

Die «sorgfältige Verfahrensführung» in Krankentaggeldstreitigkeiten

Thibaut Meyer* / Patrick Wagner**

I. Problemstellung

Bei Krankentaggeldstreitigkeiten treten immer wieder dieselben Beweisschwierigkeiten auf. Oftmals anerkennt der Krankentaggeldversicherer zu Beginn der ärztlich attestierten, krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person seine Leistungspflicht und erbringt das vertraglich geschuldete Krankentaggeld. Nach einigen Monaten holt der Krankentaggeldversicherer eine fachärztliche Einschätzung bei einem seiner Vertrauensärzte ein, welche für die versicherte Person nicht selten negativ ausfällt. Daraufhin teilt der Krankentaggeldversicherer der versicherten Person mit, dass diese nach seiner Ansicht wieder vollständig arbeitsfähig sei, weshalb die Taggeldleistungen eingestellt werden. Die versicherte Person ihrerseits holt in der Folge bei ihrem behandelnden Facharzt einen entsprechenden Arztbericht ein, der bestätigt, dass sie infolge Krankheit vollständig arbeitsunfähig sei. Sie reicht diesen Arztbericht danach bei ihrer Krankentaggeldversicherung ein. Diese wiederum teilt ihr einige Wochen später mit, dass sie an ihrer Leistungseinstellung festhalte und daher keine weiteren Leistungen erbringen werde.

In beweisrechtlicher Hinsicht verfügen im zuvor geschilderten Beispiel beide Parteien einzig über selbst eingeholte ärztliche Einschätzungen, die aber in einem Zivilprozess «ohne durch Beweismittel nachgewiesene Indizien lediglich Parteibehauptungen darstellen»¹. Gemäss Bundesgericht liegt in dieser Situation ein «Beweisvakuum» vor, welches das Gericht grundsätzlich durch Einholung eines von den Parteien beantragten gerichtlichen Gutachtens beheben muss.² Ob diese Rechtsprechung befriedigend ist oder nicht, kann an dieser Stelle offengelassen werden. Fest steht, dass der Bundesrat in der Botschaft zur Änderung der Zivilprozessordnung dem Parlament eine Änderung der durch BGE 141 III 433 geschaffenen Rechtslage unterbreitet

hat.³ Inwiefern sich die geplante Änderung der Zivilprozessordnung auf die hier thematisierten Beweisschwierigkeiten auswirken wird, wird sich zeigen.

Die versicherte Person kann nun, gestützt auf die ihr vorliegenden (eigenen) Arztberichte, einen Zivilprozess gegen den Krankentaggeldversicherer einleiten. Im Rahmen dieses Prozesses kann sie die Einholung eines Gerichtsgutachtens zum Nachweis ihrer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit beantragen, mit der Intention, das zuvor erwähnte Beweisvakuum zu beheben. Dieses Vorgehen ist jedoch risikobehaftet, und zwar aus folgendem Grund: Das vom Bundesgericht erwähnte Beweisvakuum wird grundsätzlich erst im Stadium der Beweisabnahme behoben, was nach den Parteivorträgen der Fall ist und damit in der Regel auch nach der Durchführung eines zeitintensiven und kostspieligen, zweifachen Schriftenwechsels.⁴ Nicht selten vergeht – auch aufgrund der chronischen Überlastung gewisser kantonalen Gerichte – über ein Jahr zwischen Klageeinreichung und Bestimmung des Gerichtsgutachters, wenn nicht sogar länger. Bis schliesslich die Exploration der versicherten Person durch die Gerichtsgutachterin stattfindet, vergehen abermals einige Monate.

Aufgrund dieses Zeitablaufes kommt es nicht selten vor, dass die versicherte Person zum Zeitpunkt, zu dem sie gerichtlich begutachtet werden sollte, wieder genesen und vollständig arbeitsfähig ist. Der Gerichtsgutachter muss somit eine gesunde und vollständig arbeitsfähige Person begutachten und sich rückwirkend zur dannzumaligen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit äussern, ohne dabei auf eigene Befunde abstellen zu können. Damit könnte die Aussage- und Beweiskraft des Gerichtsgutachtens je nach Ausmass und Qualität der echtzeitlichen Wahrnehmungen stark in Frage gestellt werden. Das Bundesgericht hat daher erwogen, dass die Einholung eines Gerichtsgutachtens über den dannzumaligen Gesundheitszustand einer versicherten Person aus beweisrechtlicher Optik zwar unabdingbar sei, «die Einholung eines psychiatrischen Gutachtens retrospektiv [jedoch] oftmals in Frage gestellt ist».⁵ Somit besteht das Risiko, dass sich das vom Bundesgericht erwähnte Beweisvakuum trotz Einholung eines Gerichtsgutachtens

* Rechtsanwalt, schadenanwalte AG, Basel.

** Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, schadenanwalte AG, Basel.

¹ BGE 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2 sowie E. 4.1 mit weiteren Hinweisen zur bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

² BGE 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2 mit Verweis auf weitere Urteile des Bundesgerichts.

³ Botschaft vom 26. Februar 2020 zur Änderung der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Verbesserung der Praxistauglichkeit und der Rechtsdurchsetzung), BBl 2020 2697 ff., 2751 f. Der Bundesrat schlägt in seiner Botschaft vor, die Urkundenqualität von privaten Parteigutachten ausdrücklich in Art. 168 Abs. 1 lit. b ZPO aufzunehmen.

⁴ Art. 231 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO; BSK ZPO-WILLISEGGER, Art. 231 N 23 f., in: Karl Spühler/Luca Tenchio/Dominik Infanger (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Basler Kommentar, 3. A., Basel 2017 (zit. BSK ZPO-VERFASSER/IN).

⁵ BGE 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 4.2; für ein Beispiel einer Anordnung eines Gerichtsgutachtens auf Grundlage der echtzeitlichen Dokumentation vgl. dagegen BGE 4A_12/2020 vom 2. Juni 2021 E. 4 ff.

retrospektiv nicht beheben lässt, was in den meisten Fällen die Klageabweisung zur Folge haben dürfte. Es stellt sich daher die Frage, ob in der eingangs erwähnten Konstellation ein anderes Vorgehen als die Einreichung einer (Teil-)Klage zu präferieren wäre. Nach der hier vertretenen Ansicht⁶ besteht tatsächlich ein prozessrechtliches Instrument, welches zu einer risikoärmeren und rascheren Beurteilung eines allfälligen Leistungsanspruchs führt, nämlich das Institut der vorsorglichen Beweisführung gemäss Art. 158 ZPO.⁷

II. Die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO als Lösungsansatz

Gemäss Art. 158 ZPO nimmt das Gericht jederzeit Beweis ab, wenn (a) das Gesetz einen entsprechenden Anspruch gewährt oder (b) die gesuchstellende Partei eine Gefährdung der Beweismittel oder ein schutzwürdiges Interesse glaubhaft macht. Vorliegend kommt einzig die Variante von Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO in Frage. Nach der h.L. ist ein Beweismittel dann gefährdet, wenn es für das spätere Verfahren nicht mehr greifbar ist oder nicht mehr im gleichen Zustand abgenommen werden kann,⁸ mithin, wenn der Verlust des Beweismittels droht.⁹ Dies ist gemäss der h.L. z.B. auch bei einer drohenden Unmöglichkeit einer zeitgerechten Beweisabnahme der Fall.¹⁰ Die Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung erwähnt beispielhaft die Einvernahme eines todkranken Zeugen sowie den vorzeitigen Augenschein eines einsturzgefährdeten Gebäudes.¹¹ Das Bundesgericht hat darüber hinaus präzisiert, dass auch bei einer entscheidenden Reduktion der möglichen Beweiskraft des betreffenden Beweismittels von einer Gefährdung i.S.v. Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO ausgegangen werden könne.¹² Mit dem Begriff des schutzwürdigen Interesses in Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO wird gemäss der Botschaft zur Schweizerischen Zivilprozessordnung auf die Möglichkeit Bezug genommen, eine vorsorgliche Beweisführung auch zur Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten durchzuführen.¹³ Eine hinreichende Klärung der Prozessaussichten kann nach dem Dafürhalten des Bundesgerichts «*aber nur mit der vorsorglichen Abnahme von*

Beweismitteln erreicht werden, welche zum Beweis der anspruchsbegründenden Tatsache tauglich sind und sich auch eignen, im Beweisverfahren eines allfälligen Hauptprozesses eine tragende Rolle zu spielen. Dies gilt ganz besonders, wenn solche Klärung eine Expertise erfordert».¹⁴

In den meisten Krankentaggeldstreitigkeiten dürfte auf Seiten des Klägers sowohl ein schutzwürdiges Interesse an der vorsorglichen Beweisführung als auch eine potentielle Beweisgefährdung vorliegen. Ein schutzwürdiges Interesse dürfte insofern gegeben sein, als mit einem medizinischen Gerichtsgutachten die Prozess- und Beweisaussichten geklärt werden können. Da ein solches Gutachten, wie bereits zuvor dargelegt, ohnehin unerlässlich sein wird, steht auch fest, dass diesem medizinischen Gerichtsgutachten in einem allfälligen Hauptprozess eine tragende Rolle zukommen wird und dieses insbesondere geeignet ist, die anspruchsbegründende Tatsache und damit die Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person zu beweisen. Eine Beweisgefährdung könnte dagegen in den Fällen vorliegen, in denen die versicherte Person vor einer möglichen gerichtlichen Begutachtung ihre (vollständige) Arbeitsfähigkeit zurückerlangt und nur unzureichende echtzeitliche Wahrnehmungen existieren. Der Gerichtsgutachter müsste in einem solchen Fall eine unterdessen wieder vollständig genesene Person begutachten und sich retrospektiv zur Arbeitsunfähigkeit, resp. zum Gesundheitszustand äussern, was aber für den Gerichtsgutachter oftmals nicht mehr möglich ist. In dieser Konstellation droht eine Reduktion der Beweiskraft des Gerichtsgutachtens und somit eine Beweisgefährdung.

Die Vorteile eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung liegen auf der Hand. Die Einreichung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung in Krankentaggeldstreitigkeiten dient nämlich zum einen der Beweissicherung, zum anderen aber auch der Abklärung der Beweis- und Prozessaussichten, womit aussichtslose Prozesse vermieden werden können, was auch der Intention des Gesetzgebers entspricht.¹⁵ Abgesehen davon, erfolgt die Beurteilung eines Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung im summarischen Verfahren,¹⁶ bei welchem grundsätzlich nur ein ein-

⁶ Bestätigt in BGer 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2.

⁷ Siehe hierzu auch PATRICK WAGNER/SOLUNA GIRÓN, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – Ein Update, *Anwaltsrevue* 2021, 311 ff., 319.

⁸ OSCAR VOGEL/KARL SPÜHLER, Grundrisse des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts in der Schweiz, 8. A., Bern 2006, § 10 N 92; BSK ZPO-GUYAN (FN 4), Art. 158 N 3.

⁹ MAX GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. A., Zürich 1979, 576; BSK ZPO-GUYAN (FN 4), Art. 158 N 3.

¹⁰ BSK ZPO-GUYAN (FN 4), Art. 158 N 3.

¹¹ Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBI 2006 7221 ff., 7315 (zit. Botschaft ZPO).

¹² BGer 4A_118/2012 vom 19. Juni 2012 E. 2.1.

¹³ Botschaft ZPO (FN 11), 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2.

¹⁴ BGE 140 III 16 E. 2.5 m.w.H. zur h.L.; bezüglich der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO siehe PATRICK WAGNER/THIBAUT MEYER, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO – Ein Update, *Anwaltsrevue* 2020, 423 ff.; PATRICK WAGNER/RAINER DEECKE, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 ZPO, *Anwaltsrevue* 2015, 269 ff.

¹⁵ Botschaft ZPO (FN 11), 7315; BGE 138 III 76 E. 2.4.2.

¹⁶ BGE 124 III 40 E. 3.1.2; Art. 248 ZPO.

facher Schriftenwechsel durchzuführen ist,¹⁷ sodass die Erstellung eines medizinischen Gerichtsgutachtens – im Vergleich zu einer gewöhnlichen Krankentaggeldklage im vereinfachten Verfahren¹⁸ – deutlich zeitnaher veranlasst werden sollte. Auch der Umstand, dass der Gesuchsteller seinen Anspruch im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung lediglich glaubhaft¹⁹ machen muss, führt – verglichen mit einer (Teil-)Klage mit Regelbeweismass²⁰ – zu einer Zeitersparnis. Ferner ist davon auszugehen, dass sich die Parteien, sobald ein Gerichtsgutachten vorliegt, ohnehin in den meisten Fällen aussergerichtlich finden werden, zumal die strittige Frage nach Umfang und Dauer der Arbeitsunfähigkeit durch das vorsorglich eingeholte Gerichtsgutachten beantwortet sein dürfte. Aufgrund dieser Vorteile erscheint die vorsorgliche Beweisführung nach Art. 158 ZPO in Krankentaggeldstreitigkeiten als das zu präferierende prozessuale Vorgehen. Denn nur dank diesem Vorgehen ist es aufgrund der langen Verfahrensdauer überhaupt möglich, ein echtzeitliches Gerichtsgutachten zu erwirken und damit einerseits die Beweise zu sichern und andererseits die Prozess- und Beweisaussichten abzuklären. Dies entspricht im Übrigen auch der Ansicht des Bundesgerichts. So erwog das Bundesgericht in einer Krankentaggeldstreitigkeit, dass das von der versicherten Person gewählte Vorgehen, nämlich vor Einreichung einer Klage ein Gesuch um vorsorgliche Beweisführung anhängig zu machen, um damit eine echtzeitliche Klärung des Gesundheitszustandes erwirken zu können und eine spätere Gefährdung des Beweismittels zu vermeiden, einer «sorgfältigen Verfahrensführung» entspreche.²¹ Sollte dieses Vorgehen nicht gewählt werden, sondern nach althergebrachter Tradition weiterhin eine (Teil-)Klage eingereicht und sollte die Klage anschliessend infolge Beweislosigkeit abgewiesen werden, weil sich die medizinische Gerichtsgutachterin rückblickend nicht mehr zur Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person äussern konnte, könnte sich – je nach Konstellation – die Frage nach einer Sorgfaltspflichtverletzung und damit nach einer allfälligen Haftung des Rechtsanwaltes resp. der Rechtsanwältin stellen, insbesondere, nachdem das Bundesgericht ein anderes Vorgehen als «sorgfältige Verfahrensführung»²² bezeichnet hat.

III. Die Kosten der vorsorglichen Beweisführung

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO werden im Verfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG)²³ keine Gerichtskosten gesprochen und damit auch keine Kosten für die Beweisführung.²⁴ Diese Kostenlosigkeit umfasst praxisgemäss auch die vorsorgliche Beweisführung in solchen Streitigkeiten.²⁵ Von der Kostenlosigkeit nach Art. 114 lit. e ZPO sind jedoch nur die Gerichtskosten gemäss Art. 95 Abs. 2 ZPO erfasst.²⁶ Diese Kostenlosigkeit entbindet die gesuchstellende Partei somit nicht davon, sowohl einstweilen für die eigenen Anwaltskosten als auch für die Parteientschädigung der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin aufzukommen, und zwar unabhängig vom Ausgang des Gesuchs um vorsorgliche Beweisführung (jedoch vorbehaltlich einer anderen Verteilung im Hauptverfahren).²⁷ Diese Kosten können aber in einem nachgelagerten Hauptverfahren der unterliegenden Krankentaggeldversicherung auferlegt werden,²⁸ sollte es nach der Erstellung des Gerichtsgutachtens – wie dies meistens der Fall sein dürfte – nicht ohnehin zu einer einvernehmlichen Regulierung der Angelegenheit kommen.

Problematisch ist diese Kostenregelung in erster Linie für eine mittellose Partei, da das Bundesgericht mehrfach bestätigt hat, dass im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung kein Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege besteht.²⁹ Dies hat zur Folge, dass das vom Bundesgericht als «sorgfältige Verfahrensführung» bezeichnete Vorgehen einer mittellosen Partei nicht offensteht, da sie weder die eigenen Anwaltskosten noch der anwaltlich vertretenen Gesuchsgegnerin eine Parteientschädigung wird bezahlen können. Die versicherte Person, welche aufgrund der Leistungseinstellung oftmals mittellos ist, wird daher gehalten sein, den klassischen Weg einzuschlagen und möglichst frühzeitig eine Klage einzureichen, damit sich das zuvor beschriebene Beweisvakuum noch rechtzeitig mittels eines Gerichtsgutachtens beheben lässt. Prüfwert bei dieser Ausgangslage wäre jedoch, ob ein Gesuch

¹⁷ BGer 5A_366/2019 vom 19. Juni 2020 E. 3.1; BGE 114 III 117 E. 2.2; an dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass die zuvor erwähnten Urteile des Bundesgerichts in diesem Zusammenhang bestätigt haben, dass der Aktenschluss im summarischen Verfahren grundsätzlich nach einmaliger Äusserung eintritt und kein Rechtsanspruch auf eine zweimalige Äusserungsmöglichkeit besteht.

¹⁸ Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO; siehe zur Anwendbarkeit des vereinfachten Verfahrens auch WAGNER/GIRÓN (FN 7), Anwaltsrevue 2021, 311 ff.

¹⁹ BGE 138 III 76 E. 2.4.2; BGer 5A_832/2012 vom 25. Januar 2013 E. 7.1.

²⁰ Vgl. die jüngste Praxisänderung in BGer 4A_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1 (zur Publikation vorgesehen).

²¹ BGer 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2.

²² BGer 4A_247/2020 vom 7. Dezember 2020 E. 5.2.

²³ Worunter gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch die privaten Krankentaggeldversicherungen nach VVG subsumiert werden, vgl. BGer 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1; BGE 138 III 2 E. 1.1; BGer 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 2; 4A_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2; 4A_118/2011 vom 11. Oktober 2011 E. 1.3.

²⁴ Art. 114 lit. e ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 2 lit. c ZPO; BSK ZPO-V. RÜEGG/M. RÜEGG (FN 4), Art. 114 N 14; BezGer Luzern 1B1 15 34 vom 6. November 2017 E. 10.

²⁵ BSK ZPO-V. RÜEGG/M. RÜEGG (FN 4), Art. 114 N 14; BezGer Luzern 1B1 15 34 vom 6. November 2017 E. 10; VGer AG VKL.2020.29 vom 18. Juni 2021 E. 2.2; SVG ZH KK.2018.00044 vom 21. Februar 2019 E. 4; VGer GR U 2012 46 vom 15. Februar 2013 E. 4.

²⁶ BGer 4A_194/2012 vom 17. November 2010 E. 2.2.1 m.w.H.

²⁷ BGE 140 III 30 E. 3.5 und 3.6.

²⁸ BGE 140 III 30 E. 3.5 und 3.6.

²⁹ BGE 140 III 12 E. 3.3.4; 141 I 241 E. 4.1, 4.2.4 und 4.3.4.

um vorsorgliche Beweisführung mit einer (Teil-)Klage kombiniert werden könnte, resp. ob sich bei einer solchen Kombination der Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege auch auf die vorsorgliche Beweisführung erstreckt. Das Hauptargument des Bundesgerichts gegen die Gewährung der unentgeltlichen Rechtspflege – nämlich, dass im Verfahren der vorsorglichen Beweisführung nach Art. 158 Abs. 1 lit. b ZPO nicht über materiellrechtliche Rechte oder Pflichten der Parteien zu entscheiden ist – würde damit obsolet, da aufgrund der anhängig gemachten (Teil-)Klage eben doch eine Beurteilung von materiellrechtlichen Rechten oder Pflichten vorzunehmen sein wird.³⁰ Hier bestehen aber derzeit noch diverse offene Fragen, auf die an dieser Stelle nicht eingegangen werden kann.³¹

Für alle anderen versicherten Personen, also diejenigen, die über finanzielle Rücklagen oder eine Rechtsschutzversicherung verfügen und daher im Stande sind, ein Verfahren der vorsorglichen Beweisführung zu finanzieren, resp. bereit sind, das entsprechende Kostenrisiko zu tragen, ist einem Gesuch um vorsorgliche Beweisführung an Stelle einer (Teil-)Klage der Vorzug zu geben. Ausserdem dürfte in den allermeisten Fällen keine Parteientschädigung, sondern lediglich eine deutlich tiefere Umtriebsentschädigung für den Krankentaggeldversicherer anfallen, da dieser erfahrungsgemäss solche Verfahren durch den eigenen Rechtsdienst bearbeiten lässt und nur in seltenen Ausnahmefällen externe Rechtsanwälte für die Prozessführung hinzuzieht. Das Kostenrisiko kann folglich als überschaubar bezeichnet werden.

³⁰ BGE 140 III 12 E. 3.3.3 f.

³¹ Unklar sind insbesondere die Voraussetzungen der vorsorglichen Beweisführung bei Rechtshängigkeit der Hauptsache. Unklar ist ebenfalls, ob das Gesuch um vorsorgliche Beweisführung in einem separaten, summarischen Verfahren zu beurteilen ist und damit schlussendlich auch die Frage nach dem offenstehenden Rechtsmittel.

Verjährung der Ansprüche auf Krankentaggelder

Kaspar Gehring*

I. Vorbemerkung

Dass Forderungen allein wegen Zeitablauf – sprich durch Verjährung – nicht mehr durchgesetzt werden können, ist für Laien schwer verständlich. Für Juristinnen und Juristen stellt das jedoch eine Selbstverständlichkeit dar.

Das Rechtsinstitut der Verjährung hat drei Funktionen: Es soll dem öffentlichen Interesse der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens dienen, die Gerichte entlasten und insbesondere zu Unrecht belangte Schuldner davor bewahren, aus Beweisüberlegungen Belege unbeschränkt lange aufbewahren zu müssen. Die Lehre spricht von einer dreipoligen Wechselbeziehung des Verjährungsrechts zwischen diesen Faktoren.¹

II. Einordnung

Der Verlust der Durchsetzbarkeit von Forderungen nach Zeitablauf durch Verjährung oder Verwirkung ist im schweizerischen Recht in fast allen Rechtsgebieten vorgesehen. Daneben gibt es aber noch weitere mit dem Zeitablauf zusammenhängende Konstellationen, welche zum «wirtschaftlichen Verlust» eines Anspruchs führen können (z.B. verspätete Anmeldung und fehlende Mitwirkung). Diese Konstellationen werden im vorliegenden Beitrag nicht thematisiert.

Die im vorliegenden Beitrag massgeblichen Krankentaggeldversicherungen unterstehen entweder dem VVG oder dem KVG, was sich aus den jeweiligen Vertragsgrundlagen (Police, AVB usw.) ergibt. Für beide Arten von Krankentaggeldversicherungen bestehen unterschiedliche Regelungen bezüglich des Zeitablaufs.

III. Verwirkung von Taggeldansprüchen nach KVG

Krankentaggeldversicherungen nach KVG sind jedoch in der Praxis kaum noch von Relevanz, weshalb sie im vorliegenden Beitrag auch nur am Rande gestreift werden. Sie sind als freiwillige «Zusatzversicherungen zur obligatorischen Grundversicherung» in Art. 67 ff. KVG geregelt. Obwohl sie damit dem Sozialversicherungsrecht und damit dem öffentlichen Recht zuzurechnen sind² – in welchem weitestgehend zwingende gesetzliche Regelungen bestehen – räumt das KVG einen gewissen «Spielraum» bei der Ausgestaltung der AVB ein. Diese bilden dann – zusammen mit den gesetzlichen Regelungen – die massgebliche Grundlage der Rechte und Pflichten der Versicherungen und der Versicherten. Ergänzend kommt das Bundesgesetz über den allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) zur Anwendung.

Für den Fristablauf bestehen keine spezialgesetzlichen Regelungen im KVG. Es ist daher Art. 24 ATSG massgeblich. Danach erlischt der Anspruch auf ausstehende Leistungen *fünf Jahre nach dem Monat, für welchen die Leistung geschuldet war*. Bei dieser Frist handelt es

* lic.iur., Rechtsanwalt, Fachanwalt SAV Haftpflicht und Versicherungsrecht, KSPartner, Zürich.

¹ MELANIE CATALINA GOTTINI, Die Verjährung im Schweizerischen Privatrecht, Diss. Zürich 2019, 7 ff.

² Art. 69 ff. KVG.

sich um eine Verwirkungsfrist.³ Als solche kann sie weder gehemmt noch unterbrochen oder wiederhergestellt werden.⁴ Zudem ist sie von Amtes wegen – und nicht nur auf Einrede hin – zu berücksichtigen. Gewahrt wird die Verwirkungsfrist mit der Anmeldung von Leistungsansprüchen und nicht erst mit dem Erlass einer Leistungsverfügung, da Letztere erst nach dem – allenfalls sehr lange dauernden – Abklärungsverfahren ergeht und die Anmeldung die einzige Einflussmöglichkeit der Versicherten auf die Leistungsausrichtung ist.⁵

Die Regelung von Art. 24 ATSG wird als umfassend und zwingend verstanden. Es besteht somit kein Raum für abweichende Regelungen in den AVB von Krankentaggeldversicherungen.⁶

Von der Verwirkungsfrist zur Geltendmachung des Leistungsanspruchs zu unterscheiden ist die Vollstreckungsverjährung, welche mit der rechtskräftigen Zusprache von Leistungen zu laufen beginnt. Art. 24 ATSG enthält dazu keine Regelung. Die Frage der Vollstreckungsverjährung ist bezogen auf Krankentaggelder weder spezialgesetzlich geregelt noch gerichtlich geklärt. In Frage kommt eine fünf- oder eine zehnjährige Dauer, wobei Letzteres zu postulieren ist.⁷

IV. Verjährung von Krankentaggeldansprüchen nach VVG

A. Dauer der Verjährungsfrist

Die Ansprüche aus privatrechtlichen Krankentaggeldversicherungen nach VVG unterliegen grundsätzlich nicht einer Verwirkung, sondern der Verjährung nach Art. 46 VVG. Dieser sieht in Abs. 1 eine *Verjährungsfrist* von fünf Jahren vor. Für die kollektiven Krankentaggeldversicherungen besteht – als Ausnahme von der Grundregel – die Sonderbestimmung von Abs. 3, worin bestimmt wird, dass die Verjährung «zwei Jahre nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet, eintritt». Diese Regelung entspricht derjenigen, wie sie vor der Revision des VVG galt. Die kürzere Frist wurde vom Gesetzgeber damit begründet, dass es sich bei Krankentaggeldern um kurzfristige vorübergehende Leistungen für einen begrenzten Zeitraum handle, deren Beurteilung nach fünf Jahren kaum mehr zuverlässig möglich sei. Zudem wurde darauf verwiesen, dass die Taggelder ohnehin einzeln verjähren wür-

den und in atypischen Fällen die Verjährung erst mit dem Attest der Arbeitsunfähigkeit zu laufen beginne.⁸

B. Fristbeginn

Im Rahmen des VVG sind die Versicherer – gestützt auf die Privatautonomie – weitgehend frei, sehr unterschiedliche Risiken zu versichern und die Leistungsvoraussetzungen in den AVB zu gestalten. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung unterscheidet daher je nach Versicherungsart verschiedene Zeitpunkte bezogen auf den Beginn der Verjährungsfrist.⁹ Als fristauslösend gilt der Zeitpunkt des Eintritts der Tatsachen, welche die Leistungspflicht begründen.

Auch bezogen auf die Krankentaggeldversicherungen bestehen Unterschiede in der Ausgestaltung der Versicherungen. Wenngleich diese Versicherungen i.d.R. ähnlich konzipiert sind, obliegt es den Parteien (faktisch den Versicherungsgesellschaften), in den AVB die Leistungsvoraussetzungen festzulegen. In der Praxis bestehen diesbezüglich jedoch nur geringe Unterschiede zwischen den AVB der verschiedenen Anbieter, was darauf zurückzuführen ist, dass die Krankentaggeldversicherungen alle das Risiko der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit abdecken.¹⁰ Im Sinne von «Kernvoraussetzungen» bestehen folgende für die Krankentaggeldversicherung charakteristische Leistungsvoraussetzungen:

- krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, was in aller Regel als nicht durch Unfall verursachte gesundheitsbedingte Unmöglichkeit der Verrichtung der angestammten Tätigkeit definiert wird;
- ärztliches Attest der Arbeitsunfähigkeit;
- Ablauf der Wartefrist, die meist minimal drei Tage und maximal 90 Tage beträgt;¹¹
- Erwerbsausfall bei Schadensversicherungen.¹²

Zumindest teilweise knüpft auch die bundesgerichtliche Praxis an diese Leistungsvoraussetzungen an. So hat das Bundesgericht in BGE 139 III 418 E. 3 Folgendes festgehalten:

⁸ Botschaft vom 28. Juni 2017 zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes, BBl 2017 5089 ff., 5123.

⁹ BGE 127 III 268 E. 2b mit Hinweisen für Unfallversicherungen auf BGE 110 II 42, für IV-Kapitalversicherungen auf BGE 118 II 447 und für Erwerbsausfallversicherungen auf BGE 111 II 501.

¹⁰ CHRISTOPH HÄBERLI/DAVID HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, N 170 ff.; BGE 142 III 671 E. 3.8.

¹¹ Jedoch die Anbieter frei sind in der Festlegung der Wartefrist. Hierzu bestehen keine zwingenden gesetzlichen Regelungen.

¹² Wenn die Taggeldleistungen keinen Erwerbsausfall voraussetzen, liegt eine Summenversicherung vor. Zur Qualifikation sind die gesamten Vertragsunterlagen zu berücksichtigen resp. zu würdigen.

³ UELI KIESER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts ATSG, 4. A., Zürich 2020 (zit. SK-KIESER), Art. 25 ATSG N 3 und 19.

⁴ BGE 117 V 208 E. 3.a.

⁵ Wobei die Gerichtspraxis dazu in der Lehre als «schildernd» bezeichnet wird; dazu SK-KIESER (FN 3), Art. 24 ATSG N 33.

⁶ SK-KIESER (FN 3), Art. 25 ATSG N 9 mit Hinweis auf BGE 139 V 244.

⁷ SK-KIESER (FN 3), Art. 25 ATSG N 10 ff.

«Für Krankentaggelder wird die Leistungspflicht des Versicherers nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes ausgelöst durch die krankheitsbedingte ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und den Ablauf der vereinbarten Wartefrist.»

Im nicht amtlich publizierten Entscheid BGer 4A_471/2014 vom 2. Februar 2015 hat das Bundesgericht bezüglich des Beginns der Verjährungsfrist zusätzlich konkretisiert (E. 4.2):

«Die Taggeldzahlungen sollen nach ihrer Natur das laufende Einkommen der versicherten Person ersetzen und daher fortlaufend gefordert und erbracht werden (BGE 139 III 418 E. 4.1 S. 422 mit Hinweisen). Entsprechend fällt die ärztliche Bescheinigung einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit regelmässig in den Zeitraum, für den Taggelder verlangt werden können. Die Verjährung beginnt diesfalls nicht mit dem Datum der ärztlichen Bescheinigung, sondern mit demjenigen der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit, verlängert um den Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist.»

Damit der Verjährungslauf beginnen kann, wird zusätzlich vorausgesetzt, dass die versicherte Person die Leistungen auch «unbedingt» einfordern kann. In diesem Zusammenhang ist das Verhältnis der Leistungspflicht der Krankentaggeldversicherung zu allfälligen Leistungspflichten der Sozialversicherer relevant. Hier steht nach BGE 139 III 418 im Zentrum, ob die Krankentaggeldversicherung gegenüber den Sozialversicherern eine Vorleistungspflicht hat oder nicht (E. 4.2.1 f.):

«Steht es, wie dies gewisse AVB vorsehen, bei Ungewissheit über die Leistungspflicht der staatlichen Versicherung im Belieben der Taggeldversicherung, ob sie Vorleistungen erbringt, beginnt die Verjährung für die aufgelaufenen Taggelder erst im Moment, in dem die Unsicherheit über die Leistungspflicht des Dritten beseitigt ist. Erst in diesem Zeitpunkt stehen sämtliche leistungsbegründenden Tatsachen fest, sodass die Verjährung für alle bisher aufgelaufenen Taggelder nach Art. 46 VVG in diesem Moment beginnt.

[...] Ist dagegen, wie in den AVB der Beschwerdegegnerin (Art. B4 Abs. 2 AVG), bei Unsicherheiten über die Leistungspflicht einer staatlichen Versicherung die Vorleistung des Taggeldversicherers vereinbart, verjähren die Taggeldansprüche einzeln, da der Berechtigte diese trotz der Ungewissheit über die Leistung der staatlichen Versicherung laufend einfordern kann. Die Verjährung beginnt mit dem Tag, für den die einzelnen Taggeldleistungen beansprucht werden können, da bereits in diesem Zeitpunkt sämtliche leistungsbegründenden Tatsachen feststehen.»

Zu dieser zusätzlichen Leistungsbedingung ist festzuhalten, dass diese Konstellationen wohl nur diejenigen Fälle betreffen können, in welchen umstritten ist, ob die Unfall-/Militärversicherung oder die Krankentaggeldversicherung leistungspflichtig ist. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass bis zu einem rechtskräftigen Entscheid über diese Frage – in Konstellationen, in welchen die AVB keine Vorleistung vorsieht – die Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnt. Nur beschränkt zur Anwendung kann diese Rechtsprechung im Verhältnis zur Invalidenversicherung kommen. Da die Rente der Invalidenversicherung frühestens nach Ablauf des Wartejahres ausgerichtet werden kann, wäre es stossend, wenn die Taggelder verweigert werden könnten, solange unklar ist, ob eine Invalidenrente ausgerichtet wird. Allenfalls anwendbar könnten solche Bestimmungen in den AVB sein, wenn umstritten ist, ob die Invalidenversicherung Taggelder (beispielsweise während der Eingliederung) erbringen muss.

1. Regelfall

In den allermeisten Fällen wird die Arbeitsunfähigkeit rasch nach deren Eintritt umgehend oder innert weniger Tage rückwirkend attestiert. In diesen Fällen beginnt die Verjährungsfrist rückwirkend ab dem Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit zuzüglich der Wartefrist.¹³

Bezogen auf das *ärztliche Attest* der Arbeitsunfähigkeit folgt das Bundesgericht der langjährigen Praxis, dass an ein die Arbeitsunfähigkeit bestätigendes Arztzeugnis keine hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, da Gegenstand eines solchen Zeugnisses in der Regel die vorübergehende Arbeitsunfähigkeit während eines begrenzten Zeitraumes sei. Erst wenn die Beeinträchtigung andauere und Taggelder für eine längere Periode geltend gemacht werden, erfolge in aller Regel eine «eingehendere Plausibilisierung aufgrund der Diagnose, der Erfahrungswerte und der ärztlichen Angaben».¹⁴

2. Atypische Fälle

Von den oberwähnten Regelfällen unterscheidet das Bundesgericht sogenannte *atypische Fälle*, bei welchen mittels ärztlicher Bescheinigung die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit erst rückwirkend für eine weiter zurückliegende Zeit attestiert wird. Diese Rechtsprechung wurde im Entscheid BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013¹⁵ begründet (E. 5.3):

«[...] Vorliegend liegt der atypische Fall vor, dass die ärztliche Bescheinigung rückwirkend für eine bereits abgelaufene Zeitdauer eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit attestiert. In einer sol-

¹³ BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3.

¹⁴ BGer 4A_471/2014 vom 2. Februar 2015 E. 6.3.

¹⁵ Das Urteil wurde in 3er-Besetzung gefällt und nicht in der amtlichen Sammlung publiziert.

chen Konstellation ist – entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin – nicht auf den tatsächlichen Beginn der (bereits zurückliegenden und erst später ärztlich bescheinigten) Arbeitsunfähigkeit oder auf deren Erkennbarkeit und den Verlauf der vereinbarten Wartefrist abzustellen. Ansonsten wäre es möglich, dass die Verjährung bereits eingetreten ist, bevor der Versicherte seine Ansprüche überhaupt geltend machen konnte. Es erscheint daher richtig, die Verjährung in einem solchen Fall im Zeitpunkt der ärztlichen Bescheinigung beginnen zu lassen. Erst zu diesem Zeitpunkt sind sämtliche Tatbestandsmerkmale zur Bejahung eines Leistungsanspruches erfüllt, mithin nicht nur die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit, sondern auch deren ärztliche Bescheinigung. Dies erkannte die Vorinstanz zutreffend.»

In diesen atypischen Fällen wird als Beginn der Wartefrist der Tag angenommen, an dem nach ärztlicher Feststellung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt, da sich die Wartefrist an den tatsächlichen Beginn der ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit anschliesse und nicht an das Datum der ärztlichen Bescheinigung.¹⁶

Bemerkenswert zur Praxis der «atypischen» Fälle ist, dass das Bundesgericht darin dem Aspekt der *Kenntnis der Arbeitsunfähigkeit* relativ hohe Bedeutung beimisst. Das wird aus der zusätzlichen Leistungsvoraussetzung des ärztlichen Attestes abgeleitet. Das Bundesgericht führt hierzu aus, dass die Konstellation des atypischen Falles notwendig sei, da bei Annahme eines früheren Verjährungsbeginnes die Verjährung eintreten könnte, bevor der Versicherte den Anspruch hätte geltend machen können.¹⁷ Im Kern zielt diese Begründung darauf ab, dass die Verjährung allenfalls nur beginnen kann, wenn die versicherte Person von ihrem Anspruch *Kenntnis* hat. Das steht in Widerspruch zum Wortlaut und zur konstanten Rechtsprechung zu Art. 46 VVG, gemäss welcher die Verjährung unabhängig von der Kenntnis der versicherten Person läuft.¹⁸ Indem jedoch eben nicht allein auf die Kenntnis des Versicherten abgestellt wird, sondern auf die Zusatzvoraussetzung des ärztlichen Attestes, kann davon ausgegangen werden, dass auch diese Konstellationen vom Gesetzeswortlaut noch gedeckt sind. Falsch wäre jedoch nun aus dieser Rechtsprechung abzuleiten, dass für den Beginn der Verjährungsfrist allein massgeblich sein könnte, dass die versicherte Person Kenntnis über die Arbeitsunfähigkeit hat. Wenngleich das aus Sicht der Versicherten wünschenswert wäre, war das wohl kaum die Intention des nicht in die amtliche Sammlung aufgenommenen Entscheides.

¹⁶ BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3.

¹⁷ BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013 E. 5.3.

¹⁸ BGE 126 III 278.

C. Fristenlauf

Bezogen auf den Fristenlauf bestand bis Juli 2013 die Rechtsprechung, dass für den gesamten Taggeldanspruch aus einem Versicherungsfall zwei Jahre nach Eintritt der Leistungspflicht (ärztlich bescheinigte Arbeitsunfähigkeit und Ablauf Wartefrist) die Verjährung eintritt.¹⁹ Nach anhaltender Kritik in der Lehre ist das Bundesgericht mit BGE 139 V 418 auf diese Rechtsprechung zurückgekommen und hat anerkannt, dass es sich bei den Taggeldern nicht um eine einheitliche Leistung handelt, welche über eine bestimmte Zeitspanne ausgerichtet wird und auf welche nach Ablauf der Wartefrist ein unbedingter Anspruch besteht. Vielmehr könnten Veränderungen nach dem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit eintreten und das Taggeld sei nur für diejenigen Tage geschuldet, für welche die Leistungsvoraussetzungen erfüllt sind. Deshalb läuft die Verjährungsfrist *einzelnen für jeden Tag*, für den Taggelder beansprucht werden.²⁰

Die in Art. 46 VVG vorgesehene zweijährige Frist bemisst sich nach den Regeln von Art. 132 ff. OR i.V.m. Art. 77 OR und beginnt somit *am Tag nach dem Tag, für welchen das Taggeld geschuldet ist*.²¹ Sie gilt auch für allfällige Zins- oder sonstige Nebenansprüche.²²

Die Verjährungsfrist steht in den in Art. 134 OR vorgesehenen Fällen still oder beginnt gar nicht zu laufen. Die gesetzlich vorgesehenen *Stillstandsgründe* sind für Ansprüche auf Krankentaggelder in der Praxis kaum relevant. Allenfalls könnte Art. 134 Abs. 1 Ziff. 8 OR, Hemmung während aussergerichtlichen Beilegungsbemühungen, vereinzelt in Frage kommen.²³ In der Praxis spielt jedoch auch diese Bestimmung kaum eine Rolle, da die Hemmung der Frist nur bei aussergerichtlicher Streitbeilegung mit *schriftlicher Vereinbarung* bezüglich der Hemmung der Frist vorgesehen ist, was eher unpraktikabel ist.

Als *Unterbrechungshandlung des Schuldners* (vorliegend des Krankentaggeldversicherers) sieht Art. 135 Ziff. 1 OR die Anerkennung durch Zins oder Abschlagszahlung vor. In der Praxis wird neben diesen gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen Anerkennungshandlungen diversen weiteren Anerkennungshandlungen verjährungsunterbrechende Wirkung zuerkannt.²⁴ Bezogen auf

¹⁹ BGE 127 III 268 E. 2b.

²⁰ BGE 139 III 419 E. 3 und 4.

²¹ Damit verjährt ein für den 27. Februar 2022 geschuldetes Taggeld am 27. Februar 2024 (vgl. Art. 77 Abs. 1 Ziff. 3 OR). Bis zum 27. Februar 2024, 23:59 Uhr sind Unterbrechungshandlungen möglich.

²² Art. 133 OR.

²³ JOSIANNE MAGNIN, Die Hemmung der Verjährung, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Bern 2019, 59 ff., 67 f.

²⁴ MICHEL VERDE, Die Unterbrechung der Verjährung, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Bern 2019, 104 ff., 123 ff.; in BGer 4A_276/2008 vom 3. Juli 2008 wurde einer telefonischen Äusserung verjährungsunterbrechende Wirkung beigemessen.

das Krankentaggeldversicherungsrecht hat der Aspekt der Abschlags-/Akontozahlung keine praktische Bedeutung, da kaum je eine Teilzahlung eines einzelnen Taggeldes seitens der Krankentaggeldversicherer ausgerichtet wird. Auch würde es zu weit gehen, die grundsätzliche Anerkennung eines Leistungsfalles als «Anerkennung der Forderung» im Sinne von Art. 135 Abs. 1 OR zu verstehen. Dies, weil – wie oben aufgezeigt wurde – jedes einzelne Krankentaggeld für sich einzeln durchsetzbar ist und somit für sich allein auch einen einzelnen Anspruch resp. eine einzelne Forderung darstellt. Falls jedoch seitens einer Krankentaggeldversicherung eine unbedingte Leistungszusage für einen bestimmten Zeitraum abgegeben wird, in der Folge es dann jedoch zu Verzögerungen bei der Auszahlung kommt, so könnte – je nach Ausgestaltung des Wortlautes – eine Forderungsanerkennung vorliegen.

Von weitaus grösserer praktischer Bedeutung sind die *Unterbrechungshandlungen des Gläubigers* (Schuldbetreibung, Schlichtungsgesuch, Klage, Eingabe im Konkurs, Art. 135 Abs. 2 OR). Diese Unterbrechungshandlungen entfalten ihre verjährungsunterbrechende Wirkung mit der Übergabe der entsprechenden Eingabe an die schweizerische Post.²⁵ Dies jedoch nur im Umfang des eingeklagten resp. in Betreibung gesetzten Betrages.²⁶ Voraussetzung für die Unterbrechungswirkung sind stets die Einreichung des jeweiligen Begehrens bei der örtlich und sachlich zuständigen Stelle sowie die zutreffende Parteibezeichnung. Auch hierzu bestehen gewisse «Rettungsmöglichkeiten». So kann eine Eingabe bei der unzuständigen Stelle im Rahmen von Art. 63 Abs. 1 ZPO allenfalls durch neue Eingabe an die zuständige Instanz geheilt werden. Bezogen auf die funktionelle Zuständigkeit kann diese Konstellation bei der Geltendmachung von Krankentaggeldansprüchen insbesondere dann eintreten, wenn in einem Kanton, in welchem lediglich ein einstufiges Verfahren vorgesehen ist, ein Schlichtungsgesuch gestellt wird, oder umgekehrt. Diesfalls tritt die «rückwirkende» verjährungsunterbrechende Wirkung nur dann ein, wenn innerhalb eines Monats die identische Klageschrift beim zuständigen Gericht eingereicht wird.²⁷

Ähnlich, aber in Einzelfragen etwas komplexer ist die Situation, wenn die Betreibung beim örtlich unzuständigen Betreibungsamt eingereicht wird. Auch hier besteht eine Weiterleistungspflicht.²⁸ Die Verjährungsun-

terbrechung tritt ein, sofern der Zahlungsbefehl nicht durch das unzuständige Betreibungsamt ausgestellt und zugestellt wurde.²⁹

Die gesetzlich vorgesehenen Unterbrechungshandlungen bewirken grundsätzlich den *Neubeginn des Verjährungslaufes*. Das bedeutet für das Krankentaggeldversicherungsrecht, dass nach einer Unterbrechungshandlung eine neuerliche zweijährige Verjährungsfrist gilt.

Von grosser praktischer Tragweite ist die «Verjährungsunterbrechung» durch *Verjährungseinredeverzichtserklärung*. Solche Erklärungen werden seit vielen Jahren in Anwendung von Art. 141 OR praktiziert. Die Regelung von Art. 141 aOR war sehr rudimentär. In der Lehre sind immer wieder unterschiedliche Ansichten zu verschiedenen Aspekten der Verjährungsverzichte diskutiert worden.³⁰ Per 1. Januar 2020 wurde die Bestimmung komplett revidiert. Ziel der Revision war die Klärung der Verhältnisse resp. eben der in der Lehre diskutierten Fragen. Das scheint jedoch nur teilweise gelungen zu sein, was sich unter anderem daran zeigt, dass in der Lehre erneut diverseste Fragen aufgeworfen wurden und in der Praxis vor allem bezüglich der Form der Erklärung sehr unterschiedliche Standpunkte eingenommen wurden. All diese Aspekte und offenen Punkte aufzugreifen, würde die Grenzen des vorliegenden Beitrages bei weitem sprengen. Im Vordergrund stehen drei Aspekte, auf welche nachfolgend einzugehen ist:

– Art. 141 Abs. 1^{bis} OR sieht die *Schriftform* für Verjährungseinredeverzichtserklärungen vor. Schriftlichkeit nach Art. 13 OR verlangt, dass die Unterschriften aller Personen vorhanden sein müssen, die durch die Erklärung verpflichtet werden sollen. Bis zur Revision ging die herrschende Lehre und auch die Gerichtspraxis davon aus, dass – wenn überhaupt – nur sehr geringe formale Anforderungen an Verjährungsverzichte gestellt werden. Das neu eingeführte Erfordernis der Schriftlichkeit soll vorwiegend der Rechtssicherheit dienen.³¹ Dieses Argument ist im Versicherungsrecht nicht stichhaltig. Die Tragweite von Verjährungseinredeverzichtserklärungen ist den Versicherungsgesellschaften –

²⁵ VERDE (FN 24), 109 f. mit Hinweis auf Art. 143 ZPO.

²⁶ BGE 119 II 339, worin ausdrücklich festgehalten wurde, dass das auch gilt, wenn der Gläubiger das Ausmass der Forderung im Zeitpunkt der Unterbrechungshandlung nicht bestimmen konnte.

²⁷ CHRISTOPH BERGAMIN, Verjährungsunterbrechung durch Klage, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, Antworten auf brennende Fragen zum alten und zum neuen Verjährungsrecht, Genf 2018, 187 ff., 197.

²⁸ Nach Art. 32 Abs. 2 SchKG.

²⁹ DANIEL WUFFLI, Verjährungsunterbrechung durch Betreibung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, Antworten auf brennende Fragen zum alten und zum neuen Verjährungsrecht, Genf 2018, 167 ff., 173 f.

³⁰ Fast schon legendär ist der in der Fachliteratur ausgetragene Meinungswechsel zwischen PETER GAUCH und HANS PETER WALTER/CHRISTOPH HURNI; zusammengefasst von WALTER FELLMANN, Verzicht auf die Verjährung, in: Frédéric Krauskopf (Hrsg.), Die Verjährung, Antworten auf brennende Fragen zum alten und zum neuen Verjährungsrecht, Genf 2018, 143 ff., 146 f.

³¹ ISABELLE WILDHABER/SEVDA DEDE, Verzicht auf die Verjährungseinrede, in: Walter Fellmann (Hrsg.), Das neue Verjährungsrecht, Tagung vom 29. Oktober 2019 in Luzern, Bern 2019, 135 ff., 150.

aufgrund ihrer Spezialkenntnisse – vollumfänglich bekannt und bewusst. Daher benötigen sie diesbezüglich keinen besonderen Schutz. Alsdann werden Verjährungseinredevorverzichtserklärungen im Versicherungsrecht sehr zahlreich abgegeben. Sie gehören zur normalen Bearbeitung eines Leistungsfalls und damit zum Tagesgeschäft von Versicherungen. Diverse Versicherungsgesellschaften haben die bereits vor der Revision des Verjährungsrechtes eingeführte Praxis von Faksimileunterschriften und Einzelunterschriften bei Verjährungseinredevorverzichtserklärungen weitergeführt. Sie berufen sich dabei auf Art. 14 Abs. 2 OR, wonach die Nachbildung der eigenhändigen Schrift auf mechanischem Wege genügt, wenn «deren Gebrauch im Verkehr üblich» ist. Da die Formerfordernisse dem Schuldnerschutz (Schutz vor übereilter Verzichtserklärung) dienen, und dieser Schuldnerschutz jedoch von Versicherungsgesellschaften nicht in Anspruch genommen werden muss, ist zu postulieren, dass die nachgebildeten Unterschriften dem Geschäftsgebrauch entsprechen und im Sinne von Art. 14 Abs. 2 OR den Formvorschriften genügen.³²

- Gleiches muss für durch *Einzelunterschrift* unterzeichnete Verjährungsverzichte gelten. Denn häufig werden Verjährungsverzichte von Mitarbeitenden unterzeichnet, die nicht im Handelsregister eingetragen sind. Auch kommt es regelmässig vor, dass die Verjährungsverzichte mit Einzelunterschrift abgegeben werden. Wie schon aufgezeigt wurde, handelt es sich bei der Abgabe von Verjährungseinredevorverzichtserklärungen um einen alltäglichen Vorgang in der Bearbeitung von Leistungsfällen, gleich wie beispielsweise die Vornahme von Abklärungen zum Sachverhalt, die Ausrichtung von Versicherungsleistungen oder die Unterzeichnung von Entschädigungsvereinbarungen. Leistungsansprechende Dritte müssen davon ausgehen können, dass die Mitarbeitenden von Versicherungsgesellschaften nach den internen Richtlinien befugt sind, sämtliche für die Fallbearbeitung notwendigen und üblichen Handlungen vorzunehmen.³³ Dies zumindest solange nicht konkrete Indizien oder anderslautende Angaben dagegen sprechen. Solche könnten z.B. dann bestehen, wenn eine Ver-

sicherungsgesellschaft bei der Anmeldung des Leistungsfalls ausdrücklich darauf hinweisen würde, dass Willenserklärungen immer einer Doppelunterschrift bedürfen. Vor diesem Hintergrund sind einzel- und/oder doppelgezeichnete Verjährungseinredevorverzichtserklärungen als gültig zu erachten.³⁴

- Ein weiteres in der Praxis virulentes Problem stellt dasjenige dar, dass es – insbesondere für juristische Laien – häufig nicht oder nur schwer erkennbar ist, welche Gesellschaft effektiv Rechtsträgerin eines Versicherungsvertrages ist und *in welchem Namen* die Verjährungseinredevorverzichtserklärung abgegeben worden ist. Denn häufig halten auch die Versicherungsgesellschaften ihre einzelnen Teilbereiche nicht klar auseinander. So werden in der Praxis immer wieder Verjährungseinredevorverzichtserklärungen auf Vordrucken von Versicherungskonzernen abgegeben, auf welchen dann mehrere Gesellschaften im gleichen Schreiben erwähnt werden. Das kann zu Unklarheiten darüber führen, von welcher Gesellschaft die Erklärung nun abgegeben wurde. Eine Verjährungseinredevorverzichtserklärung stellt eine Willenserklärung dar (Art. 18 Abs. 1 OR). Der Abgabe eines Verjährungsverzichts geht in der Regel eine Anfrage von Seiten der Versicherten voraus. Die Erwartung der Versicherten geht dahin, dass die Erklärung von der zuständigen Rechtsträgerin abgegeben wird. Die Versicherten müssen sich darauf verlassen können, dass die Erklärung von den zuständigen Rechtsträgern abgegeben wird. Wenn deren Ermittlung schwierig ist oder nicht klar aus der Erklärung hervorgeht, so muss sich die versicherte Person auf die Gültigkeit der Erklärung verlassen können.

Verjährungseinredevorverzichtserklärungen bewirken – anders als die Unterbrechungshandlungen – keinen Neubeginn der Verjährungsfrist. Sie beinhalten lediglich die Zusage des Gläubigers, die Einrede der Verjährung während einer beschränkten Dauer nicht zu erheben. Daher sind sie zu terminieren, wobei eine gesetzliche Maximaldauer von 10 Jahren gilt.³⁵ Daraus ergibt sich, dass auf unbeschränkte Dauer abgegebene Verjährungseinredevorverzichtserklärungen gesetzlich nicht vorgesehen/zulässig sind. Wird eine Verjährungseinredevorverzichtserklärung ohne Zeitangabe abgegeben (wovon auszugehen ist, wenn sowohl eine explizite Angabe fehlt und diesbezüglich auch nach dem Vertrauensprinzip kein übereinstimmender Wille ermittelt werden kann), ist eine zehnjährige Dauer zu postulieren. Ebenso, wenn – im Widerspruch zur gesetzlichen

³² Viele der Versicherungsgesellschaften geben gleichzeitig mit dem Verjährungsverzicht auch eine Erklärung ab, dass sie die Faksimileunterschriften als geschäftsgebräuchlich und üblich erachten. Sie erklären zudem bereits bei der Abgabe der Erklärung, dass sie eine spätere Berufung auf eine Formungültigkeit auch als missbräuchlich erachten würden.

³³ Das Bundesgericht hat denn auch in BGE 141 III 289 E. 4.4.2 festgehalten, dass u.U. von einer internen Anscheinsvollmacht ausgegangen werden kann. Die in diesem Entscheid postulierten Voraussetzungen sind in aller Regel bei der Abgabe von Verjährungsverzichten durch Mitarbeitende von Versicherungsgesellschaften erfüllt.

³⁴ Dies unabhängig davon, ob die Unterzeichnenden im Handelsregister eingetragen sind oder nicht.

³⁵ Art. 141 Abs. 1 OR.

Regelung – eine Verjährungseinredeverzichtserklärung auf unbeschränkte Zeit abgegeben wird.³⁶

D. Verjährung von Rückforderungen

Wenngleich die Krankentaggeldversicherungen die Voraussetzungen zur Leistungserbringung sorgfältig prüfen, kann es immer wieder vorkommen, dass sich im Nachhinein herausstellt, dass die Leistungserbringung unzutreffend war. Hier stellt sich die Frage nach der *Verjährung von zu Unrecht* erbrachten Leistungen.

Das Bundesgericht geht davon aus, dass «nicht alle Rückerstattungsansprüche betreffend Leistungen, die im Umfeld eines Vertrages erbracht werden, vertraglicher Natur sind».³⁷ Deshalb können zu viel erbrachte Leistungen nur nach den bereicherungsrechtlichen Vorschriften zurückgefordert werden. Bezogen auf die Verjährung kommt daher Art. 67 OR und nicht Art. 46 VVG zur Anwendung.

In Bezug auf Leistungen der Krankentaggeldversicherung fehlt es an einem Vertragsverhältnis zwischen den begünstigten Versicherten und der rückfordernden Krankentaggeldversicherung. Zwar besteht das direkte Forderungsrecht nach Art. 87 VVG, doch werden allein aufgrund des direkten Forderungsrechtes die versicherten Arbeitnehmer nicht zu Vertragsparteien des Versicherers.³⁸ Für solche Rückforderungen kommt deshalb die dreijährige Frist von Art. 67 OR zur Anwendung, welche durch die Kenntnis des Rückforderungsberechtigten von seinem Rückforderungsanspruch ausgelöst wird und bezüglich welchem eine absolute Verjährungsfrist von 10 Jahren besteht.

³⁶ FELLMANN (FN 30), 161 f. mit Hinweis auf BGER 9C_855/2010 vom 8. Februar 2010 E. 3.5.1.

³⁷ BGER 4A_197/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.2.

³⁸ BGER 4A_197/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 4.3 mit Hinweis auf BGE 141 III 112 E. 4.3.

Koordination von Krankentaggeldern – einige ausgewählte Grundlagen

Marc Hürzeler*

I. Ausgangslage

Krankentaggelder treffen in der Praxis häufig mit Sozialversicherungsleistungen zusammen, was die Frage nach dem koordinationsrechtlichen Zusammenwirken der Leistungen aufwirft. Das Verhältnis zwischen

(privatrechtlichen) Krankentaggeldern und Sozialversicherungsleistungen ist nur punktuell gesetzlich geregelt. Die Krankenversicherer geniessen folglich eine sehr weitgehende Autonomie in der Gestaltung der diesbezüglich einschlägigen Bestimmungen in den AVB. Die Gestaltungsfreiheit trifft jedoch dort an ihre Grenzen, wo zwingende Koordinationslösungen in den sozialversicherungsrechtlichen Gesetzen und Verordnungen eine Problematik abschliessend regeln. Im vorliegenden Beitrag sollen einige Koordinationsbeziehungen des Krankentaggeldversicherers in den Grundzügen dargestellt werden.

II. Renten der Invalidenversicherung und der beruflichen Vorsorge

A. Verhältnis zur Invalidenversicherung

Die Leistungen des Krankentaggeldversicherers werden vertragsgemäss regelmässig während einer Dauer von 720 oder 730 Tagen ausgerichtet. Sie fallen folglich bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit häufig mit Invalidenrenten der Invalidenversicherung zusammen. In materieller Hinsicht ist die Koordination zwischen Taggeld und Invalidenrente in den AVB zu regeln. Diese sehen praxisgemäss üblicherweise die Anrechnung der Invalidenrente vor.

Die Kürzung der Taggeldleistungen gestützt auf die AVB wird der Taggeldversicherer in der Praxis häufig erst nach rechtskräftiger Zusprache der Invalidenrente durch die IV-Stelle vornehmen können. Da die Taggeldleistungen mithin vorerst ohne Berücksichtigung der Invalidenrente ausgerichtet wurden, stellt sich die Frage der Rückforderung bzw. der Verrechnung mit den Nachzahlungen der Invalidenversicherung. Die Verrechnungsforderung des Krankentaggeldversicherers muss von der Invalidenversicherung entweder als eine intersystemische Verrechnung (bei Krankentaggeldern nach KVG) oder als extrasystemische Verrechnung (bei Krankentaggeldern nach VVG) behandelt werden. Die Unterscheidung ist wichtig für die Frage der Rangfolge der Befriedigung durch Verrechnung. Als Sozialversicherungsträger treten nur Krankenversicherer auf, welche Leistungen nach dem KVG erbringen. Die Verrechnung mit den rückwirkenden Leistungen der Invalidenversicherung stützt sich dabei auf Art. 20 Abs. 2 AHVG i.V.m. Art. 50 Abs. 2 IVG. Anders verhält es sich hingegen bei Taggeldversicherungen gemäss VVG, deren Verrechnungsansprüche sich nach den Vorschriften über die bevorschussenden Dritten richten.¹ Bei diesen handelt es sich um – aus

* Prof. Dr. iur., Sozialversicherungsfachmann mit eidg. FA, Ordinarius für Sozialversicherungsrecht und Privatversicherungsrecht an der Universität Luzern, Küttigen (www.marc-huerzeler.ch).

¹ Vgl. Art. 85^{bis} IVV sowie Bundesamt für Sozialversicherungen (BSV), Kreisschreiben über die Verrechnung von Nachzahlungen der IV mit Leistungsrückforderungen von zugelassenen Krankenkassen, N 1004.