

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090829\_d\_zh\_o\_01 vom 29. August 2009**

FINMA Versicherungsrecht, 2009-08-29, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20090829\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20090829_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090829\_d\_zh\_o\_01 du 29 août 2009

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20090829\_d\_zh\_o\_01 del 29 agosto 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1974, verfügt über eine abgeschlossene Berufsausbildung als Coiffeuse und war zuletzt bis zum 28. Februar 2006 als selbständigerwerbende Coiffeuse tätig (Urk. 2/5 S. 3, Urk. 14/14, Urk. 14/9/M20 S. 4). Zwischen der Versicherten als Inhaberin des Coiffeurgeschäfts und der VAUDOISE ALLGEMEINE Versicherungs- Gesellschaft (nachfolgend: Vaudoise) bestand ein mit dem 29. Januar 2004 datierter Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag für Lohnausfall (Urk. 20/1). Versichert war X.\_\_\_\_ bei einem zu versichernden Jahreslohn von Fr. 48'000.-- und einer Leistungspflicht bei Krankheit wie auch bei Unfall für Taggelder von 100 % des Lohnes nach einer Wartefrist von 30 Tagen und während einer Dauer von 730 Tagen (vgl. Urk. 13 S. 3, Urk. 19 S. 2, Urk. 20/1). Angestellte hatte sie keine. Am 17. Februar 2006 kam es zwischen dem von X.\_\_\_\_ gelenkten Personenwagen und einem Fussgänger zu einer Kollision (Urk. 9/3). In der Folge meldete sie der Vaudoise am 27. Februar 2006 den Nervenzusammenbruch vom 23. Februar 2006 mit sofortiger Einstellung der Arbeit (Urk. 14/6). Daraufhin erbrachte die Vaudoise - nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist von 30 Tagen - ab dem 25. März 2006 Taggeldzahlungen (Urk. 13 S. 3 f., Urk. 14/8, Urk. 14/18). Zur Klärung des medizinischen Sachverhalts holte sie diverse Berichte des Hausarztes Dr. med. Y.\_\_\_\_, Facharzt FMH für Radio-Onkologie (Urk. 14/9/M1-2, Urk. 14/9/M5-7), sowie der behandelnden praktischen Ärztin, Dr. Z.\_\_\_\_ (Urk. 14/9/M3-4, Urk. 14/9/M9, Urk. 14/9/M15, Urk. 14/9/M17-18), ein. Aufgrund der persistierenden psychischen Beschwerden veranlasste sie sodann die psychiatrische Begutachtung durch die A.\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_-Gutachten vom 5. Oktober 2006, Urk. 14/9/M11 sowie dessen Ergänzung vom 7. November 2006, Urk. 14/9/M14). Die Versicherte nahm ab dem 1. Dezember 2006 eine neue Tätigkeit als Raumpflegerin im Umfang von 20 % auf. Per 1. Januar 2007 steigerte

sie das Pensum auf 30 % und ab 1. April 2007 auf 50 % (Urk. 14/9/M17-18). Mit Schreiben vom 8. Mai 2007 teilte die Vaudoise der Versicherten mit, es sei eine weitere Abklärung nötig, da die Ausführungen des A.\_\_\_\_ wie auch Dr. Z.\_\_\_\_s zu wenig aussagekräftig seien. Bis das neue Gutachten erstellt sei, werde auf die Arbeitsfähigkeitsangabe von 50 % im A.\_\_\_\_-Gutachten abgestellt. Weiter wurde ihr empfohlen, sich bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung anzumelden (Urk. 2/8). Die Anmeldung bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung war bereits am 26. März 2007 erfolgt (Urk. 14/11/I1).

### **E. 1.1**

Die Beklagte macht zusammenfassend geltend, es handle sich beim vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt beziehungsweise Vertrag um eine freiwillige Privatversicherung, weshalb das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich für die Beurteilung der Sache

sachlich unzuständig sei. Dies ergebe sich daraus, dass der Begriff der "Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung" enger gefasst werden müsse. Nur Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, abgeschlossen mit KVG-Versicherern mit EDI-Bewilligung, seien durch das Sozialversicherungsgericht zu behandeln. Die Vaudoise figuriere nicht auf der Liste der zugelassenen Versicherer des EDI. Ihre Produkte könnten daher keine Zusatzversicherungen im Sinne von Art. 85 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG) sein. Wie alle anderen Personenversicherungsverträge ausser den KVG-Grunddeckungen und den VVG-Zusatzversicherungen der KVG-Versicherer unterstehe der im Streit liegende Vertrag der Zivilgerichtsbarkeit. Es sei daher auf die Klage nicht einzutreten (Urk. 13 S. 8-14, Urk. 23 S. 11).

### **E. 1.2**

Gemäss § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) in der seit 1. Januar 2005 in Kraft stehenden, hier anwendbaren Fassung, beurteilt das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Art. 85 Abs. 2 VAG. Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich hat in einem Grundsatzentscheid befunden, dass als "Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Art. 47 Abs. 2 VAG" (heute Art. 85 Abs. 2 VAG) im Sinne der Zuständigkeitsregelung in § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer auch die Krankentaggeldversicherungen nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) zu betrachten seien, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherungsträger daneben über

die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 13 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG]) verfüge (Beschluss des Sozialversicherungsgerichts in Sachen S. vom 17. November 2004, KK.2002.00016; vgl. auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 21. Mai 2007, KK.2005.00025, Erw. 1.2). Daran ist festzuhalten. Auch das von der Beklagten angerufene Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 25. Mai 2007 (B-1298/2006) vermag an dieser Auffassung nichts zu ändern. Denn es kann auf dieses Urteil, das im Zusammenhang mit der Vorlagepflicht von Tarifen und Allgemeinen Versicherungsbedingungen ergangen ist, nicht abgestellt werden, zumal es an einer vertieften Auseinandersetzung mit der Frage, wann eine Zusatzversicherung vorliegt, fehlt. Insbesondere setzte sich das Bundesverwaltungsgericht weder mit der Praxis noch mit der Lehre und den Materialien zu dieser Frage auseinander. Schliesslich handelt es sich beim Bundesverwaltungsgericht nicht um das Bundesgericht, weshalb die kantonalen Versicherungsgerichte nicht an dessen Rechtsauffassung gebunden sind (vgl. auch die diesbezüglichen Ausführungen in der Verfügung des hiesigen Gerichts vom 12. März 2009 im Verfahren KK.2009.00005, Erw. 4.2). Damit ist die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben.

### **E. 1.3**

Auch die örtliche Zuständigkeit ist zu bejahen. Diese richtet sich im Bereich der Zusatzversicherungen zur Krankenpflegeversicherung nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG). Gemäss Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumentin das Gericht am

Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], 2. Auflage, Bern 2005, Rz 37 zu Art. 22; Gerichtsstandsgesetz, Kommentar zum Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Müller/Wirth [Hrsg.], Zürich 2001, Rz 170 ff. zu Art. 22). In Übereinstimmung mit der gesetzlichen Regelung steht dem Versicherungsnehmer auch gemäss den Allgemeinen Bedingungen (AVB) für die Einzelkrankenversicherung, Ausgabe 2005 (nachfolgend: AVB Einzelkrankenversicherung 2005, Urk. 2/2), sowie der Kollektivkrankenversicherung, Ausgabe 2002 (nachfolgend: AVG Kollektivkrankenversicherung 2002, Urk. 14/5; vgl. Urk. 24/20 S. 12), bei Streitigkeiten wahlweise das Gericht an seinem schweizerischen Wohnsitz oder das Gericht am Sitz der Beklagten zur Verfügung (Art. 18 AVB Einzelkrankenversicherung 2005, Art. 23 AVB Kollektivkrankenversicherung 2002). Da sich der Wohnsitz der Klägerin im Kanton Zürich befindet, ist das angerufene Gericht als im Kanton Zürich einziges sachlich zuständiges Gericht örtlich zuständig (vgl. vorstehende Erwägung 1.2).

## **E. 2**

Daraufhin liess die Versicherte mit Eingabe vom 25. Juni 2007 Klage gegen die Vaudoise erheben und das Rechtsbegehren stellen, es sei die Beklagte zu verpflichten, ihr Fr. 23'077.10 zuzüglich 5 % Zins seit dem 1. November 2006 zu bezahlen (Urk. 1). Nach einer ersten Eingabe vom 11. Juli 2007 (Urk. 6) reichte die Vaudoise in der Folge zusammen mit der Eingabe vom 15. August 2007 (Urk. 7) das psychiatrische Gutachten des B.\_\_\_\_ (nachfolgend: B.\_\_\_\_) vom 25. Juli 2007 (Urk. 9/2) sowie Akten der Polizei C.\_\_\_\_ betreffend die Kollision vom 17. Februar 2006 (Urk. 9/3) ein. Nachdem der Vaudoise mit Schreiben vom 22. August 2007 mitgeteilt worden war, welche Akten einzureichen seien (Urk. 10), beantragte sie in der Klageantwort vom 2. November 2007, es sei auf die Klage nicht einzutreten, eventuell sei die Klage abzuweisen (Urk. 13). Mit Verfügung vom 15. November 2007 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Urk. 15). Mit Replik vom 5. März 2008 (Urk. 19) beziehungsweise Duplik vom 23. April 2008 (Urk. 23) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Nachdem der Versicherten mit Verfügung vom 24. April 2008 die Möglichkeit gegeben worden war, zu den Noven Stellung zu nehmen (Urk. 25), reichte sie am 9. Juni 2008 ihre Stellungnahme ein (Urk. 28). Mit Verfügung vom 11. Juni 2008 wurde der Schriftenwechsel als geschlossen erklärt (Urk. 29). Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Die Klägerin macht im Wesentlichen geltend, sie habe gestützt auf die Versicherung bei Arbeitsunfähigkeit, Police Nr. 174651 0 5400, vom 9. Mai 2006 Anspruch auf Krankentaggelder von Fr. 132.--. Sie leide an einer posttraumatischen Belastungsstörung, seit es zu einer Kollision zwischen ihr als Autofahrerin und einem Passanten gekommen sei. Aufgrund der psychischen Probleme sei sie in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Es stünden ihr insgesamt Taggelder im Umfang von Fr. 23'077.10 zu. Insbesondere habe sie vom 14. März bis zum 30. November 2006 Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit, vom 1. bis 31. Dezember 2006 Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit, vom 1. Januar bis zum 31. März 2007 Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 70%ige Arbeitsunfähigkeit und vom 1. April bis

zum 30. Juni 2007 Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit gehabt (Urk. 1, Urk. 19). Dagegen bringt die Beklagte zusammengefasst vor, sie sei an die Einzel-Police 174651/5400 nicht gebunden. Zudem ende gemäss Art. 12.4 der AVB zum Kollektivvertrag der Anspruch auf Taggelder für die vor dem 1. März 2006 und nachher andauernde Krankheit spätestens 180 Tage nach dem Ende des auf Wunsch der Klägerin per 28. Februar 2006 aufgehobenen Kollektivkrankenversicherungsvertrags. Die Klägerin habe zwar eine Einzelversicherung am 7. April 2006 rückwirkend per 1. März 2006 beantragt. Dies nur um sich längere Leistungen zu sichern, obwohl eine solche Einzelversicherung bei Aufgabe der Berufstätigkeit gar keinen Sinn mache, weil kein Lohnanspruch bestehe, der zu versichern lohnenswert wäre (Urk. 13 insbesondere S. 14- 19, Urk. 23).

### **E. 2.2**

Unbestritten- und belegtermassen richtete die Beklagte unter Berücksichtigung einer Wartezeit von 30 Tagen im Zeitraum vom 25. März bis zum 30. September 2006 gestützt auf eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit und vom 1. Oktober 2006 bis zum 31. Januar 2007 gestützt auf eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit Krankentaggelder im Gesamtwert von Fr. 33'194.50 aus (Urk. 1 S. 4, Urk. 2/4, Urk. 13 S. 16, Urk. 14/8, Urk. 14/18 S. 1-5). Gemäss den Ausführungen in der Klageantwort seien vom 1. Februar bis zum 31. August 2007 gestützt auf eine 50%ige Arbeitsfähigkeit weitere Taggelder im Betrag von Fr. 13'922.-- ausgerichtet worden (Urk. 13 S. 16). Zwar ergibt sich dies auch aus der Abrechnung vom 21. September 2007 (Urk. 14/18 S. 6). Da diese Abrechnung - im Gegensatz zu den übrigen Abrechnungen - weder visiert noch mit dem visierten Stempel versehen ist, welcher die Bezahlung des Betrags bestätigt, kann nicht ohne Weiteres von deren Bezahlung ausgegangen werden. Dies umso mehr, als die Klägerin in ihrer Replik vom 5. März 2008 an ihren Anträgen festhält und weiterhin Fr. 23'077.10 einklagt für den Zeitraum vom 14. März 2006 bis zum 30. Juni 2007 (Urk. 19 S. 2; vgl. Urk. 1 S. 2, S. 4 und S. 6).

### **E. 2.3**

Strittig und zu prüfen ist somit, ob, seit wann und in welchem Ausmass die Klägerin Anspruch auf Krankentaggelder hat.

### **E. 3.1**

Zunächst ist vorfrageweise zu prüfen, welche vertraglichen Grundlagen in welchem Zeitraum anwendbar sind. Dabei hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) - wo das Gesetz es nicht anders bestimmt - derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 Erw. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art.

### **E. 3.2**

Dass zwischen der Klägerin als Inhaberin ihres Coiffeurgeschäfts und der Beklagten ein mit dem 29. Januar 2004 datierter Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag für Lohnausfall bestand, ergibt sich zweifellos aus den Akten (Urk. 20/1). Versichert war die Klägerin bei einem zu versichernden Jahreslohn von Fr. 48'000.-- und einer Leistungspflicht bei Krankheit wie auch bei Unfall für Taggelder von 100 % des Lohnes nach einer Wartezeit

von 30 Tagen und während einer Dauer von 730 Tagen. Der Vertrag begann am 21. Januar 2004, mit stillschweigender Erneuerung nach dem Ablauf per 31. Dezember 2004 und trägt die Policennummer 174651 0 5632. Als Allgemeine Bedingungen (AVB) galt die Ausgabe vom 1. Januar 1999, als besondere Bedingungen (BB) die Nr. 5600. Die Nettojahresprämie betrug Fr. 1'089.80 (Urk. 13 S. 3, Urk. 19 S. 2, Urk. 20/1).

### **E. 3.3**

Entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 28 S. 2 f.) ergibt sich sodann mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aus den Akten, dass der Kollektivkrankenversicherungsvertrag vom 29. Januar 2004 in dem Sinne abgeändert wurde, dass ab dem 1. Januar 2005 die Allgemeinen Bedingungen (AVB) vom 1. Januar 2002 (AVB Kollektivkrankenversicherung 2002) galten und die Jahresprämie Fr. 1'186.60 betrug (vgl. Urk. 14/4 und Urk. 24/20). Denn es liegt ein vom 5. April 2004 datierter und von der Klägerin unterzeichneter Antrag vor, aus welchem hervorgeht, dass und wie der ursprüngliche Vertrag abgeändert werden soll. Bei im Übrigen gleichen Bedingungen sollten die Allgemeinen Bedingungen vom 1. Januar 2002 sowie eine höhere Prämie gelten (Urk. 14/4). Weiter bezahlte die Klägerin - ohne dagegen Einwände zu erheben - ab dem 1. Januar 2005 die mit der Vertragsänderung übereinstimmenden höheren Prämien von Fr. 593.30 pro Semester (2 x Fr. 593.30 = Fr. 1'186.60) (Urk. 24/22).

Zusammen mit dem unterzeichneten Antrag führt das vorbehaltlose Bezahlen der höheren Prämien zur Feststellung, dass ab dem 1. Januar 2005 unter der gleichen Policennummer die am 5. April 2004 vereinbarten Vertragsänderungen in Kraft traten und damit die AVB Ausgabe 1. Januar 2002 (AVB Kollektivkrankenversicherung 2002) zur Anwendung gelangen. Zu erwähnen ist sodann, dass es - entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 19 S. 4) - für die Annahme der Vertragsänderung keiner expliziten definitiven Annahme durch die Beklagte bedurfte, zumal gemäss Art. 2 Abs. 1 VVG ein Antrag, der einen bestehenden Vertrag verlängern oder abändern soll, als angenommen gilt, wenn er vom Versicherer nicht binnen 14 Tagen abgelehnt wird. Für die Annahme des Vertrags und damit das Zustandekommen des Vertrags ist zudem auch das Zusenden der Police nicht nötig, da der Versicherer seinen Annahmewillen unter anderem dadurch bekunden kann, dass er dem Versicherungsnehmer eine Prämienrechnung zustellt (vgl. auch Kuhn/Müller/Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Zürich 2002, S. 158 f.), was unbestrittenermassen geschah (vgl. Urk. 24/22, Urk. 28 S. 3).

### **E. 3.4.1**

Unbestrittenermassen kam es am 17. Februar 2006 zwischen der Klägerin als Autofahrerin und einem die Strasse überquerenden Fussgänger zu einer Kollision (Urk. 9/3, Urk. 13, Urk. 19 S. 4).

### **E. 3.4.2**

Am 27. Februar 2006 meldete die Versicherte daraufhin der Vaudoise eine Arbeitsunfähigkeit. Sie teilte mit, sie leide seit dem 23. Februar 2006 an einem Nervenzusammenbruch. Auf die Frage, ob es sich um Folgen eines Unfalles handle, antwortete sie mit "in Zusammenhang mit Autounfall" (Urk. 14/6). Über den Beginn der Arbeitsunfähigkeit ergeben sich aus den Akten uneinheitliche Angaben und es entsteht der Eindruck eines unsorgfältigen Umgangs mit Daten. So gehen aus dem Bericht von Dr. Y. \_\_\_ vom 18. März 2006 ein Behandlungsbeginn am sowie eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 21. Februar 2006 hervor. Als Diagnose führte er eine

posttraumatische Belastungsstörung bei einem Status nach Autounfall am 21. Februar 2006 auf. Die Klägerin habe als Autolenkerin einen Passanten am Zebrastreifen angefahren (Urk. 14/9/M1). In dessen Bericht vom 10. April 2006 hielt er hingegen fest, die Arbeitsunfähigkeit dauere seit dem 23. Februar 2006 (Urk. 14/9/M2). Dasselbe ergibt sich auch aus dem Bericht der behandelnden praktischen Ärztin, Dr. Z.\_\_\_\_, vom 10. April 2006 (Urk. 14/9/M3), vom 6. Juni 2006 (Urk. 14/9/M4), aus dem handschriftlich korrigierten Bericht vom 5. September 2006 (Urk. 14/9/M9) sowie vom 5. Dezember 2006 (Urk. 14/9/M15). Am 7. Juli 2006 hielt Dr. Y.\_\_\_\_ fest, die Klägerin sei seit dem 1. März 2006 arbeitsunfähig (Urk. 14/9/M5). Aus dem psychiatrischen Gutachten des A.\_\_\_\_ vom 5. Oktober 2006 geht sodann als Unfalldatum der 1. März 2006 hervor (Urk. 14/9/M11). Gestützt auf diese Angaben ist festzuhalten, dass die Klägerin mit überwiegender Wahrscheinlichkeit seit dem 23. Februar 2006 in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt war. Denn dieses Datum ergibt sich konsequent aus den Berichten Dr. Z.\_\_\_\_s (Urk. 14/9/M3, Urk. 14/9/M4, Urk. 14/9/M9, Urk. 14/9/M15) sowie aus der von der Klägerin ausgefüllten Anmeldung (Urk. 14/6). Einzig im Bericht vom 30. März 2007 wird von Dr. Z.\_\_\_\_ der 13. Februar 2006 aufgeführt, wobei davon ausgegangen werden kann, dass es sich hierbei um einen Verschieb handelt, zumal die Abweichung in der Datumsangabe nicht begründet wurde und die Ziffern "1" und "2" auf der Tastatur gerade nebeneinander liegen (Urk. 14/9/M18). Die Berichte Dr. Y.\_\_\_\_s enthalten hingegen sowohl betreffend den Beginn der Arbeitsunfähigkeit wie auch betreffend den Unfallzeitpunkt diverse voneinander abweichende Angaben, wobei hierfür keine Begründung angegeben wurde. Auf dessen widersprüchliche Angaben kann daher nicht abgestellt werden. Der unsorgfältige Umgang mit den Daten durch die Ärzte kann sodann nicht der Klägerin angelastet werden. Denn es ist nicht davon auszugehen, dass sie Einsicht in die Berichte erhielt, bevor diese an die Vaudoise gesendet wurden, weshalb sie auch nicht hatte korrigierend eingreifen können. Aus diesem Grund kann der Klägerin - entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 13 S. 4) - auch keine Täuschungsabsicht betreffend den Beginn der Arbeitsunfähigkeit vorgeworfen werden. Angesichts der ab 23. Februar 2006 eingetretenen Arbeitsunfähigkeit zahlte die

Vaudoise damit zu Recht nach Ablauf der 30 Wartetage ab dem 25. März 2006 Taggelder aus (Urk. 14/8). Für die von der Klägerin ab dem 14. März 2006 verlangten Taggelder (vgl. Urk. 1 S. 6) besteht jedoch keine Grundlage, da - wie bereits oben erwähnt - nicht von einer Arbeitsunfähigkeit ab dem 13. Februar 2006 ausgegangen werden kann.

### **E. 3.4.3**

Es ergibt sich sodann aus den Akten, dass die Klägerin ihre selbständige Tätigkeit in ihrem Coiffeuresgeschäft per 28. Februar 2006 aufgab (Urk. 14/13-15). Darauf ist abzustellen, zumal dies auch die Klägerin nicht bestreitet.

### **E. 3.5**

Infolge der Geschäftsaufgabe ist im Folgenden der Übertritt in die Einzelversicherung zu prüfen.

#### **E. 3.5.1**

Mit Schreiben vom 5. April 2006 teilte die Vaudoise der Klägerin mit, sie sei darüber informiert worden, dass das "Anstellungsverhältnis" per 28. Februar 2006 aufgehoben worden sei. Die Klägerin habe die Möglichkeit, ein Übertrittsgesuch in die Einzelkranken-Versicherung einzureichen. Um gültig zu sein, solle das Dokument bis

spätestens zum 31. März 2006 zurückgesendet werden. Weiter wurde in diesem Schreiben festgehalten, die Vaudoise erbringe bei einem Übertritt weiterhin die gleichen Leistungen, wie sie im Kollektivvertrag vorgesehen seien (Urk. 14/14). Das daraufhin von der Klägerin eingereichte Übertrittsgesuch datiert vom 7. April 2006. Sie führte darin auf, sie sei am 1. März 2006 aus dem Betrieb ausgetreten, verfüge über keine neue berufliche Tätigkeit und keinen neuen Arbeitgeber. Die Fragen, ob eine Arbeitslosigkeit, sowie ob im Zeitpunkt des Austritts aus dem Betrieb - unter einem von der Vaudoise angebrachten Hinweis auf das bereits bestehende Schadensdossier - eine Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit bestehe, wurden mit Ja beantwortet (Urk. 14/15). In der Folge unterzeichnete die Klägerin am 26. April 2006 den Offerten-Antrag Einzelversicherung (Urk. 14/16). In Übereinstimmung mit den Angaben im Offerten-Antrag begann die Einzeltaggeldversicherung bei Arbeitsunfähigkeit gemäss der Police vom 9. Mai 2006 am 1. März 2006 und lief am 31. Dezember 2007 als Vertrag mit stillschweigender Erneuerung ab. Vereinbart wurden für das Risiko Krankheit ein Taggeld von Fr. 132.-- vom 31. bis zum 730. Tag sowie die Anwendung der Allgemeinen Bedingungen, Ausgabe 07.2005 (AVB Einzelkrankenversicherung 2005). Die Jahresprämie betrug Fr. 4'184.40 (Urk. 2/1), welche die Klägerin in der Folge in vierteljährlichen Beträgen von Fr. 1'046.10 beglich (Urk. 24/23).

### **E. 3.5.2**

Die Beklagte bringt gegen den Einzelversicherungsvertrag vor, dieser sei wegen des Rückwärtsversicherungsverbots nichtig (Art. 9 VVG), eventuell unverbindlich (Art. 40 VVG). Der Unfall habe sich am 17. Februar 2006, also vor dem Übertrittsgesuch der Klägerin in die Einzelkrankenversicherung ereignet (Urk. 13 S. 6 f. und S. 14 f.). Den Vorbringen der Beklagten kann unter Hinweis auf die Ausführungen des Bundesgerichts im Urteil vom 7. April 2009 in keiner Weise gefolgt werden. Denn eine während der Vertragsdauer der Kollektivversicherung eingetretene Krankheit wird mit dem Abschluss eines Einzelversicherungsvertrags nicht rückwärts versichert, da sie bereits in der Kollektivversicherung versichert war. Wenn der Versicherer die daraus geschuldeten Leistungen nach dem Übertritt im Rahmen der Einzelversicherung erbringt, liegt darin kein Verstoß gegen Art. 9 VVG (Urteil des Bundesgerichts 7. April 2009 in Sachen A., 4A\_39/2009, Erw. 3.5.2). Von einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs gemäss Art. 40 VVG kann sodann ebenfalls nicht die Rede sein, denn die Klägerin hat im Übertrittsgesuch keine unrichtigen Angaben gemacht (Urk. 14/15).

### **E. 3.5.3**

Weiter macht die Beklagte geltend, die Klägerin sei zum Zeitpunkt des Übertritts arbeitsunfähig, das heisst weder erwerbstätig noch vermittlungsfähig gewesen, weshalb sie keinen Anspruch auf einen Übertritt gehabt hätte (Urk. 13 S. 15 und S. 17). In den AVB der Kollektivkrankenversicherung 2002 wird der Übertritt in die Einzelversicherung geregelt. Gemäss Art. 14.1 AVB Kollektivkrankenversicherung 2002 hat der Versicherte, sofern er weiterhin eine Erwerbstätigkeit ausübt und nicht Anspruch auf Freizügigkeit im Sinne von Ziffer 15 erheben kann, das Recht, in die Einzel-

Krankenversicherung überzutreten, wenn er aus dem Kreis der von einer bei der Vaudoise abgeschlossenen Kollektiv-Krankenversicherung erfassten Personen ausscheidet, wenn diese Versicherung erlischt und wenn der Versicherte arbeitslos ist und von der zuständigen Einrichtung als vermittlungsfähig erkannt wird. Kein Übertrittsrecht besteht gemäss Art.

14.2 AVB Kollektivkrankenversicherung 2002 hingegen, wenn der Versicherte die Taggelder für die bestehende Krankheit erschöpft hat und aufgrund dieser Krankheit Anspruch auf eine Vollrente der eidgenössischen Invalidenversicherung hat, wenn der Versicherte beim Austritt aus der Kollektivversicherung berufliche Altersvorsorgeleistungen bezieht oder das AHV- Rentenalter erreicht hat und wenn der Versicherte seinen Wohnsitz nicht mehr in der Schweiz oder in Liechtenstein hat (Urk. 14/5 S. 8). Es kann vorliegend offen gelassen werden, wie diese Vertragsbestimmungen auszulegen sind und ob der Übertritt einzig (teilweise) gesunden, das heisst erwerbstätigen oder vermittlungsfähigen, Versicherten vorbehalten werden kann (vgl. hierzu Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Honsell/Vogt/Schnyder [Herausgeber], Basel 2001, Art. 100 Abs. 2 VVG, S. 1149 - S. 1154 insbesondere Rz 6). Denn es ist gestützt auf die allgemeinen Regeln des Obligationenrechts (OR) betreffend den Vertragsschluss, welche gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG auf den Versicherungsvertrag Anwendung finden, soweit das VVG keine Vorschriften enthält, festzuhalten, dass zwischen den Parteien zweifellos ein Einzelkrankentaggeldvertrag zustande gekommen ist, da ein entsprechender Antrag sowie die Annahme in Form der Police und den Prämienrechnungen vorliegen (Art. 100 Abs. 1 VVG in Verminderung mit Art. 1 des Obligationenrechts [OR]; vgl. Kuhn/Müller/Eckert, a.a.O., S. 158 f.). Um zu verhindern, dass dieser abgeschlossene Vertrag angewendet wird, hätte die Beklagte - nebst Art. 9 und 40 VVG (vgl. hierzu Erw. 3.5.2) - Mängel im Sinne von Art. 23 bis Art. 30 OR geltend machen müssen. Zu Recht tat sie dies nicht, denn die Beklagte schloss in voller Kenntnis der Situation mit der Klägerin den Vertrag ab. Ausserdem kann sie sich - als Verfasserin der AVB - nicht auf deren Unkenntnis berufen.

#### **E. 3.5.4**

Zusammenfassend steht somit fest, dass ein Übertritt in die Einzelversicherung per 1. März 2006 stattfand, was - entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 19 S. 6) - zur Folge hat, dass ab diesem Zeitpunkt der Einzelversicherungsvertrag gilt, denn mit der Aufgabe der Geschäftstätigkeit als Coiffeuse per 28. Februar 2006 endet auch der Versicherungsschutz durch den Kollektivvertrag (vgl. Art. 6 AVB Kollektivkrankenversicherung 2002).

4. 4.1 Das grundsätzlich anwendbare VVG enthält ausser Art. 87 VVG keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb vorab einmal die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien massgebend. Einschlägig sind mit Übertritt in die Einzeltaggeldversicherung die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Einzelkrankenversicherungen nach VVG, Ausgabe 2005 (vgl. Urk. 2/1). Gemäss Art. 1 AVB Einzelkrankenversicherung 2005 deckt die Vaudoise ein Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit, sofern diese auf eine Krankheit zurückzuführen und von einem Arzt bescheinigt worden ist. Dabei ist arbeitsunfähig, wer aufgrund einer Krankheit seiner bisherigen beruflichen Tätigkeit nicht nachgehen kann, oder bei längerer Arbeitsunfähigkeit nicht in der Lage ist, eine andere, seinem Gesundheitszustand und seinen Fähigkeiten angemessene zumutbare Tätigkeit auszuüben. Als Krankheit gilt jede medizinisch feststellbare Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht zurückzuführen ist auf einen Unfall im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG, eine dem Unfall gleichgestellte Verletzung im Sinne der Unfallversicherung gemäss UVG, eine von der Unfallversicherung gemäss UVG gedeckte Berufskrankheit, und die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 2.1 und Art. 2.2 AVB Einzelkrankenversicherung 2005). Art. 8.1 AVB Einzelkrankenversicherung 2005 sieht vor, dass die Leistungen für

jede Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % verhältnismässig zu dem durch einen Arzt bescheinigten Grad der Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt wird.

Zu erwähnen ist sodann, dass die Anzahl Tage, die dem Versicherten durch die Kollektivversicherung des vorherigen Arbeitgebers entschädigt worden sind, von der vorgesehenen maximalen Leistungsdauer des Taggelds in Abzug gebracht werden (Art. 12.2 AVB Einzelkrankenversicherung 2005). 4.2 Dabei ist festzuhalten, dass der übertretenden Person bei einem Wechsel von der Kollektiv- zur Einzelversicherung die gleichen Leistungen zu gewähren sind wie in der Kollektivversicherung (BGE 127 III 238 Erw. 2c mit Hinweis, VVG-Kommentar, a.a.O., Art. 100 Abs. 2 VVG, S. 1151 ff., Rz 6 f.). Gemäss Art. 14.5 der AVB Kollektivkrankenversicherung 2002 verpflichtet sich die Vaudoise denn auch, dem übertretenden Versicherten im Rahmen der Bestimmungen der Einzelversicherung den bisherigen Umfang der Leistungen zu gewähren (Urk. 14/5 S. 8). Auch im Schreiben vom 5. April 2006 hielt sie fest, sie werde weiterhin die gleichen Leistungen erbringen, wie sie im Kollektivvertrag vorgesehen seien (Urk. 14/14). Es ergibt sich aus den Akten, dass sowohl im ursprünglichen (Urk. 20/1 S. 3) wie auch im per 1. Januar 2005 geänderten Kollektivkrankentaggeldversicherungsvertrag (vgl. Urk. 14/4 S. 4) versicherte Leistungen im Krankheitsfall und bei Unfall geschuldet waren. Demgegenüber zählt gemäss der Police zur Einzelkrankenversicherung nur die Krankheit zu den gedeckten Risiken (Urk. 2/1). Dies hält vor der Rechtsprechung wie auch vor der erwähnten gesetzlichen Regelung nicht stand. Demgemäss sind der Klägerin auch nach dem Übertritt in die Einzelkrankenversicherung Leistungen bei Unfall geschuldet. Bei diesem Ausgang kann die genaue Prüfung, ob es sich bei der Kollision vom 17. Februar 2006 um ein Schreckereignis und mithin um einen Unfall im Sinne des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) handelt, offen gelassen werden. 4.3 In Bezug auf die Frage, ob es sich bei der strittigen Einzelkrankenversicherung um eine Erwerbsausfallversicherung handelt (vgl. Urk. 13 S. 15 und S. 17, Urk. 19 S. 11), ist sodann festzuhalten, dass sich aus den AVB Einzelkrankenversicherung 2005 nicht ohne Weiteres ergibt, dass das Krankentaggeld vom Nachweis eines krankheitsbedingten Einkommensausfalles abhängig ist (vgl. Art. 1 AVB Einzelkrankenversicherung 2005). Die abschliessende Beantwortung dieser Frage kann jedoch ebenfalls unterbleiben, denn es ist bezüglich der Frage des Nachweises des Erwerbsausfalls auf die Rechtsprechung des Eidgenössischen Versicherungsgerichts zur Taggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung, Art. 67 ff. KVG, hinzuweisen, welche analog auf den vorliegenden Fall anzuwenden ist (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich in Sachen A. vom 30. Mai 2006, KK.2005.00026, Erw. 3.2, und in Sachen N. vom 30. Mai 2006, KK.2007.00006, Erw. 3.1). Dieses unterscheidet unter dem Hinweis darauf, dass es sich bei der Taggeldversicherung nach KVG um eine reine Erwerbsausfallversicherung handelt (vgl. RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 421 Erw. 2a), zwei Fallkategorien. Wenn eine versicherte Person ihre Stelle durch Kündigung zu einem Zeitpunkt verliert, zu dem sie bereits wegen Krankheit arbeitsunfähig ist, gilt die Vermutung, dass sie immer noch erwerbstätig wäre, wenn sie nicht erkrankt wäre. In diesem Fall hat die versicherte Person grundsätzlich Anspruch auf Krankentaggelder, ohne dass es auf eine Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung ankäme, und die Taggeldhöhe orientiert sich am entgangenen Lohn. Verneint werden kann der Taggeldanspruch hier nur dann, wenn konkrete Indizien dafür vorliegen, dass die versicherte Person mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch dann keine Erwerbstätigkeit ausüben würde, wenn sie nicht erkrankt wäre. Erkrankt eine versicherte Person hingegen erst dann, wenn sie ihre Stelle schon verloren hat, so ist

rechtsprechungsgemäss zu vermuten, dass sie auch ohne Erkrankung weiterhin nicht erwerbstätig wäre. Diesfalls ist ein Anspruch auf Krankentaggelder nach Massgabe des entgangenen Lohnes nur dann gegeben, wenn die versicherte Person nachzuweisen vermag, dass sie mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine konkret bezeichnete Stelle angetreten hätte, wenn sie nicht erkrankt wäre. Andernfalls fällt lediglich ein Anspruch auf Krankentaggelder nach Massgabe der entgangenen Arbeitslosenentschädigung in Betracht. Voraussetzung für einen solchen Anspruch ist, dass ohne Erkrankung ein Anspruch auf Arbeitslosenentschädigung bestünde (vgl. RKUV 1998 Nr. KV 43 S. 421 Erw. 2a+b; SVR 1998 KV Nr. 4 S. 9 f. Erw. 3a+b; Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai

2008 in Sachen A., 9C\_332/2007, Erw. 2.2.2). Die Klägerin wurde im Erwerbsleben stehend arbeitsunfähig (Urk. 14/9/M3, Urk. 14/14). Es ist daher mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu vermuten, dass die Klägerin immer noch erwerbstätig wäre, wenn sie nicht krank geworden wäre. Damit hat sie auch ohne Anmeldung bei der Arbeitslosenversicherung ab dem 1. März 2006 Anspruch auf Krankentaggelder. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin ab dem 1. Dezember 2006 die neue reduzierte Tätigkeit als Raumpflegerin aufnahm (Urk. 14/9/M17).

5. 5.1 Die Beklagte bezahlte ab Ablauf der Wartezeit am 25. März 2006 bis Ende September 2006 ein Taggeld auf der Basis einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit und ab 1. Oktober 2006 ein solches aufgrund einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit. Strittig und zu prüfen ist, ob gestützt auf die medizinischen Berichte für die Zeit vom 1. Oktober bis zum 30. November 2006 noch eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit, vom 1. bis zum 31. Dezember 2006 eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit, und vom 1. Januar bis zum 31. März 2007 eine 70%ige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen ist. 5.2 Dr. Y.\_\_\_\_ diagnostizierte in seinen diversen Berichten eine posttraumatische Belastungsstörung und eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 14/9/M1-2; vgl. Urk. 14/9/M5-7 und Erw. 3.4.2). Die behandelnde praktische Ärztin Dr. Z.\_\_\_\_ stellte ebenfalls die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung und attestierte ab dem 23. Februar 2006 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 14/9/M3-4, Urk. 14/9/M9). Im Gutachten des A.\_\_\_\_ vom 5. Oktober 2006 wurde sodann ausgeführt, die Versicherte habe bei einem Autounfall einen Mann angefahren und dadurch eine posttraumatische Belastungsstörung erlitten. Die Symptomatik habe sich weitgehendst stabilisiert. An Restsymptomatik würden eine allgemeine Unruhe, ein zum Teil zerfahrener formaler Gedankengang und ausgeprägte mnestiche Störungen auffallen. In der Tätigkeit als Putzfrau sei die Versicherte zu 50 % arbeitsfähig. Bei erfolgreicher Therapie beziehungsweise Rückgang der psychopathologischen Symptome sei mit einer Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Eine genaue zeitliche Prognose hierfür könne nicht erfolgen. Eine annähernd grobe Schätzung wäre ein Zeitraum von 3 bis 5 Monaten (Urk. 14/9/M11 und Urk. 14/9/M14). Dr. Z.\_\_\_\_ hielt in ihren Berichten, welche nach der Begutachtung verfasst wurden, fest, es habe vom 1. bis zum 31. Dezember eine 80%ige, vom 1. Januar bis zum 31. März 2007 eine 70%ige und ab dem 1. April 2007 bis auf weiteres eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden (Urk. 14/9/M15, Urk. 14/9/M17, Urk. 14/9/M18). Im Bericht vom 5. Februar 2007 führte sie ferner aus, die Arbeit habe per 1. Januar 2007 auf 30 % erhöht werden können. Ein 50%iger Einsatz sei leider vom Arbeitgeber aus nicht möglich gewesen. Zwischenzeitlich sei ein zweites Krankheitsbild einer extragenitalen Endometriose hinzugekommen, welche in der Woche 04 zu einer Hospitalisation und zu einem abdominalen Eingriff geführt habe. Die bestehende Arbeitsunfähigkeit gehe

grösstenteils zu Lasten dieser Krankheit. Die Versicherte bleibe aber aus psychischen Gründen zur Zeit nicht über 50 % belastbar (Urk. 14/9/M17). Die Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung, zum Untersuchungszeitpunkt noch subsyndromal ausgeprägt (ICD-10: F43.1), geht sodann auch aus dem Gutachten des B.\_\_\_\_ vom 25. Juli 2007 hervor. Das aktuelle Befundbild lege einen Symptomwandel im Verlauf seit dem Unfall nahe. Zu Beginn seien posttraumatische Symptome im Vordergrund gestanden. Der aktuelle Befund spreche jedoch eher für eine Angststörung im Sinne einer Restsymptomatik der posttraumatischen Belastungsstörung. Aus psychiatrischer Sicht sei aufgrund der komplexen psychischen Störung mit affektiven und kognitiven Anteilen eine Tätigkeit in der angestammten Tätigkeit als selbständige Coiffeuse oder vergleichbaren Verweistätigkeiten nicht sinnvoll. In den nächsten drei Monaten sollte in einer ruhigen, stressarmen, gut strukturierten Tätigkeit mit der Möglichkeit, Pausen einzulegen, eine Steigerung des Arbeitspensums auf bis zu 6 Stunden täglich (5 Tage die Woche) möglich sein. Das Erlangen einer vollen Arbeitsfähigkeit erscheine angesichts des mittlerweile deutlich prolongierten Behandlungs- und Heilverlaufs kurzfristig nicht wahrscheinlich (Urk. 14/9/M20 S. 7 ff.).

5.3 Entgegen der Auffassung der Klägerin kann für die Beurteilung der durch die psychische Erkrankung hervorgerufenen Arbeitsfähigkeit nicht abschliessend auf die Einschätzung Dr. Z.\_\_\_\_s abgestellt werden, da es sich nicht um eine Fachärztin für Psychiatrie handelt. Ausserdem handelt es sich um die behandelnde Ärztin, weshalb nicht auszuschliessen ist, dass ihre Ausführungen aufgrund der Vertrauensstellung eher zu Gunsten der Klägerin ausfallen (vgl. BGE 125 V 353 Erw. 3b/cc). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass ihre Einschätzung ohnehin nur geringfügig von derjenigen des A.\_\_\_\_ und des B.\_\_\_\_ abweicht, zumal sie - entgegen der Auffassung der Klägerin - bereits ab 1. Januar 2007 eine 50%ige Arbeitsfähigkeit als gegeben erachtete. Denn sie führte dies zum einen im Bericht vom 5. Dezember 2006 auf und erklärte zum anderen im Bericht vom 5. Februar 2007, die 50%ige Tätigkeit ab 1. Januar 2007 habe leider wegen des Arbeitgebers nicht aufgenommen werden können (Urk. 14/9/M15, Urk. 14/9/M17). Dass der Arbeitgeber kein entsprechendes Pensum zur Verfügung stellen kann, kann nicht zur Annahme einer höheren Arbeitsunfähigkeit führen. Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit im Zeitraum ab dem 1. Oktober 2006 stellte die Vaudoise sodann zu Recht auf das A.\_\_\_\_-Gutachten vom 5. Oktober 2006 und die darin attestierte 50%ige Arbeitsfähigkeit ab. Denn die Begutachtung durch Dr. med. Dipl.-Psych. D.\_\_\_\_, Leitender Arzt am A.\_\_\_\_, fand bereits am 28. September 2006 statt und es wurde ausdrücklich festgehalten, dass die Arbeitsunfähigkeit aktuell 50 % betrage. Zwar erwähnte der zuständige Gutachter, dass eine schrittweise und keine sofortige 100%ige Belastung erfolgen solle (Urk. 14/9/M11, Urk. 14/9/M14). Damit kann jedoch keine anfängliche 20- und später 30%ige Arbeitsfähigkeit begründet werden. Vielmehr muss gestützt auf die klaren Ausführungen im Gutachten sowie deren Ergänzung festgehalten werden, dass ab dem Begutachtungszeitpunkt ein Wiedereinstieg aus medizinisch-theoretischer Sicht zu 50 % möglich und zumutbar war. Eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit ab Oktober 2006 bis drei Monate nach der Begutachtung ergibt sich sodann auch aus dem B.\_\_\_\_-Gutachten vom 25. Juli 2007. Denn es wurde darin festgehalten, dass die Befunde seit der Begutachtung im Oktober 2006 im Wesentlichen gleich geblieben seien und zum Zeitpunkt der B.\_\_\_\_-Begutachtung weiterhin eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (Urk. 14/9/M20 S. 8 ff.). Dies wird denn auch von der Vaudoise grundsätzlich nicht mehr in Frage gestellt, da sie mit dem Schreiben vom 21. September 2007 erklärte, sie würde auch über den 1. Februar 2007 hinaus Taggelder bezahlen. In Bezug auf die von Dr. Z.\_\_\_\_ erwähnte Endometriose-Operation im

Januar 2007 (Urk. 14/9/M17) ist schliesslich festzuhalten, dass diese zu keiner weiteren Arbeitsunfähigkeit führte. Denn auch Dr. Z. \_\_\_ legte nicht dar, dass, in welchem Umfang und aus welchen Gründen eine über 50%ige Arbeitsunfähigkeit vorlag. Zudem wurde im B. \_\_\_-Gutachten vom 25. Juli 2007 ausgeführt, die Operation im Januar 2007 sei gut und ohne Komplikationen verlaufen. Die Versicherte habe nicht einmal eine Woche im Spital E. \_\_\_ verbracht (Urk. 14/9/M20 S. 4). 5.4 Zusammenfassend bestand somit vom 23. Februar bis zum 30. September 2006 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit, welche ab dem 25. März 2006 zu 100%igen Krankentaggeldern berechnete. In Bezug auf die eingeklagten Taggelder bis zum 30. Juni 2007 (vgl. Urk. 1 S. 6) ist sodann festzuhalten, dass bei der Klägerin ab dem 1. Oktober 2006 eine 50%ige Arbeitsfähigkeit vorlag. Sie hat daher vom 1. Oktober 2006 bis zum 30. Juni 2007 Anspruch auf Taggelder gestützt auf eine 50%ige Arbeitsfähigkeit (vgl. Art.

## **E. 8**

ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. Erw. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

### **E. 8.1**

AVB Einzelkrankenversicherung 2005). Dabei hat die Vaudoise die Taggelder im Umfang von 50 % bis zum 31. Januar 2007 bezahlt (14/18 S. 2-5). Ausstehend sind somit - soweit sie von der Klägerin eingeklagt wurden (Urk. 1 S. 6) und sofern die Beklagte den in der Abrechnung vom 21. September 2007 aufgeführten Betrag nicht bereits ausbezahlt hat (Urk. 14/18 S. 6) - die Taggelder vom 1. Februar bis zum 30. Juni 2007 (150 Tage) im Umfang von 50 %. Daraus resultiert ein Taggeldanspruch von Fr. 9'900.-- (Fr. 66.-- x 150 Tage = Fr. 9'900.--).

6. Die Klägerin macht auf dem Betrag von Fr. 23'077.10 Verzugszinsen ab mittlerer Fälligkeit, mithin ab dem 1. November 2006, geltend (Urk. 1 S. 2 und S. 6). Dagegen bringt die Beklagte vor, sie sei von der Klägerin nie in Verzug gesetzt worden (Urk. 13 S. 17). Den AVB Einzelkrankenversicherung 2005 sind keine Bestimmungen über den Verzugszins zu entnehmen. Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des OR Anwendung, soweit das VVG keine Vorschriften enthält. Art. 104 Abs. 1 OR sieht vor, dass der Schuldner, welcher mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, einen Verzugszins zu fünf vom Hundert für das Jahr zu bezahlen hat. Der Eintritt des Verzugs setzt die Fälligkeit der Forderung sowie die Mahnung durch den Gläubiger voraus (vgl. Nef, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, S. 703 Rz 20). Unter Mahnung versteht man jene an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht. Dabei müssen Quantität, Qualität und Erfüllungsort in der Mahnung grundsätzlich richtig bezeichnet sein (vgl. Wiegand, in: Kommentar zum Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel 2003, S. 577 Rz 5). Erst mit der Klageeinleitung vom 25. Juni 2007 beziehungsweise mit der Zustellung der Klage am 29. Juni 2007 (vgl. Urk. 4-5) wurde die Beklagte für den Betrag von Fr. 23'077.10 gemahnt. Daher ist der Verzug per 29. Juni 2007 eingetreten. Da die Klägerin jedoch nur Anspruch auf Fr. 9'900.-- hat, ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin ab dem 29. Juni 2007 einen Verzugszins von 5 % auf dem Betrag von Fr. 9'900.-- zu bezahlen. Die Klage ist damit teilweise gutzuheissen.

7. 7.1 Die Klägerin, welche anwaltlich vertreten ist und eine Prozessentschädigung beantragt (Urk. 1 S. 2), klagte den Betrag von Fr. 23'077.10 zuzüglich 5 % Verzugszins ab dem 1. November 2006 ein. Zugesprochen wird ihr der Betrag von Fr. 9'900.-- zuzüglich 5 % Verzugszins ab dem 29. Juni 2007. Angesichts der Beurteilung der Vorfragen rechtfertigt es sich, von einem hälftigen Obsiegen der Klägerin auszugehen. In diesem Umfang hat sie - gestützt auf § 34 Abs. 1 und Abs. 3 GSVGer - grundsätzlich Anspruch auf eine Prozessentschädigung. 7.2 7.2.1 Die Beklagte stellt ebenfalls einen Antrag auf Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 8 S. 8 f.). Nach § 34 Abs. 2 GSVGer in der bis Ende 2004 in Kraft gewesenen Fassung stand den Versicherungsträgern und den Gemeinwesen in der Regel kein Anspruch auf eine Prozessentschädigung zu, und die neue, seit dem 1. Januar 2005 in Kraft stehende Fassung von § 34 Abs. 2 GSVGer sieht einen Anspruch der Versicherungsträger und Gemeinwesen auf eine Prozessentschädigung nur vor, soweit er von anderen Gesetzen nicht ausgeschlossen ist. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Regelung in Art. 85 Abs. 3 VAG (beziehungsweise die identische Regelung im früheren Art. 47 Abs. 3 VAG) keine Vorschrift dar, welche den Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung ausschliesst (Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen E. vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, Erw. 5 mit Hinweisen). Auch unter der Herrschaft der neuen Fassung von § 34 Abs. 2 GSVGer muss jedoch die Rechtsprechung weitergelten, wonach eine Partei in der Regel nur Anspruch auf eine Prozessentschädigung hat, wenn sie anwaltlich vertreten ist, und einer unvertretenen Partei lediglich ausnahmsweise eine Entschädigung zugesprochen wird, nämlich wenn sie sich über erhebliche Kosten ausweist oder einen sehr hohen, das übliche Mass übersteigenden Arbeitsaufwand gehabt hat (vgl. Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen B. vom 5. Oktober 2001, 5C.161/2001, mit Hinweis auf BGE 113 Ia [richtig Ib] 356 f. Erw. 6b sowie auf die nicht publizierte Erw. 4 von BGE 124 III 229).

7.2.2 Die teilweise obsiegende Beklagte war im vorliegenden Verfahren durch einen externen Rechtsvertreter vertreten. Sie hat daher grundsätzlich Anspruch auf eine Prozessentschädigung im Umfang ihres ebenfalls hälftigen Obsiegens. 7.3 Da sowohl die Klägerin wie auch die Beklagte je zur Hälfte obsiegen und die gegenseitig geschuldeten Prozessentschädigungen nach § 34 GSVGer festzusetzen und ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses zu bemessen sind, rechtfertigt es sich, keiner der Parteien eine Prozessentschädigung zuzusprechen.

Das Gericht erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung der Klage vom 25. Juni 2007 wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Februar bis zum 30. Juni 2007 den Betrag von Fr. 9'900.-- zuzüglich Verzugszinsen von 5 % seit dem 29. Juni 2007 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: - Fürsprecher René W. Schleifer - Rechtsanwalt Dr. Felix Hunziker-Blum - Bundesamt für Privatversicherungen 5. Da der Streitwert unter Fr. 30'000.-- liegt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt (Art. 74 Abs. 2 lit. a BGG). Soweit keine Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG zulässig ist, kann gegen diesen Entscheid innert der gleichen Frist von 30 Tagen seit der Zustellung

beim Bundesgericht die subsidiäre Verfassungsbeschwerde nach Art. 113 ff. BGG erhoben werden. Gerügt werden kann nach Art. 116 BGG die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten. Werden sowohl die zivilrechtliche Beschwerde als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen (Art. 119 Abs. 1 BGG). Die Fristen stehen während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG). Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.