

# Versicherungsgericht

3. Kammer

KANTON AARGAU

---

**VKL.2016.40 / pf / AW / BR**

Art. 177

**Urteil vom 28. November 2017**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichterin Plüss, Präsidentin  
                    Oberrichterin Gössi  
                    Oberrichterin Schircks Denzler  
                    Gerichtsschreiberin Wittwer

\_\_\_\_\_  
Kläger            **A.**  
                    vertreten durch lic. iur. Monica Armesto

\_\_\_\_\_  
Beklagte        **X. Versicherungen**

\_\_\_\_\_  
Streitberufene **Y. Versicherungen**

\_\_\_\_\_  
Gegenstand    Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach VVG

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

#### **1.1.**

Der Kläger war ab dem 1. Juli 2012 bei der Firma B. als Senior Project Manager angestellt und dabei bei der Streitberufenen kollektiv-krankentaggeldversichert. Am 26. November 2013 kündigte er seine Anstellung per 28. Februar 2014. Vom 12. Dezember 2013 bis am 2ff. Februar 2014 war er zu 100 % arbeitsunfähig.

#### **1.2.**

Am 1. März 2014 begann das neue Arbeitsverhältnis des Klägers als Project Manager bei der Firma C.; kollektiv-krankentaggeldversichert war er dabei bei der Beklagten. Seinen ersten Arbeitstag hatte er am 3. März 2014. Ab dem 14. März 2014 wurde ihm eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert (ausser im August 2014, da betrug sie 50 %). Per 31. Juli 2014 wurde dieses Arbeitsverhältnis beendet. Alsdann forderte der Kläger von der Beklagten Krankentaggelder, was diese jedoch ablehnte.

#### **1.3.**

Mit Klage vom 3. März 2015 beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau beantragte der Kläger, die Beklagte sei kostenfällig zu verpflichten, ihm Fr. 96'381.85 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 11. Dezember 2014 zu bezahlen. Die Mehrforderung bleibe ausdrücklich vorbehalten. Der Streitberufenen sei der Streit zu verkünden, sie sei zur Unterstützung des Klägers im vorliegenden Prozess aufzufordern und zum vorliegenden Prozess beizuladen. Mit Urteil vom 12. April 2016 wurde die Klage abgewiesen.

#### **1.4.**

Mit Urteil 4A\_327/2016 vom 27. September 2016 hiess das Bundesgericht die dagegen erhobene Beschwerde in Zivilsachen gut, hob das Urteil des Versicherungsgerichtes vom 12. April 2016 auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Versicherungsgericht zurück.

### **2**

#### **2.1.**

Mit Eingabe vom 29. November 2016 reichte der Kläger die Verfügung der IV-Stelle vom 18. November 2016 ein, mit welcher dem Kläger ab dem 1. Oktober 2014 eine Dreiviertelsrente und ab dem 1. Juni 2015 eine ganze Rente zugesprochen wurde.

#### **2.2.**

Mit Eingabe vom 17. März 2017 reichte der Kläger eine durch beide Parteien am 15. März 2017 unterzeichnete Vergleichsvereinbarung ein - wo-

rin er sich unter anderem verpflichtet hat, die Klage zurückzuziehen - und stellte dem Gericht den Antrag, es sei das Klageverfahren als durch Vergleich erledigt abzuschreiben.

**2.3.**

Mit Verfügung vom 18. April 2017 wurde die Beklagte aufgefordert mitzuteilen, ob das Verfahren infolge Vergleichs als erledigt von der Kontrolle abgeschrieben werden könne.

**2.4.**

Mit Eingabe vom 3. Mai 2017 wies die Beklagte darauf hin, dass die Parteien vereinbart hätten, der Kläger solle die Klage zurückziehen. Das Verfahren sei daher als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

**2.5.**

Mit Schreiben vom 10. Mai 2017 erläuterte die Instruktionsrichterin der Beklagten die Kostenfolge einer Abschreibung des Verfahrens infolge Vergleiches und wies darauf hin, dass die Kosten entsprechend der Vergleichsvereinbarung vom 15. März 2017 auferlegt würden. Die Beklagte wurde sodann erneut aufgefordert mitzuteilen, ob das Verfahren infolge Vergleichs als erledigt von der Kontrolle abgeschrieben werden könne.

**2.6.**

Mit Eingabe vom 15. Mai 2017 wies die Beklagte erneut darauf hin, dass die Parteien vereinbart hätten, der Kläger solle die Klage zurückziehen. Andernfalls gelte der Vergleich als nicht erfüllt. Das Gericht werde ersucht, mit dem Kläger Kontakt aufzunehmen und gegebenenfalls das Verfahren weiterzuführen und durch Urteil im Rahmen der Parteianträge zu entscheiden.

**2.7.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 16. Mai 2017 wurde der Kläger aufgefordert mitzuteilen, ob er die Klage zurückziehe.

**2.8.**

Mit Eingabe vom 20. Juni 2017 teilte der Kläger mit, dass er an der Klage festhalte.

---

**Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Versicherungsgericht ging in seinem Urteil VKL.2015.15 vom 12. April 2016 davon aus, dass die Beklagte keine Leistungen ausrichten müsse, weil zum Zeitpunkt ihres Versicherungsverhältnisses das versicherte Ereignis bereits eingetreten sei. Zudem könne der Kläger keine

Leistungen aus dem Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeldversicherern vom 1. Januar 2006 (FZA) ableiten, weil dieses gegen das zwingend geltende Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG verstosse.

Das Bundesgericht hob diesen Entscheid mit Urteil 4A\_327/2016 (publiziert in BGE 142 III 767) vom 27. September 2016 auf und wies die Sache zu neuer Beurteilung an das Versicherungsgericht zurück. Inhaltlich brachte es zusammengefasst vor, das FZA verstosse nicht gegen das Rückwärtsversicherungsverbot. Der Kläger habe daher gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB; Klagebeilage [KB] 9) i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 4 FZA Anspruch darauf, dass die Beklagte ihm gegenüber Nachhaftungsleistungen zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrages und beschränkt auf dessen Leistungsdauer erbringe (Urteil des Bundesgerichts 4A\_327/2016 vom 27. September 2016 E 7.2).

## **2.**

### **2.1.**

Zu beurteilen ist die Leistungspflicht aus einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, welche unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung fällt. Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 KVAG dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (Urteil des Bundesgerichts 4A\_443/2016 vom 17. Oktober 2016 E 1).

### **2.2.**

In Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO hat das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen festzustellen (Art. 247 Abs. 2 ZPO). Es handelt sich dabei um die beschränkte bzw. abgeschwächte Untersuchungsmaxime (la maxime inquisitoire simple), die von Lehre und Rechtsprechung auch als soziale Untersuchungsmaxime bezeichnet wird. Sie bezweckt, die schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien zu garantieren und das Verfahren zu beschleunigen. Nach dem Willen des Gesetzgebers obliegt dem Gericht bei der sozialen Untersuchungsmaxime einzig eine verstärkte Fragepflicht. Wie im Rahmen der Verhandlungsmaxime, die im ordentlichen Verfahren anwendbar ist, haben die Parteien dem Gericht den Sachverhalt zu unterbreiten. Das Gericht hilft ihnen lediglich durch sachgemässe Fragen, damit die notwendigen Behauptungen aufgestellt und die dazugehörigen Beweismittel bezeichnet werden. Es stellt aber keine eigenen Ermittlungen an. Wenn die Parteien durch einen Anwalt vertreten sind, darf und soll sich das Gericht, wie im ordentlichen Verfahren, zurückhalten (BGE 141 III 569 E 2.3.1 S. 575). Das Gericht ist nicht verpflichtet, die Akten von sich aus zu durchforsten, um Beweismittel

zugunsten einer Partei zu suchen (BGE 141 III 569 E. 2.3.2 S. 576 mit Hinweisen).

### 2.3.

Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechts hindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Daran ändert nichts, dass die Versicherung zunächst Taggelder ausbezahlt hat; macht sie geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2 mit Hinweis auf BGE 141 III 241 E. 3.1 S. 242f.).

Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

### 2.4.

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis (lit. a), Urkunde (lit. b), Augenschein (lit. c), Gutachten (lit. d), schriftliche Auskunft (lit. e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel (BGE 141 III 433 E. 2.5.1 S. 436). Ein Privatgutachten stellt kein Beweismittel, sondern eine blosser Parteibehauptung dar (BGE 141 III 433 E. 2.6 S. 437 f.). Weiter stellen auch Arztzeugnisse, fachärztliche Berichte und dergleichen beweisrechtlich betrachtet blosser Parteigutachten dar, welche bloss als Bestandteil der Parteivorbringen und nicht als eigentliche Beweismittel gelten (BGE 140 III 16 E. 2.5 S. 24; BGE 140 III 24 E. 3.3.3 S. 29).

## **2.5.**

Dabei ist zu beachten, dass nur Tatsachenbehauptungen bewiesen werden müssen, die ausdrücklich bestritten sind. Bestreitungen sind so konkret zu halten, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden. Die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss. Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst insofern den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung. Je detaillierter einzelne Tatsachen eines gesamten Sachverhalts behauptet werden, desto konkreter muss die Gegenpartei erklären, welche dieser einzelnen Tatsachen sie bestreitet. Je detaillierter mithin ein Parteivortrag ist, desto höher sind die Anforderungen an eine substanziierte Bestreitung. Diese sind zwar tiefer als die Anforderungen an die Substanziierung einer Behauptung; pauschale Bestreitungen reichen indessen nicht aus. Erforderlich ist eine klare Äusserung, dass der Wahrheitsgehalt einer bestimmten und konkreten gegnerischen Behauptung infrage gestellt wird. Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substanziiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht. Die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substanziiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substanziiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen. Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (vgl. zum Ganzen: BGE 141 III 433 E 2.6 S. 437 mit Hinweisen).

## **3.**

### **3.1.**

Der Kläger bringt in sachverhaltlicher Hinsicht im Wesentlichen vor, dass er ab dem 1. Juli 2012 bei der Firma B. angestellt und dabei bei der Streitberufenen krankentaggeldversichert gewesen sei. Durch den psychischen Stress an seinem Arbeitsplatz habe sein Asthma zu exazerbieren gedroht, weshalb er (am 26. November 2013) die Arbeitsstelle gekündigt habe (Klage, Rz. 11). Da die Kündigung nicht gerade zur Entspannung der Situation am Arbeitsplatz beigetragen habe, sei das Asthma kurz danach tatsächlich exazerbiert, weshalb ihn sein Hausarzt ab dem 12. Dezember 2013 bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses am 28. Februar 2014 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben habe. Diese Arbeitsunfähigkeit habe aber nur für die bisherige Tätigkeit bei der Firma B. - und nicht für eine andere Arbeitsstelle mit einem unbelasteten Arbeitsklima - gegolten (Klage, Rz. 12).

Ab dem 1. März 2014 sei er wieder arbeitsfähig gewesen (Klage, Rz.13). Am 3. März 2014 habe er seine neue Arbeitsstelle bei der Firma C. angetreten und sei dabei bei der Beklagten krankentaggeldversichert gewesen (Klage, Rz 2). Bis am 13. März 2014 habe er ohne Einschränkungen gearbeitet. Leider habe sich an der neuen Arbeitsstelle bereits nach sehr kurzer Zeit gezeigt, dass einige dem Kläger bei Vertragsabschluss mündlich zugesicherte Arbeitsbedingungen - wie namentlich das Wochenarbeitspensum und der Arbeitsort - doch nicht hätten eingehalten werden können. Dieser psychische Druck habe zur gänzlichen Dekompensation des schweren Asthmas des Klägers geführt. Sein behandelnder Pneumologe, Dr. med. D., habe ihm daher ab dem 14. März 2014 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert, welche bis heute andauere. Lediglich im Monat August 2014 sei ihm eine niedrigere Arbeitsunfähigkeit von 50 % attestiert worden (Klage, Rz 13). Die Firma C. habe ihm sodann bis zur Auflösung des Arbeitsverhältnisses am 31. Juli 2014 den ungekürzten Lohn überwiesen (Klage, Rz 22).

Wie sich aus der am 29. November 2016 im Sinne eines Novums eingereichten Verfügung der IV vom 18. November 2016 ergebe, sei auch die IV-Stelle bei der Bestimmung der Rentenansprüche des Klägers im massgebenden Zeitraum von der in Rz 22 der Klage dargelegten Arbeitsunfähigkeit ausgegangen.

### 3.2.

Die Beklagte bringt dagegen vor, dass der Kläger seit frühester Kindheit an einem schweren Asthma bronchiale leide, welches immer wieder zu Arbeitsunfähigkeiten geführt habe. Diese Tatsache sei bei der Invalidenversicherung seit dem Jahre 2010 bekannt. Dr. med. D., welcher den Kläger seit Jahren behandle, habe bereits im Jahr 2010 ausdrücklich geschrieben, dass lediglich eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bestehe. Aus den IV-Akten gehe hervor, dass der Kläger spätestens seit 2010 teilinvalid sei, sich aber diese Tatsache nicht eingestehen wolle, sich beruflich überschätze und immer wieder verschiedene Anstellungen suche, die er krankheitsbedingt aufgeben müsse (Klageantwort, Rz 1). Da der Kläger bereits seit dem 12. Dezember 2013 ununterbrochen zu 100 % arbeitsunfähig gewesen und kurz nach Arbeitsaufnahme am 3. März 2014 von seinem Arzt als nicht voll arbeitsfähig eingestuft worden sei, habe eine Arbeitsfähigkeit, welche zur Begründung der Versicherung und zur Leistungspflicht der Beklagten führen würde, am 3. März 2014 nicht vorgelegen. Zudem sei der Kläger aufgrund des schweren Asthmas seit mindestens 2010 teilinvalid und nur zu höchstens 50 % arbeitsfähig, weshalb die Beklagte aufgrund von Art. 9 VVG (Rückwärtsversicherungsverbot) nicht leisten könne.

#### 4.

##### 4.1.

Nach Art. 9 VVG ist ein Versicherungsvertrag u.a. dann nichtig, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten war. Dabei handelt es sich um eine zwingend geltende Vorschrift (Art. 97 Abs. 1 VVG; BGE 127 III 21 E 3b/bb in fine; Urteil des Bundesgerichts 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 E 2.1.2). Die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, muss sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen; ist dieses bereits eingetreten, ist eine künftige Verwirklichung der Gefahr nicht möglich. Eine sogenannte Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, ist unzulässig, unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt. Ob die Vertragsparteien vom Eintritt des Ereignisses bei Vertragsschluss Kenntnis hatten, ist unerheblich (BGE 127 III 21 E 2b/aa S. 23 f.)

##### 4.2.

Mit Blick auf die Krankenversicherung, bei der die versicherte Gefahr in der Erkrankung der versicherten Person besteht, erkannte das Bundesgericht, das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit sei juristisch nicht als selbständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG (BGE 127 III 21 E 2b S. 23 ff.; Urteil des Bundesgerichts 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E 2.1.2.).

In einer späteren Entscheidung hat das Bundesgericht die zitierte Rechtsprechung jedoch relativiert. Es sah in Bezug auf eine Versicherung gegen krankheitsbedingten Erwerbsausfall die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 9 VVG nicht als gegeben, soweit die Krankheit bis zum Vertragsschluss nie zu einer krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit geführt hat (Urteil des Bundesgerichts 4A\_535/2015 vom 1. Juni 2016 E 5.2 mit Hinweis auf BGE 136 III 334 E 3 S. 340).

##### 4.3.

Das Bundesgericht hielt mit Urteil 4A\_327/2016 vom 27. September 2016 fest, es sei nicht mehr strittig, dass es sich bei der Arbeitsunfähigkeit ab 14. März 2014 um einen Rückfall zum Krankheitsfall resp. zur Arbeitsunfähigkeit vom 12. Dezember 2013 bis 28. Februar 2014 handle. Das FZA verstosse nicht gegen das Rückwärtsversicherungsverbot in Art. 9 VVG. Der Kläger habe daher gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a AVB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 4 FZA Anspruch darauf, dass die Beklagte ihm gegenüber Nachhaftungsleistungen zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrages und beschränkt auf dessen Leistungsdauer erbringe (vgl. E 7.2 des erwähnten Urteils).

#### **4.4.**

Grundidee des FZA ist die Übernahme eines laufenden Schadenfalles bzw. eines Rückfalles vom neuen Versicherer, um hohe administrative Aufwendungen und unnötige Härten für den Versicherten zu vermeiden (Ingress Abs. 3 FZA). Damit der neue Versicherer jedoch überhaupt eine Leistungspflicht übernehmen kann, muss diese folgerichtig bereits beim bisherigen Versicherer bestanden haben. Es ist nicht Sinn und Zweck des FZA, dass der neue Versicherer Leistungen zu übernehmen hat, welche der bisherige Versicherer von Gesetzes wegen nicht hätte ausrichten dürfen. Der blosser Umstand, dass die Streitberufene Leistungen ausgerichtet hat, bindet die Beklagte nicht. Es ist damit zunächst zu klären, ob die Streitberufene überhaupt Leistungen hätte an den Kläger ausrichten dürfen. Sollte die Streitberufene keine Leistungspflicht treffen, könnte die Beklagte auch keine solche übernehmen.

#### **4.5.**

Mit Blick auf das Rückwärtsversicherungsverbot in Art. 9 VVG (vgl. E 4.1 hievore) stellt sich damit insbesondere die Frage, ob das befürchtete Ereignis bei Vertragsabschluss mit der Streitberufenen - d.h. zum Zeitpunkt des Arbeitsantritts des Klägers bei der Firma B. am 1. Juli 2012 - bereits eingetreten war.

### **5.**

#### **5.1.**

Die Diagnose eines schweren Asthma bronchiale war zum Zeitpunkt des Arbeitsantrittes des Klägers bei der Firma B. am 1. Juli 2012 bereits gestellt worden und sie war dem Kläger bekannt. So ist unbestritten, dass der Kläger seit seiner frühen Kindheit an einem schweren Asthma bronchiale leidet, welches in der Jugend zu einigen lebensgefährlichen Exazerbationen geführt hat (Klage, Rz. 8). Dieser Umstand alleine führt - entgegen der Ansicht der Beklagten (Klageantwort, S. 4 f.; Duplik, S. 2) - jedoch noch nicht dazu, dass das befürchtete Ereignis bereits als eingetreten gilt. Vielmehr muss die Krankheit gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung bereits zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit geführt haben (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_535/2015 vom 1. Juni 2016 E 5.2 m.w.H.; siehe auch E 4.2 hievore). Zu prüfen ist daher, ob das beim Kläger bestehende schwere Asthma bronchiale vor dem 1. Juli 2012 bereits zu einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit geführt hat. Die Beweislast für diese rechtshindernde Tatsache trägt dabei die Beklagte (vgl. E. 2.3 hievore).

#### **5.2.**

##### **5.2.1.**

Die Beklagte bringt diesbezüglich vor, der Kläger sei gemäss seines behandelnden Arztes, Dr. med. D., aufgrund seiner Asthmaerkrankung

seit mindestens 2010 teilinvalid und höchstens noch zu 50 % arbeitsfähig (Klageantwort, S. 4 f.; Duplik, S. 2; vgl. auch E 3.2 hievor).

### 5.2.2.

Der Kläger bestreitet die Behauptung der Beklagten, wonach er spätestens seit 2010 teilinvalid sei (Replik, Rz 5). Dass dies unzutreffend sei, ergebe sich einerseits aus der ablehnenden Verfügung der IV-Stelle des Kantons Zürich vom 5. Juni 2012 (RB 1) und andererseits aus der Tatsache, dass er in den letzten drei Jahren vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im Dezember 2013 im Rahmen von zwei Anstellungsverhältnissen mit einem vollen Arbeitspensum gearbeitet und auch einen entsprechenden Lohn erzielt habe (Replik, Rz 6). Er sei nie wegen des Asthmas invalid gewesen und habe im Rahmen des letzten Arbeitsvertrages stets seine volle Arbeitsleistung erbracht. Die Streitberufene habe im Wissen um die seit der Kindheit bestehende Asthmaerkrankung die Krankentaggelder erbracht. Aus der Krankengeschichte des behandelnden Pneumologen, Dr. med. D., ergebe sich, dass im Zeitraum von August 2010 bis März 2012 keinerlei Konsultationen wegen des Asthmas erfolgt seien. Eine Konsultation im Juli 2011 habe einen Bizepsabriss betroffen und daher nicht mit dem Asthma in Zusammenhang gestanden. Dem Verlaufseintrag vom 11. Juli 2011 könne entnommen werden, dass es dem Kläger gut gegangen sei und er 100 % gearbeitet habe. Auch die übrigen Konsultationen bis Januar 2014 hätten ein stabiles Geschehen ergeben und Dr. med. D. habe keine Arbeitsunfähigkeit attestiert (Replik, Rz 8).

### 5.3.

Soweit sich die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptung auf die Rechtsprechung gemäss BGE 127 III 21 stützen will (vgl. Klageantwort, S. 4 f., Duplik, S. 2) ist dies unbehelflich, zumal diese Rechtsprechung - wie unter vorstehender E 4.2 dargelegt - dahingehend relativiert wurde, dass nicht der (hier unbestrittenermassen bereits vor dem 1. Juli 2012 erfolgte) Eintritt der Krankheit an sich, sondern erst der Eintritt einer durch sie bewirkten Arbeitsunfähigkeit massgebend ist. Im Übrigen haben die von der Beklagten zum vorliegend relevanten Beweisthema (Eintritt einer krankheits- bzw. asthmabedingten Arbeitsunfähigkeit vor dem 1. Juli 2012) aufgestellten Behauptungen zwar als besonders substanziiert zu gelten, da ihnen Stellungnahmen des behandelnden Facharztes (Klageantwortbeilagen [AB] A, 8 und 9) als Parteigutachten zugrunde liegen. Allerdings werden diese Behauptungen der Beklagten durch den Kläger (mitunter gestützt auf Einträge von Dr. med. D. in der Krankenakte des Klägers [KB 19]) substanziiert bestritten, weshalb sie nicht als erwiesen erachtet werden können (vgl. E 2.5 und 5.2.2 hievor). Schliesslich ist festzuhalten, dass der pauschale Verweis der Beklagten auf die "klaren IV-Akten" (Klageantwort, S. 3 in fine) nicht geeignet ist, die von ihr behaupteten anspruchshindernden Tatsachen zu beweisen, da es nicht Aufgabe des Gerichts ist, die Akten von sich aus zu durchforsten, um abzuklären, was

sich daraus zu Gunsten der Partei, die das Beweismittel eingereicht hat, herleiten liesse (Urteil des Bundesgerichts 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2.6.1; siehe auch E. 2.2 hievor).

#### 5.4.

Die soziale Untersuchungsmaxime (vgl. E. 2.2 hievor) ändert nichts an der formellen Beweislast. Im Fall der Beweislosigkeit fällt daher der Entschied zu Ungunsten jener Partei aus, welche aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableitet (BGE 116 V 136 E 4b S. 140; BERND HAUCK, in: ZPO Kommentar, N 37 zu Art. 247 ZPO). Bezüglich der Frage, ob das befürchtete Ereignis (krankheits- bzw. asthmabedingte Arbeitsunfähigkeit) bereits vor dem 1. Juli 2012 eingetreten war, besteht nach dem Dargelegten der Zustand der Beweislosigkeit, welcher sich zu lasten der beweisbelasteten Partei, vorliegend der Beklagten, auswirkt.

#### 6.

##### 6.1.

Nach dem Gesagten gelangt das Rückwärtsversicherungsverbot gemäss Art. 9 VVG vorliegend nicht zur Anwendung. Die Streitberufene hat dem Kläger somit zu Recht Taggelderleistungen erbracht. Die Beklagte hat gegenüber dem Kläger folglich gestützt auf Art. 9 Abs. 1 lit. a AVB i.V.m. Art. 4 Abs. 2 und 4 FZA Nachhaftungsleistungen zu den Bedingungen des alten Versicherungsvertrages und beschränkt auf dessen Leistungsdauer zu erbringen (vgl. E. 4.3 hievor). Es bleibt damit zu prüfen, in welchem Umfang die Beklagte dem Kläger nach Massgabe des Versicherungsvertrages mit der Streitberufenen Taggelder schuldet.

##### 6.2.

Der Kläger macht hierzu geltend, gemäss Ziff. 11.1 der Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen für die Kollektiv-Krankenversicherung Lohnausfall (KB 25) sei die Berechnungsgrundlage für das Taggeld der bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit vom deklarierten Betrieb bezogene AHV-Lohn zuzüglich Familienzulagen, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Anspruch bestehe. Der Taggeldansatz werde bestimmt, indem dieser Betrag durch 365 geteilt werde. Gemäss dem Arbeitsvertrag mit der Firma B. vom 26. März 2012 (KB 26) habe das Jahreszielsalär Fr. 138'000.00 betragen. Somit betrage das Taggeld gemäss dem mit der Streitberufenen abgeschlossenen Versicherungsvertrag Fr. 378.10. Für den Zeitraum vom 1. bis 31. August 2014 (31 Tage) sei daher entsprechend dem Arbeitsunfähigkeitsgrad von 50 % von einem Taggeldansatz von Fr. 189.05 auszugehen, was einem Betrag von Fr. 5'860.25 [recte: Fr. 5'860.55] entspreche (31 Tage x Fr. 189.05). Vom 1. September 2014 bis 22. April 2015 (234 Tage) betrage der Taggeldansatz entsprechend einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % Fr. 378.10, was einem Teilbetrag von Fr. 88'475.40 entspreche (234 Tage x Fr. 378.10). Insgesamt betrage der dem Kläger

geschuldete Betrag somit Fr. 94'335.65 [recte: Fr. 94'335.95] (Fr. 5'860.25 [recte: Fr. 5'860.55] + Fr. 88'475.40). Dieser Betrag sei ab dem mittleren Verfall (11. Dezember 2014; vgl. Antragsziffer 1) mit 5 % zu verzinsen (Klage, Rz 23).

### 6.3.

#### 6.3.1.

Die Beklagte bestreitet in der Duplik (S. 2 f.) den Grad der Arbeitsunfähigkeit im hier relevanten Zeitraum (1. August 2014 bis 22. April 2015) mit der Begründung, der Kläger wäre gestützt auf ihre AVB gehalten gewesen, sich eine leidensangepasste Tätigkeit zu suchen. Dieses Vorbringen zielt ins Leere, zumal es vorliegend um den Anspruch des Klägers auf Nachhaftungsleistungen geht, welche ausschliesslich nach dem Versicherungsvertrag mit der Streitberufenen und deren Allgemeinen Bedingungen - nicht aber der AVB der Beklagten - zu beurteilen sind (vgl. E 6.1 hier vor). Dass im Zusammenhang mit Leistungen nach dem alten Versicherungsvertrag mit der Streitberufenen ein Tätigkeitswechsel geboten gewesen wäre, wird von der Beklagten nicht behauptet.

#### 6.3.2.

Im Weiteren hält die Beklagte fest, die Tatsache, dass die IV eine Rente abgelehnt habe, spreche ebenfalls gegen eine Arbeitsunfähigkeit, da andernfalls bei solch behaupteter Arbeitsunfähigkeit ab 12. Dezember 2013 spätestens ein Jahr später die IV leistungspflichtig werden würde, wenn tatsächlich eine Arbeitsunfähigkeit weiterbestünde. Der Entscheid der IV präjudiziere insofern den Entscheid der Krankentaggeldversicherung in Bezug auf die Arbeitsfähigkeit (Duplik, S. 3). Die Beklagte erklärt damit, an den Entscheid der IV-Stelle hinsichtlich Arbeits(un)fähigkeit gebunden zu sein bzw. eine von der IV-Stelle für die Zeit ab 12. Dezember 2013 festgestellte Arbeitsunfähigkeit anzuerkennen.

Gemäss der zu einem späteren Zeitpunkt vom Kläger eingereichten Verfügung der IV-Stelle des Kantons Aargau vom 18. November 2016 (siehe Eingabe des Klägers vom 29. November 2016) geht die IV-Stelle von einer Arbeitsunfähigkeit in der (vorliegend relevanten) bisherigen Tätigkeit von 100 % seit Oktober 2013 (bzw. spätestens ab Anfang 2014) und somit auch für den vorliegend relevanten Zeitraum vom 1. August 2014 bis 22. April 2015 aus. Daran will die Beklagte nach ihren eigenen Ausführungen grundsätzlich gebunden sein. Allerdings macht der Kläger für den Monat August 2014 lediglich eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit geltend (vgl. Klage, Rz 13, 22), worauf er zu beharren ist. Vom 1. September 2014 bis 22. April 2015 ist alsdann von der durch die IV-Stelle festgestellten und daher von der Beklagten anerkannten Arbeitsunfähigkeit (in der angestammten Tätigkeit) von 100 % auszugehen.

### 6.3.3.

In Bezug auf den vereinbarten Lohn bestreitet die Beklagte, dass dieser als Grundlage für die Taggeldberechnung dienen könne, da eine Arbeitsfähigkeit gemäss den behandelnden Ärzten im Rahmen des Anstellungsgrades gar nie bestanden habe (Duplik, S. 3). Sie stützt sich dabei auf die von ihr im Zusammenhang mit dem Rückwärtsversicherungsverbot vorgebrachten Argumente, wonach der Kläger gemäss Dr. med. D. seit mindestens 2010 nur zu 50 % arbeitsfähig sei (vgl. E. 5.2.1 sowie Duplik, S. 2). Hierzu ist anzumerken, dass eine asthmabedingte Arbeitsunfähigkeit bis zum Eintritt in das Arbeitsverhältnis mit der Firma B. am 1. Juli 2012, wie unter vorstehenden E. 5.3 und 5.4 dargelegt, gerade nicht erstellt ist. Ausserdem hält auch die IV-Stelle in ihrer Verfügung vom 18. November 2016 (vgl. Eingabe des Klägers vom 29. November 2016) fest, dass von einer (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit (erst) ab Oktober 2013 auszugehen sei, wobei die Beklagte auf die Feststellungen der IV-Stelle hinsichtlich Arbeitsfähigkeit abstellen möchte (vgl. E. 6.3.2 hievore). Es ist demnach mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der vom Kläger bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit von der Firma B. bezogene AHV-Lohn hochgerechnet auf ein volles Jahr dem der Taggeldberechnung zugrunde gelegten Jahreslohn in Höhe von Fr. 138'000.00 entspricht, womit der Kläger diesen Lohn gemäss Ziff. 11. 1 der Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen (KB 25) korrekterweise als Berechnungsgrundlage für das Taggeld heranzieht.

### 6.3.4.

Soweit die Beklagte den Leistungsanspruch des Klägers schliesslich gestützt auf eine Verletzung der Schadenminderungspflicht infolge Nichtanmeldung bei der IV verneinen will (Klageantwort, S. 5), kann dem nicht gefolgt werden, anerkennt die Beklagte in der Duplik (S. 2) doch ausdrücklich, dass sich der Kläger mehrfach bei der IV-Stelle zum Leistungsbezug angemeldet habe (siehe auch die vom Kläger eingereichte Verfügung der IV-Stelle Zürich vom 5. Juni 2012 in Replikbeilage [RB] 1 sowie die mit Eingabe vom 29. November 2016 eingereichte Verfügung der IV-Stelle Aargau vom 18. November 2016).

### 6.3.5.

Zu den Einzelheiten der vom Kläger angestellten Berechnungen der gemäss dem Versicherungsvertrag mit der Streitberufenen für den geltend gemachten Zeitraum vom 1. August 2014 bis 22. April 2015 geschuldeten Taggeldleistungen (vgl. Klage, Rz. 23, sowie E. 6.2 hievore) äussert sich die Beklagte nicht, womit die Berechnungen des Klägers als anerkannt gelten. Es ergeben sich denn auch mit Blick auf die Vorgaben gemäss den Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen (KB 25) grundsätzlich keine Anhaltspunkte, wonach diese Berechnungen zu beanstanden wären. Insbesondere wird auch die maximale Leistungsdauer von 730 Tagen

(abzüglich Wartefrist; vgl. Ziff. 12.1 der Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen [KB 25]) nicht überschritten, zumal die Streitberufene bis anhin vom 12. Dezember 2013 bis zum 28. Februar 2014 während höchstens 79 Tagen Leistungen entrichtet hat und der Kläger vorliegend für einen Zeitraum von 265 Tagen (vgl. E 6.2) Leistungen geltend macht.

#### 6.4.

Nach dem Dargelegten ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Kläger im vorliegend relevanten Zeitraum vom 1. August 2014 bis 22. April 2015 Anspruch hat auf Nachhaftungsleistungen gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % im August 2014 und eine solche von 100 % vom 1. September 2014 bis 22. April 2015 sowie auf Grundlage eines Jahreslohnes von Fr. 138'000.00 gemäss Ziff. 11.1 der Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen (KB 25), wobei für die Höhe des Taggeldanspruches auf die Berechnungen in Rz. 23 der Klageschrift bzw. (aufgrund eines Verschreibers) auf jene in vorstehender E 6.2 abzustellen ist. Der Kläger hat demnach Anspruch auf Taggeldleistungen in Höhe von Fr. 94'335.95 (vgl. E 6.2 hievör).

#### 7.

##### 7.1.

Der Kläger verlangt einen Verzugszins von 5 % ab dem mittleren Verfall (Klage, Rz. 23), d.h. ab 11. Dezember 2014 (vgl. Antragsziffer 1).

##### 7.2.

Gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG wird eine Versicherungsleistung nach Ablauf von vier Wochen nach dem Zeitpunkt, an welchem der Versicherung alle Angaben vorliegen, um sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen zu können, fällig. Fälligkeit tritt sofort ein, wenn nach Klärung der Anspruchs begründung der Versicherer den Versicherungsanspruch anerkennt oder seine Leistungspflicht zu Unrecht bestreitet (JÜRIG NEF, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 16 zu Art. 41 VVG; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, Rz. 293).

Da die Allgemeinen Bedingungen der Streitberufenen (KB 25) und das Versicherungsvertragsgesetz keine Vorschriften zum Verzugszins enthalten, finden die Art. 102 ff. OR Anwendung (Art. 100 Abs. 1 VVG). Nach Art. 102 Abs. 1 OR wird, wenn eine Verbindlichkeit fällig ist, der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt. Wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde, kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Art. 102 Abs. 2 OR). Lehnt ein Versicherer zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung des Versicherten. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein, und eine Deliberationsfrist wird überflüssig, wenn sie nicht schon abgelaufen ist (NEF, a.a.O., N. 20 zu Art. 41 VVG). Denn diesfalls erklärt der

Schuldner unmissverständlich, dass er nicht leisten werde, weshalb sich eine Mahnung als überflüssig erweisen würde. Der Gläubiger kann daher analog Art. 108 Ziff. 1 OR auf sie verzichten. Dies gilt auch dann, wenn die eindeutige und definitive Verweigerungserklärung schon vor Fälligkeit der Forderung abgegeben wurde (antizipierter Vertragsbruch; WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 11 zu Art. 102 OR m.w.H.; vgl. auch GROLIMUND/MILLARD, in: Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, 2012, ad N. 20 zu Art. 41 VVG mit Hinweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2005.00009 vom 27. März 2006 E. 8.2 ff.; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 297).

Ein Schuldner, welcher mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, hat einen Verzugszins von 5 % zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Bei einer sich aus mehreren betragsmässig gleichen Prämien zusammengesetzten Forderung kann vom mittleren Verfall ausgegangen werden (Urteil des Bundesgerichts 9C\_777/2010 vom 15. Juni 2011 E. 5.1; BGE 131 III 12 E. 9.5 S. 25).

### 7.3.

Dass vorliegend ein Verfalltag vereinbart worden wäre, lässt sich den Akten nicht entnehmen und wird vom Kläger auch nicht geltend gemacht. Mangels Verfalltags ist daher grundsätzlich von einem Mahngeschäft auszugehen (Art. 102 Abs. 1 OR). Mit Schreiben vom 7. Juli 2014 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass die Krankentaggeldversicherung zwischen ihr und dem Kläger nicht zustande gekommen sei, weshalb sie die kompletten Leistungsauszahlungen bei der Firma C. zurückfordern werde (KB 7). Mit Schreiben vom 22. September 2014 bestätigte die Beklagte, dass die Versicherungsdeckung nicht in Kraft getreten sei und kein Anspruch auf Leistungen bestehe (KB 8). Die Beklagte erklärte damit bereits am 7. Juli 2014 - vor Eintritt der Fälligkeit der Forderung - unmissverständlich, dass sie nicht leisten werde, weshalb Fälligkeit und Verzug vorliegend bereits ab 1. August 2014 einsetzten (vgl. E. 7.2 hier vor). Bei Abstellen auf den mittleren Verfall ergibt sich damit eine Verzugszinspflicht ab 11. Dezember 2014. Für die Taggeldleistungen vom 1. August 2014 bis 22. April 2015 fordert der Kläger daher zu Recht einen Verzugszins von 5 % seit dem mittleren Verfall, d.h. ab dem 11. Dezember 2014.

## 8.

### 8.1.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

8.2.

8.2.1.

Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, zu welchen die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

8.2.2.

Mit seinem Klagebegehren beantragt der Kläger die Zahlung von Taggeldern in der Höhe von Fr. 96'381.85 (vgl. Antragsziffer 1). Mit der Zusprache von Taggeldern in der Höhe von Fr. 94'335.95 obsiegt er überwiegend. Die Beklagte hat dem Kläger deshalb seine Parteikosten zu ersetzen.

Ausgehend vom Streitwert von Fr. 96'381.85, im Hinblick auf die Bedeutung und Schwierigkeit des Falles und unter Berücksichtigung des mutmasslichen Aufwands des Rechtsvertreters des Klägers ist von einer Entschädigung im Umfang von Fr. 9'500.00 auszugehen (§ 8a Abs. 1 lit. b Ziff. 3 i.V.m. § 8a Abs. 2 des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte [Anwaltstarif; AnwT]).

---

**Das Versicherungsgericht erkennt:**

1.

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger für den Zeitraum vom 1. August 2014 bis 22. April 2015 Krankentaggelder in Höhe von insgesamt Fr. 94'335.95 nebst Zins zu 5 % seit 11. Dezember 2014 (mittlerer Verfall) zu bezahlen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 9'500.00 zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
den Kläger (Vertreterin; 2-fach)  
die Beklagte  
die Streitberufene  
die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht (FINMA)

---

**Rechtsmittelbelehrung** für die Beschwerde in Zivilsachen (Art. 72 ff., Art. 90 ff. BGG)

Gegen diesen Entscheid kann **innert 30 Tagen**, von der schriftlichen Eröffnung der vollständigen Ausfertigung des Entscheides an gerechnet, die Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

Die Beschwerde ist schriftlich oder in elektronischer Form beim Schweizerischen Bundesgericht einzureichen. Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschriften bzw. eine anerkannte elektronische Signatur zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht (Art. 95 ff. BGG) verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in den Händen hat; ebenso ist der angefochtene Entscheid beizulegen (Art. 42 BGG).

---

Aarau, 28. November 2017

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**  
3. Kammer

