in der Police aufgeführten Tag.

Die Parteien haben nach Lage der Akten diesen Vertrag nicht gekündigt, so dass bis zur Vertragsänderung per 1. Januar 2007 die Police vom 22. Dezember 2004 und die dazugehörigen AVB Ausgabe 5/2001 Gültigkeit hatten. Nachdem der Schaden am 25. Februar 2005 eintrat, ist einzig diese Police massgeblich.

4.2 Gemäss Art. A6 Ziff. 1 der AVB 5/2001 gilt als Krankheit jede Gesundheitsstörung, die der Versicherte unfreiwillig erleidet, kein Unfall oder keine Unfallfolge ist und eine ärztliche Behandlung erfordert. Führt eine Krankheit voraussichtlich zu Leistungen, so hat der Anspruchsberechtigte dies der Versicherung auf dem dazu zur Verfügung gestellten Formular innert zwei Arbeitstagen mitzuteilen. Werden Verhaltenspflichten verletzt und wird dadurch die Feststellung oder das Ausmass der Krankheitsfolgen beeinflusst, kürzt die Versicherung ihre Leistungen entsprechend (Art. C3 Ziff. 1 und 4 AVB 5/2001).

4.3 Gestützt auf das A.____-Gutachten vom 21. November 2008 liegt ab 25. Februar 2005 eine Art. A6 Ziff. 1 der AVB 5/2001 entsprechende Krankheit vor. Da das Ausmass und der Beginn der Arbeitsunfähigkeit des Versicherten erst aufgrund des A.____-Gutachtens erkennbar wurde, war es dem Versicherten nicht möglich, seine Anspruchsberechtigung frist- und formgerecht mitzuteilen. Sofern darin überhaupt eine Verletzung einer Verhaltenspflicht im Krankheitsfall erblickt werden könnte - was nicht geltend gemacht wird -, wäre dadurch weder die Feststellung noch das Ausmass der Krankheitsfolgen beeinflusst worden, weshalb dem Versicherten wie auch der Beklagten diesbezüglich kein Nachteil entsteht.

4.4 Ist der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, bezahlt die Versicherung bei voller Arbeitsunfähigkeit das in der Police aufgeführte Taggeld (Art. B1 Ziff. 1 AVB 5/2001). Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt die in der Police aufgeführte Lohnsumme (Art. A10 Ziff. 1 AVB 5/2001). Für die versicherte Person wird gemäss Ziff. 2 dieser Bestimmung der Jahreslohn aufgrund einer Lohnbestätigung/Lohnausweis im Voraus fest vereinbart. Der vereinbarte Betrag muss jedoch dem mutmasslichen AHV-Jahreslohn entsprechen. Das daraus resultierende Taggeld gilt als Schadensversicherung.

4.5 Gemäss Police vom 22. Dezember 2004 wurde ein Jahreslohn von Fr. 60'640.-- zu 100 % versichert. Entsprechend Art. A10 Ziff. 2 AVB 5/2001 darf angenommen werden, dass die Höhe des versicherten Jahreslohns anhand eines Lohnausweises festgelegt und auch von der Beklagten als richtig

betrachtet wurde. Dies ist auf den Umstand zurückzuführen, dass arbeitslose Personen kraft gesetzlich vorgesehenem Übertrittsrecht (Art. 71 und 73 Abs. 2 KVG in Verbindung mit Art. 100 Abs. 2 VVG) gegen angemessene Prämienanpassung Anspruch auf Änderung ihrer bisherigen Taggeldversicherung in eine solche mit Leistungsbeginn ab dem 31. Tag unter Beibehaltung ihrer bisherigen Taggeldhöhe und ohne Berücksichtigung des Gesundheitszustandes im Zeitpunkt der Änderung haben (dazu Rudolf Luginbühl, Krankentaggeldversicherungen, Allgemeiner Überblick und aktuelle Probleme, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser [Hrsg.], Arbeitsunfähigkeit und Taggeld, St. Gallen 2010, S. 30 f.). Dementsprechend hat denn die Beklagte auch vom 3. März 2005 bis 14. April 2005 infolge 100%iger Arbeitsunfähigkeit des Versicherten 43 ungekürzte Taggelder à Fr. 166.13 geleistet (vgl. Urk. 2/12/34), was dem versicherten Jahreslohn von Fr. 60'640.-- entspricht (Fr. 60'640.-- : 365). Ab Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 25. Februar 2005 gab es zudem keinerlei Drittleistungen, die in die Berechnung der Taggeldhöhe hätten miteinbezogen werden müssen, diese entstanden frühestens mit der rückwirkend ab Juni 2006 erfolgten Zusprache einer Invalidenrente (Urk. 2/26/4).

Somit ist eine Kürzung von Taggeldern und eine rückwirkende Anpassung des versicherten Lohnes vorliegend nicht weiter zu prüfen. Nach Ablauf der gemäss Art. B2 AVB 05/2001 am 25. Februar 2005 beginnenden Wartefrist von 30 Tagen entstand aus der Police vom 22. Dezember 2004 für die Krankheit vom 25. Februar 2005 ab 27. März 2005 ein Anspruch auf ungekürzte Taggeldleistungen im Umfang von 700 Tagen (Urk. 2/2/4 S. 2), was beim vereinbarten, zu 100 % versicherten Lohn von Fr. 60'640.-- einer Taggeldhöhe von Fr. 166.13 entspricht.

5. Die vollständige Arbeitslosigkeit des Versicherten trat nach dem Gesagten am 25. Februar 2005 ein, womit er ab 27. März 2005 bis und mit 20. Mai 2006 Anspruch auf die verbleibenden 420 Taggelder hatte (vgl. vorstehend E. 4.5). Dementsprechend hatte er im hier massgeblichen und zu prüfenden Zeitraum vom 2. Dezember 2006 bis 31. Oktober 2008 keinen Anspruch auf Taggeldleistungen der Beklagten mehr. Dieser Ansicht ist im Übrigen auch die Klägerin (vgl. Urk. 6 S. 3 Ziff. 6). Dies führt zur Abweisung der Klage.

6. Gemäss § 34 Abs. 2 GSVGer steht den Versicherungsträgern und den Gemeinwesen der Anspruch auf eine Parteientschädigung nur zu, soweit er von anderen Gesetzen nicht ausgeschlossen ist. Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung stellt im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Regelung im vorliegend noch anwendbaren (vgl. Art. 404 Abs. 1 der Zivilprozessordnung, ZPO), bis Ende 2010 in Kraft gewesenen Art. 85 Abs. 3 VAG keine Vorschrift dar, welche den Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung ausschliesst, sondern ein solcher Anspruch besteht unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5 mit Hinweisen). Der Beklagten steht deshalb eine Parteientschädigung zu, welche sich nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens ohne Rücksicht auf den Streitwert bemisst und auf Fr. 4'300.-- (inkl. MWSt und Barauslagen) festzusetzen ist.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 4'300.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:
 - Rechtsanwalt Dr. Peter Stadler
 - Rechtsanwältin Tonia Villiger
 - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
5. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.-- liegt, kann gegen diesen Entscheid innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG).

Soweit keine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten.

Werden sowohl die zivilrechtliche Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG).

Die Fristen stehen während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).