

Abteilung 1

Präsidentin Schwitter, Bezirksrichterin Meyer und Bezirksrichter Zumthurn,  
Gerichtsschreiber Rüegg

**Urteil vom 22. November 2018**

A.

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Christoph Häberli,

Klägerin und Widerbeklagte

gegen

X. Versicherungen

Beklagte und Widerklägerin

betreffend Forderung aus Versicherungsleistungen nach VVG

## **Sachverhalt**

1. Die Klägerin und Widerbeklagte (im Folgenden «Klägerin») ist Angestellte in leitender Stellung bei der Firma E. und war in dieser Funktion bei der Beklagten und Widerklägerin (im Folgenden «Beklagte») kollektivtaggeldversichert. Wegen Beschwerden im rechten Ellbogengelenk bescheinigte ihr die Rheumatologin Dr. med. G. ab dem 21.7.2015 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 %. Die Beklagte erbrachte im Zeitraum vom 21.7. bis 30.9.2015 Taggeldleistungen.

2. Mit Schreiben vom 12.11.2015 ordnete die Beklagte eine spezialärztliche Untersuchung der Klägerin bei Dr. med. H., \_\_\_\_\_, für den 17.11.2015 an. Die Tochter der Klägerin teilte der Beklagten daraufhin mit, dass die Klägerin diesen Termin wegen Ferienabwesenheit nicht wahrnehmen könne. Mit Schreiben vom 20.11.2015 bot die Beklagte die Klägerin für den 15.12.2015 zum Untersuch bei Dr. H. auf.

3. In der Folge ersuchte die Beklagte die Klägerin mehrfach um eine schriftliche Bestätigung ihrer Ferientage und ihres Aufenthaltsorts. Nachdem sich die Klägerin anfänglich geweigert hatte, diese Anfrage zu beantworten bzw. angab, sich an die genauen Daten ihres Auslandsaufenthaltes nicht mehr erinnern zu können, teilte sie der Beklagten mit E-Mail vom 17.4.2016 mit, sie sei vom 14. bis 21.11.2016 (recte: 2015) im Ausland gewesen, der Aufenthaltsort sei aber wohl nicht relevant. Mit Schreiben vom 19.5.2016 teilte die Beklagte der Klägerin mit Verweis auf Art. 33.3 ihrer AVB mit, dass sie sie gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend per 20.7.2015 aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag ausschliesse.

4. Nach unvermittelt gebliebenem Schlichtungsversuch (vgl. kläg. Bel. 002) gelangte die Klägerin mit Klage vom 3.7.2017 ans Bezirksgericht Luzern und beantragte, die Beklagte habe ihr Fr. 50'627.50 zuzüglich 5 % Zins seit dem 19.12.2016 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

5. Mit Klageantwort vom 5.10.2017 schloss die Beklagte auf Klageabweisung, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin. Gleichzeitig erhob sie Widerklage und beantragte, die Klägerin als Widerbeklagte habe ihr Fr. 11'343.60 nebst Zins zu 5 % seit dem 6.10.2017 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

6. In ihrer Widerklageantwort vom 8.12.2017 schloss die Klägerin auf Abweisung der Widerklage, soweit darauf einzutreten sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Widerklägerin.

7. Mit Verfügung vom 4.1.2018 ordnete die Instruktionsrichterin im Hauptverfahren einen zweiten Schriftenwechsel an und verzichtete vorerst auf einen solchen im Widerklageverfahren (amtl. Bel. 6).

8. Mit Replik vom 25.1.2018 und Duplik vom 19.2.2017 (recte: 2018) hielten die Parteien an ihren Anträgen im Hauptverfahren fest.

9. In der Beweisverfügung vom 13.3.2018 äusserte sich die Instruktionsrichterin zur Beweislast, nahm die aufgelegten Urkunden zu den Akten und stellte eine Instruktionsverhandlung in Aussicht, anlässlich derer weitere Beweisabnahmen erfolgen sollten (amtl. Bel. 8).

10. Mit Schreiben vom 12.4.2018 ersuchte die geladene Zeugin F. wegen der bevorstehenden Niederkunft ihres ersten Kindes um Dispensation von der Teilnahme an der Instruktionsverhandlung (amtl. Bel. 13). Mit prozessleitender Verfügung vom 26.4.2018 bewilligte die Instruktionsrichterin diese Dispensation (amtl. Bel. 14 f.).

11. Am 7.6.2018 fand die Instruktionsverhandlung statt (Verhandlungsprotokoll [VP] S. 1 ff.). Die Parteien hielten im Widerklageverfahren mündlich ihre Replik und Duplik (VP S. 1). Weiter führte die Instruktionsrichterin mit der Klägerin eine Parteibefragung durch (VP S. 3 ff.). Anschliessend befragte sie B. (VP S. 6 ff.), C. (VP S. 9 ff.) und D. (VP S. 12 ff.) als Zeugen.

12. Mit Verfügung vom 14.8.2018 setzte die Instruktionsrichterin den Parteien Frist, um die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verlangen, andernfalls das Gericht von einem Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung ausgehe (amtl. Bel. 16).

13. Die Klägerin verzichtete am 28.8.2018 auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (amtl. Bel. 17). Die Beklagte liess sich nicht dazu vernehmen.

14. Die Beklagte reichte am 18.9.2018 ihren schriftlichen Schlussvortrag ein (amtl. Bel. 19). Die Klägerin erstattete ihren schriftlichen Schlussvortrag am 19.9.2018 (amtl. Bel. 20) und reichte am 1.10.2018 ihre Kostennote ein (amtl. Bel. 23).

## **E r w ä g u n g e n**

### **1. Verfahren und Zuständigkeit**

1.1 Im Hauptverfahren streitig sind Leistungen aus einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung. Bei dieser handelt es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (siehe statt vieler Urteil BGer 4A\_39/2009 vom 7.4.2009 E. 1.1.1). Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26.9.2014 (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908 (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1; Urteil BGer 4A.532/2009 vom 5.3.2010 E. 1). Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung schreibt Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO das vereinfachte Verfahren vor, wobei die (soziale) Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

1.2 Eine Widerklage ist gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Mit ihrer Widerklage verlangt die Beklagte von der Klägerin die bereits ausbezahlten Taggeldleistungen im Betrag von Fr. 11'343.60 zurück, weil sie die Klägerin gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend per 20.7.2015 aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag ausgeschlossen hat. Diese Streitigkeit betrifft somit ebenfalls eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung und ist somit gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO im vereinfachten Verfahren zu behandeln. Im Übrigen fiele die Widerklage gemäss Art. 243 Abs. 1 ZPO auch aufgrund ihres Streitwerts ins vereinfachte Verfahren, muss doch die Verfahrensart für Klage und Widerklage getrennt bestimmt werden (Willisegger, Basler Kommentar, 2017, N 44 zu Art. 224 ZPO) und geht Art. 224 Abs. 1 ZPO insofern Art. 94 Abs. 1 ZPO vor (siehe BGE 143 III 506 E. 3.2.1 mit Hinweisen). So oder anders ist die Widerklage gleich wie die Hauptklage im vereinfachten Verfahren zu beurteilen, womit sie zuzulassen ist.

1.3 Die Beklagte hat ihren Sitz in \_\_\_\_\_. Damit ist das angerufene Gericht örtlich zuständig (Art. 31 ZPO; vgl. auch Art. 56 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten [bekl. Bel. 1]). Der Streitwert beträgt über Fr. 30'000.--. Folglich ist die Abteilung des Bezirksgerichts Luzern für die Beurteilung der vorliegenden Streitsache sachlich und funktionell zuständig (§ 34 Abs. 2 lit. b JusG [SRL 260] i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Dies gilt auch für die Widerklage (vgl. Willisegger, a.a.O., N 52 zu Art. 224 ZPO).

## **2. Beweis**

Das Gericht hat die aufgelegten Urkunden zu den Akten genommen (amtl. Bel. 8). Weiter hat es mit der Klägerin eine Parteibefragung durchgeführt (VP S. 3 ff.) und es hat B. (VP S. 6 ff.), C. (VP S. 9 ff.) und D. (VP S. 12 ff.) als Zeugen befragt. Mit den getroffenen Beweisabnahmen ist der rechtserhebliche Sachverhalt erstellt. Weitere Beweisvorkehren sind nicht erforderlich. Insbesondere verzichtet das Gericht in antizipierter Beweiswürdigung – wie noch näher zu begründen sein wird (vgl. unten Erwägung 8.4) – auf eine Zeugenbefragung mit F.

## **3. Standpunkte der Parteien**

3.1 Die Klägerin fordert von der Beklagten Taggeldleistungen im Betrag von gesamthaft Fr. 50'627.50 nebst Zins aus einer Kollektivtaggeldversicherung. Gestützt auf die Police Nr. x.\_\_\_\_\_ (vgl. kläg. Bel. 1) verlangt sie für den Zeitraum vom 1.10.2015 bis 30.11.2015 bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % Taggeldleistungen von insgesamt Fr. 10'026.90 nebst Zins. Und gestützt auf die Police Nr. y.\_\_\_\_\_ (vgl. kläg. Bel. 8) verlangt sie für den Zeitraum vom 17.4.2016 bis 19.12.2016 bei einer Arbeitsunfähigkeit von wiederum 50 % Taggeldleistungen von insgesamt Fr. 40'660.-- nebst Zins.

3.2 Die Beklagte verweigert diese Taggeldleistungen aus mehreren Gründen. Sie macht geltend, sie sei gestützt auf Art. 33.3 ihrer Allgemeinen Versicherungsbedingungen, Kollektiv-Taggeldversicherung, Ausgabe 2006 (= bekl. Bel. 1; im Folgenden «AVB») berechtigt, der Klägerin die Taggeldleistungen zu verweigern. Auch habe sie die Klägerin rechtmässig gestützt auf Art. 40 VVG aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag rückwirkend per 20.7.2015 ausgeschlossen, weshalb sie nicht nur die Zahlung weiterer Taggelder verweigern könne, sondern auch die bereits erbrachten Taggeldleistungen widerklageweise zurückfordern könne. Ohnehin habe die Klägerin im Rahmen eines Telefonats rechtsgültig auf ihre Leistungen verzichtet.

#### **4. Anspruchsgrundlage**

4.1 Kollektiv-Taggeldversicherungen werden zwischen einem Arbeitgeber und einer Versicherung abgeschlossen. Die Arbeitnehmer sind nicht Partei dieses Vertrags. Sie sind allerdings die Anspruchsberechtigten und haben gestützt auf Art. 87 VVG ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Versicherung. Beim Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag handelt es sich somit um einen echten Vertrag zugunsten Dritter im Sinn von Art. 112 Abs. 2 OR (Häberli/Husmann, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, 2015, N 603).

4.2 Beim Abschluss von Kollektiv-Taggeldversicherungen erklären die Versicherungen ihre Allgemeinen Versicherungsbedingungen regelmässig zum Vertragsbestandteil. Werden die Allgemeinen Versicherungsbedingungen wirksam in den Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag einbezogen, so sind sie auch für die Versicherten, also die Arbeitnehmer, massgebend, obwohl diese nicht Vertragspartei sind. Die Versicherung leistet ihnen gegenüber nur so weit, wie sie es mit dem Versicherungsnehmer, also dem Arbeitgeber, vereinbart hat (Häberli/Husmann, a.a.O., N 84).

4.3 Im vorliegenden Fall hat die Kollektivgesellschaft E. bzw. die Firma E. als Rechtsnachfolgerin mit der Beklagten die beiden Kollektiv-Taggeldversicherungen mit den Policen Nr. x.\_\_\_\_\_ (gültig von 1.1.2013 bis 31.12.2015; kläg. Bel. 1) und Nr. y.\_\_\_\_\_ (gültig von 1.1.2016 bis 31.12.2016; kläg. Bel. 8) abgeschlossen. In beiden Policen wurde die Klägerin explizit zum versicherten Personenkreis gezählt mit einer vereinbarten Jahreslohnsumme von Fr. 150'000.-- (kläg. Bel. 1 S. 3 und kläg. Bel. 8 S. 2). Diese beiden Policen stellen somit die vertragliche Grundlage für die von der Klägerin behaupteten Leistungsansprüche dar.

4.4 Gestützt auf Art. 87 VVG und die beiden Policen Nr. x.\_\_\_\_\_ und Nr. y.\_\_\_\_\_ hat die Klägerin gegenüber der Beklagten grundsätzlich ein direktes Forderungsrecht, um Taggeldleistungen aus diesen Policen zu fordern. Zu prüfen ist im Folgenden, ob und – gegebenenfalls – inwieweit ihr Leistungsanspruch durch die AVB der Beklagten eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wird.

## **5. Zur Geltung der AVB im Allgemeinen und von Art. 33.3 AVB im Besonderen**

### **5.1 Ausgangslage**

Die Beklagte beruft sich zur Begründung ihres Standpunkts insbesondere auf Art. 33.3 AVB. Diese Bestimmung lautet wie folgt:

*«Begibt sich eine arbeitsunfähige versicherte Person ohne Zustimmung des Versicherers ins Ausland, verliert sie ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen».*

Die Klägerin hat sich im November 2015 zugegebenermassen ins Ausland in die Ferien begeben, obwohl sie zu diesem Zeitpunkt von ihrer Rheumatologin Dr. G. zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben war. Eine Zustimmung zu ihrer Auslandabwesenheit holte sie bei der Beklagten nicht ein. Es stellt sich die Frage, ob die Beklagte gestützt auf Art. 33.3 AVB berechtigt war, der Klägerin die Taggeldleistungen zu verweigern.

### **5.2 Prüfschema**

AVB können nur dann Geltung beanspruchen, wenn sie eine dreifache Hürde genommen haben: die Konsens-, die Auslegungs- und die Inhaltskontrolle (siehe dazu Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 2014, N 1123 ff.). Im Rahmen der Konsenskontrolle spielt insbesondere die Ungewöhnlichkeitsregel eine wichtige Rolle, der zufolge überraschende Klauseln in Anwendung des Vertrauensprinzips nicht vom Konsens gedeckt sind und somit nicht Bestandteil eines Vertrags werden. Ob eine Klausel ungewöhnlich ist oder nicht, kann aber erst nach der Ermittlung deren wahren Inhalts, d.h. nach erfolgter Auslegung, beurteilt werden. Aus Sicht des Rechtsanwenders ergibt sich für die Überprüfung von AVB somit ein vierstufiges Prüfschema (vgl. Koller, AGB-Kontrolle und UN-Kaufrecht [CISG] – Probleme aus schweizerischer Sicht, in: Harter/Portmann/Zäch [Hrsg.], Besonderes Vertragsrecht – aktuelle Probleme, Festschrift für Heinrich Honsell zum 60. Geburtstag, 2002, S. 223 ff., S. 228 ff.):

- **Konsenskontrolle 1 (Übernahmekontrolle):** Hier wird geprüft, ob die AVB – in ihrer Gesamtheit – von den Parteien in den Vertrag übernommen worden sind (nachfolgend Erwägung 5.3);
- **Auslegungskontrolle:** Hier wird eine streitige AVB-Klausel individuell ausgelegt (nachfolgend Erwägung 5.4);
- **Konsenskontrolle 2 (Konsenskontrolle einer streitigen AVB-Klausel):** Hier wird geprüft, ob eine streitige Klausel der AVB, die in ihrer Gesamtheit in den Vertrag über-

nommen worden sind, vom Konsens gedeckt ist. In diesem Zusammenhang gilt es insbesondere der Vorrang abweichender individueller Abreden (nachfolgend Erwägung 5.5) sowie die Ungewöhnlichkeitsregel (nachfolgend Erwägung 5.6) zu beachten;

- Inhaltskontrolle: Hier wird eine streitige AVB-Klausel auf ihre inhaltliche Zulässigkeit hin geprüft (nachfolgend Erwägung 5.7).

### 5.3 Übernahmekontrolle

5.3.1 Nach dem Gesagten stellen die beiden Policen Nr. x. \_\_\_\_\_ und Nr. y. \_\_\_\_\_, die zwischen der Kollektivgesellschaft E. bzw. der Firma E. als Rechtsnachfolgerin und der Beklagten abgeschlossen wurden, die vertragliche Grundlage für die von der Klägerin behaupteten Leistungsansprüche dar (vgl. oben Erwägung 4.3). In beiden Policen wurden die AVB zum Vertragsbestandteil erklärt (kläg. Bel. 1 S. 6 und kläg. Bel. 8 S. 4). Die Klägerin macht nicht geltend, ihr bzw. ihrer Arbeitgeberin sei es nicht möglich gewesen, vom Inhalt der AVB in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen. Damit sind die AVB grundsätzlich vom Konsens der Parteien gedeckt und nach dem Gesagten auch für die Klägerin massgebend (vgl. oben Erwägung 4.2).

5.3.2 Werden AVB – wie hier – durch Verweisung in den Vertrag übernommen, so spricht nach der Praxis die Vermutung für eine Globalübernahme. Das heisst, es ist davon auszugehen, dass die Erklärungsadressatin den Inhalt der AVB entweder nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht versteht (Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., N 1128c mit Hinweisen). Mangels anderslautender Behauptungen und Anhaltspunkte ist auch im vorliegenden Fall von einer Globalübernahme auszugehen. Dies ändert aber nichts daran, dass die AVB zu Vertragsbestandteil geworden sind und grundsätzlich Geltung beanspruchen dürfen (vgl. Urteil BGer 4A\_47/2015 vom 2.6.2015 E. 5.4.2).

### 5.4 Auslegungskontrolle

5.4.1 Art. 33.3 AVB ist auslegungsbedürftig. Durch Auslegung zu klären ist insbesondere, wann sich eine versicherte Person ins Ausland begibt und wie weit der Verlust des Anspruchs auf Versicherungsleistungen reicht.

5.4.2 AVB-Klauseln sind, wenn sie in den Vertrag übernommen worden sind, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen. Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragspar-

teilen und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips (BGE 142 III 671 E. 3.3). Da die Parteien in Bezug auf Art. 33.3 AVB keinen übereinstimmenden wirklichen Willen behaupten, erfolgt die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip. Die objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip ist eine Rechtsfrage (BGE 142 III 671 E. 3.3), die das Gericht von Amtes wegen vorzunehmen hat (Art. 57 ZPO).

5.4.3 Bei der Auslegung von AVB-Klauseln nach dem Vertrauensprinzip ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 142 III 671 E. 3.3 mit Hinweisen). Bei der Auslegung einer Vertragsklausel nach dem Vertrauensgrundsatz ist in erster Linie von deren Wortlaut auszugehen. In der Regel müssen die von den Vertragsparteien gewählten Ausdrücke und Wörter in ihrem objektiven Sinn verstanden werden. Ein klarer Wortlaut geht im Auslegungsverfahren grundsätzlich den anderen Auslegungsmitteln vor (BGE 131 III 606 E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 80 E. 4.2). Jedoch ist eine rein wörtliche Auslegung vor dem Hintergrund von Art. 18 Abs. 1 OR unzulässig. Selbst wenn der Wortlaut einer Vertragsklausel auf den ersten Blick also klar erscheint, kann sich aus anderen Bestimmungen des Vertrages, aus dem von den Parteien angestrebten Zweck oder aus anderen Umständen ergeben, dass der Text der besagten Klausel nicht den genauen Sinn der getroffenen Vereinbarung wiedergibt. Beim wörtlichen Sinn des Textes hat es aber dann sein Bewenden, wenn kein ernsthafter Grund dafür ersichtlich ist, dass dieser nicht dem Willen der Parteien entspricht (BGE 130 III 417 = Pra 94 [2005] Nr. 30 E. 3.2 mit Hinweisen). Führen die Auslegungsmittel zu keinem sicheren Ergebnis, müssen die AVB-Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 133 III 607 E. 2.2). Doch greift diese Unklarheitsregel erst bei Versagen aller übrigen Auslegungsgrundsätze, also erst dann, wenn sich mindestens zwei verschiedene Deutungen ernsthaft vertreten lassen (BGE 122 III 118 E. 2d).

5.4.4 Eine versicherte Person begibt sich ins Ausland, sobald sie das Schweizer Territorium verlässt. Vom Wortlaut von Art. 33.3 AVB erfasst ist daher beispielsweise auch der Einkaufstourist, der tagsüber ennet der Grenze einkaufen geht. Aus dem systematischen Zusammenhang lassen sich keine weiteren Erkenntnisse gewinnen, weil Art. 33 AVB, der unter der Überschrift «Leistungen im Ausland» steht, in seinen drei Absätzen drei verschiedene Konstellationen regelt, die in keinem engeren Zusammenhang zueinander stehen bzw. ein-

zig das Auslandelement als gemeinsamen Nenner haben, wobei in jedem Fall unterschiedlich ans Ausland angeknüpft wird (vgl. auch Klageantwort S. 15 f. Ziff. 62 ff.). Über Sinn und Zweck von Art. 33.3 AVB lässt sich bloss mutmassen, da die AVB selber keine Anhaltspunkte dafür enthalten. Zutreffen dürften die Ausführungen der Beklagten über Sinn und Zweck dieser Vorschrift (siehe Klageantwort S. 6 Ziff. 24): Art. 33.3 AVB soll einerseits den Informationsaustausch zwischen den Parteien und insbesondere die Mitwirkung der Versicherten sicherstellen, so dass diese namentlich für vertrauensärztliche Untersuchungen aufgeboten werden können. Andererseits soll mit Art. 33.3 AVB der Schadenminderungspflicht Nachachtung verschafft werden, indem Versicherten namentlich gesundheitlich riskante Auslandsreisen untersagt sind. Damit verbunden ist die Erkenntnis, dass Art. 33.3 AVB zwei verschiedene Zwecke verfolgt, diese aber über einen Leisten schlägt: die Sicherstellung der Mitwirkungspflicht, insbesondere der Teilnahme an einer vertrauensärztlichen Untersuchung einerseits, und das Verbot von gesundheitlich riskanten Auslandsreisen andererseits. Aus dem von den Parteien, insbesondere von der Beklagten als AVB-Verwenderin angestrebten Zweck ergibt sich, dass der Einkaufstourist von Art. 33.3 AVB nicht erfasst sein kann. Bereits fraglich ist dagegen, ob die Übernachtung im grenznahen Ausland nach Sinn und Zweck unter Art. 33.3 AVB fällt. Eine Übernachtung im grenznahen Ausland kann kaum als gesundheitlich riskanter Auslandsaufenthalt bezeichnet werden. Und selbst die Teilnahme an einer vertrauensärztlichen Untersuchung in \_\_\_\_\_ wäre vom grenznahen Ausland aus möglich (jedenfalls dann, wenn der Informationsaustausch wie im vorliegenden Fall über die Tochter der Versicherten sichergestellt ist). Aus diesem Grund wohl sieht Art. 33.3 AVB denn auch die Möglichkeit der Zustimmung des Versicherers zum Auslandsaufenthalt vor. Wären gewisse Übernachtungen im grenznahen Ausland vom Anwendungsbereich von Art. 33.3 AVB ausgenommen, würde sich die schwierige Anschlussfrage stellen, wo im Einzelfall die Grenze zwischen dem bewilligungsfreien und dem bewilligungspflichtigen Auslandsaufenthalt zu ziehen wäre. Zur Beantwortung dieser Frage lassen sich Art. 33.3 AVB keine Anhaltspunkte entnehmen. Der Wortlaut von Art. 33.3 AVB würde überstrapaziert, wollte man gewisse Übernachtungen im grenznahen Ausland von dieser Bestimmung ausnehmen. Aus diesem Grund ist Art. 33.3 AVB so auszulegen, dass sich eine Person ins Ausland begibt, sobald sie im Ausland übernachtet.

5.4.5 Begibt sich eine arbeitsunfähige versicherte Person ins Ausland im Sinn des soeben Ausgeführten, so verliert sie gemäss Art. 33.3 AVB ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen. Der Verlust ist als Verwirkung zu verstehen (vgl. Hönger/Süsskind, Basler Kommentar, 2001, N 29 zu Art. 61 VVG). Fraglich ist, wie weit diese Verwirkung in zeitlicher Hinsicht

reicht. Der Wortlaut schränkt nichts ein. Ihm zufolge verwirkt die versicherte Person ihre Versicherungsleistungen also nicht nur für die Zukunft ab ihrem Auslandsaufenthalt (inklusive allfälliger in der Zukunft liegenden Rückfälle), sondern auch für die Vergangenheit. Dass der Wortlaut von Art. 33.3 AVB Sinn und Zweck richtig wiedergibt, muss jedoch bezweifelt werden. Der zuvor erörterte Sinn und Zweck von Art. 33.3 AVB (vgl. zuvor Erwägung 5.4.4) erheischt keine rückwirkende Anspruchsverwirkung. Der Wortlaut von Art. 33.3 AVB ist entsprechend einzuschränken: Die versicherte Person, die sich ohne Zustimmung des Versicherers ins Ausland begibt, verliert ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen nur – aber immerhin – für die Zukunft, dies allerdings vollumfänglich, also auch für allfällige in der Zukunft liegende Rückfälle.

5.4.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Wortlaut von Art. 33.3 AVB zu weit gefasst ist. Eine den Wortlaut durch Sinn und Zweck dieser Vorschrift einschränkende Auslegung führt zum Ergebnis, dass eine arbeitsunfähige versicherte Person, die ohne Zustimmung des Versicherers im Ausland übernachtet, ab diesem Zeitpunkt ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen für alle Zukunft verliert.

## 5.5 Vorrang abweichender individueller Abreden

5.5.1 Haben die Parteien Allgemeine Geschäftsbedingungen in ihrer Gesamtheit in den Vertrag übernommen, jedoch individuelle Abreden getroffen, die von einzelnen AVB-Klauseln abweichen, so gehen die individuellen Abreden vor (BGE 125 III 263 E. 4b/bb). Eine abweichende individuelle Abrede kann auch noch nach Vertragsschluss vereinbart werden (Gauch/Schluep/Schmid, a.a.O., N 1131).

Es stellt sich die Frage, ob die Parteien im konkreten Fall eine vom Auslegungsergebnis von Art. 33.3 AVB abweichende individuelle Vereinbarung getroffen haben. Die Klägerin ist nach dem Gesagten zwar nicht Vertragspartnerin des Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrags (vgl. oben Erwägung 4.1). Doch muss es mit Blick auf die Privatautonomie zulässig sein, dass die Klägerin als Anspruchsberechtigte mit der Beklagten abweichende individuelle Abreden treffen kann, jedenfalls dann, wenn der Versicherungsfall eingetreten ist und die Klägerin ein direktes Forderungsrecht gegenüber der Beklagten erlangt hat. Allerdings ist eine solche abweichende individuelle Abrede im vorliegenden Fall weder behauptet noch beweismässig erstellt. Es erübrigen sich deshalb weitere Ausführungen.

## 5.6 Ungewöhnlichkeitsregel

5.6.1 Die Geltung vorformulierter allgemeiner Vertragsbedingungen wird gemäss der Rechtsprechung weiter durch die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel ist eine Rechtsfrage (BGE 138 III 411 E. 3.4), die das Gericht von Amtes wegen zu prüfen hat (Art. 57 ZPO). Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Für einen Branchenfremden können deshalb auch branchenübliche Klauseln ungewöhnlich sein. Die Ungewöhnlichkeitsregel kommt jedoch nur dann zur Anwendung, wenn neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung die betreffende Klausel objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Dies ist dann zu bejahen, wenn sie zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 138 III 411 E. 3.1 mit Hinweisen). Der Arbeitgeber als Versicherungsnehmer darf darauf vertrauen, dass sich der Versicherer auch gegenüber den Arbeitnehmern – also den Anspruchsberechtigten – loyal verhält, an deren Schutz ein offenkundiges Interesse besteht, und deren Position nicht durch Vertragsabreden gefährdet, die den Rahmen dessen sprengen, was nach Treu und Glauben zulässig ist (Häberli/Husmann, a.a.O., N 602). Der Zweck der Ungewöhnlichkeitsregel besteht darin, die global zustimmende Partei vor Vertragsklauseln zu schützen, die Überraschungscharakter haben. Ungewöhnlich sind überraschende Bestimmungen, weshalb man die genannte Regel auch als Überraschungsregel bezeichnen könnte. Überraschend sind insbesondere Bestimmungen, deren Inhalt im Kontext des betreffenden Vertrags aussergewöhnlich (d.h. atypisch oder eben unerwartet) ist. Doch kann sich der Überraschungseffekt auch aus anderen Umständen ergeben, namentlich aus der ungewöhnlichen (versteckten) Platzierung einer Bestimmung (Gauch/Schluemp/Schmid, a.a.O., N 1136 ff.).

5.6.2 Nach dem Gesagten ist davon auszugehen, dass die Kollektivgesellschaft E. bzw. die Firma E. als Rechtsnachfolgerin den AVB global zugestimmt hat (vgl. oben Erwägung 5.3.2). Weiter ist nicht dargetan, dass die Beklagte die Versiche-

rungsnehmerin auf Art. 33.3 AVB gesondert aufmerksam gemacht hat. Nicht in Abrede gestellt werden kann sodann, dass die Versicherungsnehmerin branchenfremd ist und im Vergleich zur Beklagten als schwächere oder zumindest weniger geschäftserfahrene Partei zu gelten hat. Nachfolgend zu prüfen ist, ob Art. 33.3 AVB einen ungewöhnlichen Charakter aufweist.

5.6.3 Das Gesetz enthält in Art. 61 VVG unter dem Randtitel «Rettungspflicht» einzig eine allgemeine Schadenminderungsobliegenheit. Dieser zu Folge ist die Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Sie muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen. Verletzt die Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise, so ist der Versicherer berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte. Diese Schadenminderungsobliegenheit beinhaltet auch das Gebot, eine Vergrösserung des Schadens zu verhindern (Hönger/Süsskind, Basler Kommentar, 2001, N 13 in fine zu Art. 61 VVG).

5.6.4 Es ist aber allgemein anerkannt, dass die Versicherungen in ihren AVB weitergehende Obliegenheiten vorsehen können. Das Bundesgericht hatte bereits einmal folgende AVB-Klausel der Versicherung B. auf ihre Ungewöhnlichkeit hin zu überprüfen: «Begibt sich ein erkrankter Versicherter ins Ausland, besteht während der Zeit des Auslandsaufenthalts kein Anspruch auf Leistungen. Vorbehalten bleibt eine ausdrückliche, vorgängige Zustimmung der B.». Das Bundesgericht schützte die Auffassung der Vorinstanz, wonach diese Klausel nicht als ungewöhnlich zu qualifizieren sei. Es führte aus, auch die Lehre weise darauf hin, viele Versicherer würden in ihren AVB verlangen, dass sich leistungsberechtigte Personen in der Schweiz aufhalten oder zumindest beim Versicherer die Erlaubnis für Reisen ins Ausland einholen. Als ungewöhnlich würden solche Klauseln nicht bezeichnet (Urteil BGer 4A\_592/2015 vom 18.3.2016 E. 5.3.2 mit Hinweis auf Häberli/Husmann, a.a.O., N 274).

5.6.5 Die damals vom Bundesgericht beurteilte AVB-Klausel weist mit Art. 33.3 AVB insofern eine Gemeinsamkeit auf, als beide Klauseln den Umstand, dass sich die arbeitsunfähige versicherte Person ohne Zustimmung der Versicherung ins Ausland begibt, mit einem Leistungsverlust sanktionieren. Im Umfang des Leistungsverlusts unterscheiden sich die beiden Klauseln aber erheblich. Während die vom Bundesgericht beurteilte AVB-Klausel einzig den

Leistungsverlust für die Zeit, in der sich die versicherte Person im Ausland aufgehalten hat, vorsah, steht im konkreten Fall eine Klausel zur Beurteilung, die an den Auslandsaufenthalt den Verlust der Versicherungsleistungen für alle Zukunft knüpft. Müssen Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigte gemäss der angeführten Rechtsprechung mit einer Leistungskürzung für die Zeit des Auslandsaufenthalts rechnen, so bedeutet dies nicht, dass sie nach Treu und Glauben auch mit dem Verlust der Versicherungsleistungen für alle Zukunft ab dem Auslandsaufenthalt zu rechnen haben. Im Gegenteil erweist sich eine solche Klausel geradezu als überraschend. Von Gesetzes wegen wäre es einem arbeitsunfähigen Anspruchsberechtigten nicht untersagt, sich ins Ausland zu begeben. Die in Art. 61 VVG statuierte allgemeine Schadenminderungsobliegenheit knüpft nicht an den Aufenthaltsort an. Art. 33.3 AVB fällt damit in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus und beeinträchtigt die Rechtsstellung der Anspruchsberechtigten mit seiner weitreichenden Rechtsfolge ungemäss. Der komplette Leistungsverlust bei Verletzung dieser Obliegenheit sprengt das Mass, was der Versicherungsnehmer nach Treu und Glauben – mit Blick auf den Schutz seiner Arbeitnehmer – zu erwarten hat, weshalb Art. 33.3 AVB aufgrund seines Inhalts als ungewöhnlich zu qualifizieren ist.

5.6.6 Im konkreten Fall kommt hinzu, dass auch die systematische Stellung von Art. 33.3 AVB ungewöhnlich ist. So ist diese Bestimmung nicht etwa – wie zu erwarten wäre – in Kapitel VII unter «Pflichten und Anspruchsbegründung», insbesondere nicht in Art. 44 AVB betreffend «Pflichten und Obliegenheiten» eingeordnet, sondern befindet sich in Kapitel V der AVB unter «Versicherten Leistungen», konkret unter der Überschrift von Art. 33 AVB «Leistungen im Ausland». Diese systematische Stellung von Art. 33 AVB suggeriert, dass es um die Frage geht, wann die Anspruchsberechtigte Anspruch auf Leistungen im Ausland hat. Keineswegs lässt die systematische Stellung darauf schliessen, dass in Art. 33.3 AVB eine Obliegenheit der Anspruchsberechtigten enthalten ist, deren Verletzung den vollständigen Anspruchsverlust für alle Zukunft zur Folge hat. Diese versteckte Platzierung der Obliegenheit in Art. 33 AVB hat Übertummelungscharakter. Auch aus diesem Grund ist die Klausel als ungewöhnlich zu qualifizieren.

5.6.7 Ist Art. 33.3 AVB nach dem Gesagten als ungewöhnlich zu qualifizieren, durfte die Beklagte als Verfasserin ihrer AGB nach dem Vertrauensgrundsatz nicht davon ausgehen, dass ihr Vertragspartner dieser Klausel zugestimmt hat. Sie ist somit vom Konsens der Parteien nicht gedeckt und darf – auch gegenüber der Klägerin – keine Geltung beanspruchen.

## 5.7 Inhaltskontrolle

Ist nach dem Gesagten Art. 33.3 AVB wegen seiner Ungewöhnlichkeit die Geltung zu versagen, kann offen bleiben, ob Art. 8 UWG auch auf AVB-Klauseln einer Taggeldversicherung anwendbar ist (siehe dazu Häberli/Husmann, a.a.O., N 108 mit Hinweisen) und – gegebenenfalls – zu welchem Ergebnis diese Inhaltskontrolle im vorliegenden Fall führte.

## 6. **Ausschluss aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag**

6.1 Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, oder hat er die ihm nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten gemäss Art. 40 VVG an den Vertrag nicht gebunden. Die Beklagte hat die Klägerin mit Schreiben vom 19.5.2016 gestützt auf diesen Art. 40 VVG aus dem Kollektiv-Versicherungsvertrag ausgeschlossen. Sie begründete dies mit den ungereimten Angaben der Klägerin über ihren Auslandsaufenthalt im November 2015 (vgl. kläg. Bel. 22).

6.2 Ist Art. 33.3 AVB wegen seiner Ungewöhnlichkeit die Geltung zu versagen (vgl. oben Erwägung 5.6), so spielen die Angaben der Klägerin über ihren Auslandsaufenthalt im November 2015 keine Rolle für die Leistungspflicht der Beklagten. Entsprechend kann die Beklagte den Ausschluss der Klägerin aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag nicht damit begründen. Der Ausschluss erfolgte zu Unrecht. Entsprechend kann die Beklagte die bereits erbrachten Taggeldleistungen von insgesamt Fr. 11'343.60 für den Zeitraum vom 21.7. bis 30.9.2015 nebst Zins nicht zurückfordern. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Klägerin für die Rückforderung überhaupt passivlegitimiert oder ob die Rückforderung verjährt ist (vgl. dazu Widerklageantwort S. 2 Ziff. 6 und S. 3 Ziff. 9). Die Widerklage ist auf alle Fälle abzuweisen.

## 7. **Leistungsanspruch der Klägerin**

7.1 Gemäss Art. 28.2 AVB entsteht ein Anspruch auf Leistungen, wenn die versicherte Person nach ärztlicher Feststellung ganz oder teilweise arbeitsunfähig ist und die Arbeitsunfähigkeit länger bestanden hat als die vertraglich festgelegte Wartefrist. Der Anspruch besteht frühestens ab fünf Tagen vor der ersten ärztlichen Behandlung und längstens während der vereinbarten Leistungsdauer. Gemäss Art. 9 AVB gelten die zur Berufsausübung zu Lasten der obligatorischen Krankenpflegeversicherung zugelassenen Ärzte und Chiropraktoren

als Arzt. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt gemäss Art. 10 AVB vor, wenn der Versicherte infolge einer versicherten Krankheit oder eines versicherten Unfalles ganz oder teilweise ausserstande ist, seinen derzeitigen Beruf (oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit) auszuüben.

7.2 Damit ein Leistungsanspruch im Sinn von Art. 28.2 der AVB entsteht, muss also eine Arbeitsunfähigkeit (von einer gewissen Dauer) im Sinn von Art. 10 AVB vorliegen, die durch einen Arzt im Sinn von Art. 9 AVB attestiert wird. Es handelt sich um kumulative Anspruchsvoraussetzungen (vgl. Urteil BGer 4A\_445/2016 vom 16.2.2017 E. 4.1). Die Klägerin trägt nach Massgabe von Art. 8 ZGB die Beweislast für ihren Leistungsanspruch. Bei der Krankentaggeldversicherung ist das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 141 III 241 E. 3.1). Ob mit dem ärztlichen Attest die Arbeitsunfähigkeit nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit bewiesen ist, unterliegt der freien Beweiswürdigung des Gerichts (Urteil BGer 4A\_445/2016 vom 16.2.2017 E. 4.2.3). Für den Beweiswert eines Arztberichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Beurteilung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen des Experten begründet sind (Urteil BGer 4A\_505/2012 vom 6.12.2012 E. 3.6).

7.3 Zur Beurteilung steht zunächst die erste Periode der Arbeitsunfähigkeit, welche die Klägerin für den Zeitraum vom 21.7. bis 30.11.2015 geltend macht, wobei einzig die Taggeldleistungen ab 1.10.2015 ausstehen.

7.3.1 Für diese erste Periode der Arbeitsunfähigkeit liegt ein Arztzeugnis von Dr. G. vom 24.9.2015 vor, das der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 % vom 22.8. bis 30.11.2015 bescheinigt (kläg. Bel. 3). In ihrem Kurzbericht vom 4.11.2015 führte Dr. G. aus, sie habe die Klägerin am 13.10.2014 [rechte: 2015] nachkontrolliert. Aufgrund persistierender Beschwerden habe sie die Arbeitsunfähigkeit (zu 50 %) bis 30.11.2015 verlängert (kläg. Bel. 4). Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin begab sie sich wegen dieser Beschwerden bereits am 21.7.2015 zu Dr. G. in Behandlung (Klage S. 3 Ziff. 9; vgl. auch bekl. Bel. 4). Am 15.12.2015 fand eine spezialärztliche Beurteilung der Klägerin durch Dr. H., den Vertrauensarzt der Beklagten statt. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin hatten sich ihre Beschwerden bis zu diesem Untersuch wieder verbessert (Klage S. 4 Ziff. 16). Bemerkenswerterweise legte keine der Parteien den Arztbericht

von Dr. H. ins Recht. Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Beklagten stellte dieser rückwirkend fest, dass die Klägerin zu 75 % arbeitsfähig gewesen wäre (Klageantwort S. 3 Ziff. 3; vgl. auch kläg. Bel. 22 S. 1 letzter Absatz).

7.3.2 Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin für die erste Periode vom 21.7. bis 30.11.2015 ist an sich unbestritten. Streitig ist einzig der Grad der Arbeitsunfähigkeit. Während die Klägerin von einer 50 %-igen Arbeitsunfähigkeit ausgeht, nimmt die Beklagte gestützt auf die spezialärztliche Beurteilung durch Dr. H. eine 25 %-ige Arbeitsunfähigkeit an. Da der Arztbericht von Dr. H. nicht aufliegt, kann das Gericht diesen nicht in die Beweiswürdigung miteinbeziehen. Immerhin ist aufgrund der unbestrittenen Ausführungen der Beklagten erstellt, dass auch Dr. H. von einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ausging, wenn auch bloss zu 25 %. Das Arztzeugnis vom 24.9.2015 sowie der Arztbericht vom 4.11.2015 von Dr. G. sind knapp ausgefallen. Immerhin ergibt sich aus dem Arztbericht, dass am 13.10.2015 eine Nachkontrolle stattfand, anlässlich dieser Dr. G. konstatierte, dass die Beschwerden der Klägerin persistierten, weshalb sie die attestierte Arbeitsunfähigkeit (von 50 %) bis 30.11.2015 verlängerte. Die Beurteilung des Grades der Arbeitsunfähigkeit durch einen Arzt ist bis zu einem gewissen Grad immer auch Ermessenssache. Das Gericht misst der Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit der Klägerin durch Dr. G., die zum Zeitpunkt der Arbeitsunfähigkeit erfolgte, mehr Gewicht zu als der Beurteilung durch Dr. H., die erst im Nachhinein erfolgte. Deshalb stellt das Gericht auf die von Dr. G. attestierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % ab.

7.3.3 Die Klägerin war in der Police Nr. x.\_\_\_\_\_ mit einer Jahreslohnsumme von Fr. 150'000.-- versichert. Das Taggeld bei Krankheit betrug 80 % der vereinbarten Jahreslohnsumme (kläg. Bel. 1 S. 3), somit Fr. 120'000.-- im Jahr bzw. gerundet Fr. 328.80 pro Tag. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % reduziert sich das Taggeld auf die Hälfte (Art. 28.3 AVB), sprich auf Fr. 164.40. Für den Zeitraum vom 1.10. bis 30.11.2015 sind 61 Taggelder à Fr. 164.40 geschuldet, insgesamt somit Fr. 10'028.40.

7.4 Zur Beurteilung steht sodann die zweite Periode der Arbeitsunfähigkeit, welche die Klägerin vom 17.4. bis 19.12.2016 geltend macht.

7.4.1 Für diese zweite Periode der Arbeitsunfähigkeit liegt ein Arztzeugnis von Dr. G. vom 17.4.2016 vor, das der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 % ab diesem Datum bis 30.5.2016 bescheinigte (kläg. Bel. 17). Weiter liegt ein ärztliches Zeugnis von Dr. med.

I., Assistenzarzt Orthopädie der Universitätsklinik \_\_\_\_\_, vom 23.5.2016 vor, das der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 % vom 1.6. bis 6.10.2016 bescheinigte (kläg. Bel. 18). Im Nachgang zur ambulanten Behandlung vom 5.10.2016 stellte Dr. med. K., ebenfalls Assistenzarzt Orthopädie der Universitätsklinik \_\_\_\_\_, ein Arztzeugnis aus, das der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 % vom 5.10. bis 16.11.2016 bescheinigte (kläg. Bel. 19). Gemäss Sprechstundenbericht vom 9.11.2016 wurde mit der Klägerin provisorisch ein Operationstermin für den 12.1.2017 vereinbart (kläg. Bel. 20). Gemäss den unbestrittenen Ausführungen der Klägerin haben sich ihre Beschwerden in der Folge deutlich zurückgebildet (Klage S. 7 Ziff. 29). Mit Arztzeugnis vom 19.12.2016 attestierte Dr. med. J., ebenfalls Assistenzarzt Orthopädie der Universitätsklinik \_\_\_\_\_, der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit zu 50 % vom 17.11.2016 bis 19.12.2016 und eine volle Arbeitsfähigkeit ab 20.12.2016 (kläg. Bel. 21).

7.4.2 Weder dem Arztzeugnis vom 17.4.2016 von Dr. G. (kläg. Bel. 17) noch dem Arztzeugnis vom 23.5.2016 von Dr. I. (kläg. Bel. 18) lässt sich nicht entnehmen, ob diese Ärzte die Klägerin überhaupt untersucht haben. Auch enthalten diese Arztzeugnisse keine Begründung für die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. Besonders suspekt mutet das Arztzeugnis vom 23.5.2016 von Dr. I. an, mit dem der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % über einen Zeitraum von mehr als vier Monaten attestiert wird. Das Gericht hegt erhebliche Zweifel daran, dass beim geklagten Beschwerdebild der Klägerin – einer langwierigen Entzündung im rechten Ellbogen (vgl. Klage S. 3 Ziff. 8) – über einen solch langen Zeitraum die Arbeitsunfähigkeit zuverlässig bescheinigt werden kann. Diesen beiden Arztzeugnissen kommt daher nur ein geringer Beweiswert zu. Da die Klägerin für den Zeitraum vom 17.4 bis 4.10.2016 keine weiteren Beweismittel ins Recht legt, vermag sie für diesen Zeitraum die von der Beklagten bestrittene (siehe Klageantwort S. 12 Ziff. 43) Arbeitsunfähigkeit nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachzuweisen.

7.4.3 Anders sieht es für den Zeitraum vom 5.10.2016 bis 19.12.2016 aus. Dem Arztzeugnis vom 5.10.2016 von Dr. K. lässt sich entnehmen, dass sich die Klägerin an diesem Tag in ambulante Behandlung begeben hat (kläg. Bel. 19). Eine Begründung für die attestierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % findet sich zwar auch in diesem Zeugnis nicht. Doch liegt ein Sprechstundenbericht vom 9.11.2016 vor, verfasst von den Dr. med. L., leitender Arzt der Universitätsklinik \_\_\_\_\_, und Dr. K. (kläg. Bel. 20). In diesem Bericht wird bei der Klägerin gestützt auf eine MRI-Untersuchung eine Epicondylitis humeri

medialis und eine Innenbandtendinopathie medial rechts diagnostiziert. Bei der Anamnese halten die Dres. L. und K. fest, dass seit der letzten Sprechstundenkonsultation vor einem Monat – also derjenigen vom 5.10.2016 – eine merkliche Beschwerdebesserung eingetreten sei. Doch würden die Restbeschwerden bei Belastung weiterbestehen. Deshalb wurde provisorisch ein Operationstermin für den 12.1.2017 vereinbart. Für den Fall, dass die Beschwerden über den Jahreswechsel deutlich regredient sein sollten, wurde vereinbart, dass die Klägerin den Termin absagen wird. Dies war schliesslich der Fall, weshalb Dr. J. der Klägerin am 19.12.2016 letztmals eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bis zu diesem Tag bescheinigte (kläg. Bel. 21). Die beiden Arztzeugnisse vom 5.10.2016 und vom 19.12.2016 sind zusammen mit dem Sprechstundenbericht vom 9.11.2016 zu lesen. Während die beiden Arztzeugnisse eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bescheinigen, dafür jedoch keine Begründung enthalten, enthält der Sprechstundenbericht eine Begründung, spricht sich jedoch über die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin nicht aus. Zusammen ergibt sich aber ein stimmiges Bild: Die Klägerin begab sich am 5.10.2016 mit Beschwerden in die Sprechstundenkonsultation bei Dr. K., der ihr eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % attestierte. Bis zur zweiten Sprechstundenkonsultation vom 9.11.2016 trat bei der Klägerin zwar eine merkliche Beschwerdebesserung ein. Dennoch klagte die Klägerin über weiterbestehende Restbeschwerden bei Belastung. Gestützt auf eine MRI-Untersuchung wurde bei der Klägerin eine Epicondylitis humeri medialis und eine Innenbandtendinopathie medial rechts diagnostiziert, weshalb per 12.1.2017 provisorisch ein Operationstermin vereinbart wurde. Da sich die Beschwerden in der Folge weiter besserten, sagte die Klägerin den Operationstermin ab, weshalb ihr Dr. J. am 19.12.2016 letztmals eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % bis zu diesem Tag bescheinigte. Zusammen mit dem Sprechstundenbericht vom 9.11.2016 erscheint die in den beiden Arztzeugnissen vom 5.10.2016 und 19.12.2016 attestierte Arbeitsunfähigkeit von 50 % als begründet und nachvollziehbar. Entsprechend hat die Klägerin für diesen Zeitraum ihre Arbeitsunfähigkeit von 50 % mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen.

7.4.4 Die Klägerin war auch in der Police Nr. y. \_\_\_\_\_ mit einer Jahreslohnsumme von Fr. 150'000.-- versichert. Das Taggeld bei Krankheit betrug weiterhin 80 % der vereinbarten Jahreslohnsumme (kläg. Bel. 8 S. 2), was bei einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % ein Taggeld von Fr. 164.40 ergibt (vgl. oben Erwägung 7.3.3). Für den Zeitraum vom 5.10. bis 19.12.2016 sind 76 Taggelder à Fr. 164.40 geschuldet, insgesamt somit Fr. 12'494.40.

7.5 Zusammengefasst hat die Klägerin einen Taggeldanspruch von Fr. 10'028.40 für den Zeitraum vom 1.10. bis 30.11.2015 sowie einen Taggeldanspruch von Fr. 12'494.40 für den Zeitraum vom 5.10. bis 19.12.2016, insgesamt somit von Fr. 22'522.80.

## **8. Verzicht auf die Leistungen**

8.1 Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe im Rahmen des Telefonats vom 15.1.2016 mit Frau F., ihrer damaligen Sachbearbeiterin, rechtsgültig auf ihre Taggeldleistungen (gemeint: für den Zeitraum vom 1.10. bis 30.11.2015) verzichtet, weshalb sie zur Leistungsverweigerung berechtigt sei (Klageantwort S. 3 f. Ziff. 4). Die Klägerin bestreitet, auf die Taggelder verzichtet zu haben. Sie habe der Sachbearbeiterin einzig den Entschaid anheimgestellt, welche Tage sie wegen ihrer Ferienabwesenheit nicht entschädigen wolle (Replik S. 3 Ziff. 9).

8.2 Ein Verzicht auf einen Leistungsanspruch wie Taggelder ist grundsätzlich möglich. Dogmatisch handelt es sich um einen Schulderlass nach Art. 115 OR. Eine Verzichtserklärung ist indes nicht leichthin anzunehmen. Denn der Wille zur Aufhebung einer Forderung im Sinn von Art. 115 OR ist nicht zu vermuten und muss klar zum Ausdruck gelangen (Urteil BGer 5C.56/2005 vom 15.7.2005 E. 3.2 mit Hinweisen). Die Beweislast für den Schulderlass trägt in Anwendung von Art. 8 ZGB die Schuldnerin.

8.3 Im Rahmen der Parteibefragung verneinte die Klägerin, telefonisch gegenüber Frau F. auf das Taggeld verzichtet zu haben. Sie habe ihr einzig gesagt, sie solle für die Ferien einen Abzug machen (VP S. 5 Ziff. 15). Ursprünglich war vorgesehen, zu diesem Beweisthema auch F., die von der Beklagten als Zeugin angerufen wurde, zu befragen. Wegen der bevorstehenden Niederkunft ihres ersten Kindes wurde sie indessen von der Teilnahme an der Instruktionsverhandlung dispensiert. Auf eine erneute Vorladung als Zeugin verzichtete das Gericht in der Folge in antizipierter Beweiswürdigung, und zwar aus folgenden Gründen:

8.4 Im Verlaufsbericht der Beklagten über die Klägerin ist unter dem Datum vom 15.1.2016 ein Telefonanruf von der Klägerin vermerkt. Diesem Eintrag zufolge hat die Klägerin telefonisch mitgeteilt, dass sie sich von der Beklagten schikaniert fühle und es ihr in der Zwischenzeit gleichgültig sei, ob die Beklagte das Taggeld noch überweisen werde oder nicht (kläg. Bel. 25 [= kläg. Bel. 26] S. 2). Nach dem Gesagten ist eine Verzichtserklärung nicht leichthin anzunehmen. Sie muss vielmehr klar zum Ausdruck gelangen. Gleichgültigkeit

ist aber nicht mit einem klaren Verzicht gleichzusetzen. Selbst wenn F. im Rahmen einer Zeugenbefragung diesen Inhalt des Telefonats bestätigen würde, bliebe eine klare Verzichtserklärung durch die Klägerin noch immer unbewiesen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass wohl auch die Beklagte nicht von einer klaren Verzichtserklärung durch die Klägerin ausging, nahm sie doch im Nachgang zur E-Mail der Klägerin vom 24.2.2016 (kläg. Bel. 10) die Prüfung des Leistungsanspruchs wieder auf (vgl. kläg. Bel. 11 ff.). Bei dieser Ausgangslage kann in antizipierter Beweiswürdigung auf von einer Befragung von F. als Zeugin abgesehen werden.

## **9. Verzugszins**

Die Klägerin verlangt einen Verzugszins von 5 % seit dem 19.12.2016. Die Beklagte als Schuldnerin wird durch Mahnung in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Die Mahnung ist eine an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, mit welcher der Gläubiger zum Ausdruck bringt, dass er die Leistung ohne Säumnis verlangt. Mit der Mahnung muss die zu erbringende Leistung so genau bezeichnet werden, dass der Schuldner erkennt, was der Gläubiger fordern will. Geht es um eine Geldforderung, so ist deren Höhe in der Regel zu beziffern, wenn dies – wie im vorliegenden Fall – möglich ist (BGE 129 III 535 E. 3.2.2 mit Hinweisen). Das erste bezifferte Leistungsbegehren der Klägerin erfolgte mit dem Schlichtungsgesuch vom 7.6.2017, wobei nicht aktenkundig ist, wann dieses bei der Beklagten zugeing. Spätestens anlässlich der Schlichtungsverhandlung vom 29.6.2017 erhielt die Beklagten Kenntnis vom bezifferten Leistungsbegehren (vgl. kläg. Bel. 002), weshalb ab dem Folgetag ein Verzugszins von 5 % auf dem Betrag von Fr. 22'522.80 geschuldet ist.

## **10. Streitwert**

Stehen sich Klage und Widerklage gegenüber, so bestimmt sich der Streitwert gemäss Art. 94 Abs. 1 ZPO nach dem höheren Rechtsbegehren. Das höhere Rechtsbegehren enthält die Klage. Der Streitwert beläuft sich entsprechend auf Fr. 50'627.50.

## **11. Prozesskosten**

11.1 Die Prozesskosten werden grundsätzlich der unterliegenden Partei auferlegt. Hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO).

11.2 Zur Bestimmung der Prozesskosten werden die Streitwerte gemäss Art. 94 Abs. 2 ZPO zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschlies-

sen. Klage und Widerklage schliessen sich gegenseitig aus, wenn die Widerklage nur die Verneinung des klägerischen Rechtsbegehrens darstellt, also das kontradiktorische Gegenteil begehrt, sodass die Abweisung der Klage automatisch die Gutheissung der Widerklage und umgekehrt zur Folge hat (vgl. Rüegg/Rüegg, Basler Kommentar, 2017, N 3 zu Art. 94 ZPO). Schliessen sich Klage und Widerklage logisch zwar insoweit aus, als das Gericht nicht beide gleichzeitig gutheissen kann, aber haben sie insofern je ihr eigenes Schicksal, als die Abweisung beider Klagen theoretisch möglich ist, entspricht der wirtschaftliche Wert des Streites der Summe beider Begehren. In diesem Fall sind zur Bestimmung der Prozesskosten die Streitwerte zusammenzurechnen (Urteil des Zürcher Obergerichts LB140010-O/U vom 4.11.2016 in: SJZ 2017 S. 222 f. E. 2).

11.3 Im vorliegenden Fall haben Klage und Widerklage je ihr eigenes Schicksal, wäre es doch theoretisch möglich gewesen, dass Klage und Widerklage abgewiesen werden. Entsprechend sind zur Bestimmung der Prozesskosten der Streitwert von Klage und Widerklage zusammenzurechnen. Dieser zusammengerechnete Streitwert beträgt Fr. 61'971.10. Für die verhältnismässige Verteilung der Prozesskosten ist der prozentuale Anteil der erfolgreichen Rechtsbegehren am Gesamtstreitwert zu ermitteln (Rüegg/Rüegg, a.a.O., N 4 zu Art. 106 ZPO). Die Klägerin war mit ihren Rechtsbegehren im Umfang von Fr. 33'866.40 (Fr. 22'522.80 mit der Klage und Fr. 11'343.60 mit der Widerklage) erfolgreich. Prozentual hat sie gerundet zu 55 % obsiegt. Bei diesem Verfahrensausgang rechtfertigt es sich, dass die Parteien ihre eigenen Kosten je selbst tragen.

11.4 Gestützt auf Art. 114 lit. e ZPO werden in der vorliegenden Streitigkeit aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten erhoben.

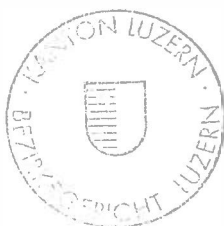
## Rechtsspruch

1. Die Beklagte hat der Klägerin Fr. 22'522.80 nebst Zins zu 5 % seit 30.6.2017 zu bezahlen.
2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
5. Die Parteien tragen ihre eigenen Kosten je selbst.
6. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich mit Anträgen und Begründung beim Kantonsgericht einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
7. Dieses Urteil wird den Parteien und nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern zugestellt.

### Bezirksgericht Luzern

#### Abteilung 1

lic. iur. Vroni Schwitter  
Präsidentin



Dr. jur. Jonas Rüegg  
Gerichtsschreiber