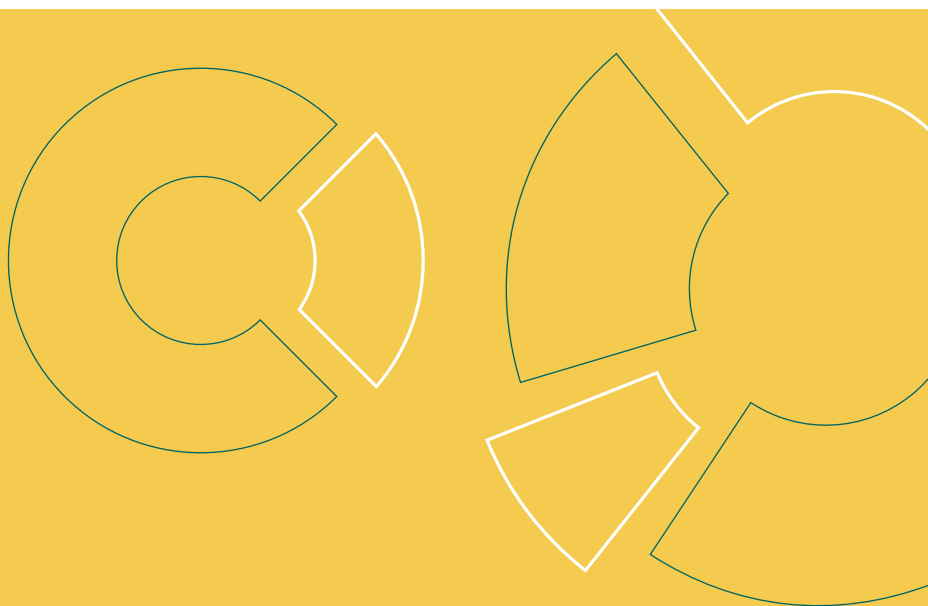


Nachleistungsausschlüsse in der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Lichte der Inhaltskontrolle von AVB

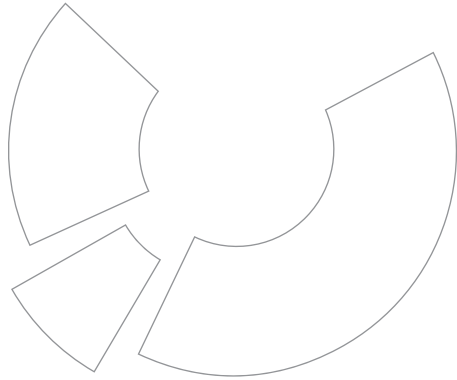
SOLUNA GIRÓN



Edité par / Herausgegeben von
Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont
Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Soluna Girón

Nachleistungsausschlüsse in der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Lichte der Inhaltskontrolle von AVB



Herausgegeben von:

Prof. Dr. iur. Anne-Sylvie Dupont

Professeure au département de droit public de l'Université de Genève

Prof. Dr. iur. Kurt Pärli

Professor für Soziales Privatrecht an der Universität Basel

Nachleistungsausschlüsse in der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Lichte der Inhaltskontrolle von AVB

SOLUNA GIRÓN

BERNER DISSERTATION

Inauguraldissertation zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern.

Die Fakultät hat diese Arbeit am 25. April 2024 auf Antrag der beiden Gutachter,
Prof. Dr. iur. Frédéric Krauskopf und Prof. Dr. iur. Kurt Pärli, als Dissertation angenommen.

Open-Access-Gold

Publiziert mit Unterstützung des Schweizerischen Nationalfonds zur Förderung
der wissenschaftlichen Forschung.

Publiziert von:

Dike Verlag

Weinbergstrasse 41

CH-8006 Zürich

info@dikey.ch

www.dike.ch

Text© Soluna Girón 2025

ISBN (Hardback): 978-3-03891-780-9 (Dike Verlag AG, Zürich/St. Gallen)

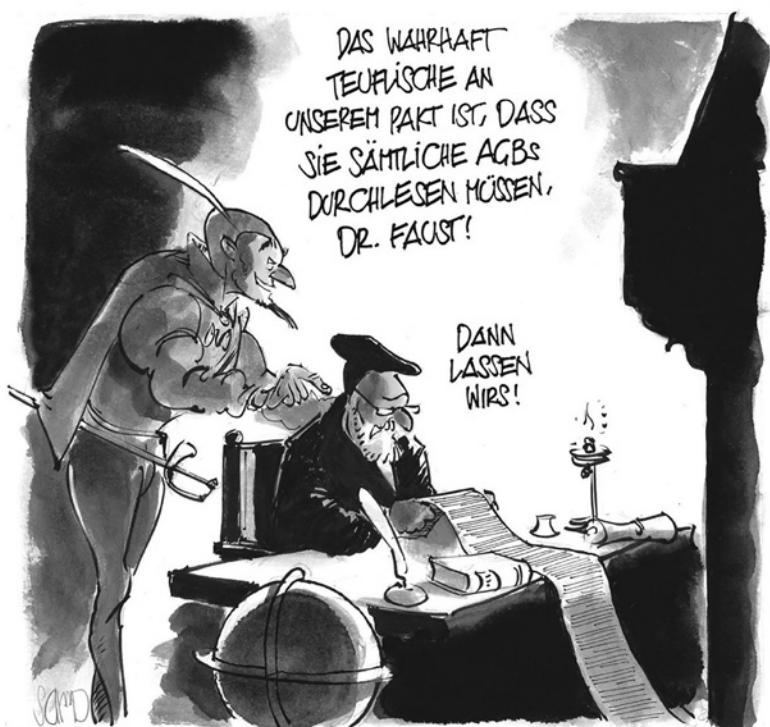
ISBN (PDF): 978-3-03929-079-6

DOI: <https://doi.org/10.3256/978-3-03929-079-6>



Dieses Werk ist lizenziert unter
Creative Commons Lizenz CC BY-NC-ND.





Tagesanzeiger vom 29. September 2020,
«Zu lange Geschäftsbedingungen, Lesen Sie die AGBs, Herr Professor? –
«Selbstverständlich nicht»»

© Felix Schaad

Dank

Mein herzlicher Dank geht an meinen Doktorvater Herrn Prof. Dr. iur. Frédéric Krauskopf, der dieses Dissertationsprojekt mit grossem Engagement betreut und begleitet hat. Ebenso danke ich Herrn Prof. Dr. iur. Kurt Pärli für die Übernahme des Zweitgutachtens und seine wertvollen Anregungen für diese Arbeit.

Weiterer Dank gebührt den Herren Rechtsanwälten lic. iur. David Husmann, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, und lic. iur. Christoph Häberli, Fachanwalt SAV Arbeitsrecht. Sie haben mich über die wissenschaftliche Mitarbeit am Buch «Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte» erstmals an die Thematik der Krankentaggeldversicherung herangeführt.

Auch meiner Arbeitgeberin, der Anwaltskanzlei schadenanwaelte und insbesondere Herrn Rechtsanwalt lic. iur. Martin Hablützel, Fachanwalt SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, möchte ich vielmals danken, sowohl für den ideellen Anstoss einer berufsbegleitenden Dissertation wie auch die praktische Ermöglichung derselben durch eine anwaltliche Tätigkeit in Teilzeit. Meinen Bürokolleginnen Frau Rechtsanwältin lic. iur. Nathalie Tuor, Fachanwältin SAV Haftpflicht- und Versicherungsrecht, und Frau Rechtsanwältin MLaw Nina Kistler danke ich dabei speziell für ihren Einsatz gegen Ende dieser Arbeit, der mir eine konzentrierte Schlussphase ermöglicht hat.

Schliesslich geht mein grosser Dank an meine Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglicht und damit den Grundstein für diese Arbeit gelegt haben. Ebenso danke ich herzlich meiner Frau Janine und Tochter Nimue, ohne deren Unterstützung und Verständnis für verringerte Familienzeit dieses Werk nicht möglich gewesen wäre.

Zum Schluss gebührt sodann Dank Frau Rechtsanwältin lic. iur. Elisabeth Tribaldos und den weiteren Mitarbeiterinnen des Dike Verlags für ihre Unterstützung bei der Publikation dieser Arbeit.

Die Entwicklung von Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre ist bis Mitte 2023 berücksichtigt.

Greifensee, Juni 2025

Soluna Girón

Inhaltsübersicht

Dank.....	V
Inhaltsverzeichnis	IX
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Literaturverzeichnis	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXV
Einleitung	1
1. Teil: Grundlagen	5
1. Kapitel: Gesetzliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit.....	7
§ 1. Ein kaum obligatorisch sozialversichertes Risiko	7
§ 2. ... und ein mehr oder weniger durch privat- und öffentlich-rechtliche Lohnfortzahlung abgesichertes Risiko	8
2. Kapitel: Vertragliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit.....	15
§ 3. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse	15
§ 4. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse	18
3. Kapitel: Grundlagen und Begriffe der Krankentaggeldversicherung	21
§ 5. Rechtsgrundlage	21
§ 6. Versichertenkreis	25
§ 7. Vertragsnatur.....	26
4. Kapitel: Ausgestaltung der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Besonderen ...	33
§ 8. Ausgangslage.....	33
§ 9. Police und besondere Versicherungsbedingungen.....	34
§ 10. Allgemeine Versicherungsbedingungen	41
5. Kapitel: Die «AGB-Kontrolle» im Besonderen.....	53
§ 11. Die Geltungskontrolle im engeren Sinn	54
§ 12. Die Auslegungskontrolle	57
§ 13. Die Inhaltskontrolle.....	59
6. Kapitel: Aufsichtsrecht.....	123

2. Teil: Nachleistungsregelungen in AVB aus der Optik der Inhaltskontrolle.....	125
1. Kapitel: Vorbemerkung.....	127
2. Kapitel: Grundlagen und Regelung der Nachleistung	129
§ 14. Grundlagen	129
§ 15. Regelung in den AVB	134
3. Kapitel: Inhaltskontrolle	141
§ 16. Grundlagen	141
§ 17. Altrechtliche Verträge.....	142
§ 18. Neurechtliche Verträge	154
§ 19. Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Nachleistungsausschlüssen.....	160
4. Kapitel: Fazit.....	191
3. Teil: Fazit	193

Inhaltsverzeichnis

Dank.....	V
Inhaltsübersicht.....	VII
Abkürzungsverzeichnis.....	XIII
Literaturverzeichnis.....	XVII
Materialienverzeichnis.....	XXV
Berichte und Botschaften.....	XXV
Parlamentarische Initiativen und Vorstösse.....	XXVI
Einleitung.....	1
 1. Teil: Grundlagen.....	 5
1. Kapitel: Gesetzliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit.....	7
§ 1. Ein kaum obligatorisch sozialversichertes Risiko.....	7
§ 2. ... und ein mehr oder weniger durch privat- und öffentlich-rechtliche Lohnfortzahlung abgesichertes Risiko.....	8
I. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.....	9
II. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.....	11
A. Bund.....	11
B. Kanton Zürich.....	12
III. Fazit.....	13
2. Kapitel: Vertragliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit.....	15
§ 3. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse.....	15
§ 4. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse.....	18
3. Kapitel: Grundlagen und Begriffe der Krankentaggeldversicherung.....	21
§ 5. Rechtsgrundlage.....	21
I. KVG.....	21
II. VVG.....	23
§ 6. Versichertenkreis.....	25
I. Einzelversicherung.....	25
II. Kollektivversicherung.....	26
§ 7. Vertragsnatur.....	26
I. Schadenversicherung.....	27
II. Summenversicherung.....	27
III. Abgrenzungsfragen.....	27

4. Kapitel: Ausgestaltung der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Besonderen ...	33
§ 8. Ausgangslage.....	33
§ 9. Police und besondere Versicherungsbedingungen.....	34
I. Begriffe.....	34
A. Police.....	34
B. Besondere Versicherungsbedingungen	35
II. Rechtsnatur und Auslegung	36
III. Inhaltsfreiheit bzw. -schränken	37
§ 10. Allgemeine Versicherungsbedingungen	41
I. Begriff	41
II. Rechtsnatur und Auslegung	43
III. Inhaltsfreiheit bzw. -schränken	46
5. Kapitel: Die «AGB-Kontrolle» im Besonderen.....	53
§ 11. Die Geltungskontrolle im engeren Sinn	54
§ 12. Die Auslegungskontrolle	57
§ 13. Die Inhaltskontrolle.....	59
I. «Verdeckte» Inhaltskontrolle durch Geltungskontrolle im weiteren Sinn: Ungewöhnlichkeitsregel	59
A. Allgemein.....	60
B. Objektive Ungewöhnlichkeit	61
C. Subjektive Ungewöhnlichkeit.....	63
D. Machtgefälle?.....	66
E. Rechtsfolge	67
F. Fazit.....	67
II. «Offene» Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG	68
A. Allgemein.....	68
B. Zeitlicher Anwendungsbereich	71
C. Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen	74
D. Benachteiligung von Konsumentinnen	76
1. Allgemein.....	76
2. Nur «Leistungen des üblichen Verbrauchs»?.....	77
3. Juristische Personen?	78
4. «Handeln ohne Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit».....	84
5. Rechtsprechung.....	90
E. Treu und Glauben verletzendes erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten.....	92
1. «Treu und Glauben verletzendes» Missverhältnis	92
2. «Erhebliches» vertragliches Missverhältnis.....	93
3. «Ungerechtfertigtes» Missverhältnis	94

4. Vertragliches Missverhältnis: Grundlagen zu Prüfungsobjekt und -methodik	95
5. Vertragliches Missverhältnis: Referenzsystem	98
6. Vertragliches Missverhältnis: Prüfungsmethodik, insbesondere Kompensation etc.....	101
7. Vertragliches Missverhältnis: Prüfung	105
8. Rechtsprechung.....	111
F. Rechtsfolge	119
G. Fazit.....	121
6. Kapitel: Aufsichtsrecht.....	123
2. Teil: Nachleistungsregelungen in AVB aus der Optik der Inhaltskontrolle.....	125
1. Kapitel: Vorbemerkung	127
2. Kapitel: Grundlagen und Regelung der Nachleistung	129
§ 14. Grundlagen	129
§ 15. Regelung in den AVB	134
3. Kapitel: Inhaltskontrolle	141
§ 16. Grundlagen	141
§ 17. Altrechtliche Verträge.....	142
I. Vorbemerkung	142
II. Ungewöhnlichkeitsregel.....	142
III. Art. 8 UWG.....	151
§ 18. Neurechtliche Verträge	154
I. Laufende Fälle.....	154
II. Rückfälle	159
§ 19. Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Nachleistungsausschlüssen.....	160
I. Vorbemerkung	160
II. Ungewöhnlichkeitsregel.....	160
A. Nachleistungsausschluss allgemein bei Ende des Versicherungsvertrages oder der Versicherungsdeckung.....	160
B. Nachleistungsausschluss in besonderen Konstellationen	165
1. Ablauf der Aufenthaltsbewilligung	165
2. Abschluss einer Einzelversicherung/Recht auf Freizügigkeit.....	167
3. Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit/Betriebsaufgabe...	171
4. Erhöhung des Arbeitsunfähigkeitsgrades nach Deckungsende (Verschlechterung einer laufenden Arbeitsunfähigkeit oder Rückfall nach zwischenzeitlich weggefallener Arbeitsunfähigkeit)	181

5. Fehlende Versicherungsdeckung nach Ablauf der Wartefrist.....	182
6. Vollständige, definitive Arbeitsunfähigkeit.....	184
7. Wohnsitz im Ausland	185
III. Art. 8 UWG.....	188
IV. Art. 35c VVG	188
V. Fazit.....	188
4. Kapitel: Fazit.....	191
3. Teil: Fazit	193

Abkürzungsverzeichnis

AB (S/N)	Amtliches Bulletin (Ständerat/Nationalrat)
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
AGB	allgemeine Geschäftsbedingungen
AHV	Alters- und Hinterlassenenversicherung
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zeitschrift)
a. M.	anderer Meinung
ArbR	Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht (Zeitschrift)
Art.	Artikel
ATSG	Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts vom 6. Oktober 2000 (SR 830.1)
Aufl.	Auflage
aUWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241) in der Fassung bis 30. Juni 2012
AVB	allgemeine Versicherungsbedingungen
AVIG	Bundesgesetz über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung vom 25. Juni 1982 (Arbeitslosenversicherungsgesetz, SR 837.0)
AVO	Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, SR 961.011)
aVVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1) in der Fassung bis 31. Dezember 2021
BB	besondere (Versicherungs-)Bedingungen
BBl	Bundesblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BK	Berner Kommentar
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
BPV	Bundespersonalverordnung vom 3. Juli 2001 (SR 172.220.111.3)
BR	Baurecht (Zeitschrift)
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise

BT	Besonderer Teil
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
BVG	Bundesgesetz über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 25. Juni 1982 (SR 831.40)
BBV2	Verordnung über die berufliche Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenvorsorge vom 18. April 1984 (SR 831.441.1)
bzw.	beziehungsweise
dgl.	dergleichen
d. h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
EFTA	Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) vom 4. Januar 1960 (SR 0.632.31)
etc.	et cetera
f./ff.	folgende (Singular)/folgende (Plural)
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
Fn.	Fussnote
Fr.	Schweizer Franken
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
FZAKTG	Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherern vom 1. Januar 2006
ggf.	gegebenenfalls
HAVE	Haftung und Versicherung (Zeitschrift)
h. L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeberin
i. d. R.	in der Regel
i. E.	im Ergebnis
insb.	insbesondere
i. S.	im Sinne
i. S. v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung
IVG	Bundesgesetz über die Invalidenversicherung vom 19. Juni 1959 (SR 831.20)
i. V. m.	in Verbindung mit

KKG	Bundesgesetz über den Konsumkredit vom 23. März 2001 (SR 221.214.1)
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KVAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 26. September 2014 (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, SR 832.12)
KVG	Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1994 (SR 832.10)
LD-AG	Dekret über die Löhne des kantonalen Personals des Kantons Aargau vom 30. November 1999 (Lohndekret, SAR 165.130)
lit.	litera (Buchstabe)
m. H.	mit Hinweis
Mio.	Million
MVersG-BS	Gesetz betreffend die Versicherung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Kantons Basel-Stadt bei Unfall und Krankheit vom 29. April 1992 (SG 165.100)
MVG	Bundesgesetz über die Militärversicherung vom 19. Juni 1992 (SR 833.1)
m. w. H.	mit weiteren Hinweisen
N	Randnummer
Nr.	Nummer
o. Ä.	oder Ähnliches
OFK	Orell Füssli Kommentar
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
PersG-AG	Gesetz über die Grundzüge des Personalrechts des Kantons Aargau vom 16. Mai 2000 (Personalgesetz, SAR 165.100)
PG-ZH	Personalgesetz des Kantons Zürich vom 27. September 1998 (Ordnungsnummer 177.10)
RBOG	Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau an den Grossen Rat
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des aargauischen Rechts
SchlT	Schlusstitel
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt

SGHVR	Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Der Schweizer Treuhänder (Zeitschrift)
SVV	Schweizerischer Versicherungsverband
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u. a.	unter anderem
usw.	und so weiter
UVG	Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20. März 1981 (SR 832.20)
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 19. Dezember 1986 (SR 241)
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, SR 961.01)
vgl.	vergleiche
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (Versicherungsvertragsgesetz, SR 221.229.1)
VVO-ZH	Vollzugsverordnung zum Personalgesetz des Kantons Zürich vom 19. Mai 1999 (Ordnungsnummer 177.111)
ZB	zusätzliche (Versicherungs-)Bedingungen
z. B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert

Literaturverzeichnis

Die nachfolgend aufgeführten Publikationen werden grundsätzlich mit dem Namen der Verfasserin sowie Randnummer/-ziffer oder Seite zitiert und gegebenenfalls mit den in Klammern gesetzten Ergänzungen. Auf weiterführende, in diesem Verzeichnis nicht enthaltene Literatur wird in den Fussnoten an den einschlägigen Stellen verwiesen.

- AESCHIMANN LISA, Rundgang durch Art. 8 UWG, in: Jusletter vom 1. September 2014 (zit.: AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz.).
- BLECHTA GABOR P./COLATRELLA PHILOMENA/RÜEDI HUBERT/STAFFELBACH DANIEL (Hrsg.), Basler Kommentar, Krankenversicherungsgesetz, Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2020 (zit.: BSK KVG-BEARBEITERIN, Art. N).
- BRULHART VINCENT, La généralisation du droit d'action directe dans l'assurance de la responsabilité civile: au rythme des saisons, in: Anwaltsrevue 8/2021, S. 321–326 (zit.: BRULHART, Anwaltsrevue 2021, S.).
- BRULHART VINCENT, L'assurance collective contre la perte de gain en cas de maladie, in: KAHIL-WOLFF BETTINA/WYLER RÉMY (Hrsg.), Le droit social dans la pratique de l'entreprise, Questions choisies, Bern 2006, S. 95–111 (zit.: BRULHART, assurance collective, S.).
- BRULHART VINCENT/FRÉSARD-FELLAY GHISLAINE/SUBILIA OLIVIER (Hrsg.), Commentaire Romand, Loi sur le contrat d'assurance (LCA), Basel 2022 (zit.: CR LCA-BEARBEITERIN, Art. N).
- BRUNNER ALEXANDER, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: KRAMER ERNST A. (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band X, Basel 2008, S. 111–196 (zit.: BRUNNER, AGB, S.).
- BRUNNER CHRISTIANE/BÜHLER JEAN-MICHEL/WAEBER JEAN BERNARD/BRUCHEZ CHRISTIAN, Kommentar zum Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Basel 2005 (zit.: BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. N).
- CADERAS CLAUDIA, Koordination von Krankentaggeldleistungen, Koordinations- und Überentschädigungsfragen beim Zusammenfallen von Leistungen der freiwilligen Krankentaggeldversicherung mit Erwerbsausfallentschädigungen des Sozialversicherungsrechts, Zürich/Basel/Genf 2016.
- CONTI MOREL EMILIE, De la fin du mythe des 730 jours d'indemnisation, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_424/2020, in: HAVE 2021, S. 156–161 (zit.: CONTI MOREL, HAVE 2021, S.).
- DUPONT ANNE-SYLVIE, Le nouvel article 8 LCD et les conditions générales d'assurance, in: BOHNET FRANÇOIS (Hrsg.), Le nouveau droit des conditions générales et pratiques commerciales déloyales, Basel 2012, S. 99–126 (zit.: DUPONT, CGA, Rz.).
- EICHENBERGER CABALLERO SARAH, Krankentaggeld: Die Lücken und Tücken der Versicherung, in: plädoyer 3/2022, S. 38–41 (zit.: EICHENBERGER CABALLERO, plädoyer 2022, S.).
- EISNER-KIEFER ANDREA, Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Abteilung, Urteil 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022, in: AJP 2022, S. 643–650 (zit.: EISNER-KIEFER, AJP 2022 II, S.).

- EISNER-KIEFER ANDREA, Entscheidbesprechung Bundesgericht, I. zivilrechtliche Ab-
teilung, Urteil 4A_244/2021 vom 3. September 2021, in: AJP 2022, S. 373–378
(zit.: EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S.).
- EISNER-KIEFER ANDREA, Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsver-
trag: Neues Spiel, neues Glück?, in: GROLIMUND PASCAL/KOLLER ALFRED/LOACKER
LEANDER D./PORTMANN WOLFGANG (Hrsg.), Festschrift für Anton K. Schnyder, zum
65. Geburtstag, Zürich 2018, S. 769–795 (zit.: EISNER-KIEFER, Festschrift, S.).
- EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und der revidierte Art. 8 UWG, in: HAVE 2015, S. 28–39
(zit.: EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S.).
- EISNER-KIEFER ANDREA, AVB und die aufgeschobene VVG-Totalrevision, in: BRUNNER
ALEXANDER/SCHNYDER ANTON K./EISNER-KIEFER ANDREA (Hrsg.), Allgemeine Ge-
schäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 83–128 (zit.:
EISNER-KIEFER, AGB, S.).
- FELLMANN WALTER, Entwicklungen im Versicherungs- und Haftpflichtrecht, in: SJZ 2023,
S. 379–391 (zit.: FELLMANN, SJZ 2023, S.).
- FIVIAN LORENZ, Bemerkungen zum Urteil des Bundesgerichts 9C_1026/2008 vom 24. Au-
gust 2009, in: AJP 2010, S. 376–379 (zit.: FIVIAN, AJP 2010, S.).
- FRIEDLI KARIN, Ausschluss der Nachleistungspflicht bei der Krankentaggeldversicherung,
Besprechung 4A_502/2020, in: ius.focus 2021/5, Nr. 120 (zit.: FRIEDLI, ius.focus 2021).
- FUHRER STEPHAN, WHO-Pandemiestufen, Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2021 vom
28. Januar 2022 (zur Publikation vorgesehen), in: HAVE 2022, S. 169–171 (zit.: FUHRER,
HAVE 2022, S.).
- FUHRER STEPHAN, Deutliche Verbesserungen für die Kunden von Versicherungen, in: plä-
doyer 2/2021, S. 40–52 (zit.: FUHRER, plädoyer 2021, S.).
- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bun-
desgerichts (52), in: HAVE 2020, S. 66–73 (zit.: FUHRER, HAVE 2020, S.).
- FUHRER STEPHAN, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bun-
desgerichts (50), in: HAVE 2019, S. 49–53 (zit.: FUHRER, HAVE 2019, S.).
- FUHRER STEPHAN, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Aktuelle Fragen, in: FUHRER
STEPHAN (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2014, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 67–105
(zit.: FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz.).
- FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011
(zit.: FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz.).
- FUHRER STEPHAN, Totalrevision VVG – zur Publikation der bundesrätlichen Botschaft, in:
HAVE 2011, S. 343–350 (zit.: FUHRER, HAVE 2011, S.).
- FUHRER STEPHAN, Vom Gegenstand der Versicherung, in: FUHRER STEPHAN (Hrsg.),
Schweizerische Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Festschrift zum
fünfzigjährigen Bestehen, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 133–144 (zit.: FUHRER, Gegen-
stand, S.).
- FUHRER STEPHAN, Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, in:
HAVE 2002, S. 3–13 (zit.: FUHRER, HAVE 2002, S.).

- GAUCH PETER, Die Vertragshaftung der Banken und ihre AVB, in: recht 2006, S. 77–91 (zit.: GAUCH, recht 2006, S.).
- GAUCH PETER, Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!, in: recht 1990, S. 65–78 (zit.: GAUCH, recht 1990, S.).
- GEISER THOMAS, Fragen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlungspflicht bei Krankheit, in: AJP 2003, S. 323–334 (zit.: GEISER, AJP 2003, S.).
- GEISER THOMAS/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA (Hrsg.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 7. Aufl., Basel 2022 (zit.: BSK ZGB I-BEARBEITERIN, Art. N).
- GOBET MARIE-NOËLLE, L'article 8 LCD et les clauses insolites, Le point sur les conditions générales, in: ST 2013, S. 539–541 (zit.: GOBET, ST 2013, S.).
- GROLIMUND PASCAL, Obliegenheiten: Alte und neue Abgrenzungs- und Anwendungsfragen, in: HAVE 2020, S. 125–130 (zit.: GROLIMUND, HAVE 2020, S.).
- GROLIMUND PASCAL, AGB in Unternehmensverträgen, in: BRUNNER ALEXANDER/SCHNYDER ANTON K./EISNER-KIEFER ANDREA (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 227–237 (zit.: GROLIMUND, AGB, S.).
- GROLIMUND PASCAL/LOACKER LEANDER D./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl., Basel 2023 (zit.: BSK VVG 2. Aufl.-BEARBEITERIN, Art. N).
- HÄBERLI CHRISTOPH, Lohnfortzahlung bei Arbeitsverhinderung, in: PORTMANN WOLFGANG/VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.), Fachhandbuch Arbeitsrecht, Zürich/Basel/Genf 2018, S. 129–172 (zit.: HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz.).
- HÄBERLI CHRISTOPH, Aktuelles zur Krankentaggeldversicherung, in: HÜRZELER MARC/VON KAENEL ADRIAN (Hrsg.), Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, Beiträge zur Tagung vom 20. Oktober 2016 in Basel, Zürich/Basel/Genf 2016, S. 95–109 (zit.: HÄBERLI, Krankentaggeldversicherung, S.).
- HÄBERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015 (zit.: HÄBERLI/HUSMANN, Rz.).
- HÄBERLI CHRISTOPH/HUSMANN DAVID, Schnittstellen im Arbeits- und Sozialversicherungsrecht, in: plädoyer 3/2009, S. 34–41 (zit.: HÄBERLI/HUSMANN, plädoyer 2009, S.).
- HEISS HELMUT, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: DUPONT ANNE-SYLVE/HEISS HELMUT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2019, Zürich/Basel/Genf 2019, S. 123–147 (zit.: HEISS, Aktualitäten 2019, S.).
- HEIZMANN RETO/LOACKER LEANDER D. (Hrsg.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, Zürich/St. Gallen 2018 (zit.: UWG Kommentar-BEARBEITERIN, Art. N).
- HELMLE CLAUDIO/METTLER PATRICK, Krankentaggeld-Versicherungsvertrag: Unklarheits- und Ungewöhnlichkeitsregel bei Nachleistungen, Besprechung KK.2015.00035, in: ius. focus 2017/3, Nr. 66 (zit.: HELMLE/METTLER, ius.focus 2017).
- HENN MATTHIAS-CHRISTOPH, Die Bauwesenversicherung, Diss. Freiburg 2017.
- HESS MARKUS/RUCKSTUHL LEA, AGB-Kontrolle nach dem neuen Art. 8 UWG – eine kritische Auslegung, in: AJP 2012, S. 1188–1212 (zit.: HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S.).

- HILTY RETO M./ARPAGAU RETO (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Basel 2013 (zit.: BSK UWG-BEARBEITERIN, Art. N).
- HOLLIGER-HAGMANN EUGÉNIE, Artikel 8 – das Kuckucksei im UWG, in: Jusletter vom 20. Februar 2012 (zit.: HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 2012, Rz.).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2001 (zit.: BSK VVG-BEARBEITERIN, Art. N).
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/SCHNYDER ANTON K./GROLIMUND PASCAL (Hrsg.), Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012 (zit.: BSK VVG Nachführungsband-BEARBEITERIN, ad Art. N).
- HUG DARIO/MÜLLER CHRISTOPH/SINGER MATTHIEU, Exclusion des pandémies dans les conditions générales d'assurance, Commentaire de l'arrêt du TF 4A_330/2021 du 5 janvier 2022 (ATF 148 III 57), in: Jusletter vom 11. April 2022 (zit.: HUG/MÜLLER/SINGER, Jusletter 2022, Rz.).
- HUNZIKER-BLUM FELIX, Gibt es kein Justizrisiko?, in: HAVE 2022, S. 152–159 (zit.: HUNZIKER-BLUM, HAVE 2022, S.).
- HÜRZELER MARC, Koordinationsfragen im BVG, in: WEBER STEPHAN/BECK PETER (Hrsg.), Aktuelle Probleme des Koordinationsrechts, Zürich 2014, S. 151–169 (zit.: HÜRZELER, Koordinationsfragen, S.).
- JUNG PETER (Hrsg.), Stämpfli's Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), 3. Aufl., Bern 2023 (zit.: SHK UWG-BEARBEITERIN, Art. N).
- JUNG PETER, Die systematische Stellung der offenen AGB-Inhaltskontrolle im UWG – Vertrags- und wettbewerbsrechtliche Probleme, in: BRUNNER ALEXANDER/SCHNYDER ANTON K./EISNER-KIEFER ANDREA (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen nach neuem Schweizer Recht, Zürich 2014, S. 129–167 (zit.: JUNG, AGB, S.).
- JUNGHANSS CORNELIA, Ausländische Staatsangehörige als Arbeitnehmer, Rechtliche Fragestellungen an der Schnittstelle des Arbeits- und Migrationsrechts, Zürich/St. Gallen 2021.
- KAUFMANN-MOHI EMESE/LOACKER LEANDER D., Konsumentenschutzrecht, Une fois consommateur, toujours consommateur? – La réglementation des contrats dit à usage mixte au niveau européen et national, in: LOACKER LEANDER D./ZELLWEGER-GUTKNECHT CORINNE (Hrsg.), Differenzierung als Legitimationsfrage, Zürich/St. Gallen 2012, S. 145–185.
- KIESER UELI, Entwicklungen im Sozialversicherungsrecht, in: WEBER STEPHAN (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2013, Zürich 2013, S. 95–131 (zit.: KIESER, Entwicklungen 2013, S.).
- KIESER UELI, Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 8.1.2001 in Sachen S. c. Visana (5C.211/2000, 5C.239/2000), Berufung, Bemerkungen, in: AJP 2001, S. 707–710 (zit.: KIESER, AJP 2001, S.).
- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung unter besonderer Berücksichtigung von Banken-AGB, in: AJP 2014, S. 19–39 (zit.: KOLLER, AJP 2014, S.).

- KOLLER THOMAS, Art. 8 UWG: Eine Auslegeordnung, in: EMMENEGGER SUSAN (Hrsg.), Das Bankkonto, Policy – Inhaltskontrolle – Erwachsenenschutz, Basel 2013, S. 17–81 (zit.: KOLLER, Bankkonto, S.).
- KOLLER THOMAS, Einmal mehr: das Bundesgericht und seine verdeckte AGB-Inhaltskontrolle, in: AJP 2008, S. 943–953 (zit.: KOLLER, AJP 2008, S.).
- KOLLER-TUMLER MARLIS, Einführung in die Grundlagen des privatrechtlichen Konsumtenschutzes, in: KRAMER ERNST A. (Hrsg.), Konsumentenschutz im Privatrecht, Schweizerisches Privatrecht, Band X, Basel 2008, S. 1–108 (zit.: KOLLER-TUMLER, Einführung, S.).
- KRAMER ERNST A., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Inhalt des Vertrages, Art. 19–22 OR, Band VI, 1. Abteilung, 2. Teilband, Unterabteilung 1a, Bern 1991 (zit.: BK OR-KRAMER, Art. N).
- KRAMER ERNST A./PROBST THOMAS/PERRIG ROMAN, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016.
- KRAMER ERNST A./SCHMIDLIN BRUNO, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Band VI, 1. Abteilung, 1. Teilband, Bern 1986 (zit.: BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. N).
- KUT AHMET/STAUBER DEMIAN, Die UWG-Revision vom 17. Juni 2011 im Überblick, Mit Berücksichtigung der Änderungen der Preisbekanntgabeverordnung, in: Jusletter vom 20. Februar 2012 (zit.: KUT/STAUBER, Jusletter 2012, Rz.).
- LANDOLT HARDY/PRIBNOW VOLKER, Privatversicherungsrecht, Zürich/St. Gallen 2022.
- LENZIN SAMUEL, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Krankentaggeldversicherung nach VVG, Bern 2020.
- MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995.
- MEIER MATTHIAS, Rechte und Pflichten während der arbeitsvertraglichen Kündigungsfrist, Diss. Zürich 2022.
- MEUWLY JEAN-BENOÎT, La durée de la couverture d'assurance privée, Diss. Freiburg 1994.
- MORENO IGNACIO/WENDELSPIESS ROLF, Der Regress im neuen VVG, in: HAVE 2021, S. 237–248 (zit.: MORENO/WENDELSPIESS, HAVE 2021, S.).
- MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018 (zit.: BK OR-MÜLLER, Art. N).
- OESCH MATTHIAS/WEBER ROLF H./ZÄCH ROGER (Hrsg.), Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht II, 2. Aufl., Zürich 2021 (zit.: OFK Wettbewerbsrecht II-BEARBEITERIN, Art. N).
- OPPLIGER DAMIEN, Le contrôle du contenu des clauses de facturation de facture papier et de frais de rappel – Application pratique de l'article 8 LCD, in: SJZ 2021, S. 638–645 (zit.: OPPLIGER, SJZ 2021, S.).
- PAPA ROBERTA, Die Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers bei Krankheit und Unfall des Arbeitnehmers und die Koordination von Lohnfortzahlungsleistungen mit Taggeld-

- leistungen, in: STÖCKLI JEAN-FRITZ (Hrsg.), ArbR 2009, Mitteilungen des Instituts für Schweizerisches Arbeitsrecht, Bern 2010, S. 69–95.
- PÄRLI KURT, Krankentaggeldversicherung als Instrument zur Sicherung des Erwerbseinkommens bei Krankheit, Vorschlag für eine umfassende Untersuchung als Grundlage adäquater Problemlösung, in: EMMENEGGER SUSAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 685–701 (zit.: PÄRLI, Untersuchung, S.).
- PÄRLI KURT/BAUMGARTNER TOBIAS/DEMIR EYLEM/JUNGHANSS CORNELIA/LICCI SARA/UEBE WESSELINA, Arbeitsrecht im internationalen Kontext, Völkerrechtliche und europarechtliche Einflüsse auf das schweizerische Arbeitsrecht, Zürich 2017.
- PÄRLI KURT/HUG JULIA, Freiwillige Taggeldversicherung nach KVG und VVG, in: STEIGER-SACKMANN SABINE/MOSIMANN HANS-JAKOB (Hrsg.), Recht der Sozialen Sicherheit, Sozialversicherungen, Opferhilfe, Sozialhilfe, Handbücher für die Anwaltspraxis, Band XI, Basel 2014, S. 531–564.
- PÄRLI KURT/HUG JULIA/PETRIK ANDREAS, Arbeit, Krankheit, Invalidität, Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Aspekte, Bern 2015.
- PEDERGNANA RONALD/ELM JAN-PHILIP, Der neue Art. 60 Abs. 1bis VVG im Lichte des intertemporalen Rechts: Ein direktes Forderungsrecht für neue und alte Versicherungsverträge?, in: HAVE 2022, S. 114–123 (zit.: PEDERGNANA/ELM, HAVE 2022, S.).
- PERRENOUD STÉPHANIE, La protection de la maternité, Etude de droit suisse, international et européen, Bern 2015.
- ROBERTO VITO/WALKER MARISA, AGB-Kontrolle nach dem revidierten Art. 8 UWG, in: recht 2014, S. 49–66 (zit.: ROBERTO/WALKER, recht 2014, S.).
- RÖLLI HANS, Die Vorarbeiten für ein Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, in: Verhandlungen des Schweizerischen Juristenvereins 1899, Erstes Heft, Basel 1899.
- RÜETSCHI DAVID, Zur Anwendung von Artikel 8 UWG auf altrechtliche Verträge, in: recht 2013, S. 101–108 (zit.: RÜETSCHI, recht 2013, S.).
- SANER KASPAR, Das Vorsorgeverhältnis in der obligatorischen und weitergehenden beruflichen Vorsorge, Grundlagen, Gemeinsamkeiten und Eigenheiten in den beiden Teilbereichen, Diss. Zürich 2012.
- SCHMID JÖRG, Die Globalübernahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Konsumentenverträgen, in: EMMENEGGER SUSAN/HRUBESCH-MILLAUER STEPHANIE/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC/WOLF STEPHAN (Hrsg.), Brücken bauen, Festschrift für Thomas Koller, Bern 2018, S. 851–866 (zit.: SCHMID, Globalübernahme, S.).
- SCHMID JÖRG/STÖCKLI HUBERT/KRAUSKOPF FRÉDÉRIC, OR BT, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021.
- SCHMID MARKUS, Die VVG-Revision aus der Sicht der Anwaltschaft, in: HAVE 2020, S. 305–307 (zit.: SCHMID, HAVE 2020, S.).
- SCHNEIDER JACQUES-ANDRÉ/TROILLET ANNE, Assurance perte de gain maladie collective selon la LCA et situations transfrontalières, in: SZS 3/2013, S. 251–275 (zit.: SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S.).
- SCHÖNENBERGER SIMON, Obligatorische Krankentaggeldversicherung, Diss. Zürich 2018.

- SPINNER MATTHIAS, Krankentaggeldversicherung bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit nach der Kündigung des Arbeitsverhältnisses, Besprechung 4A_424/2020, in: ius.focus 2021/3, Nr. 66 (zit.: SPINNER, ius.focus 2021).
- STACCHETTI MATTHIAS, Assurance perte d'exploitation: validité de l'exclusion d'une pandémie, Analyse de l'arrêt du Tribunal fédéral 4A_330/2021 du 5 janvier 2022 (destiné à la publication), in: HAVE 2022, S. 172–177 (zit.: STACCHETTI, HAVE 2022, S.).
- STÖCKLI HUBERT, Revidiertes VVG: aufgefrischte Systematik und punktuelle Neuerungen, in: HAVE 2020, S. 300–305 (zit.: STÖCKLI, HAVE 2020, S.).
- STÖCKLI HUBERT, VVG-Entwurf 2017: lieber keine Revision als diese, in: HAVE 2017, S. 431–435 (zit.: STÖCKLI, HAVE 2017, S.).
- STÖCKLI HUBERT, «Mehr oder weniger Staat» im AGB-Recht?, in: BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD (Hrsg.), Mehr oder weniger Staat?, Festschrift für Peter Hänni zum 65. Geburtstag, Bern 2015, S. 409–419.
- STÖCKLI HUBERT, Der neue UWG 8 – Aufbruch oder perte d'une chance?, in: WEBER STEPHAN (Hrsg.), HAVE Personen-Schaden-Forum 2012, Zürich 2012, S. 199–205 (zit.: STÖCKLI, Aufbruch, S.).
- STÖCKLI HUBERT, Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates, in: SJZ 2012, S. 505–513 (zit.: STÖCKLI, SJZ 2012, S.).
- STÖCKLI HUBERT, Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle, in: BR 2011, S. 184–188 (zit.: STÖCKLI, BR 2011, S.).
- STÖCKLI HUBERT/AESCHIMANN LISA, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, in: ZBGR 95/2014, S. 73–94 (zit.: STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S.).
- STÖCKLI HUBERT/BIERI ROGER, Prolongationsklauseln in AGB – ein erstes Urteil zum revidierten Art. 8 UWG, BGE 140 III 404, Urteil des Bundesgerichts 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014, in: HAVE 2014, S. 398–405 (zit.: STÖCKLI/BIERI, HAVE 2014, S.).
- STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319–362 OR, 7. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2012 (zit.: STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. N).
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. Aufl., Zürich 2016 (zit.: Kommentar ZPO-BEARBEITERIN, Art. N).
- VISCHER MARKUS, Zur generell-abstrakten AGB-Kontrolle nach UWG, in: AJP 2014, S. 964–976 (zit.: VISCHER, AJP 2014, S.).
- WAGNER PATRICK/GIRÓN SOLUNA, Das Verfahren bei Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach VVG – ein Update, in: Anwaltsrevue 2021, S. 311–320 (zit.: WAGNER/GIRÓN, Anwaltsrevue 2021, S.).
- WALKER NADIA, Kontrolle von Konsumenten-AGB unter besonderer Berücksichtigung der Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG, Diss. St. Gallen 2015.
- WENGER MARIA, Krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit und Lohnfortzahlung, Schutz vor Lohnausfällen nach Privatrecht, Bundespersonalrecht, Personalrecht Basel-Landschaft und Basel-Stadt, Zürich/Basel/Genf 2018.

- WIDMER ESTHER, Missbräuchliche Geschäftsbedingungen nach Art. 8 UWG, unter besonderer Berücksichtigung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Banken, Diss. Bern 2014.
- WYSSBROD SUSANN/HÄNSLI IRÈNE, Das Freizügigkeitsabkommen unter den Kollektivkrankentaggeldversicherern, in: HAVE 2022, S. 216–217 (zit.: WYSSBROD/HÄNSLI, HAVE 2022, S.).
- ZÄCH ROGER, Privatrechtliches Gesetz – soziale Ordnungsmacht, in: SJZ 1978, S. 181–191 (zit.: ZÄCH, SJZ 1978, S.).
- ZIHLMANN JÜRG, Die Versicherung von Vorsorgeeinrichtungen nach dem Entwurf zum Versicherungsvertragsgesetz vom 28. Juni 2017, in: HAVE 2017, S. 468–470 (zit.: ZIHLMANN, HAVE 2017, S.).
- ZIMMERMANN KATHARINA ANNA, Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, Begriff und Verfahren nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), unter besonderer Berücksichtigung der Einzel- und der Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach VVG, Zürich/St. Gallen 2022.

Materialienverzeichnis

Berichte und Botschaften

Bericht des Bundesrates «Koordination zwischen Taggeldversicherungen und Leistungen der ersten und zweiten Säule» vom 28. Juni 2017 in Erfüllung des Postulates Nr. 12.3087 von Nationalrat Nordmann vom 7. März 2012 (zit.: Bundesratsbericht Koordination Taggeldversicherungen, S.).

Erläuternder Bericht des Eidgenössischen Finanzdepartementes EFD zur Vernehmlassungsvorlage betreffend die Revision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 6. Juli 2016 (zit.: Erläuternder Bericht VVG Teilrevision, S.).

Schlussbericht des Büros für arbeits- und sozialpolitische Studien BASS AG betreffend «Regulierungsfolgenabschätzung zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes» vom 14. Oktober 2010 im Auftrag des Staatssekretariates für internationale Finanzfragen SIF und des Staatssekretariates für Wirtschaft SECO (zit.: Bericht Regulierungsfolgenabschätzung VVG Totalrevision, S.).

Bericht des Bundesrates «Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit» vom 30. September 2009 in Erfüllung des Postulates Nr. 04.3000 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 16. Januar 2004 (zit.: Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S.).

Erläuternder Bericht der Expertenkommission zum Vorentwurf betreffend die Gesamtrevision des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 31. Juli 2006 (zit.: Erläuternder Bericht VVG Totalrevision, S.).

Bericht des Bundesrates «Doppelspurigkeiten und Militärversicherung» (ohne Datum) in Erfüllung des Postulats Nr. 04.3205 der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit des Nationalrates vom 30. April 2004 (zit.: Bundesratsbericht Doppelspurigkeiten und Militärversicherung, S.).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff. (zit.: Botschaft VVG Teilrevision 2017, S.).

Botschaft des Bundesrates zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes vom 7. September 2011, BBl 2011 7705 ff. (zit.: Botschaft VVG Totalrevision 2011, S.).

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 2. September 2009, BBl 2009 6151 ff. (zit.: Botschaft UWG Teilrevision 2009, S.).

Botschaft des Bundesrates über die Revision der Krankenversicherung vom 6. November 1991, BBl 1992 I 93 ff. (zit.: Botschaft KVG, S.).

Botschaft des Bundesrates zu einem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 18. Mai 1983, BBl 1983 II 1009 ff. (zit.: Botschaft UWG, S.).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu dem Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. Februar 1904, BBl 1904 I 241 ff. (zit.: Botschaft VVG, S.).

Parlamentarische Initiativen und Vorstösse

Interpellation Nr. 20.3341 vom 6. Mai 2020 «Krankentaggeldversicherung» von Nationalrätin Prelicz-Huber.

Interpellation Nr. 18.3126 vom 8. März 2018 «Obligatorische Erwerbsausfallsversicherung bei Krankheit. Instrument zur Verbesserung des sozialen Schutzes» von Nationalrätin Carobbio Guscelli.

Parlamentarische Initiative Nr. 14.440 vom 23. September 2014 «Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen» von Nationalrat Beat Flach.

Einleitung

Der vergleichsweise häufige kurzfristige Lohnausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist in der Schweiz grundsätzlich nicht obligatorisch (sozial) versichert – anders als bei den wesentlich selteneren komplementären Risiken «Unfall» sowie «Berufskrankheiten» nach UVG. Aufgrund der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungspflicht bei krankheitsbedingter Verhinderung an der Arbeitsleistung ist aber ein erheblicher Teil der Angestellten über die Arbeitgeberinnen freiwillig kollektiv gegen dieses Risiko taggeldversichert. Daneben besteht eine kleinere Anzahl an Personen, die sich selber freiwillig einzeln oder kollektiv entsprechend versichert haben.

Die überwältigende Mehrheit dieser freiwilligen Versicherungen sind Privatversicherungen. Diese unterstehen dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) und nicht den Bundesgesetzen über die Sozialversicherungen. Die Sozialversicherungslösung nach KVG fristet dagegen seit Längerem ein Nischendasein.

Folge dieser freiwilligen und privatversicherungsrechtlichen Natur der meisten Krankentaggeldversicherungen ist ihre geringe gesetzliche Normierung. Das VVG betrifft alle privaten Versicherungsverträge und beschlägt diese konkrete Versicherung nur in wenigen Bestimmungen. Der konkrete Versicherungsinhalt richtet sich damit über weite Strecken nach den einschlägigen Versicherungsbedingungen als Teil des abgeschlossenen Versicherungsvertrages.

Entsprechend hoch ist die Bedeutung dieser Versicherungsbedingungen. Sie stehen dabei in einem Spannungsfeld: Einerseits gilt im Privatrecht grundsätzlich Vertragsfreiheit und sind zahlreiche Bestimmungen des VVG dispositiver Natur. Andererseits sind Risiken wie Erwerbsausfall bei Krankheit sozial sensibel und mit einem hohen Absicherungsbedarf der Versicherten verbunden. Bei wenig gesetzlichen Leitplanken und grossem Machtgefälle zwischen den Parteien geben die Versicherungsunternehmen die Ausgestaltung dieser Abdeckung über ihre Versicherungsbedingungen aber faktisch einseitig vor. Beim praktisch bedeutenden und sensiblen Risiko Erwerbsausfall bei Krankheit besteht somit eine klassische Situation einseitiger Gestaltungsmacht durch Verwendung allgemeiner Geschäfts- bzw. Versicherungsbedingungen – mit allen damit einhergehenden Gefahren. Sol-

che Gefahren führten zur sog. «AGB-Kontrolle», wie sie Lehre und Rechtsprechung entwickelt haben.

- 5 Die vorliegende Arbeit widmet sich dem genannten Spannungsfeld daher aus dem Blickwinkel eines Teilbereichs der allgemeinen «AGB-Kontrolle», nämlich der «Inhaltskontrolle» von AGB. Ziel ist die Untersuchung der Frage, welche Grenzen die AGB-Inhaltskontrolle der Gestaltungsfreiheit in Versicherungsbedingungen setzt. Dazu greift die Arbeit aus den vielfältigen Regelungsthemen in der Krankentaggeldversicherung ein Thema exemplarisch heraus: die Frage der Nachleistung nach Ende der Deckung. Diesbezügliche AVB-Klauseln waren immer wieder Gegenstand von Entscheiden aus der Optik der Inhaltskontrolle und gaben schliesslich Anlass zu einer neuen Gesetzesbestimmung im revidierten VVG.
- 6 Der Grundlagenteil dieser Arbeit beginnt zunächst mit einer Darstellung von Wesen der Krankentaggeldversicherung und den Grundzügen ihrer Bezüge zur arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung. Danach erörtert sie die Grundlagen der vertraglichen Ausgestaltung der Krankentaggeldversicherung durch Police und Versicherungsbedingungen. Die Frage nach den Schranken der vertraglichen Gestaltungsfreiheit leitet über zur Beleuchtung des Instrumentariums der AGB-Kontrolle. Dabei liegt der Schwerpunkt auf der Möglichkeit zur materiellen Prüfung des Inhalts einer AGB-Klausel, der erwähnten Inhaltskontrolle. In diesem Zusammenhang steht mit der rechtsprechungsgemässen Ungewöhnlichkeitsregel zum einen ein langjähriges und weitgehend gefestigtes Werkzeug zur Verfügung. Zum anderen besteht mit Art. 8 UWG eine gesetzliche Kontrollmöglichkeit. Diese leidet allerdings in vielen Punkten an inhaltlicher Unbestimmtheit, offenen Fragen und mannigfaltigen unterschiedlichen vertretenen Antworten auf diese Fragen. Für die spätere Anwendung der Norm in dieser Arbeit ist es daher unerlässlich, ausführlich auf die relevanten Fragen und möglichen Antworten einzugehen. Unter dem Gesichtspunkt der praktischen Anwendung von Art. 8 UWG kommt dabei der Rechtsprechung besonderes Gewicht zu. Diese findet, soweit elektronisch frei zugänglich, umfassend Niederschlag in diesem Teil. Zuletzt erfolgt ein Hinweis auf das Aufsichtsrecht als mögliche weitere Grundlage einer Inhaltskontrolle.
- 7 Der zweite Teil widmet sich der Anwendung der Grundlagen auf die exemplarische Thematik der Nachleistung. Dafür erfolgen einleitend eine allgemeine Erörterung der Thematik sowie eine Darstellung der (weitgehend dispositiven) Rechtslage ohne besondere vertragliche Regelung. Im Anschluss zeigt eine Analyse ausgewählter AVB exemplarisch auf, wie die vertragliche Regelung in der Praxis aussieht und in welchen Konstellationen ein Ausschluss der Nachleistung vorgesehen ist. Die folgende Prüfung solcher Beschränkungen aus der Optik der Inhaltskon-

trolle beruht auf den Grundlagen des ersten Teils. Bei den neurechtlichen Verträgen kommt zusätzlich die neue Bestimmung von Art. 35c VVG zum Tragen. Das Fazit des Autors zu den Grenzen der AVB-Gestaltungsfreiheit im Bereich der Nachleistung ist schliesslich Ausgangspunkt für die Analyse der entsprechenden Rechtsprechung. Diese ist, soweit elektronisch frei zugänglich, umfassend aufgearbeitet. Die Darstellung der Entscheide erfolgt zusammengefasst und thematisch gruppiert. Die Arbeit endet mit einem Fazit zur Frage, welche Grenzen die AGB-Inhaltskontrolle der Gestaltungsfreiheit in Versicherungsbedingungen setzt.

1. Teil:
Grundlagen

1. Kapitel: Gesetzliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit

«Einzig die wohl häufigste in der Person des Arbeitnehmers liegende Verhinderung, nämlich Krankheit, kennt keine obligatorische oder zumindest gesetzlich in ihren wesentlichen Grundzügen bestimmte Versicherungsregelung, sondern nur die etwas antiquierte, dienstjahresabhängige Lohnfortzahlungspflicht des Arbeitgebers.»¹

§ 1. Ein kaum obligatorisch sozialversichertes Risiko ...

Krankheit kann jede² treffen. Sie kann Behandlungsbedarf etc. auslösen, aber auch zur Verhinderung an der Arbeitsleistung und dadurch zu einem Einkommensverlust führen. Als Gesundheitseinbusse ähnelt sie in dieser Hinsicht dem Risiko Unfall. Diese zwei Risiken sind sowohl nach landläufigem wie auch nach juristischem Verständnis komplementär definiert: Gesundheitseinbussen, welche nicht Folge eines Unfalles sind, gelten als Krankheitsfolgen. Dieses Verständnis liegt auch dem Sozialversicherungsrecht zugrunde: Unfall ist die plötzliche, nicht beabsichtigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat (Art. 4 ATSG). Krankheit ist dagegen jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. 3 Abs. 1 ATSG). 8

Trotz dieses gemeinsamen Kerns unterscheiden sich Krankheit und Unfall deutlich in der sozialversicherungsrechtlichen Absicherung. Krankheit ist der wohl häufigste Grund für eine Verhinderung an der Arbeitsleistung.³ Unfallbedingte 9

¹ HÄBERLI, Krankentaggeldversicherung, S. 96.

² Aus Gründen der Leserlichkeit wird in dieser Arbeit in der Regel die weibliche Form verwendet. Andere Geschlechter sind damit regelmässig mitgemeint.

³ HÄBERLI, Krankentaggeldversicherung, S. 96 m. w. H.

Arbeitsausfälle sind wesentlich seltener.⁴ Anders als bei Unfall ist der kurzfristige Einkommensausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit, von ganz wenigen Ausnahmen abgesehen, nicht obligatorisch (sozial)versichert.⁵ Diese Ausnahmen sind die obligatorische Militärversicherung nach MVG sowie die Berufskrankheiten nach UVG. Erstere haftet grundsätzlich für alle Schädigungen der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit der Versicherten und für die unmittelbaren wirtschaftlichen Folgen solcher Schädigungen (Art. 4 MVG). Entsprechend erbringt die Militärversicherung auch Taggelder bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (Art. 28 MVG).⁶ Die Berufskrankheiten sind gemäss Art. 9 Abs. 3 UVG grundsätzlich den Berufsunfällen gleichgestellt, weshalb sie ebenfalls obligatorisch nach UVG versichert sind (vgl. auch Art. 6 Abs. 1 UVG). Angesichts des sehr kleinen Versichertenkreises der Militärversicherung sowie der überschaubaren Anzahl Berufskrankheiten am gesamten Krankheitsaufkommen darf aber nach Auffassung des Autors mit gutem Gewissen trotzdem von einer fehlenden obligatorischen Versicherung gesprochen werden. Entsprechend werden diese zwei Konstellationen im Folgenden ausgeklammert.

§ 2. ... und ein mehr oder weniger durch privat- und öffentlich-rechtliche Lohnfortzahlung abgesichertes Risiko

- 10 Wegen fehlender obligatorischer Versicherung besteht somit sozialversicherungsrechtlich keine gesetzlich vorgeschriebene Absicherung im Falle von kurzfristigen Erwerbseinbussen infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit. Einzig für angestellte Personen in einem Arbeitsverhältnis besteht ein gewisser Schutz durch die im Falle krankheitsbedingter Arbeitsverhinderung entstehenden Ansprüche. Dabei handelt es sich aber nicht um Versicherungsansprüche, sondern um arbeitsvertragliche Lohnfortzahlungspflichten der Arbeitgeberin. Der hierdurch geschaffene Schutz variiert je nach Rechtsnatur dieser Beziehung allerdings erheblich:

⁴ SCHÖNENBERGER, Rz. 71 m. w. H.; PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 397 m. w. H.; vgl. auch die Leistungsstatistik zu UVG- und Krankentaggeldern im Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 27. Die UVG-Taggeldleistungen sind trotz regelmässig früherem Leistungsbeginn deutlich tiefer.

⁵ Vgl. Art. 1a Abs. 1 KVG und Art. 1a sowie 16 f. UVG; Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 5. Letzterer ist insofern nicht ganz präzise, als darin die Ausnahmen nicht erwähnt sind.

⁶ Vgl. auch den Bundesratsbericht Doppelspurigkeiten und Militärversicherung, S. 8.

I. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse ist die Lohnfortzahlung «bei Verhinderung des Arbeitnehmers» durch das Bundesrecht in den Bestimmungen zum Arbeitsvertrag gemäss Art. 319 ff. OR geregelt. Die massgebende Bestimmung lautet wie folgt:

III. Lohn bei Verhinderung an der Arbeitsleistung; [...] 2. bei Verhinderung des Arbeitnehmers; a. Grundsatz; Art. 324a

¹ Wird der Arbeitnehmer aus Gründen, die in seiner Person liegen, wie Krankheit, Unfall, Erfüllung gesetzlicher Pflichten oder Ausübung eines öffentlichen Amtes, ohne sein Verschulden an der Arbeitsleistung verhindert, so hat ihm der Arbeitgeber für eine beschränkte Zeit den darauf entfallenden Lohn zu entrichten, samt einer angemessenen Vergütung für ausfallenden Naturallohn, sofern das Arbeitsverhältnis mehr als drei Monate gedauert hat oder für mehr als drei Monate eingegangen ist.

² Sind durch Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag nicht längere Zeitabschnitte bestimmt, so hat der Arbeitgeber im ersten Dienstjahr den Lohn für drei Wochen und nachher für eine angemessene längere Zeit zu entrichten, je nach der Dauer des Arbeitsverhältnisses und den besonderen Umständen.

³ Bei Schwangerschaft der Arbeitnehmerin hat der Arbeitgeber den Lohn im gleichen Umfang zu entrichten.

⁴ Durch schriftliche Abrede, Normalarbeitsvertrag oder Gesamtarbeitsvertrag kann eine von den vorstehenden Bestimmungen abweichende Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleichwertig ist.

Die darauffolgende Bestimmung (Art. 324b OR) regelt die Situation bei Vorliegen einer obligatorischen Versicherung. Bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ergibt sich diese Konstellation, wie oben erwähnt, nur ausnahmsweise bei MVG-versicherten Personen sowie UVG-Berufskrankheiten (oben Rz. 9). Sie wird deshalb hier nicht weiter behandelt.

Die arbeitsvertragliche Absicherung ist, insbesondere auch im Vergleich mit den Leistungen bei Unfall,⁷ aus mehreren Gründen schwach. Zunächst ist sie be-

⁷ Vgl. Art. 16 Abs. 2 UVG, wonach der Anspruch auf Taggeld am dritten Tag nach dem Unfalltag entsteht und (erst) mit der Wiedererlangung der vollen Arbeitsfähigkeit, mit dem Beginn einer Rente oder mit dem Tod des Versicherten erlischt. Der Rentenanspruch entsteht gemäss Art. 19 UVG, wenn von der Fortsetzung der ärztlichen Behandlung keine namhafte Besserung des Gesundheitszustandes des Versicherten mehr erwartet werden kann und allfällige Eingliederungsmassnahmen der Invalidenversicherung abgeschlossen sind. Aus der anwaltlichen Erfahrung des Autors sind daher Taggeldleistungen über mehrere Jahre keine Seltenheit.

schränkt auf Arbeitsverhältnisse, welche mehr als drei Monate gedauert haben oder für mehr als drei Monate eingegangen wurden (Art. 324a Abs. 1 OR a. E.). Bis zu drei Monate befristet angestellte Personen haben somit gar keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung.⁸ Unbefristet angestellte Personen mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten oder weniger⁹ haben vor dem ersten Tag des vierten Monats des Arbeitsverhältnisses ebenfalls keinen Anspruch auf Lohnfortzahlung.¹⁰ Damit kommen nur seit oder für mehr als drei Monate(n) angestellte Personen in den vollen Genuss der Absicherung aus Art. 324a OR (dies dafür unabhängig von einer allfälligen Befristung des Arbeitsvertrages).¹¹ Dasselbe gilt für Personen mit Kündigungsfristen über drei Monate.¹²

- 14 Weiter ist die Lohnfortzahlung nicht nur personell, sondern auch zeitlich teilweise sehr eingeschränkt. Art. 324a OR spricht in Abs. 1 betreffend die Dauer der Lohnfortzahlung von einer «beschränkten Zeit». Präzisiert wird dies in Abs. 2, wonach der Lohn mangels anderer Abrede im ersten Dienstjahr während drei Wochen und danach «für eine angemessene längere Zeit» zu entrichten ist. In Bezug auf diese «längere Zeit» haben die Gerichte regional unterschiedliche Werte entwickelt, die sog. Basler, Berner und Zürcher Skala.¹³ Die Skalen beginnen mit drei Wochen im ersten sowie vier bis acht Wochen im zweiten Dienstjahr und verlängern die Dauer der Lohnfortzahlung fortlaufend nach zusätzlichen Dienstjahren. Diese Dauer erreicht in der Basler Skala ihr Maximum von sechs Monaten ab dem 21. Dienstjahr, in der Berner bzw. Zürcher Skala verlängert sich der Anspruch dagegen auch über diese Dauer hinaus alle fünf Dienstjahre um einen zusätzlichen Monat (Berner Skala) bzw. mit jedem weiteren Dienstjahr um eine zusätzliche Woche (Zürcher

⁸ BGE 126 III 75 E. 2d und BGE 131 III 623 E. 2.4.1.

⁹ Dies dürfte auf die grosse Mehrheit aller Angestellten zutreffen; vgl. weiter Art. 335c OR.

¹⁰ So die Auslegung des Bundesgerichts in BGE 131 III 623 Regeste, im Detail E. 2.4.4; das Bundesgericht spricht von einer Karenzfrist von drei Monaten. Kritisch zu dieser Rechtsprechung HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 392 m. H. auf BRUNNER/BÜHLER/WAEBER/BRUCHEZ, Art. 324a N 12; ebenso WENGER, Rz. 30 m. w. H. Im UVG besteht demgegenüber wie erwähnt eine Karenzfrist von zwei Tagen (oben Fn. 7).

¹¹ BGE 131 III 623 E. 2.3 und 2.4.2.

¹² BGE 131 III 623 E. 2.4.3.

¹³ Ausführlich hierzu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 7; vgl. auch die Übersicht auf der Website der Zürcher Gerichte, <<https://www.gerichte-zh.ch/themen/arbeit/waehrend-arbeitsverhaeltnis/arbeitsverhinderung/krankheit-und-unfall.html>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

Skala).¹⁴ Mit Ausnahme von sehr langjährigen Arbeitsverhältnissen besteht somit in aller Regel nur ein relativ kurz befristeter Anspruch auf Lohnfortzahlung. Zudem sind auch die maximalen Lohnfortzahlungsdauern mit einem halben bis maximal rund einem Jahr tief.¹⁵ Immerhin kann die gesetzliche Minimalleistung bis zu einer Dauer von 180 Tagen nach Ablauf der Probezeit nicht durch eine Kündigung der Arbeitgeberin unterlaufen werden.¹⁶

II. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse unterstehen dem jeweils anwendbaren öffentlichen Personalrecht auf Bundes-, Kantons- und Kommunalebene.¹⁷ Entsprechend vielfältig fallen die hier für Arbeitsverhinderung durch Krankheit getroffenen Lösungen aus. Eine vollständige Übersicht nur schon über das Personalrecht des Bundes und aller Kantone würde den Rahmen dieses Grundlagenteils sprengen, weshalb hier exemplarisch nur zwei unterschiedliche Regelungen dargestellt werden:

A. Bund

Für das Bundespersonal¹⁸ ist die Lohnfortzahlung nicht auf Gesetzesstufe, sondern über die Delegationsnorm von Art. 29 BPG in der Verordnungsbestimmung von Art. 56 BPV geregelt:

¹⁴ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 7; bei selten erreichten 45 Dienstjahren besteht somit sowohl nach Berner als auch nach Zürcher Skala ein faktischer Maximalanspruch von rund einem Jahr (11 Monate bzw. 51 Wochen).

¹⁵ Taggelder nach UVG werden, wie erwähnt, ohne absolute zeitliche Limite und durchaus über mehrere Jahre geleistet (oben Fn. 7). Weiter setzen auch Leistungen der Invalidenversicherung frühestens nach einem Jahr ein (sog. «Wartejahr», vgl. Art. 28 Abs. 1 IVG).

¹⁶ Die Lohnfortzahlung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auf die Dauer des Arbeitsverhältnisses beschränkt (BGE 113 II 259 E. 3); zum zeitlichen Kündigungsschutz vgl. Art. 336c Abs. 1 lit. b OR.

¹⁷ HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.1.

¹⁸ Vgl. für den personellen Adressatenkreis Art. 2 f. BPG.

4. Abschnitt: Sozialleistungen; Art. 56 Lohnanspruch bei Krankheit und Unfall

(Art. 29 BPG)

¹ Bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit oder Unfall bezahlt der Arbeitgeber den vollen Lohn nach den Artikeln 15 und 16 BPG während zwölf Monaten.

² Nach Ablauf dieser Frist bezahlt der Arbeitgeber während zwölf Monaten 90 Prozent des Lohnes.

[...]

- 17 Die bundespersonalrechtliche Absicherung im Krankheitsfall ist mit Blick auf die vorstehend dargestellten Leistungen gemäss OR (oben Rz. 11 ff.) deutlich besser als im privaten Arbeitsrecht. Die Lohnfortzahlung wird hier von Anfang an unabhängig von Dienstjahren etc. doppelt so lange wie das Maximum gemäss Basler Skala erbracht.¹⁹ Daran anschliessend folgt ein weiteres Jahr Lohnfortzahlung zu 90 %.²⁰ Aufgrund eines ausgebauten Kündigungsschutzes bei Arbeitsverhinderung wegen Krankheit kann die Lohnfortzahlung grundsätzlich nur bei befristeten Arbeitsverhältnissen kürzer ausfallen.²¹

B. Kanton Zürich

- 18 Im Kanton Zürich wird die Lohnfortzahlung ebenfalls nicht auf Gesetzesstufe, sondern über die Delegationsnorm von § 43 lit. c PG-ZH in der Verordnungsbestimmung von § 99 VVO-ZH geregelt:

D. Krankheit und Unfall; 1. Allgemeine Bestimmungen; § 99. Lohnfortzahlung

¹ Dienstaussetzungen wegen Krankheit und Unfalls im Sinne des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung werden hinsichtlich der Lohnzahlung gleich behandelt.

² Bei ganzer oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird der Lohn wie folgt ausgerichtet:

im ersten Dienstjahr 100 % 3 Monate, anschliessend 75 % 3 Monate

im zweiten Dienstjahr 100 % 6 Monate, anschliessend 75 % 6 Monate

³ Vom dritten Dienstjahr an besteht Anspruch auf vollen Lohn während längstens zwölf Monaten.

¹⁹ Eine Ausnahme besteht bei gewissen Konstellationen von Wieder- oder Neuerkrankung, vgl. hierzu Art. 56a Abs. 3 BPV und die nach Dienstjahren abgestufte Leistung.

²⁰ Damit werden auch die Leistungen der meisten Krankentaggeldversicherungen übertroffen, vgl. unten Rz. 25.

²¹ Zum Kündigungsschutz Art. 31a BPV, zu befristeten Arbeitsverhältnissen Art. 56a Abs. 6 BPV.

⁴ Besteht nach Ablauf der ordentlichen Lohnfortzahlung begründete Aussicht, dass die oder der Angestellte in absehbarer Zeit wieder arbeitsfähig wird, oder ist die Wiederaufnahme der Arbeit oder die Auflösung des Arbeitsverhältnisses wegen Invalidität noch ungewiss, bewilligt die Direktion oder das zuständige oberste kantonale Gericht in der Regel die Weiterausrichtung von höchstens 75 % des Lohnes bis zu einer gesamten Lohnfortzahlungsdauer von längstens zwei Jahren.

⁵ Beim Entscheid ist den Umständen des einzelnen Falles, wie Versicherungsleistungen und Anzahl der Dienstjahre, angemessen Rechnung zu tragen. Taggelder der obligatorischen Unfallversicherung werden angerechnet.

Anders als das Bundespersonalrecht stuft das öffentliche Personalrecht des Kantons Zürich die Dauer der Lohnfortzahlung – wie im Privatrecht – nach Dienstjahren ab. Ebenso ist den Dienstjahren beim Entscheid über die ausserordentliche Lohnfortzahlung gemäss § 99 Abs. 4 VVO-ZH explizit Rechnung zu tragen. 19

Trotz weniger weitgehender Leistungen als nach Bundespersonalrecht ist die Absicherung nach VVO-ZH immer noch erheblich besser als in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Auch hier besteht namentlich von Beginn weg ein Anspruch mit Dauer des Maximums nach Basler Skala. Ebenso ist die gesetzlich vorgesehene Lohnfortzahlungsdauer mit einem entsprechenden Kündigungsschutz abgesichert (§ 16 lit. c und § 19 Abs. 2 VVO-ZH). 20

III. Fazit

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen von Gesetzes wegen bei Arbeitsverhinderung infolge Krankheit nur eine schwache Absicherung gegen die finanziellen Folgen in Form von Einkommensausfall besteht. In öffentlich-rechtlichen Arbeitsverhältnissen ist der Schutz dagegen regelmässig stärker ausgebaut. Je nach Arbeitgeberin bestehen allerdings auch im öffentlich-rechtlichen Bereich deutliche Leistungsunterschiede. 21

2. Kapitel: Vertragliche Absicherung bei kurzfristigem Erwerbsausfall infolge Krankheit

§ 3. Privatrechtliche Arbeitsverhältnisse

Aus der Arbeitgeberinnenperspektive ist das finanzielle Risiko durch krankheits- 22
bedingte Arbeitsverhinderung in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen deutlich
tiefer als im öffentlich-rechtlichen Bereich.²² Dennoch kann je nach Arbeitgeberin
auch eine oder mehrere Lohnfortzahlungen über eine beschränkte Zeit nach OR
eine erhebliche Belastung der Geschäftsrechnung darstellen.²³

Es besteht somit sowohl aus Arbeitgeberinnen- wie auch aus Arbeitnehmerinnen- 23
sicht ein Interesse an einer freiwilligen Lösung, welche die jeweiligen Risiken
absichert.²⁴ Diese muss zum einen die Arbeitgeberin (teilweise) von ihrer Lohn-
fortzahlungspflicht befreien und der Arbeitnehmerin zum anderen eine über diese
Minimalansprüche hinausgehende Sicherung bieten.

Für das private Arbeitsrecht ist die Möglichkeit einer solchen Lösung bereits im 24
Gesetz vorgezeichnet. So kann gemäss Art. 324a Abs. 4 OR eine «abweichende
Regelung getroffen werden, wenn sie für den Arbeitnehmer mindestens gleich-

²² Entsprechend den deutlich tieferen Leistungspflichten aus privatrechtlicher Lohnfort-
zahlung im Vergleich mit ihrem öffentlich-rechtlichen Pendant, vgl. oben Rz. 11 ff.

²³ So wirbt die Allianz z.B. mit folgenden Worten für ihre Krankentaggeldversiche-
rung: «Als Arbeitgeber sind Sie gesetzlich verpflichtet, den Lohn weiterzuzahlen,
wenn Ihre Angestellten krank werden (OR 324a). Ohne die richtige Versicherung
kann das zu einer finanziellen Belastung werden. Mit unserer Krankentaggeldversi-
cherung für Arbeitgeber sind Sie auf der sicheren Seite.», <[https://www.allianz.ch/de/
geschaeftskunden/angebote/gesundheitsvorsorge/krankentaggeldversicherung.html](https://www.allianz.ch/de/geschaeftskunden/angebote/gesundheitsvorsorge/krankentaggeldversicherung.html)>,
zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

²⁴ Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei
Krankheit, S. 5; Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2006 vom 25. Mai
2007 E. 2.3, wonach es sich bei der kollektiven Krankentaggeldversicherung um
eine Versicherung handle, mit der sich ein Arbeitgeber gegen die Folgen der gesetz-
lichen Lohnfortzahlungspflicht versichere; CADERAS, S. 7; PAPA, S. 70 und S. 80;
ZIMMERMANN, Rz. 149 f.; BRULHART, assurance collective, S. 100.

wertig ist».²⁵ Diese Bestimmung ist die «Schnittstelle»²⁶ zwischen Arbeitsvertrag und Krankentaggeldversicherung: Letztere ist die in der Praxis soweit ersichtlich einzige auf den Plan tretende ablösende Regelung vom gesetzlichen Grundregime.²⁷

- 25 Die Frage, wann eine solche Versicherung «gleichwertig» ist, ist in den Einzelheiten schwierig zu beantworten und bis heute nicht vollends geklärt.²⁸ Einigkeit besteht immerhin in den groben Zügen: So ist nach einhelliger Auffassung und bundesgerichtlicher Praxis eine Versicherungslösung grundsätzlich gleichwertig, wenn die Taggeldversicherung
- je hälftig von Arbeitgeberin und Arbeitnehmerin finanziert wird und
 - während 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen 80 % des Lohnes ausrichtet.²⁹

²⁵ Die abweichende Regelung i. S. dieser Bestimmung als Ersatz der gesetzlichen Grundordnung ist abzugrenzen von blossen Ergänzungen oder Erweiterungen derselben, vgl. für einige Beispiele dafür HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.40 ff. Weil hier die Lohnfortzahlung abgelöst werden soll, muss die alternative Regelung «gleichwertig» sein.

²⁶ HÄBERLI, Krankentaggeldversicherung, S. 95.

²⁷ HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.47 auch mit Hinweis auf die Entstehungsgeschichte dieser Bestimmung. Mit «Krankentaggeldversicherung» ist hier eine Versicherungslösung gemeint, welche – wie die Unfallversicherung nach UVG – für individuelle Arbeitsunfähigkeiten Taggeldleistungen erbringt. Diese ist abzugrenzen von rückversicherungsartigen Systemen in Form von sog. «Stop loss»-Versicherungen (im Versicherungsbereich bspw. aus der beruflichen Vorsorge bekannt, BSK VVG-KÜNG, Art. 76 N 14 ff.; zu «Stop loss»-Versicherungen im Zusammenhang mit der Lohnfortzahlung HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 3 und 824). Solche Schadenexzedentenrückversicherungen vergüten der Arbeitgeberin intern den vereinbarten Teil der Lohnfortzahlungskosten. Sie sichern nur deren Risiko ab und bewirken keine Änderung der Lohnfortzahlung. Insbesondere bewirken sie keine über diese hinausgehenden Leistungen an die Arbeitnehmerinnen.

²⁸ SCHÖNENBERGER, Rz. 105 m. H. auf PAPA, S. 82 ff.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 24 m. w. H.; vgl. auch HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.48 ff. sowie HÄBERLI, Krankentaggeldversicherung, S. 97 m. w. H. Die Erörterung der sich in diesem Zusammenhang stellenden Einzelfragen, z. B. zu (un)zulässigen Karenztagen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen, sodass diese Thematik nicht weiter behandelt wird.

²⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2018 vom 28. November 2018 E. 3.1 m. w. H.; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 24 m. w. H.; HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.54 m. w. H.; PÄRLI, Untersuchung, S. 687 m. w. H.; CONTI MOREL, HAVE 2021, S. 159 m. w. H. Dieses Modell orientiert sich insbesondere mit der Rahmenfrist für den Leistungsbezug noch an der Krankentaggeldversicherung nach KVG (Art. 72 Abs. 3 KVG). Diese gehört – wie sogleich noch näher beleuchtet wird – schon fast der Rechtsgeschichte an. Die aktuellen Standard-Krankentaggeldlösungen nach VVG mit

Die gültig vereinbarte und mindestens gleichwertige Regelung befreit die Arbeitgeberin umfassend von ihrer Lohnfortzahlungspflicht.³⁰ Zugleich bewirkt sie mit der deutlich verlängerten Leistungsdauer im Ergebnis auch eine Besserstellung der Arbeitnehmerin in Fällen längerer Absenzen.³¹ Entsprechend der soeben dargestellten Interessenlage (oben Rz. 22 f.) erwarten somit Arbeitgeberin wie auch Arbeitnehmerin eine mindestens gleichwertige Absicherung durch eine Krankentaggeldversicherung.

Fehlt es dagegen an der Gleichwertigkeit der Versicherungslösung, bleibt die vermeintlich abgegoltene arbeitsrechtliche Lohnfortzahlungspflicht der Arbeitgeberin in vollem Umfang bestehen.³² Bei fraglicher Gleichwertigkeit und hoher Anzahl Dienstjahre trägt die Arbeitgeberin somit ein erhebliches Leistungsrisiko. Zur Gleichwertigkeit einer Taggeldlösung ohne Nachleistung über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus (unten Rz. 207 ff.) lässt sich keine allgemeingültige Aussage tätigen. Die Literatur vertritt wohl mehrheitlich eine Einzelfallbetrachtung, während eine gerichtliche Klärung soweit ersichtlich noch aussteht. Zentral für die Bewertung dürfte sein, wie der Kündigungsschutz im konkreten Arbeitsvertrag mit einer andauernden Arbeitsunfähigkeit koordiniert ist.³³ Von Gesetzes wegen besteht aufgrund der vergleichsweise kurzen Kündigungsschutzfristen nach Art. 336c OR keine ausreichende Koordination bei längerer Arbeitsunfähigkeit.³⁴

720 oder 730 Taggeldern in Höhe von 80 % des versicherten Lohnes verzichten auf eine Rahmenfrist, was aber der Gleichwertigkeit keinen Abbruch tut.

³⁰ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 13 m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 440; PAPA, S. 80 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_514/2018 vom 28. November 2018 E. 3.1.

³¹ Urteil des Bundesgerichts 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006 E. 2.4.

³² PAPA, S. 81 und HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 442 f. je m. w. H.

³³ PAPA, S. 83 m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, plädoyer 2009, S. 36; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 477 f.; entsprechend gibt es bspw. Gesamtarbeitsverträge, die Kündigungen während einem laufenden Taggeldanspruch untersagen, vgl. hierzu PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 364 m. w. H.; kritisch zur Gleichwertigkeit bei Nachleistungsausschlüssen LENZIN, S. 24, CONTI MOREL, HAVE 2021, S. 159, BSK KVG-HUSMANN/JENNY, Art. 71 N 3 und BSK VVG 2. Aufl.-FREY/FRIEDLI, Art. 95a N 47 je m. w. H. Tendenziell in diese Richtung auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_228/2017 vom 23. März 2018 E. 2.2: Im Rahmen einer gleichwertigen Taggeldlösung sei es die Idee, dass im Vergleich zur gesetzlichen Regelung initial tiefere Leistungen erbracht würden und diese Leistungen dann aber im Gegenzug auch länger ausgerichtet würden als nach Gesetz.

³⁴ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 474.

- 28 Neben dem Risiko fehlender Gleichwertigkeit besteht bei einer Versicherungslösung sodann das Risiko einer vertragsrechtlichen Haftung für den versprochenen Versicherungsschutz, wenn arbeitsrechtlich zwar gültig eine gleichwertige Ersatzregelung vereinbart wurde, die tatsächlich abgeschlossene Versicherung diesen Vorgaben aber nicht entspricht. Die Arbeitgeberin schuldet dann aus Arbeitsvertrag Schadenersatz (bis hin zu den vollen Versicherungsleistungen, soweit das Versicherungsunternehmen keine Leistungen erbringt).³⁵ Beispielhaft zur Thematik dieser Arbeit lassen sich hier zwei amtlich publizierte Bundesgerichtsurteile nennen: In BGE 127 III 318 bestand nach dem anwendbaren Gesamtarbeitsvertrag die Pflicht, eine Versicherung mit Leistungen über den Kündigungsschutz und damit das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus abzuschliessen. Die Arbeitgeberin schloss in der Folge aber eine Kollektivversicherung ab, die für Leistungen nach Ende des Arbeitsverhältnisses einen Übertritt in die Einzelversicherung voraussetzte. Entsprechend musste sie die Prämien der Einzelversicherung als Schaden aus Vertragsverletzung übernehmen.³⁶ In BGE 124 III 126 verpflichtete das Bundesgericht die Arbeitgeberin sodann bei ähnlicher Ausgangslage direkt zur Übernahme der Taggelder, die aus einer vertragskonformen Versicherung geleistet worden wären.³⁷ Entsprechend finden sich auch in der Literatur wiederholt Hinweise auf dieses Haftungsrisiko der Arbeitgeberin bei Nachleistungsausschlüssen.³⁸

§ 4. Öffentlich-rechtliche Arbeitsverhältnisse

- 29 Im öffentlichen Personalrecht ist die Rechtslage wie schon bei der Lohnfortzahlung an sich (oben Rz. 15 ff.) heterogener. Das Leistungsniveau ist im Bereich der öffentlich-rechtlichen Lohnfortzahlung generell hoch.³⁹ Trotz grundsätzlich guter finanzieller Leistungsfähigkeit des Gemeinwesens⁴⁰ kann daher ein Interesse an

³⁵ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 444 ff. m. w. H.; PAPA, S. 86 f. m. w. H.; BRULHART, *assurance collective*, S. 100 f.

³⁶ BGE 127 III 318 E. 4b f.

³⁷ BGE 124 III 126 E. 2b ff.; ähnlich auch die Urteile des Bundesgerichts 4C.9/2006 vom 1. März 2006 E. 2.4 sowie 4A_348/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3 f.

³⁸ KIESER, AJP 2001, S. 709; Urteilsbesprechung von STEPHAN FUHRER zum Urteil des Bundesgerichts 4A_204/2019 vom 12. September 2019, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202019/11-2019%2009%2012-Ba.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

³⁹ PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 237 f.; exemplarisch oben Rz. 16 ff.

⁴⁰ Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 18.

einem (teilweisen) Risikotransfer auf ein Versicherungsunternehmen bestehen. Umgekehrt ist der Verbesserungsbedarf aus Arbeitnehmerinnensicht wesentlich weniger gross als in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen. Dennoch kann eine Krankentaggeldversicherungslösung punktuell Verbesserungen im Vergleich zu reinen Lohnfortzahlungsansprüchen bewirken.⁴¹

Das exemplarisch dargestellte Bundespersonalrecht wie auch jenes des Kantons Zürich (oben Rz. 16 ff.) kennen keine mit Art. 324a Abs. 4 OR vergleichbare Regelung. Entsprechend bestehen dort auch keine Krankentaggeldversicherungen.⁴²

Andere öffentliche Arbeitgeberinnen haben dagegen solche Versicherungen abgeschlossen.⁴³ Soweit ersichtlich sind diese Krankentaggeldversicherungen aber regelmässig bereits im Gesetz vorgeschrieben und damit nicht freiwillig.⁴⁴ Insofern besteht hier ein Unterschied zur privatrechtlichen Ordnung. Freiwillige Versicherungen werden teilweise auf individueller Ebene empfohlen.⁴⁵

Die existierenden Krankentaggeldversicherungen sind unterschiedlich ausgestaltet. Die Krankentaggeldversicherung des Kantons Basel-Stadt richtet bspw. ein Taggeld in Höhe von 80 % des Lohnes während maximal 730 Tagen abzüglich der Wartefrist aus.⁴⁶ Das entspricht der typischen Lösung bei privatrechtlichen Verhältnissen (oben Rz. 25). Im Kanton Aargau erbringt das Versicherungsunternehmen dagegen nach einer halbjährigen Wartefrist ein Taggeld in Höhe des durchschnittlichen Nettolohns der letzten 12 Monate während maximal 18 Monaten.⁴⁷

⁴¹ Vgl. z. B. WENGER, Rz. 119 und 121 zur Taggeldversicherung des Kantons Basel-Stadt. Während der Lohnfortzahlungsanspruch mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses endet, bestehen die Taggeldansprüche darüber hinaus.

⁴² Für den Bund WENGER, Rz. 107 m.w.H.; für den Kanton Zürich vgl. die Website des kantonalen Personalamtes, <<https://www.zh.ch/de/arbeiten-beim-kanton/lohn-weitere-vorteile.html>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

⁴³ Vgl. für den Kanton Aargau § 16a PersG-AG; vgl. für den Kanton Basel-Stadt und dessen Krankentaggeldversicherung sodann WENGER, Rz. 117 ff.

⁴⁴ Für den Kanton Aargau § 16a PersG-AG; für den Kanton Basel-Stadt § 2 Abs. 3 MVersG-BS. Der Kanton Basel-Landschaft scheint zeitweise eine rein freiwillige, nicht gesetzlich vorgesehene Krankentaggeldversicherung gehabt zu haben, vgl. WENGER, Rz. 112.

⁴⁵ So empfahl zumindest früher das Personalamt des Kantons Zürich den kantonalen Arbeitnehmerinnen für die ersten zwei Dienstjahre den Abschluss einer privaten Taggeldversicherung, PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 255.

⁴⁶ So die gesetzliche Vorgabe in § 2 Abs. 3 MVersG-BS, vgl. auch WENGER, Rz. 116 f.

⁴⁷ §§ 17 f., insb. 17a Abs. 1 und 2 LD-AG. Diese Lösung ist relativ exotisch, was sich auch darin zeigt, dass das betroffene Versicherungsunternehmen seine Taggeldverwal-

- 33 Die Vielfalt der verschiedenen Regelungen bewirkt, dass auch zum Verhältnis Lohnfortzahlungspflicht und Krankentaggeldversicherung keine generelle Aussage gemacht werden kann. In der Regel führt das Bestehen einer Krankentaggeldversicherung soweit ersichtlich aber nicht zu einer vollständigen Ablösung der Lohnfortzahlungspflicht der öffentlich-rechtlichen Arbeitgeberin, sondern zu einer Kombination aus derselben und Versicherungsleistungen.⁴⁸

tungssoftware manuell übersteuern muss, um Abrechnungen aus dieser Police zu erstellen. Der Autor war in seiner praktischen Tätigkeit einmal mit dieser Problematik konfrontiert.

⁴⁸ Für den Kanton Aargau §§ 17 f. LD-AG; für den Kanton Basel-Stadt WENGER, Rz. 116 ff.

3. Kapitel: Grundlagen und Begriffe der Krankentaggeldversicherung

§ 5. Rechtsgrundlage

Krankentaggeldversicherungen im dargelegten Sinne sind entweder gestützt auf 34 das KVG oder das VVG möglich. Die unterschiedliche Rechtsgrundlage führt zu grundlegend unterschiedlicher Rechtsnatur und zahlreichen Unterschieden betreffend Inhalt und Verfahren bei diesen Versicherungen.⁴⁹

I. KVG

Die Krankentaggeldversicherung nach KVG untersteht dem ATSG und ist eine Sozialversicherung.⁵⁰ Sie ist in den groben Zügen zusammenhängend in den Art. 67 bis 77 KVG geregelt. Als Teil der sozialen Krankenversicherung i. S. v. Art. 1a Abs. 1 KVG ist ihr Betrieb den Krankenkassen und Versicherungsunternehmen vorbehalten, welche eine Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung besitzen (Art. 2 ff. KVAG).⁵¹ Diese Versicherungsunternehmen sind zudem verpflichtet, die Krankentaggeldversicherung nach KVG anzubieten und in ihrem örtlichen Tätigkeitsbereich jede versicherungspflichtige Person und jede Person, die berechtigt ist, einen Taggeldversicherungsvertrag abzuschliessen, aufzunehmen.⁵² 35

⁴⁹ Für eine tabellarische Übersicht über die Unterschiede vgl. HÄBERLI/HUSMANN, Anhang I.

⁵⁰ Wie die Unfallversicherung nach UVG; Art. 1 und 67 ff. KVG; Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 9; es handelt sich dabei entsprechend um ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis, PÄRLI/HUG, Rz. 15.41.

⁵¹ In dieser Arbeit beide als «Versicherungsunternehmen» bezeichnet.

⁵² Die Freiwilligkeit der Taggeldversicherung ist somit nur eine halbe, nämlich für die interessierten Versicherungsnehmerinnen; vgl. Art. 5 lit. h f. KVAG und Art. 68 Abs. 1 KVG.

- 36 Trotz dieses Kontrahierungszwanges hat die Krankentaggeldversicherung nach KVG heute paradoxerweise fast rechtsgeschichtlichen Charakter und kaum mehr praktische Bedeutung.⁵³ Dafür verantwortlich sind im Kern zwei Faktoren:⁵⁴ Zum einen machen der Kontrahierungszwang und verschiedene andere gesetzliche Vorgaben zugunsten der Versicherten die Taggeldversicherung nach KVG «unflexibel» und letztlich wirtschaftlich unattraktiv für die Versicherungsunternehmen.⁵⁵ Zum anderen bieten die meisten Versicherungsunternehmen KVG-Taggeldversicherungen nur mit betraglich minimalen Taggeldern an.⁵⁶ Darüber hinausgehende Leistungen werden nur nach VVG versichert angeboten.⁵⁷ Die so existierenden KVG-Offerten können einen üblichen Erwerbsausfall nicht annähernd decken.⁵⁸ Es entsteht somit die seltsam anmutende Konstellation, dass aus Sozialschutzgedanken⁵⁹ von Gesetzes wegen zwar eine Versicherung mit bestimmten Rahmenbedingungen angeboten werden muss; diese ist aber für die verpflichteten Versicherungsunternehmen wirtschaftlich uninteressant. Aus diesem Grund gestalteten diese ihr Angebot dergestalt aus, dass es auch für die Versicherungsnehmerinnen unattraktiv ist – und das Bundesgericht schützt diese Umgehung der sozialpoliti-

⁵³ STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 324a/b N 13; HÄBERLI, Lohnfortzahlung, Rz. 5.47; HÄBERLI/HUSMANN, plädoyer 2009, S. 34; ausführlich SCHÖNENBERGER, Rz. 160 ff. m. w. H., auf auch die vorhandenen statistischen Daten zu Versicherten- und Versicherungsbeständen nach KVG und Prämienvolumen nach KVG und VVG; Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018 zur Interpellation Nr. 18.3126 vom 8. März 2018 «Obligatorische Erwerbsausfallsversicherung bei Krankheit. Instrument zur Verbesserung des sozialen Schutzes»; gemäss dem Bundesratsbericht Koordination Taggeldversicherungen, S. 5 f. betrug der Anteil der KVG-Taggelder an den Gesamtleistungen im Jahr 2014 noch rund 6.3 %.

⁵⁴ Ausführlich und mit zahlreichen Hinweisen hierzu SCHÖNENBERGER, Rz. 163 ff.

⁵⁵ Bspw. die gesetzliche Regelung der Koordination, der versicherten Risiken, der Risiko-selektion usw.; zu allem ausführlich SCHÖNENBERGER, Rz. 163 ff.

⁵⁶ Vgl. BGE 126 V 490 E. 2a; in jenem Fall offerierte die Sanitas eine Einzelversicherung mit einem Taggeld von 10.– Fr. (gegenüber einem Taggeld von 150.– Fr. in der dem Streit vorangehenden Versicherung).

⁵⁷ So auch in BGE 126 V 490 Sachverhalt A.

⁵⁸ Ein Taggeld von 10.– Fr. ergibt einen Monatsbetrag von rund 300.– Fr. und stellt nicht einmal das tiefste tatsächlich angebotene Taggeld dar (in BGE 126 V 490 E. 2a werden auch 6.– Fr. pro Tag genannt, der Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 26 hat 5.– Fr. erhoben).

⁵⁹ Botschaft KVG, S. 138 und 202.

schen gesetzgeberischen Intention hinter den Regeln des KVG⁶⁰.⁶¹ So erstaunt es nicht, dass diese Versicherung in der Praxis dem Aussterben nahe ist.⁶²

Aufgrund ihrer marginalen praktischen Bedeutung wird die Krankentaggeldversicherung nach KVG in dieser Arbeit nicht weiter behandelt.⁶³ 37

II. VVG

Die Krankentaggeldversicherung nach VVG ist keine Sozialversicherung.⁶⁴ Als 38 dem VVG unterstelltes Vertragsverhältnis handelt es sich dabei (wie bei allen VVG-Versicherungen) um eine Privatversicherung. Sie untersteht grundsätzlich den Regeln des Privatrechts.⁶⁵ Als privatrechtliches Verhältnis steht sie insbesondere ausserhalb des koordinierten Systems der Sozialversicherungen.⁶⁶

Die schweizerischen Sozialversicherungen werden in den dazugehörigen Gesetzen und Verordnungen relativ ausführlich geregelt.⁶⁷ Das VVG dagegen enthält 39

⁶⁰ Botschaft KVG, S. 138 und insbesondere 202: «Der Verzicht auf eine gesetzliche Mindestgarantie für das versicherbare Taggeld bedeutet nicht, dass die Versicherer einem Bewerber lediglich ein symbolisches Taggeld anbieten können.»

⁶¹ BGE 126 V 490 E. 2a ff., trotz schon damals einhelliger und breiter Kritik der Lehre (vgl. E. 2a); für die spätere Kritik vgl. die Hinweise bei SCHÖNENBERGER, Rz. 169 ff.

⁶² Der Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 6 konstatiert entsprechend: «Damit verlieren auch die gesetzlichen Schutzklauseln des KVG praktisch ihre Wirkung.»

⁶³ Vgl. für eine umfassende Darstellung derselben u. a. das Werk HÄBERLI/HUSMANN sowie BSK KVG-HUSMANN/JENNY, Art. 67 ff.

⁶⁴ Art. 2 Abs. 2 KVAG sowie Art. 2 ATSG und Art. 1 ff. VVG e contrario; statt vieler Urteil des Bundesgerichts 9C_794/2020 vom 19. April 2021 E. 6.1.2; das Bundesgericht subsumiert die Krankentaggeldversicherung nach VVG in ständiger Praxis unter den Begriff der «Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung» i. S. v. Art. 2 Abs. 2 KVAG. Diese unterliegen dem VVG. Vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2b/bb.

⁶⁵ BGE 133 III 439 E. 2.1 m. w. H.; aus diesem Grund handelt es sich bei Streitigkeiten aus solchen Versicherungen um zivilrechtliche Streitigkeiten; Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 9. Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG gelangt subsidiär denn auch das allgemeine Vertragsrecht des OR zur Anwendung.

⁶⁶ Unlängst z.B. Urteil des Bundesgerichts 9C_794/2020 vom 19. April 2021 E. 6.1.2 m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 11.

⁶⁷ Vgl. für die Krankentaggeldversicherung nach KVG den 3. Titel «Freiwillige Taggeldversicherung» (Art. 67 bis 77) des KVG. Noch viel umfassender und detaillierter ist bspw. die Unfallversicherung nach UVG geregelt.

keine zusammenhängende Regelung der Krankentaggeldversicherung. Von seinen rund 100 Artikeln beschlagen nur gerade 12 mehr⁶⁸ oder weniger⁶⁹ direkt diesen Versicherungszweig. Dem VVG lassen sich weder eine Definition der Krankentaggeldversicherung an sich noch allzu viele Vorgaben für den Inhalt dieses Vertragsverhältnisses entnehmen.⁷⁰ Entsprechend wird der Inhalt der Versicherung massgebend durch die jeweilige vertragliche Vereinbarung gestaltet.⁷¹

- 40 Ebenfalls anders als bei ihrem Pendant nach KVG ist der Betrieb der Krankentaggeldversicherung nach VVG nicht auf Krankenkassen und Versicherungsunternehmen i. S. v. Art. 2 f. KVAG beschränkt. Neben diesen treten auch (andere) private Versicherungsunternehmen in grossem Umfang auf dem Markt auf.⁷² Alle Anbieterinnen der Krankentaggeldversicherung nach VVG unterstehen der Aufsicht der FINMA gemäss VAG (Art. 2 VAG).⁷³

⁶⁸ Art. 3 Abs. 3 VVG (Informationspflicht der Arbeitgeberin bei kollektiven Personenversicherungen zum Schutz ihrer Arbeitnehmerinnen); Art. 35a Abs. 4 VVG (Ordentliches Kündigungsrecht in der kollektiven Taggeldversicherung); Art. 35c VVG (Nachleistung bei periodischen Leistungsverpflichtungen als Folge von Krankheit oder Unfall); Art. 39a VVG (Früherfassung in der IV); Art. 39b VVG (Interinstitutionelle Zusammenarbeit); Art. 41 Abs. 3 VVG (Verjährung von Ansprüchen aus der kollektiven Krankentaggeldversicherung); Art. 47a VVG (Verwendung der Versichertennummer der AHV); Art. 95a VVG (direktes Forderungsrecht in der kollektiven Kranken- und Unfallversicherung); Art. 100 Abs. 2 VVG (Anwendbarkeit der Art. 71 Abs. 1 und 2 sowie 73 KVG).

⁶⁹ Art. 2a Abs. 4 VVG (Ausschluss des Widerrufsrechts bei kollektiven Personenversicherungen); Art. 7 VVG (Folgen der Anzeigepflichtverletzung beim Kollektivvertrag); Art. 31 VVG (Gefahrserhöhung im Kollektivvertrag).

⁷⁰ Das VVG wie auch das VAG enthalten nicht einmal eine Definition des Versicherungsvertrages an sich; vgl. auch FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 1.

⁷¹ Das gilt auch für die anderen Versicherungszweige, die im VVG und in den damit verbundenen Erlassen ebenfalls nicht abschliessend normiert sind. Der Versicherungsvertrag wird daher als Innominatvertrag qualifiziert, STÖCKLI, SJZ 2012, S. 513 m. w. H., ebenso SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2655 ff. Prägend für den Vertragsinhalt sind namentlich die verschiedenen allgemeinen und anderen Versicherungsbedingungen (unten Rz. 55 ff.), EISNER-KIEFER, AGB, S. 92 und EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 29, SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2661 und weiter STÖCKLI, S. 409 f. sowie STÖCKLI, HAVE 2020, S. 302 zur auch unter der neusten Fassung des VVG unveränderten Situation.

⁷² Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 14 und 27 f.

⁷³ Die FINMA ist im Rahmen der VVG-Versicherungen auch die Aufsichtsbehörde über die Krankenkassen i. S. v. Art. 2 KVAG, vgl. Art. 34 Abs. 5 KVAG. Punktuell scheint es auch kleine Krankentaggeldversicherungsunternehmen zu geben, die von der Auf-

Die Krankentaggeldversicherung nach VVG ist die in der Praxis absolut vorherrschende Versicherungslösung (oben Fn. 53). Exakte Zahlen fehlen,⁷⁴ aber es wird gemeinhin davon ausgegangen, dass die (grosse) Mehrheit der Arbeitnehmerinnen taggeldversichert ist.⁷⁵ Lücken werden vor allem in kleineren Betrieben vermutet.⁷⁶ 41

§ 6. Versichertenkreis

Krankentaggeldversicherungen können als Einzel- oder Kollektivversicherungen ausgestaltet sein. Diese Unterscheidung betrifft die Frage nach dem personellen Umfang des Vertrages. 42

I. Einzelversicherung

Eine Einzelversicherung ist ein Versicherungsvertrag einer Einzelperson als Versicherungsnehmerin mit dem Versicherungsunternehmen ohne weitere Versicherte.⁷⁷ Die Anzahl der Einzelversicherten liegt deutlich unter derjenigen der Kollektivversicherten.⁷⁸ 43

sicht nach VAG ausgenommen wurden, vgl. hierzu Art. 2 Abs. 3 VAG, kritisch hierzu HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 9.

⁷⁴ Gemäss der Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018 zur Interpellation Nr. 18.3126 vom 8. März 2018 «Obligatorische Erwerbsausfallsversicherung bei Krankheit. Instrument zur Verbesserung des sozialen Schutzes» erhebt die FINMA als Aufsichtsbehörde keine spezifischen Daten zur Krankentaggeldversicherung nach VVG; vgl. auch den Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 26 ff.

⁷⁵ PÄRLI, Untersuchung, S. 694 m. w. H.; der Anteil der Nichtversicherten wird auf zwischen 10 und 30 % geschätzt. Der Bundesrat spricht in der Stellungnahme vom 12. August 2020 zur Interpellation Nr. 20.3341 vom 6. Mai 2020 «Krankentaggeldversicherung» von einer «hohen» Abdeckung.

⁷⁶ Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 28.

⁷⁷ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 28.

⁷⁸ Bundesratsbericht Evaluation und Reformvorschläge zur Taggeldversicherung bei Krankheit, S. 28. Die Einzelversicherten können dies von Anfang an sein, d. h. durch eine privat für sich als Einzelperson abgeschlossene Krankentaggeldversicherung. Möglich ist aber auch, dass diese Personen bei Ende einer Kollektivversicherung in die Einzelversicherung übergetreten sind.

II. Kollektivversicherung

- 44 Eine Kollektivversicherung wird von der Versicherungsnehmerin als Vertragspartnerin allenfalls für sich sowie für weitere Versicherte abgeschlossen.⁷⁹ Insbesondere die arbeitsrechtsbezogenen kollektiven Krankentaggeldversicherungen⁸⁰ stellen die grosse Mehrheit der Krankentaggeldversicherungen nach VVG.⁸¹ Daneben gibt es eine kleinere Anzahl von anderweitig kollektivversicherten Personen.⁸² Besonders hervorzuheben ist hierbei das zwingende (Art. 98 VVG) direkte Forderungsrecht der Versicherten gemäss Art. 95a VVG. Durch dieses können die Versicherten ihre Ansprüche aus dem Kollektivvertrag direkt gegenüber dem Versicherungsunternehmen geltend machen.⁸³ Damit liegt eine «Art» echter Vertrag zugunsten Dritter vor.⁸⁴

§ 7. Vertragsnatur

- 45 Krankentaggeldversicherungen nach VVG können sowohl als Schaden- wie auch als Summenversicherung ausgestaltet werden.⁸⁵ Massgebendes Unterscheidungsmerkmal zwischen den zwei Versicherungstypen sind die Voraussetzungen der

⁷⁹ BSK VVG-STEIN, Art. 87 N 6 mit diversen Beispielen, siehe auch BSK VVG 2. Aufl.-FREY/FRIEDLI, Art. 95a N 20.

⁸⁰ Gemeint ist eine durch die Arbeitgeberin als Versicherungsnehmerin für ihre Arbeitnehmerinnen als Versicherte abgeschlossene Versicherung.

⁸¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018 zur Interpellation Nr. 18.3126 vom 8. März 2018 «Obligatorische Erwerbsausfallsversicherung bei Krankheit. Instrument zur Verbesserung des sozialen Schutzes».

⁸² Bspw. Selbstständigerwerbende mit Anschluss an Kollektivverträge ihrer Berufsverbände (vgl. z. B. plädoyer 2/2017 S. 5 zu den kollektiven Krankentaggeldverträgen des Schweizerischen und Zürcher Anwaltsverbandes).

⁸³ Näher zum direkten Forderungsrecht BSK VVG 2. Aufl.-FREY/FRIEDLI, Art. 95a sowie HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 603 ff.

⁸⁴ BGE 141 III 112 E. 4.3 m.w.H.; Urteile des Bundesgerichts 4A_514/2018 vom 28. November 2018 E. 2 und 4A_197/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.3 je m.w.H.; vgl. auch HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 29 zur Kollektivversicherung.

⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 mit ergänzendem Hinweis auf HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 39 f. zu gemischten Formen bei Kollektivverträgen (für die Betriebsinhaberin eine Summenversicherung und für die Angestellten eine Schadenversicherung).

Leistung. Die Abgrenzung hat hohe Praxisrelevanz und hat die Gerichte – in ihren eigenen Worten – schon (zu) oft beschäftigt.⁸⁶

I. Schadenversicherung

Die Schadenversicherung bezweckt die teilweise oder ganze Deckung eines tatsächlich eingetretenen Schadens.⁸⁷ Beim Eintritt des Versicherungsfalls ist die Leistung hier nur geschuldet, wenn die Versicherte effektiv einen Schaden erlitten hat.⁸⁸ Der Nachweis eines Vermögensschadens ist eine eigenständige Leistungsvoraussetzung.⁸⁹ Zudem muss sich nach hier vertretener Auffassung die Leistung auch nach dem effektiven Schaden bemessen.⁹⁰ 46

II. Summenversicherung

Bei einer Summenversicherung ist die vertraglich festgelegte Leistung beim Eintritt des Versicherungsfalls unabhängig davon geschuldet, ob und welche wirtschaftliche Einbusse daraus resultiert. Es spielt somit keine Rolle, ob und welchen Schaden die Versicherte effektiv erlitten hat.⁹¹ 47

III. Abgrenzungsfragen

Die Qualifikation einer Krankentaggeldversicherung als Schaden- oder Summenversicherung erfolgt durch Auslegung des Versicherungsvertrages (Police) sowie der dazugehörigen Versicherungsbedingungen.⁹² Der grosse vertragliche Gestal- 48

⁸⁶ So wörtlich das Bundesgericht in BGE 146 III 339 E. 5.2.3: «Les tribunaux ont (trop) souvent été occupés [...]»; FUHRER spricht von den «wohl unnötigsten» Prozessen zu Taggeldversicherungen, FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 33.

⁸⁷ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.

⁸⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 m. w. H.

⁸⁹ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.

⁹⁰ Dies betrifft die sog. «pauschalisierte Schadenversicherung» (unten Rz. 54).

⁹¹ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 je m. w. H.

⁹² BGE 146 III 339 E. 5.2.3; auch scheinbar klare Begriffe müssen im Gesamtkontext der Vertragsunterlagen beurteilt werden, vgl. hierzu bspw. zum Begriff der «Erwerbsunfähigkeit» das Urteil des Bundesgerichts 4A_332/2010 vom 22. Februar 2011 E. 5.2.4.

tungsspielraum bringt zahlreiche unterschiedliche Versicherungsprodukte hervor. Daher ist die Qualifikation in der Praxis trotz klarer theoretischer Abgrenzung bisweilen strittig.⁹³

- 49 Gemäss dem neu gefassten Art. 3 Abs. 1 lit. b VVG muss das Versicherungsunternehmen in neuen Verträgen⁹⁴ immerhin darüber informieren, ob es sich um eine Summen- oder um eine Schadenversicherung handelt. Allerdings zeigt das vorgenannte Beispiel (oben Fn. 93), dass auch bei scheinbar klarer Benennung Fragen auftauchen können. Daher ist davon auszugehen, dass die Abgrenzung die Gerichte weiterhin zumindest gelegentlich beschäftigen wird.
- 50 Der Versicherungscharakter beurteilt sich anhand der Leistungsvoraussetzungen. Nicht relevant ist dagegen der Zweck der Versicherung.⁹⁵ Namentlich schliesst eine allgemeine «Erwerbsausfallsdeckung»-Zweckklausel im Vertrag eine Summenversicherung nicht aus.⁹⁶ Ebenso wenig ist die Bezeichnung alleine massgebend.⁹⁷
- 51 Weiter sind nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch Koordinationsbestimmungen nicht entscheidend. Leistungen aus Schadenversicherungen sind gemäss Art. 95c Abs. 1 VVG nicht mit anderen schadenausgleichenden Leistungen kumu-

⁹³ So hat bspw. die SWICA folgende interessante Ziff. II.6 aus den AVB für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2006 ersonnen: «Nur sofern im Vertrag namentlich aufgeführt, sind der Betriebsinhaber sowie [...] mitversichert. [...] Diese Versicherung gilt nicht als Summenversicherung, sondern als Schadenversicherung. Wir verzichten auf den Nachweis des tatsächlichen Erwerbsausfalls bis zur Höhe des fix vereinbarten Jahresverdienstes. Darüber hinausgehende Erwerbseinbussen sind nicht versichert.» Für die Ausrichtung der Taggelder muss somit kein Erwerbsausfall nachgewiesen werden (hierzu unten Fn. 95). Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich trotz gegenteiligem «Etikett» um eine Summenversicherung (ebenso wohl das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz I 2019 48 vom 20. April 2020 E. 6.3 e contrario).

⁹⁴ Vgl. die Übergangsbestimmung in Art. 103a VVG; die Informationspflicht bezieht sich somit nur auf nach dem 1. Januar 2022 abgeschlossene Verträge.

⁹⁵ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 und Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 je m.w.H., denn beide Versicherungstypen sollen möglichen Vermögenseinbussen (hier Einkommenseinbussen) vorbeugen. Bei der Summenversicherung ist aber deren Nachweis keine Voraussetzung für die Auszahlung, vgl. hierzu auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.5.

⁹⁶ Bspw. in der Art, dass die Lohnausfallversicherung für Unternehmen der Deckung des Erwerbsausfalles diene, der durch Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit entstanden sei, vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.4 f.

⁹⁷ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 41.

liebar. Im Umfang und zum Zeitpunkt seiner Leistung tritt das Versicherungsunternehmen für die von ihm gedeckten gleichartigen Schadensposten in die Rechte des Versicherten ein (Abs. 2).⁹⁸ In der Summenversicherung gehen die Ansprüche, die der Anspruchsberechtigten infolge Eintritts des befürchteten Ereignisses gegenüber Dritten zustehen, gemäss Art. 96 VVG hingegen nicht auf das Versicherungsunternehmen über.⁹⁹ In der Summenversicherung gilt somit die Kumulation von Ansprüchen.¹⁰⁰ Die Rechtsprechung lässt indessen auch zu, dass die Kumulation bei einer Summenversicherung vertraglich ausgeschlossen wird.¹⁰¹

In der Praxis darf als grobe Faustregel gelten, dass Kollektivversicherungen für Arbeitnehmerinnen typischerweise Schadenversicherungen sind.¹⁰² Darin sind in aller Regel Lohnsummen versichert, sodass die einzelnen Versicherten in der Police nicht namentlich genannt sind. Die versicherten Leistungen entsprechen sodann bestimmten Prozentsätzen i. d. R. des effektiven Jahresbruttolohnes i. S. der AHV und sind damit variabel.¹⁰³ Beide Elemente sind Hinweise auf eine Schadenversicherung.¹⁰⁴

⁹⁸ Dazu auch BGE 146 III 339 E. 5.2.3; freilich wird bisweilen auch in als «Schadenversicherung» betitelten Produkten auf Überversicherungskürzungen verzichtet und damit eine Kumulation zugelassen, vgl. bspw. die AVB der Lebensversicherung «Swiss Life Protection», Ausgabe 2017 der SwissLife Ziff. 4.2 am Ende.

⁹⁹ Diese Bestimmung wurde per 1. Januar 2022 neu gefasst und beendet nun auch legislatorisch die Verwirrung, die durch die alte Fassung («Personenversicherung» statt «Summenversicherung») gestiftet wurde. Vgl. zu dieser Verwirrung namentlich BGE 104 II 44 E. 4.

¹⁰⁰ Mit dieser vertraglichen Vereinbarung nehmen die Parteien daher bewusst auch eine Überentschädigung in Kauf, BGE 146 III 339 E. 5.2.3, BGE 133 III 527 E. 3.2.5 m. w. H. sowie BGE 104 II 44 E. 4d; es gibt im Privatversicherungsrecht denn auch kein allgemeines Überentschädigungsverbot, FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.114 ff.

¹⁰¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.5 m. H. auf BGE 133 III 527 E. 3.2.5.

¹⁰² BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.

¹⁰³ Klassischerweise 80 %, gelegentlich auch mehr.

¹⁰⁴ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.

- 53 Für die Betriebsinhaberin und Personen in ähnlicher Stellung ist dagegen im selben Vertrag oft eine Summenversicherung vereinbart.¹⁰⁵ Auch bei Selbstständig-erwerbenden liegt oft eine Summenversicherung vor.¹⁰⁶ Dasselbe gilt bei Versicherungen z. B. für Hausmänner.¹⁰⁷ Diese Versicherungen beinhalten regelmässig fixe Leistungsgrössen wie ein festes Taggeld oder Prozentsätze einer fixen Summe. Grund dafür ist, dass eine klassische Schadenversicherung oft keinen adäquaten oder praktikablen Versicherungsschutz bieten würde.¹⁰⁸ Diese Konstellationen wie auch fixe Parameter sind Hinweise auf eine Summenversicherung.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Zu diesen Mischformen BGE 146 III 339 E. 5.2.3 sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 je m. w. H.

¹⁰⁶ BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.; BRULHART, assurance collective, S. 110.

¹⁰⁷ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 33.

¹⁰⁸ Bspw. muss eine sinnvolle Versicherung von Geschäftsbeginn weg bestehende Fixkosten des Geschäfts und mindestens die Lebenskosten der Versicherten i. S. eines Unternehmerinnenlohnes absichern, vgl. auch EICHENBERGER CABALLERO, plädoyer 2022, S. 39 sowie das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT15.036894-210026/PT15.036894-210027, 318 vom 5. Juli 2021 E. 5.2 und 6. Nur so kann deren beider Weiterexistenz bei Eintritt des befürchteten Risikos sichergestellt werden. Mit der Versicherung des AHV-pflichtigen Einkommens würde nur der Gewinn ohne Fixkosten gedeckt und es wären diese oft aus den Mitteln für den persönlichen Lebensunterhalt zu bestreiten. Zudem liegt zu Geschäftsbeginn oft noch gar kein nennenswerter Gewinn vor oder ist dieser in späteren Jahren steuerrechtlich optimiert tief ausgewiesen. Die Erfolgsrechnung bildet dann die wirtschaftliche Realität nur eingeschränkt ab. In einer Schadenversicherung müsste der tatsächliche Schaden dann in jedem Schadenfall gesondert ermittelt werden, was schwierig bzw. unverhältnismässig aufwendig sein kann. Vgl. zum Ganzen u. a. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.74 und 11.69 sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5 m. w. H., u. a. auf das Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 4 zu den Schwierigkeiten der Schadenermittlung; weiter das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen KV-Z 2020/7 vom 6. Dezember 2021 E. 5.1 m. w. H.

¹⁰⁹ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 42; Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen KV-Z 2020/7 vom 6. Dezember 2021 E. 5.1 m. w. H., selbst bei Bezeichnung in der Police als Schadenversicherung und Überentschädigungsklauseln in den AVB, in diesem Punkt geschützt im Urteil des Bundesgerichts 4A_28/2022 vom 28. April 2022 E. 4. Ähnlich auch das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT15.036894-210026/PT15.036894-210027, 318 vom 5. Juli 2021 E. 5 m. w. H., geschützt im Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2021 vom 20. Mai 2022 Sachverhalt A.a./A.c. und E. 5.4.

Teilweise werden solche Versicherungen auch als sog. pauschalisierte Schadenversicherungen aufgefasst. Dieser Begriff taucht gelegentlich in Rechtsprechung und Literatur auf.¹¹⁰ Nach hier vertretener Auffassung handelt es sich dabei aber um eine (verdeckte) Summenversicherung.¹¹¹

¹¹⁰ Ein tatsächlicher Schaden sei hier somit Leistungsvoraussetzung, aber nicht Grundlage der Leistungsbemessung. Bei Nachweis überhaupt eines effektiven Schadens sei dann die dafür vorgängig vereinbarte feste Leistung geschuldet. Damit kann gewissen praktischen Schwierigkeiten bei der Schadenermittlung begegnet werden (oben Fn. 108). Wie bei der Summenversicherung wird bei dieser Vereinbarung aus Gründen der Praktikabilität eine Unter- oder Überentschädigung in Kauf genommen. Vgl. zum Ganzen u. a. FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.74 und 11.69 sowie BGE 146 III 339 E. 5.2.3 m. w. H.

¹¹¹ Sie räumt der Praktikabilität Vorrang vor dem Ziel der Deckung des tatsächlich eingetretenen Schadens ein. Dieses Ziel ist aber charakteristisch für die Schadenversicherung (oben Rz. 46). Durch die festen Summen (des Taggeldes oder der Taggeldbasis) wird sodann wie bei der Summenversicherung eine Differenz zwischen Schaden und Entschädigung und damit eine Unter- oder Überentschädigung in Kauf genommen. Wird nun für die Leistung noch der Nachweis eines effektiven, aber beliebig hohen Schadens verlangt, handelt es sich um eine allermeist rein formale Voraussetzung. Schliesslich bezweckt auch eine Summenversicherung die Deckung einer Vermögensmangels (oben Fn. 95). Entsprechend ist eine solche als Formalanforderung wenig abgrenzungsspezifisch. Faktisch ist bei diesen Versicherungen ein Schaden keine relevante Leistungsvoraussetzung und liegt somit keine Schadenversicherung vor. Wird dagegen vertraglich der genaue Nachweis eines konkreten Mindestschadens o. Ä. verlangt, so wird damit der Sinn der Pauschalisierung unterlaufen und erhebliche Unsicherheit gestiftet. Es ist aber nicht anzunehmen, dass unsinnige Vereinbarungen gewollt sind (BGE 144 III 327 E. 5.2.2.1 m. w. H.). Dadurch würden diverse schwierige Fragen aufgeworfen (wie, von wem und letztlich in welcher Höhe ist der Schaden zu beweisen, begründen die festen Summen gewisse Vermutungen, welches sind die schadenversicherungsrechtlichen Konsequenzen eines allenfalls nachgewiesenen Schadens unter oder über den Summen usw.; insbesondere Anpassungsmöglichkeiten bei Nachweis eines abweichenden Schadens würden die Regelung in die Nähe einer Taxierung nach Art. 65 aVVG rücken, die sich aber nur auf den Versicherungswert [versicherter Verdienst usw.] und nicht auf die Ersatzleistung [versichertes Taggeld] beziehen darf sowie eine «besondere» Vereinbarung voraussetzt, vgl. dazu FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 11.69 sowie BSK VVG-BRUNNER, Art. 65 N 6 und 8; nach dem Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1550/2021 vom 2. Juni 2022 E. 12 ist sogar eine explizite Anpassungsregelung in den AVB unbeachtlich, eventuell ungewöhnlich, wenn [im Widerspruch dazu] eine fixe Lohnsumme vereinbart wurde). Die Regelung solcher Versicherungen ist diesbezüglich oft reichlich unklar. Zuletzt bewirkt die Vereinbarung fester Summen bei den Versicherungsnehmerinnen und Versicherten regelmässig die berechnete Annahme einer Summenversicherung. Zusammenfassend führt eine Mischqualifikation zu diversen Nachteilen, während umgekehrt daraus kaum Vorteile ersichtlich sind. Einer unerwünschten potentiellen Überentschädigung kann

durch sorgfältige Abklärungen bei Vertragsschluss bzw. allenfalls periodisch während der Vertragslaufzeit entgegengewirkt werden (so praktiziert das namentlich nach eigenem Bekunden die SwissLife im oben in Fn. 98 erwähnten Rentenprodukt). Das Bundesgericht erwog im Urteil 4A_332/2010 vom 22. Februar 2011 E. 5.2.3 i. S. der vorstehenden Ausführungen, dass bei einer Schadenversicherung die Höhe des Taggeldes vom effektiven Schaden abhängen müsse und umgekehrt ein festes Pauschaltaggeld eine Summenversicherung bedeute (dazu weiter das Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.2, wo es die Frage im Rahmen einer Irrtumsanfechtung offenliess; ähnlich MORENO/WENDELSPIESS, HAVE 2021, S. 240, selbst wenn die AVB von einer Schadenversicherung sprechen [Primat des Inhalts vor der «Verpackung»]; ähnlich und ausführlich sodann das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons St. Gallen KV-Z 2020/7 vom 6. Dezember 2021 E. 5.1 m. w. H. trotz Bezeichnung in der Police als Schadenversicherung und Überentschädigungsklauseln in den AVB, in diesem Punkt bestätigt vom Urteil des Bundesgerichts 4A_28/2022 vom 28. April 2022 E. 4; ähnlich weiter das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT15.036894-210026/PT15.036894-210027, 318 vom 5. Juli 2021 E. 5 m. w. H., geschützt im Urteil des Bundesgerichts 4A_428/2021 vom 20. Mai 2022 Sachverhalt A.a./A.c. und E. 5.4). Auch FUHRER geht davon aus, dass in der Schadenversicherung nach bundesgerichtlicher Formel der Schaden eine selbstständige Voraussetzung der Leistungspflicht und gleichzeitig das Kriterium für die Bemessung der Leistung sein muss (FUHRER, Gegenstand, S. 137 Fn. 18 sowie FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.74), spricht sich indessen trotzdem für die Möglichkeit einer pauschalisierten Schadenversicherung aus (wie die wohl h. L., BSK VVG 2. Aufl.-GRABER/CASANOVA, Art. 96 N 6 f. m. w. H.); vgl. zur bundesgerichtlichen Formel auch BGE 128 III 34 E. 3b sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_53/2007 vom 26. September 2007 E. 4.4.2.

4. Kapitel: Ausgestaltung der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Besonderen

§ 8. Ausgangslage

Das VVG ist weitgehend ein Gesetz über Privatversicherungen im Allgemeinen.¹¹² 55
Es enthält keine zusammenhängende Regelung der Krankentaggeldversicherung.
Entsprechend wird der Inhalt der Versicherung massgebend durch die jeweilige
vertragliche Vereinbarung gestaltet (oben Rz. 39).¹¹³

Der privatrechtliche Krankentaggeldversicherungsvertrag setzt sich in der Pra- 56
xis aus zwei Komponenten zusammen: der individuellen Vereinbarung in Form
von Police und allenfalls besonderen Versicherungsbedingungen (BB) und der
allgemeinen Vereinbarung im Kleid von allgemeinen Versicherungsbedingungen
(AVB¹¹⁴).¹¹⁵

Dabei enthalten Police und allfällige BB nur die Kernpunkte und individuell ver- 57
handelten Nebenpunkte des Vertrages. Der detaillierte Versicherungsinhalt richtet
sich über weite Strecken nach den AVB als Teil des abgeschlossenen Vertrages.

Entsprechend hoch ist die Bedeutung dieser Versicherungsbedingungen. Sie ste- 58
hen dabei in einem Spannungsfeld, welches in diesem Kapitel dargestellt werden
soll: Einerseits gilt im Privatrecht grundsätzlich Vertragsfreiheit und sind zahlrei-
che Bestimmungen des VVG dispositiver Natur.¹¹⁶ Andererseits ergeben sich aus
Gesetz und Rechtsprechung gewisse Schranken der Regelungsfreiheit, die spezi-
fisch AVB und ähnliche Vertragskomponenten betreffen. Zudem sind namentlich
Risiken wie Erwerbsausfall bei Krankheit sozial sensibel und mit einem hohen
Sozialschutzbedarf verbunden.

¹¹² In den Worten von Stöckli, SJZ 2012, S. 513 ein «Rahmengesetz».

¹¹³ EISNER-KIEFER, AGB, S. 92; EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 29; SCHMID/Stöckli/
KRAUSKOPF, Rz. 2661; Stöckli, S. 409 f.; Urteil des Bundesgerichts 4A_186/2018
vom 4. Juli 2019 E. 4.1 m. w. H.

¹¹⁴ Der Begriff der AVB ist in dieser Arbeit weit zu verstehen und umfasst auch «mate-
rielle» AVB unter anderen Titeln wie «zusätzliche Versicherungsbedingungen» oder
«ergänzende Versicherungsbedingungen», dazu unten Rz. 71 f.

¹¹⁵ EISNER-KIEFER, AGB, S. 90.

¹¹⁶ EISNER-KIEFER, AGB, S. 90.

§ 9. Police und besondere Versicherungsbedingungen

I. Begriffe

A. Police

- 59 Die Police hält die Rechte und Pflichten der Parteien im konkreten Versicherungsvertrag fest (Art. 11 Abs. 1 VVG). Es handelt sich dabei um den eigentlichen Vertragskern.¹¹⁷ Die Krankentaggeldversicherungspolice nennt typischerweise die Parteien¹¹⁸, die versicherten Personen¹¹⁹, Risiken¹²⁰ und Leistungen¹²¹, die Vertragsdauer¹²², die Prämie¹²³ und Zahlungsmodalitäten, besondere Versicherungsbedingungen (BB, unten Rz. 60 f.) und den Hinweis auf weitere anwendbare Versicherungsbedingungen (AVB etc., unten Rz. 70 ff.).¹²⁴ Die meistens wenige Seiten starke Police ist essentiell, aber selten ausreichend zur Beurteilung eines konkreten Versicherungsfalles.¹²⁵

¹¹⁷ BSK VVG 2. Aufl.-EISNER-KIEFER, Art. 11 N 16. Die Police ist kein Formerfordernis für das gültige Zustandekommen des Versicherungsvertrages, hat aber Beweisfunktion (BSK VVG 2. Aufl.-EISNER-KIEFER, Art. 11 N 1) und es sind dem Autor keine «police-losen» Krankentaggeldversicherungen bekannt.

¹¹⁸ Versicherungsunternehmen und Versicherungsnehmerin.

¹¹⁹ In kollektiven Krankentaggeldversicherungen sind die einzelnen Versicherten mit Ausnahme der Betriebsinhaberin und ähnlicher Personen i. d. R. nicht namentlich genannt. Sie erscheinen in der Police nur in der Form der kollektivversicherten Lohnsumme und der Anzahl der Arbeitnehmerinnen.

¹²⁰ Einkommenseinbusse zufolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (Schadenversicherung) bzw. krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit als solche (Summenversicherung). Teilweise wird auch etwas unpräzise bloss «Krankheit» und dgl. genannt.

¹²¹ Ein fest oder in % eines Referenzwertes (z. B. 80 % des AHV-Jahresbruttolohnes) vereinbartes Taggeld bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit während einer Dauer von i. d. R. 720 oder 730 Tagen mit einer Wartefrist von meistens 30 Tagen. Teilweise sind auch weitere Angaben wie Vertragscharakter (Schaden-/Summenversicherung), versicherte Maximallöhne pro Person usw. enthalten.

¹²² Vertragsbeginn und -laufzeit.

¹²³ Als Prozent der versicherten Summe.

¹²⁴ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 50.

¹²⁵ Ihr Inhalt entspricht im Wesentlichen den sog. essentialia negotii des Versicherungsvertrages, also versicherte Gefahr, zu versichernder «Gegenstand», Leistung des Versicherungsunternehmens, Prämie und Dauer des Vertrages, vgl. BSK VVG 2. Aufl.-STOESSEL/STRUB, Vor Art. 1/2 N 11 m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 53.

B. Besondere Versicherungsbedingungen

Besondere Versicherungsbedingungen sind wie die Police individuell ausgehandelte Vereinbarungen¹²⁶ für den konkreten Versicherungsvertrag.¹²⁷ Typische Inhalte sind von den AVB etc. abweichende allgemeine Regelungen¹²⁸, gesundheitliche Vorbehalte¹²⁹ oder Sonderregelungen für Spezialfälle^{130, 131}

Die Bezeichnung als BB ist für deren Qualifikation nicht relevant. Massgebend ist allein die individuelle Aushandlung der Vereinbarung. Es kommt in der Praxis bisweilen vor, dass als BB betitelte Klauseln tatsächlich materiell den AVB zuzurechnen sind und daher auch den AVB-spezifischen Regeln unterstehen.¹³² Die Beweislast für das Vorliegen einer Individualvereinbarung einschliesslich der damit verbundenen echten Verhandlungsmöglichkeit liegt beim Versicherungsunternehmen.¹³³

¹²⁶ Individuell verhandelt impliziert dabei, dass die Parteien eine ernsthafte Möglichkeit hatten, diskutierte Versicherungsbestimmungen abzuändern oder zu streichen, BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 277 und 282 m. w. H.; STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S. 89 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 84; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 46 und 81 m. w. H., u. a. auf die Rechtsprechung; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 3 m. w. H.; KOLLER, AJP 2014, S. 24 f. m. w. H. Dieser weist darauf hin, dass daher auch der Beizug einer (versierten) Beraterin durch die AVB-Unterworfenen für Vertragsschluss etc. den AVB ihren Charakter nicht automatisch nimmt.

¹²⁷ Daher werden sie hier vor den allgemeinen Versicherungsbedingungen etc. behandelt.

¹²⁸ Bspw. andere Kündigungsfristen, Deckungs- oder Leistungserweiterungen bzw. -reduktionen gegenüber den Standardprodukten des Versicherungsunternehmens, je nach den Bedürfnissen der Parteien.

¹²⁹ Z. B. Ausschluss gewisser bestehender gesundheitlicher Leiden von der Deckung.

¹³⁰ Bspw. für laufende Schadenfälle bei Abschluss einer neuen Krankentaggeldversicherung.

¹³¹ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 75; BSK VVG 2. Aufl.-STOESSEL/STRUB, § 1 N 33 ff.

¹³² Zum AVB-Begriff unten Rz. 70 ff.; so verfügen Versicherungsunternehmen teilweise über «BB-Kataloge» mit zahlreichen vorformulierten und für die standardisierte Verwendung in einer unbestimmten Anzahl von Fällen vorgesehenen BB. In der Police findet sich dann oft nur der Hinweis auf die entsprechende Katalognummer der fraglichen BB. Vgl. hierzu BSK VVG 2. Aufl.-STOESSEL/STRUB, § 1 N 35 sowie BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 31 ff.

¹³³ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 28; für die AGB allgemein vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 279; KOLLER, AJP 2014, S. 25 m. w. H.; STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S. 90 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 85 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 85.

II. Rechtsnatur und Auslegung

- 62 Die Police sowie weitere individuell verhandelte Vereinbarungen sind Regelungen vertraglicher Natur (Art. 1 OR i. V.m. Art. 100 Abs. 1 VVG). Als solche werden sie gleich wie andere Vertragsbestimmungen gehandhabt. Für ihre Auslegung ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien entscheidend. Falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, folgt in zweiter Linie die Auslegung der Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip.¹³⁴ Diesfalls sind sie so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verstanden werden durften und mussten.¹³⁵ Kurz: Es gilt das als Vertragswille, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden.¹³⁶

¹³⁴ Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_490/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.3.3 m. w. H.

¹³⁵ Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_490/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.3.3 m. w. H. Im Einzelnen ist primär vom Wortlaut der Erklärung auszugehen. Deren einzelne Teile sind jedoch nicht isoliert, sondern im Zusammenhang zu betrachten. Zu berücksichtigen sind zudem die der Empfängerin bekannten Umstände, unter welchen die Erklärung abgegeben worden ist. Daraus kann sich ergeben, dass die Empfängerin einzelne Aussagen der Erklärenden nicht in ihrer wörtlichen Bedeutung verstehen durfte, sondern in einem anderen Sinne auffassen musste. Zudem hat die Richterin zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben. In diesem Zusammenhang ist namentlich die Übereinstimmung mit dem dispositiven Recht zu beachten. Auch der von der Erklärenden in einer Klausel verfolgte Regelungszweck, wie ihn die Erklärungsempfängerin in guten Treuen verstehen durfte und musste, kann von Bedeutung sein. Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass die Erklärungsempfängerin davon ausgehen durfte, die Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an. Ein objektivierter und damit rechtlicher Konsens bedeutet nicht zwingend, dass die sich äussernde Partei tatsächlich den inneren Willen hatte, eine solche Vereinbarung zu treffen; es reicht, wenn die andere Partei aufgrund des objektiv verstandenen Sinns der Erklärung oder des Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen konnte, die sich äussernde Partei habe eine solche Vereinbarung abschliessen wollen, statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2 m. w. H.

¹³⁶ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.1 m. w. H.

III. Inhaltsfreiheit bzw. -schränken

«Im Versicherungsverkehr ist die Vertragsfreiheit in Tat und Wahrheit Freiheit nur für den Versicherer.»¹³⁷

Als vertragliche Vereinbarung gilt für den beschriebenen typischen Inhalt von Police und für weitere individuell verhandelte Vereinbarungen (oben Rz. 59 ff.) grundsätzlich die inhaltliche Gestaltungsfreiheit als Teilaspekt der sog. Vertragsfreiheit.¹³⁸

Dieser «tragende Pfeiler der privatrechtlichen Grundfreiheiten»¹³⁹ beruht allerdings auf dem Modell einer «sich automatisch, naturwüchsig einstellenden sozialen Harmonie durch vertraglichen Interessenausgleich: <Qui dit contractuel, dit juste>».¹⁴⁰ Funktionsvoraussetzung dieses Prinzips ist die «ungestörte Diskussion von gleich auf gleich»,¹⁴¹ also die Möglichkeit der individuell und auf Augenhöhe ausgehandelten Vereinbarung zweier Vertragspartnerinnen. Die historische Gesetzgeberin erkannte schon vor über hundert Jahren, dass es damit auf dem Gebiet der Versicherungsverträge nicht allzu weit her ist und sich dieses Modell in diesem Bereich als weitgehend illusorisch erweist. Die lesenswerte Botschaft zum VVG erläutert folgerichtig, wie die Herrschaft schrankenloser Vertragsfreiheit nicht zu einem «contrat juste», sondern zur vielfachen unbesehenen Preisgabe der Rechte der Versicherten führt und sich die Vertragsfreiheit, wie oben zitiert, in Tat und Wahrheit als eine Freiheit nur für das Versicherungsunternehmen entpuppt.¹⁴²

¹³⁷ Botschaft VVG, S. 250.

¹³⁸ Statt vieler BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 1; Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2b/bb in Abgrenzung zur Krankentaggeldversicherung nach KVG.

¹³⁹ So das Bundesgericht im arbeitsrechtlichen Zusammenhang in BGE 129 III 276 E. 3.1.

¹⁴⁰ BK OR-KRAMER, Art. 19 N 23 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 5.

¹⁴¹ BK OR-KRAMER, Art. 19 N 23 m. w. H.; ZÄCH, SJZ 1978, S. 188; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 5.

¹⁴² Botschaft VVG, S. 250; was freilich die wirtschaftlich an dieser Freiheit interessierten Kreise schon damals nicht hinderte, sich gegen jede Regulierung als «lästige Fessel» zu sträuben, vgl. STÖCKLI, HAVE 2017, S. 431 unter Hinweis auf den Beitrag von RÖLLI, S. 54 aus dem Jahr 1899. STÖCKLI, Aufbruch, S. 200 schreibt zur Aktualität der Botschaft VVG sehr prägnant: «Man spricht dann jeweils von der Vertragsfreiheit, die es hochzuhalten gelte. Wenn ich das höre, vermag ich nie recht einzusehen, was ein von unausweichlichen AGB-Klauseln ausgehendes Vertragsdiktat noch mit Vertragsfreiheit zu tun hat. Der Bundesrat war – vor Jahrzehnten – in dieser Hinsicht glasklar [...] Dieses Zitat ist alt und bekannt, was nichts daran ändert, dass es auch die heutigen

- 65 Aus diesem Grund wird die Inhaltsfreiheit durch die (halb)zwingenden Vorschriften des VVG beschränkt.¹⁴³ Diese finden sich zunächst in den Art. 97 f. VVG aufgelistet.¹⁴⁴ Die Aufzählung ist freilich nicht abschliessend.¹⁴⁵ Folglich finden sich im ganzen VVG verstreut Bestimmungen, deren zwingender Charakter sich durch ihre Auslegung ergibt.¹⁴⁶
- 66 Die Schranken von Art. 97 f. VVG entfallen nur ausnahmsweise bei Vorliegen von Kredit- oder Kautionsversicherungen, soweit es sich um Versicherungen von beruflichen oder gewerblichen Risiken handelt, und bei Transportversicherungen (lit. a) sowie bei Versicherungen mit professionellen Versicherungsnehmern (lit. b von Art. 98a Abs. 1 VVG). Diese Ausnahme ist nach ausdrücklichem Gesetzeswortlaut auf die in Art. 97 f. VVG aufgeführten Bestimmungen beschränkt – auf zwingende Normen ausserhalb dieser Kataloge findet sie keine Anwendung.¹⁴⁷ Die erste Konstellation von Art. 98a VVG betrifft die Krankentaggeldversicherung offensichtlich nicht.¹⁴⁸ Die zweite Konstellation, die neue Kategorie der professionellen Versicherungsnehmerinnen, wird in Art. 98a Abs. 2 VVG definiert und

Verhältnisse treffend charakterisiert.» Das Hohelied auf die Vertragsfreiheit und die Abwehr von «Überregulierung» waren auch tragende Argumente, um die überfällige Totalrevision des VVG 2013 zum Absturz zu bringen, vgl. die Übersicht über und zutreffende Kritik an den Argumenten der Revisionsgegnerinnen bei EISNER-KIEFER, AGB, S. 84 ff. m. w. H.

¹⁴³ Vgl. auch EISNER-KIEFER, AGB, S. 90 zu den AVB (dazu unten mehr).

¹⁴⁴ Als «Vorschriften, die nicht abgeändert werden dürfen» bzw. «Vorschriften, die nicht zuungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden dürfen».

¹⁴⁵ BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 7; FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.108.

¹⁴⁶ Beispiele sind Art. 8 oder 38 Abs. 2 VVG, vgl. namentlich STÖCKLI, HAVE 2020, S. 303 f.

¹⁴⁷ STÖCKLI, HAVE 2020, S. 304. STÖCKLI differenziert weiter nach Normen, die aus sich heraus zwingend sind, und solchen, denen erst Art. 97 f. VVG konstitutiv zwingenden Charakter verleiht. Erstere seien auch dann nicht von Art. 98a VVG erfasst, wenn sie (rein deklaratorisch) in Art. 97 f. VVG erschienen. Das leuchtet zwar ein, steht aber doch im Widerspruch zum Gesetzeswortlaut.

¹⁴⁸ Dasselbe gilt für die weitere, kleine Ausnahme vom zwingenden Recht durch die Verordnung über die Aufhebung von Beschränkungen der Vertragsfreiheit in Versicherungsverträgen vom 1. März 1966 (SR 221.229.11). Diese betrifft Lebensversicherungsverträge und wird hier daher nicht weiter erläutert.

bezweckt eine Abstufung der Schutzintensität nach Schutzbedürfnis.¹⁴⁹ Zu dieser Kategorie gehören u. a. Vorsorgeeinrichtungen (lit. a), andere Versicherungsunternehmen (lit. c), grössere Unternehmen (lit. g) und solche mit professionellem Risikomanagement (lit. f) etc.

Die etwas unscharfe Formulierung von Art. 98a VVG¹⁵⁰ könnte prima vista zur Annahme verleiten, für die Befreiung des Versicherungsunternehmens von den «lästigen Fesseln»¹⁵¹ des zwingenden Rechts nach Art. 97 f. VVG sei nur die Professionalität der Versicherungsnehmerin massgebend. Das VVG bezweckt indessen ganz zentral den Schutz nicht nur der Versicherungsnehmerinnen, sondern auch der Versicherten sowie bestimmter Drittbeteiligter allgemein.¹⁵² So umfasst der persönliche Schutzbereich von Art. 98 VVG (relativ zwingende Normen) nach Titel und Gesetzestext neben der Versicherungsnehmerin (gerade) auch die anspruchsberechtigte Dritte ohne Vertragsparteistellung.¹⁵³ Ähnlich verhält es sich mit Art. 97 VVG. Diese Bestimmung ist zwar absolut zwingend ausgestaltet, vom historischen Gedanken aber auch massgeblich vom Gedanken des Sozialschutzes getragen.¹⁵⁴ Aus Art. 98 VVG ergibt sich ohne Weiteres, dass zur schwächeren und daher schutzwürdigen Seite auch die Anspruchsberechtigte ohne Vertragsparteistellung gehört. Soweit das VVG (auch) die Interessen von Dritten schützt, kann

¹⁴⁹ FUHRER, plädoyer 2021, S. 40; Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5096 und 5133; es geht darum, dass beiden Parteien die «ausreichende Wahrung der eigenen Interessen» möglich ist.

¹⁵⁰ «Artikel 97 und 98 gelten nicht bei: [...] b. Versicherungen mit professionellen Versicherungsnehmern.»

¹⁵¹ Zitat von HANS RÖLLI bei STÖCKLI, HAVE 2017, S. 431.

¹⁵² HEISS, Aktualitäten 2019, S. 124.

¹⁵³ Für die Belange dieser Arbeit also namentlich die Arbeitnehmerin in der kollektiven Krankentaggeldversicherung.

¹⁵⁴ BSK VVG-SCHNYDER/GROLIMUND, Art. 97–99 N 1; BSK VVG Nachführungsband-GROLIMUND/VILLARD, Art. 97–99 Ausblick m. w. H. Namentlich die Botschaft VVG, S. 262 f. begründet auch die Einführung absolut zwingender Normen praktisch ausschliesslich mit Sozialschutzüberlegungen (wider – bildstark formuliert – die «Knechtung des Kleinen durch den Grossen», S. 262). Aus diesem Grund war im Rahmen der Totalrevision vorgesehen, diese Kategorie zu streichen und nur noch relativ zwingende Normen vorzusehen (Botschaft VVG Totalrevision 2011, S. 7727 f.; neben den ohnehin, auch ohne besondere Zuschreibung zwingenden Normen, oben Rz. 65). Aus der jüngsten VVG-Revision kann beispielhaft sodann der neue Art. 35c VVG genannt werden. Dieser ist nach Art. 97 VVG absolut zwingend, dient aber offensichtlich nur dem Schutz der Versicherungsnehmerin bzw. Anspruchsberechtigten vor gewissen AVB der Versicherungsunternehmen.

auch durch einen Versicherungsvertrag nur zwischen professionellen Vertragsparteien nicht zuungunsten der nicht als Partei am Vertrag beteiligten Anspruchsberechtigten vom zwingenden Recht abgewichen werden. Andernfalls läge, selbst bei professionellen Anspruchsberechtigten, ein unzulässiger Vertrag zulasten Dritter vor.¹⁵⁵

- 68 Über die zwingenden Bestimmungen des VVG hinaus bestehen für individuell verhandelte Bestandteile des Krankentaggeldversicherungsvertrages wie Police

¹⁵⁵ Eine solche Rechtsfigur würde gegen den Grundgedanken der Privatautonomie verstossen, vgl. bspw. das Urteil des Bundesgerichts 5A_732/2010 vom 17. Januar 2011 E. 3. Interessant ist hier auch die Botschaft VVG Totalrevision 2011, S. 7727 zur damals vorgesehenen und vergleichbaren Ausnahmeregelung (sachlich anknüpfend an «Grossrisiken» statt der heutigen persönlichen Anknüpfung an professionelle Versicherungsnehmerinnen). Der Vorentwurf hätte es nach Auffassung des Bundesrates bei isoliert grammatikalischer Leseart bspw. erlaubt, bei der Versicherung von Grossrisiken das direkte Forderungsrecht der Geschädigten in der Haftpflichtversicherung wegzubedingen. Gemäss Botschaft war jedoch natürlich auch bei einem Versicherungsvertrag über Grossrisiken nicht beabsichtigt, dass damit in die gesetzlichen Rechte Dritter eingegriffen werde könne. Aus diesem Grund wurde die unscharfe Formulierung dann zwecks Klarstellung im Entwurf abgeändert. Zwar ist die Totalrevision bedauerlicherweise gescheitert, doch übernimmt die Botschaft zur jüngsten Teilrevision betreffend Befreiung vom zwingenden Recht stellenweise *tel quel* ganze Passagen aus der Botschaft zur Totalrevision (z. B. Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5133 zu den KMU usw.) und ist weder aus der aktuellen Botschaft noch aus den parlamentarischen Verhandlungen ein Wille zur Abkehr vom zutreffenden Rechtsverständnis gemäss Botschaft Totalrevision erkennbar. Daher ist davon auszugehen, dass auch die aktuell theoretisch bestehende Möglichkeit, das direkte Forderungsrecht in der kollektiven Krankentaggeldversicherung in Verträgen mit professionellen Versicherungsnehmerinnen auszuschliessen (Art. 98a i. V. m. 98 und 95a VVG), ein Versehen ist; STÖCKLI, SJZ 2012, S. 507 f.; vgl. weiter HEISS, Aktualitäten 2019, S. 126 ff., der sich ebenfalls gegen systemwidrige Befreiungen von zwingenden Schutznormen ausspricht; ähnlicher Auffassung ist sodann auch BRULHART, Anwaltsrevue 2021, S. 326 anhand des obigen Beispiels betreffend das direkte Forderungsrecht der Geschädigten (dazu ebenso BSK VVG 2. Aufl.-FREY/SPINNER, Art. 60 N 17 ff. m. w. H., siehe dabei auch Art. 95a N 9); wohl ebenfalls ähnlicher Auffassung ZIHLMANN, HAVE 2017, S. 470 e contrario (Befreiung des Kollektivlebensversicherungsvertrages als Rückversicherungsvertrag einer Pensionskasse von den zwingenden Bestimmungen des VVG u. a. mit dem Argument, dass mangels direkten Forderungsrechts das Schutzbedürfnis der letztlich vorsorgebegünstigten Personen nicht ins Gewicht falle). Der gleiche Gedanke liegt auch der neuen Gegenausnahme-Regelung im Aufsichtsrecht zugrunde (Art. 30a Abs. 4 VAG, Inkrafttreten voraussichtlich Ende 2023).

und BB aber fast keine inhaltlichen Schranken.¹⁵⁶ Allenfalls ergeben sich gewisse Inhalte untechnisch «zwingend» aus den Vorgaben, welche die Parteien aus anderen Rechtsbeziehungen berücksichtigen müssen.¹⁵⁷

Bis zum 31. Dezember 2021 ausgestellte Policen mussten von der Versicherungsnehmerin nach Empfang der Urkunde auf Fehler geprüft werden und eine Berichtigung musste binnen vier Wochen verlangt werden, widrigenfalls der Inhalt der Police als genehmigt galt.¹⁵⁸ Diese konsumentinnenfeindliche und kritisierte Genehmigungsfiktion¹⁵⁹ ist nun mit der jüngsten VVG-Revision weggefallen. 69

§ 10. Allgemeine Versicherungsbedingungen

I. Begriff

AVB sind das Gegenteil der individuell ausgehandelten Police und BB.¹⁶⁰ Es handelt sich dabei um die versicherungsspezifische Erscheinungsform allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB).¹⁶¹ Trotz gelegentlicher Verwendung dieser Begriff- 70

¹⁵⁶ Einzig im Versicherungsaufsichtsrecht existieren vereinzelte weitere zwingende Vorgaben. Die Normierung ist im Vergleich zu den meisten anderen dort geregelten Versicherungszweigen aber sehr bescheiden (vgl. Art. 31 ff. VAG, Art. 120 ff. AVO). So beziehen sich nur zwei Artikel, die Art. 157 f. AVO, explizit auf die (kollektive) Krankentaggeldversicherung (betreffend Tarifklassen, Erfahrungstarifizierung und Gerichtsstand).

¹⁵⁷ Bspw. kann ein anwendbarer Gesamtarbeitsvertrag der Arbeitgeberin verbindliche Vorgaben zu den Modalitäten der von ihr abzuschliessenden Krankentaggeldversicherung machen. Diesfalls ist sie gut beraten, diesen Folge zu leisten, um das Risiko einer eigenen Haftung aus Arbeitsvertrag zu vermeiden (oben Rz. 28; vgl. auch HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 113 f. und 444 ff.).

¹⁵⁸ Art. 12 aVVG, wobei diese Regelung von der Rechtsprechung etwas «gezähmt» wurde, FUHRER, HAVE 2020, S. 68 sowie SCHMID, HAVE 2020, S. 306 je m. w. H.

¹⁵⁹ FUHRER, HAVE 2020, S. 68; SCHMID, HAVE 2020, S. 306; EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 28; STÖCKLI, HAVE 2017, S. 432.

¹⁶⁰ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 80.

¹⁶¹ Die Versicherungswirtschaft nimmt bei der Entwicklung von AGB sogar eine Vorreiterinnenstellung ein, weil ihr Geschäft idealtypisch ein Massengeschäft ist (UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 2 m. w. H., in N 6 u. a. sehr illustrativ auf die online einsehbaren Musterbedingungen des SVV für diverse Versicherungszweige, ebenso BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 4 m. w. H.; DUPONT, CGA, Rz. 4 unter Hinweis darauf, wie die Versicherung als Streuung des Risikos unter vielen eine Vielzahl einheitlicher Verträge und damit AVB voraussetzt); OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 6.

fe im Gesetz¹⁶² gibt es keine gesetzliche Definition von AGB bzw. AVB.¹⁶³ Die allgemeine AGB-Definition ist daher durch Rechtsprechung und Lehre erfolgt und gilt auch für AVB:

AGB sind für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen, die bei Vertragsschluss von deren Verwenderin gegenüber der Vertragspartnerin gestellt werden.¹⁶⁴

- 71 Der AVB-Begriff ist weit zu verstehen und erfasst materiell auch Bestimmungen, die nicht als AVB figurieren.¹⁶⁵ Neben der Bezeichnung sind auch Form¹⁶⁶, Lokalisation¹⁶⁷ oder Darstellung¹⁶⁸ von Klauseln irrelevant für die Qualifikation als AVB.¹⁶⁹

¹⁶² Bspw. in Art. 2 Abs. 2, Art. 3 Abs. 2, Art. 35 und Art. 91 Abs. 2 VVG, Art. 8 UWG oder Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG.

¹⁶³ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 16; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 71 m. w. H.

¹⁶⁴ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 17 ff. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 71 ff., je mit zahlreichen Hinweisen auf Judikatur und Literatur sowie internationale Definitionen; EISNER-KIEFER, AGB, S. 90.

¹⁶⁵ Wie die oben in Rz. 61 genannten, als BB betitelten Klauseln. Praktisch sehr relevant sodann z. B. Statuten und Reglemente einer Pensionskasse als vorformulierter Inhalt des Vorsorgevertrages, vgl. jüngst das Urteil des Bundesgerichts 9C_588/2020 vom 18. Mai 2021 E. 5.1.2. Weiter z. B. relevante Bestimmungen in Antragsformularen oder Entschädigungsvereinbarungen, BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 21 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 90 f.

¹⁶⁶ Schriftlich oder – im Versicherungsbereich wohl rein theoretisch – mündlich erklärt sowie auf einem Tonträger aufgezeichnet oder sogar bloss im Kopf der Verwenderin gespeichert etc.

¹⁶⁷ In der Police als Hauptdokument selber, als separates Dokument, als online abrufbare Inhalte usw.; beispielhaft für AGB das Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.4; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.1; namentlich gibt es keine natürliche Vermutung dahin gehend, dass der Inhalt der Police individuell vereinbart wurde, vgl. STÖCKLI/BIERI, HAVE 2014, S. 405.

¹⁶⁸ Auch nicht klein Gedrucktes kann zum «Kleingedruckten» zählen, wie AGB umgangssprachlich aufgrund ihrer typischen Erscheinungsform auch bezeichnet werden. Im Urteil des Obergerichts des Kantons Thurgau BR.2003.65 vom 25. August 2003 (RBOG 2003 Nr. 9) ist unter Hinweis auf die Literatur von «augenmörderischem, unübersichtlichem Kleindruck» die Rede.

¹⁶⁹ BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 27 unter Hinweis auf die Definition im ehemaligen deutschen «AGB-Gesetz», das auch weitere Elemente wie Schriftart, Umfang usw. erwähnt, weiter N 30 und BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 19; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 74 m. w. H.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 275 m. w. H.

Im Bereich des in dieser Arbeit behandelten Versicherungszweigs ist die Identifikation von AVB regelmässig problemlos möglich.¹⁷⁰ Die meisten Anbieterinnen verfügen über explizit als solche bezeichnete AVB für die Krankentaggeldversicherung.¹⁷¹ Ab und an sind auch Kombinationen von allgemeinen und zusätzlichen Bedingungen oder ergänzenden Bedingungen (AB und ZB/EB) anzutreffen, die aber bereits optisch offenkundig den Eindruck von AVB erwecken.¹⁷² 72

II. Rechtsnatur und Auslegung

AVB werden teilweise sehr gleichartig bis identisch branchenweit und standardisiert verwendet und in keinem Fall individuell ausgehandelt.¹⁷³ Das verleiht ihnen eine äusserliche Ähnlichkeit zu Gesetzesrecht¹⁷⁴ und verleitet in der Praxis bisweilen (vornehmlich Laiinnen) zur Annahme, AVB hätten gewissermassen Ge- 73

¹⁷⁰ Aus diesem Grund wird an dieser Stelle darauf verzichtet, diverse Einzelfragen zu den jeweiligen Qualifikationsmerkmalen weiter zu vertiefen. Umfassende Darstellungen finden sich bei BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 16 ff. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 75 ff.

¹⁷¹ Vgl. namentlich die online zugänglichen Zusammenstellungen auf [koordination.ch](https://www.koordination.ch), <<https://www.koordination.ch/de/online-handbuch/krankentaggeld/avb>>, sowie auf der Website von STEPHAN FUHRER, <<https://www.stephan-fuhrer.ch/kranken-kollektiv.html>>, beide zuletzt besucht am 30. Juni 2023. Beispielfhaft genannt werden können die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2014 der Helsana Zusatzversicherungen AG oder die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) Krankentaggeldversicherung, Ausgabe 07.2010 der AXA Versicherungen AG.

¹⁷² Z. B. die Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2008 sowie die Zusatzbedingungen für die Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2008 der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG oder die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Zusatzversicherungen (AVB/VVG), Ausgabe 1.1.2008 sowie die Ergänzenden Versicherungsbedingungen Taggeldversicherung (B, BI, C, BI) nach Versicherungsvertrags-Gesetz (EVV/VVG), Ausgabe 1.7.2005 der EGK Privatversicherungen AG; DUPONT, CGA, Rz. 10 m. w. H.

¹⁷³ Es herrschen diesbezüglich kartellmässige Verhältnisse; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 6 f. sowie 15 f. m. H. auch auf andere Branchen, namentlich die Banken.

¹⁷⁴ STÖCKLI, S. 411 spricht angesichts des massenweisen Einsatzes von einer «gesetzgeberähnlichen Stellung» der AGB-Verwenderin im Bereich, für den ihre AGB bestimmt sind. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 7 nimmt den früheren Begriff von AGB als «selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft» wieder auf; ähnlich BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 183 schon mit Hinweis auf das äusserliche Bild von AGB, ebenso KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 3.

setzescharakter.¹⁷⁵ In der Fachwelt ist dagegen unbestritten, dass dem nicht so ist. Vielmehr sind AVB ganz anders als Gesetze «für sich genommen rechtlich unerheblich».¹⁷⁶ AVB sind bloss standardisierte Vertragsinhalte, die überhaupt nur und nur so weit gelten, als sie wirksam in den konkreten Vertrag einbezogen wurden.¹⁷⁷

- 74 Diese Feststellung erscheint *prima vista* vielleicht wenig bedeutsam, wenn man den massenweisen Einbezug von AVB in Versicherungsverträge bedenkt. Sie ist für die Handhabung von AVB aber zentral. Zum einen folgt ihre Auslegung den Regeln der Vertrags- und nicht der Gesetzesauslegung.¹⁷⁸ Zum anderen unterliegen ihre Inhalte angesichts ihres besonderen Charakters vertragsrechtlichen Korrektiven (unten Rz. 87 ff.), die es bei Gesetzen notwendigerweise nicht gibt oder geben kann.
- 75 Die Auslegung nach den Regeln der Vertragsauslegung wiederum bewirkt, dass anders als bei Gesetzen ein individueller Massstab angelegt wird (oben Rz. 62). Massgebend ist, wie die AVB von der anderen Partei nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen in guten Treuen verstanden wer-

¹⁷⁵ Der Autor macht diese Erfahrung in seiner praktischen Tätigkeit immer wieder, seien es AVB-Unterworfene, die glauben, diese AVB würden «leider halt» unverrückbar gelten, oder AVB-Verwenderinnen, die mit Selbstverständlichkeit davon ausgehen, dass Erstere sich alle erdenklichen AVB-Inhalte *tel quel* entgegenhalten lassen müssten, als handle es sich um einen hoheitlichen Erlass; ähnlich auch BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 244; ebenso UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 226, wonach AGB für die Konsumentin die primäre und häufig einzige Quelle von Informationen über die Rechtslage darstellen.

¹⁷⁶ So in aller Prägnanz das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PP130048-O/U vom 11. Februar 2014 E. 6.3.4. Weiter: «Sie sind nur eine Vertragsschablone und kein Vertrag, sowenig als ein Bauplan ein Bau ist. Verbindlich werden Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Übernahme in den Vertrag. Diese erfolgt durch übereinstimmende Übernahmeerklärungen durch die Vertragsparteien im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages.»; ähnlich auch das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.1.

¹⁷⁷ Statt vieler UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 11 f., BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 184 und BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 300 je m. w. H.

¹⁷⁸ Gleich wie die Auslegung von Police und BB, statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2 m. w. H. sowie BSK VVG 2. Aufl.-SPECOGNA, Art. 100 N 17, u. a. mit Hinweis auf die gesetzesähnliche Auslegung von AGB in anderen Rechtsordnungen, ausführlich dazu sodann BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 93 ff. m. w. H. Dies gilt selbst bei vorab behördlich genehmigten AVB, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 12 m. w. H. Zur Vertragsauslegung oben Rz. 62.

den durften und mussten.¹⁷⁹ Es ist also vom Verständnishorizont der AVB-Unterworfenen auszugehen; dieser fehlt es in aller Regel an versicherungsrechtlichem Fachwissen wie auch an Kompetenzen im Bereich der Auslegungstechnik. Somit ist namentlich die «Logik der Versicherung», die hinter einer Klausel stehen kann, nicht automatisch von Bedeutung für die Auslegung.¹⁸⁰ Enthalten die AVB juristisch-technische Begriffe, ist grundsätzlich von der Bedeutung der Wörter im täglichen Sprachgebrauch auszugehen.¹⁸¹

Der rechtstechnische Sinn ist nur massgebend, wenn den Ausdrücken diese Bedeutung auch im gewöhnlichen Sprachgebrauch zukommt.¹⁸² Ein pointiertes Beispiel hierfür ist die Definition von Krankheit als «jede vom Willen der versicherten Person unabhängige Störung der Gesundheit». Das Bundesgericht legte diese AVB-Klausel zu Recht dahin gehend aus, dass damit schlicht der allgemeine Grundsatz der Schadenminderungspflicht wiederholt werde. Die weiter gehende juristisch-technische Auslegung der Vorinstanz wurde dagegen verworfen.¹⁸³

76

¹⁷⁹ BGE 124 III 155 E. 1b m. w. H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 5.1, nicht publiziert in BGE 148 III 57.

¹⁸⁰ LANDOLT/PRIBNOW, Rz. 390 m. w. H.

¹⁸¹ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 103 f. m. w. H. sowie BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 128 mit illustrativem Hinweis auf ein älteres Urteil eines Walliser Gerichts («Der in den AVB enthaltene Begriff [...] ist so zu interpretieren, wie ihn ein vernünftiger Mensch im täglichen Sprachgebrauch versteht, ohne juristische Haarspalterei»), vgl. weiter N 134 und 139 für Beispiele (im letzten Fall unter höchstgerichtlichem Rückgriff auf das Werk «Ueli der Knecht» von Jeremias Gotthelf); BGE 116 II 189 E. 2 m. w. H. (Zigaretten sind trotz Sucht[gefahr] keine «Drogen»); Urteil des Bundesgerichts 5C.179/2006 vom 16. November 2006 E. 2.4.2 m. w. H. («volle Erwerbsunfähigkeit» bedeutet 100%ige Erwerbsunfähigkeit); EISNER-KIEFER, AGB, S. 98.

¹⁸² BGE 115 II 264 E. 5c m. w. H. («vorsätzliche Verbrechen oder Vergehen» sind für Laiinnen Delikte von einer gewissen Schwere, die strafrechtliche Einordnung einschliesslich Strafraumen ist irrelevant; Qualifikation eines technischen Hausfriedensbruchs aus Laiinnensicht als «Bubenstreich»); BGE 124 III 155 E. 1b m. w. H. (die nicht fachkundige Laiin kann die technische Bedeutung des optionsgeschäftlichen Begriffs «Kontrakt» nicht erkennen).

¹⁸³ Urteil des Bundesgerichts 4A_517/2013 vom 2. April 2014 E. 2.1.2 f. und 4; ähnlich auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_314/2015 vom 1. Dezember 2015 E. 3.3 und 4.3. Wer etwas kündigt im Sozialversicherungsrecht ist, weiss, welche sonderjuristischen Schlüsse dort aus im üblichen Sprachgebrauch ähnlich unschuldigen Formulierungen gezogen wurden (vom fehlenden Krankheitswert von «Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte» zur «Überwindbarkeitsvermutung» nach BGE 130 V 352 etc.). Auf diesen Pfad hatte sich auch die Vorinstanz begeben. Der Schatten solcher juristischer Erfindungen wirkt trotz zwi-

Selbst bei Verwendung ganz präziser juristischer Fachausdrücke, allenfalls gekoppelt mit Zitaten der entsprechenden Gesetzesbestimmungen, ist eine wörtliche Auslegung nur im Ausnahmefall zulässig; hierfür muss erstellt sein, dass die nicht fachkundige AVB-Unterworfenen klar verständlich und in individueller Weise auf die Bedeutung der Ausdrücke aufmerksam gemacht worden und sich folglich ihrer Tragweite für die vertragliche Regelung bewusst ist.¹⁸⁴ Gleichermassen kann sich die AVB-Verwenderin regelmässig nicht auf komplexe systematische Auslegungsüberlegungen aus fachkundiger Optik berufen.¹⁸⁵

III. Inhaltsfreiheit bzw. -schränken

«In den [...] allgemeinen Vertragsbedingungen prägen sich vielfach die mit der Versicherung verknüpften wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Anschauungen des Versicherungsverkehrs nicht rein aus; in ihnen kommt regelmäßig nur die Auffassung des einen Interessenten, des Versicherers, zum Ausdruck. Die verschiedene soziale Machtstellung der Parteien und die durchweg mangelnde Sachkunde des Sicherungsbedürftigen lassen es erklären, daß [...] der Versicherte den ihm unbe-

schenzeitlicher Überwindung der «Überwindbarkeitsvermutung» immer noch nach. Vgl. sodann BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 111 m. w. H. zur allgemeinen Unerheblichkeit der Bedeutung eines Begriffs im nicht anwendbaren Sozialversicherungsrecht für die Auslegung eines privatversicherungsrechtlichen Vertrages. Zur Situation, dass die AVB konkrete und präzise Bezüge zu nicht anwendbaren Normen enthalten, vgl. so gleich. Soweit die AVB nur generell auf nicht anwendbare Normen etc. verweisen, stellt sich die Frage der Auslegung regelmässig gar nicht. Der Verweis scheitert bereits an der Geltungskontrolle, unten Rz. 91.

¹⁸⁴ Andernfalls kann, besonders bei vorformulierten Vertragstexten wie AVB, nicht auf einen normativen Willen der anderen Partei zu einer solchen Regelung entgegen ihrem Interesse geschlossen werden, vgl. BGE 129 III 207 E. 2.3, 2.4.1, 2.4.3 und 2.5 ff. zur vergleichbaren Situation bei Sicherungsgeschäften zwischen fachlich versierten und unkundigen Parteien (Qualifikation einer ausdrücklich als «solidarisch» bezeichneten Mitverpflichtung als blosser Bürgschaft; relevant war u. a. das fehlende Interesse der fachlich unkundigen Bürgin, eine echte Solidarschuld einzugehen); Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002 E. 2.3.2 m. w. H.; LANDOLT/PRIBNOW, Rz. 1162; hierfür ist das Versicherungsunternehmen beweissbelastet, BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 105 m. w. H. und BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 103. Die Verwendung von Fachbegriffen und kommentarlosen Gesetzesverweisen ist zudem auch unter dem Gesichtspunkt des Transparenzgebotes (unten Rz. 91) heikel, KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 144 ff. m. w. H.

¹⁸⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 155; ein Beispiel findet sich bei BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 126 m. w. H., obwohl er in N 108 der Systematik immerhin «erhebliches Gewicht» beimisst (ebenso dann BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 106).

kannten, nicht verständlichen oder nicht leserlichen Bedingungen sich kritiklos zu unterziehen pflegt.»¹⁸⁶

Für AVB gilt – in einem ersten Denkschritt – grundsätzlich dieselbe inhaltliche 77
Gestaltungsfreiheit wie oben für Police etc. umschrieben (oben Rz. 63 ff.).¹⁸⁷
Ebenso gelten die dort skizzierten Schranken der Inhaltsfreiheit durch das zwin-
gende Recht, das den grundsätzlichen Risiken der Vertragsfreiheit Rechnung zu
tragen versucht.

Damit hat es aber noch nicht sein Bewenden. AVB gelten aufgrund ihrer struktu- 78
rellen Besonderheit (dazu sogleich) auch bei Beachtung des zwingenden Rechts
«nicht automatisch und nicht immer im vom Versicherer zugedachten Sinn».¹⁸⁸

Der Grund dafür ist die AGB allgemein inhärente Problematik einseitiger Gestal- 79
tungsmacht.¹⁸⁹ Neben allen legitimen und teilweise sogar unentbehrlichen Funk-
tionen von AGB¹⁹⁰ liegt in dieser einseitigen Gestaltungsmacht von AGB auch
eine erhebliche Missbrauchsanfälligkeit:¹⁹¹

Das Vertragsrecht beruht auf dem Modell einer individuell, «auf Augenhöhe»¹⁹² 80
ausgehandelten Vereinbarung zweier (relativ) gleich starker Vertragspartnerinnen
(oben Rz. 64).¹⁹³ Der meist offenkundig fehlenden Augenhöhe im Versicherungs-

¹⁸⁶ Botschaft VVG, S. 254.

¹⁸⁷ EISNER-KIEFER, AGB, S. 90.

¹⁸⁸ So HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 76; ähnlich auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_186/2018 vom 4. Juli 2019 E. 4.1 m.w.H. Das versetzt Laiinnen wie auch Versicherungsmitarbeiterinnen immer wieder einmal in Erstaunen, wie dem Autor aus seiner Anwalts- und Lehrtätigkeit scheint; der gegenteilige Glaube ist offenbar relativ verbreitet.

¹⁸⁹ Die AGB-Verwenderin stellt ihrer Vertragspartnerin begriffsnotwendig ihre Bedingungen, dazu sogleich mehr.

¹⁹⁰ Namentlich die Gestaltung der im VVG kaum skizzierten verschiedenen Versicherungstypen, oben Rz. 39 und 55 ff.; allgemein dazu BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 7 m. w. H.

¹⁹¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 15; EISNER-KIEFER, AGB, S. 104 («den AVB inhärentes Missbrauchspotential»); BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5, 8 und 86 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 5.

¹⁹² Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5134.

¹⁹³ Zum Ganzen statt vieler BK OR-KRAMER, Art. 19 N 25 m. w. H. («verhandlungsstrukturelle Waffengleichheit»), weiter N 29 f. sowie BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 176; individuell verhandelt impliziert dabei, dass die Parteien eine ernsthafte Möglichkeit hatten, diskutierte Vertragsbestimmungen abzuändern oder zu streichen, BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 277 und 282 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 46

wesen versuchte die Gesetzgeberin mit der punktuellen¹⁹⁴ Schaffung zwingenden Gesetzesrechts entgegenzuwirken (oben Rz. 64 ff.).¹⁹⁵ Damit soll(te) verhindert werden, dass die schwächere Partei in der individuellen Verhandlung durch besonders unangemessene Vereinbarungen benachteiligt wird.

- 81 Die Machtasymmetrie der Vertragspartnerinnen ist indessen nur die erste Abweichung der Realität vom theoretischen Modell des Vertragsrechts. Zusätzlich hat der Vertrag in der modernen Gesellschaft einen Funktionswandel durchgemacht: weg von der individuell ausgehandelten Rechtsbeziehung hin zum standardisierten Massenvertrag.¹⁹⁶ Teil dieser Entwicklung ist der in vielen Lebensbereichen aufgetretene und dominierende Vertragsschluss unter Zugrundelegung von AGB.¹⁹⁷ Die Versicherungswirtschaft mit ihren AVB ist ein mustergültiges Beispiel dieses Phänomens und hatte eine Vorreiterinnenrolle bei dessen Entwicklung (oben Fn. 161).
- 82 In zahlreichen, auch existentiellen Lebensbereichen¹⁹⁸ sind Verträge demnach faktisch nur noch auf Basis vorformulierter Bedingungen erhältlich. Der Vertrags-

und 81 m.w.H., u.a. auf die Rechtsprechung; KOLLER, AJP 2014, S. 24 f. m. w. H.; STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S. 89 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 84.

¹⁹⁴ Damit war das VVG bei seinem Erlass ein Meilenstein. Allerdings vermochten die eben nur punktuellen Leitplanken einen genügenden Ausgleich zugunsten der Versicherten während des folgenden Jahrhunderts immer weniger zu bewirken, was dem Gesetz über die Zeit zunehmend harte Kritik einbrachte; vgl. hierzu namentlich den «Paukenschlag» (so FUHRER, plädoyer 2021, S. 40) von GAUCH, recht 1990, insb. S. 77 ff.; Botschaft VVG Totalrevision, S. 7712 ff.; FUHRER, HAVE 2011, S. 343 ff.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 87 ff.; STÖCKLI, HAVE 2017, insb. S. 433 ff.; HEISS, Aktualitäten 2019, S. 124 ff. alle je m. w. H. Zu den auch nach der jüngsten Revision verbleibenden Schutzlücken sodann STÖCKLI, HAVE 2020, S. 301 ff. sowie FUHRER, plädoyer 2021, S. 49 ff.

¹⁹⁵ Botschaft VVG, S. 262 f. («Besonders durch die Aufstellung einer großen Anzahl zwingender Normen hat der Entwurf den Weg gewiesen, den jede Gesetzgebung auf dem Gebiete des Versicherungswesens zu beschreiten hat, wenn sie wirklich den Versicherten einen ausreichenden Schutz gewähren will.»).

¹⁹⁶ Statt vieler BK OR-KRAMER, Art. 19 N 29 m. w. H., «Es handelt sich hier um Verträge, die dem normativen Leitbild der Art. 1 ff. teilweise nur noch formal entsprechen.»; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 282 m. w. H.

¹⁹⁷ Botschaft UWG, S. 1051 f.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 1 ff. m. w. H.

¹⁹⁸ Bspw. deckt die Krankentaggeldversicherung das Risiko krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ab. Dieses stellt für die Versicherten regelmässig und für die versicherungsnehmenden Arbeitgeberinnen bisweilen ebenfalls eine erhebliche Bedrohung dar; STÖCKLI, SJZ 2012, S. 505.

inhalt wird über weite Strecken gar nicht mehr verhandelt, denn AGB sollen ihrer Bestimmung nach gerade nicht verhandelbar sein.¹⁹⁹ Wo die Teilnehmerinnen des Wirtschaftslebens nach den realen Lebensverhältnissen auf entsprechende Verträge angewiesen sind, besteht faktisch ein Zwang zur Kontrahierung unter Geltung von AGB.²⁰⁰ Im Versicherungswesen sehen sich die Vertragsinteressentinnen zusätzlich noch mit kartellmässigen AVB-Verhältnissen konfrontiert, es herrscht somit eine klassische «take it or leave it»-Situation.²⁰¹ Der wesentliche Vertragsinhalt wird einseitig vom Versicherungsunternehmen vorgeschrieben.²⁰²

Zum inhaltlichen Aspekt gesellt sich noch ein formeller Gesichtspunkt. Der wesentliche Vertragsinhalt wird in AGB-Form kommuniziert. Die fraglichen Regelungen werden der Empfängerin nicht etwa mündlich mitgeteilt und bis zu deren Verständnis im Einzelnen erklärt, sondern es wird im Vertrag in aller Regel schlicht

83

¹⁹⁹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 15 mit zahlreichen Hinweisen, u. a. auf die Botschaft zum UWG, wonach AGB faktisch Gesetzesfunktion übernehmen, ohne dessen demokratische Legitimation zu besitzen, sowie die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach AGB gewöhnlich genau dazu dienen würden, das Aushandeln der Vertragsbedingungen zu vermeiden; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 272 m. w. H.; BK OR-KRAMER, Art. 19 N 158 und 275 m. w. H.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.1.

²⁰⁰ Womit die Vertragsfreiheit für die AGB-Unterwerfene zur reinen Theorie verkommt; BK OR-KRAMER, Art. 19 N 30 m. w. H.; Botschaft UWG, S. 1051 f.; spezifisch für die Banken-AGB mit zahlreichen Quervergleichen zum Versicherungswesen GAUCH, recht 2006, S. 87; für das Versicherungswesen Botschaft VVG, S. 250 ff. und 262 f., weiter ZÄCH, SJZ 1978, S. 188 sowie STÖCKLI, SJZ 2012, S. 506 und STÖCKLI, HAVE 2017, S. 433 m. w. H.

²⁰¹ DUPONT, CGA, Rz. 8 m. w. H.; BK OR-KRAMER, Art. 19 N 30 m. w. H.; RÖLLI, S. 54 f.; Botschaft VVG, S. 250 ff. und 262 f.; ZÄCH, SJZ 1978, S. 188; Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6178; STÖCKLI, HAVE 2017, S. 433; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 290 m. w. H.; KOLLER, AJP 2008, S. 948; BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 62 und 215; WALKER, S. 23 m. w. H.; zur vergleichbaren Situation bei den AGB der Banken GAUCH, recht 2006, S. 78, 85 und 87; generell UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 15 f. und 21 f. sowie BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 5 und 86 m. w. H.

²⁰² Vorgeschrieben im doppelten Wortsinne; so schon die Botschaft VVG, S. 262, wonach nicht ein «sich vertragen», sondern ein «vorschreiben» und «befolgen» das Wesen der scheinbaren Vertragsfreiheit im Versicherungswesen sei; die Botschaft UWG, S. 1051 spricht von «diktiertem» Vertragsinhalt, ebenso UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 15 sowie WALKER, S. 23 m. w. H.; vgl. weiter BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 26 und 30. Der Vertragsschluss beschränkt sich so auf die Nennung von Leistung und Gegenleistung, wobei die Versicherungsleistung regelmässig nur in genormter Form zur Auswahl steht und die Prämie als Gegenleistung schon tarifiert ist, BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 176; ähnlich STÖCKLI, SJZ 2012, S. 506.

auf die anwendbaren AGB verwiesen.²⁰³ Die AGB selbst sind typischerweise schon grafisch schlecht lesbar, unübersichtlich und schliesslich inhaltlich oft – zumindest für juristische Laiinnen, bisweilen aber auch für Fachleute – schwer bis nicht verständlich.²⁰⁴ Daher werden AGB im Normalfall weder gelesen noch gar verstanden, sondern höchstens in ihrer Existenz zur Kenntnis genommen.²⁰⁵

²⁰³ Die individuelle Erläuterung bis zum vollen Verständnis würde den Rationalisierungszweck von AGB weitgehend unterlaufen, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 3 ff.; im Zuge der fortschreitenden Digitalisierung sind diese AGB den eigentlichen Vertragsunterlagen auch immer seltener noch physisch beigelegt o. Ä., die Empfängerin muss sich somit zur Lektüre zunächst noch selber auf die Onlinesuche begeben.

²⁰⁴ WALKER, S. 24 und 36 f. m. w. H.; anschaulich dazu das Zitat des damaligen Ombudsmannes der Privatversicherung EDUARD AMSTAD bei GAUCH, recht 1990, S. 77 Fn. 119: «Die Allgemeinen und Speziellen Versicherungsbedingungen» haben sich «zu einem Dickicht verdichtet, in welchem es zu Missverständnissen kommen muss.»; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPE, Rz. 2670 f.

²⁰⁵ So schon RÖLLI, S. 54 m. w. H. und die Botschaft VVG, S. 250 vor über hundert Jahren ohne das Internet und die omnipräsenten Online-AGB. Die Befassung mit diesen dauert i. d. R. genau die Sekunden, welche die Nutzerin benötigt, um auf «Akzeptieren» zu klicken oder das entsprechende Häkchen zu setzen; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPE, Rz. 2672; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 291 mit illustrativem Hinweis auf ein Experiment mit einer «Herodes-Klausel» in den AGB eines öffentlichen WiFi-Spots (Verpflichtung zur Überlassung des erstgeborenen Kindes an die Betreiberin für alle Ewigkeit) – die AGB wurden in kurzer Zeit von zahlreichen Personen ohne Umschweife akzeptiert; Botschaft UWG, S. 1051 f.; aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts ist das gegenteilige Verhalten ökonomisch ineffizient, gar «narrisch», da es mit unvermeidbaren Mühen und Kosten verbunden ist und letztlich keinen Nutzen bringt, da die AGB i. d. R. ohnehin nicht verhandelbar sind (vgl. dazu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 20 ff. m. w. H. sowie BK OR-KRAMER, Art. 19 N 274 und KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 7 und 20 m. w. H.; auch WALKER, S. 24 m. w. H.; eine ausführliche Darstellung der ökonomischen Grundlagen der AGB-Problematik findet sich bei BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 10 ff., zur Zwecklosigkeit der AGB-Lektüre sodann N 86). So dürfte es nicht erstaunen, dass nicht einmal Rechtsprofessoren in ihrem eigenen Alltag AGB lesen: PETER GAUCH, recht 2006, S. 77 f., der z. B. angesichts der Hochglanzprospekte der Banken vom Ausmass der Haftungsbeschränkung in ihren AGB überrascht war; VITO ROBERTO im Tagesanzeiger vom 29. September 2020, «Zu lange Geschäftsbedingungen, Lesen Sie die AGBs, Herr Professor? – <Selbstverständlich nicht>», <<https://www.tagesanzeiger.ch/das-kleingedruckte-ist-nicht-mehr-zumutbar-562409121372>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023 (im Übrigen mit weiteren illustrativen Beispielen von «AGB-Experimenten», freilich leider ohne Erwähnung der «Zombie-Apokalypse»-Klausel in den AGB von Amazon); auch THOMAS KOLLER hat dieselbe Frage einer Studentin in der Vorlesung zum Obligationenrecht Allgemeiner Teil lachend verneint, wenn den Autor die Erinnerung an seine ersten Studiensemester nicht trügt. ROBERTO bezeichnet im genannten Zeitungsinterview die Annahme, dass AGB gelesen würden,

Als dritter Aspekt zeigt die Empirie, dass AGB im Regelfall nicht eine sachgerechte Gesamtregelung bewirken, sondern vielmehr einseitig zugunsten der Verwenderin und zulasten ihrer Vertragspartnerin ausgestaltet werden.²⁰⁶ Das vermag angesichts der gerade dargelegten Machtverhältnisse nicht zu überraschen. AGB bewirken somit als Folge der unterschiedlichen Verhandlungspositionen der Parteien geradezu definitorisch eine Äquivalenzstörung im Vertrag.²⁰⁷ 84

Im Ergebnis erweisen sich AGB somit durchaus als tückisch.²⁰⁸ Vertragliche Abweichungen vom dispositiven Recht können durchaus sachgerecht sein, ebenso wie sich trotz dadurch verursachter Begünstigungen oder Belastungen einer Partei, gesamthaft über den ganzen Vertrag betrachtet, eine billige Regelung ergeben kann. Vorausgesetzt ist dafür indessen, dass die Parteien sich der Regelungen bewusst sind und diese aushandeln konnten.²⁰⁹ Bei AGB ist das nicht der Fall. Damit besteht im Kern das Risiko, dass auf diesem Weg Bedingungen Vertragsinhalt werden, die nicht akzeptiert worden wären, wäre der Vertrag so zustande gekommen wie von der historischen Gesetzgeberin konzipiert. In letzter Konsequenz gefährdet diese Praxis, unter der Flagge der Vertragsfreiheit, nicht weniger als die privatautonome Rechtsgestaltung als Freiheit beider Parteien und Kerninhalt 85

sogar als «Scherz», das Bundesgericht in BGE 122 III 118 E. 2c/aa das gegenteilige Wissen, dass sie häufig gerade nicht gelesen würden, als notorisch; ebenso das Handelsgericht des Kantons Aargau im Urteil HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.2.

²⁰⁶ Botschaft UWG, S. 1051 f. («Es entsteht [...] ein parteiliches Recht.»); Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6177; BGE 122 III 118 E. 2c/aa (die Auslegung der AVB i. S. einer gewollten Verbesserung zugunsten der Gegenpartei sei weltfremd, bestehe doch die gegenteilige Erfahrungstatsache); UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 17 f. m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 86; STÖCKLI, S. 410; BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 178 m. w. H.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 286 m. w. H. («wohl wichtigste Zweck der Verwendung von AGB»); KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 5 und 66.

²⁰⁷ BK OR-KRAMER, Art. 19 N 292.

²⁰⁸ Urteil des Bundesgerichts 5C.248/2001 vom 7. Februar 2002 E. 2b, m. H. auf die Bedeutung von «Tücke» als «nicht ohne weiteres erkennbare, verborgene Eigenschaft (einer Sache), die einen in ärgerliche, gefährliche Situationen bringen kann».

²⁰⁹ Ähnlich STÖCKLI, S. 411 f.; diesfalls können sogar unveränderte AGB-Klauseln als individuell ausgehandelt gelten, sofern eine ernsthafte Möglichkeit bestand, diese abzuändern oder zu streichen, BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 277 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 46 und 81 m. w. H., u. a. auf die Rechtsprechung; KOLLER, AJP 2014, S. 24 f. m. w. H.; STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S. 89 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 84; zur «Richtigkeitsgewähr» eines gleichgewichtig ausgehandelten Individualvertrags sodann BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 178 m. w. H. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 80.

der Vertragsfreiheit.²¹⁰ Ohne AGB-Kontrolle gibt es für die AGB-Unterworfenen oft keine Freiheit, sondern nur das Diktat der Verwenderin – deren schrankenlose Vertragsfreiheit, den wesentlichen Inhalt praktisch notwendiger Verträge einseitig vorzuschreiben, ist die Vertragsunfreiheit der AGB-Unterworfenen.²¹¹

- 86 Zwingendes Gesetzesrecht kann den Vertragsinhalt regelmässig nur punktuell regeln und schafft keine geschlossene Ordnung.²¹² Damit vermag es die geschilderte grundsätzliche Problematik von AGB nicht zu entschärfen. Aus diesem Grund kann das zwingende Gesetzesrecht allein nicht die einzige Inhaltsschranke bei AVB als versicherungsspezifische AGB darstellen. Vielmehr unterliegt ihr Inhalt einer zusätzlichen vertrags- und verwaltungsrechtlichen Prüfung: der sog. «AGB-Kontrolle» und dem Versicherungsaufsichtsrecht.

²¹⁰ Botschaft UWG, S. 1051; GAUCH, recht 1990, S. 77; ähnlich auch BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 6 m. w. H. und BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 179 («Perversion des Vertragsinstituts zum Vertragsdiktat») sowie N 183; BK OR-KRAMER, Art. 19 N 277 (Missbrauch der formalen Hülle des Vertrags zu in Wirklichkeit einseitiger Privatsgesetzgebung); BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 290; WALKER, S. 24 f. und 27 m. w. H.; zu den negativen Auswirkungen von AGB aus der Optik der öffentlichen Ordnung weiter BK OR-KRAMER, Art. 19 N 158 m. w. H.; ähnlich auch SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPE, Rz. 176.

²¹¹ Wie schon die Botschaft VVG, S. 250 prägnant festhielt: «Im Versicherungsverkehr ist die Vertragsfreiheit in Tat und Wahrheit Freiheit nur für den Versicherer.»; weitere pointierte, aber treffende Äusserungen finden sich bei KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 4 Fn. 18: AGB «become effective instruments in the hands of powerful industrial and commercial overlords enabling them to impose a new feudal order of their own making upon a vast host of vassals» bzw. AGB markierten «den Punkt, wo Selbstbestimmung in Fremdbestimmung umschlägt, die sich aber im Gegensatz zur staatlichen Gesetzgebung jeder demokratischen Kontrolle entzieht».

²¹² Die zwingenden Normen des VVG sind hierfür ein anschauliches Beispiel. Eine umfassende zwingende Regelung im Gesetz wäre theoretisch denkbar, würde sich praktisch aber wohl oft als zu wenig flexibel und innovationshinderlich erweisen, STÖCKLI, HAVE 2017, S. 433; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 55; ähnlich SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPE, Rz. 176.

5. Kapitel: Die «AGB-Kontrolle» im Besonderen

«[Die] Möglichkeit, rechtsgeschäftlich von den gesetzlichen Bestimmungen abweichen zu können, liegt zwar in der Natur des dispositiven Rechts. Indes dürfte es kaum mit den Grundgedanken der Gesetzgebung zu vereinbaren sein, dass die demokratisch erlassenen Normen des Gesetzes flächendeckend durch Vertragsnormen substituiert werden, die von einer Seite gesetzt und inhaltlich in unausgewogener Weise ausgestaltet worden sind. Erkennbar ist gegenwärtig vor allem eine Reaktion: die vermehrte Schaffung zwingenden Rechts [...]. In Ergänzung dazu bedarf es indes auch der Möglichkeit, Allgemeine Geschäftsbedingungen ihrer inhaltlichen Unausgewogenheit wegen gerichtlich anzugreifen.»²¹³

Das Dilemma von gleichzeitiger Unverzichtbarkeit und Tücke von AGB kann 87 durch das zwingende Gesetzesrecht allein nicht bewältigt werden. Daher schufen zunächst Rechtsprechung und später auch die Gesetzgebung die Instrumente der sog. «AGB-Kontrolle». Dieses Instrumentarium ist ein «nachträglicher Ersatz» für die fehlende ernsthafte Möglichkeit, Vertragsinhalte zu verhandeln; es tritt als Korrektiv funktional an deren Stelle²¹⁴ und dient dem nachträglichen Machtausgleich.²¹⁵ Dies erlaubt, die positiven Funktionen von AGB (oben Rz. 79) zu nutzen und dabei entgegen den negativen Aspekten von AGB den Grundgedanken des Vertragsrechts – Interessenausgleich durch Verhandlung (oben Rz. 64) – doch zu wahren. Der Geltungsbereich dieses Instrumentariums umfasst AGB allgemein und damit auch AVB.

Das Werkzeug der AGB-Kontrolle lässt sich grob in drei Teilbereiche gliedern: 88 die Geltungskontrolle im engeren Sinn, die Auslegungskontrolle und die Inhaltskontrolle.²¹⁶ Nachfolgend sollen diese Instrumente behandelt werden. Der Fokus dieser Arbeit liegt auf der Inhaltskontrolle, daher bildet diese den Schwerpunkt. Die übrigen Bereiche werden nur übersichtsweise dargestellt.

²¹³ SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 176.

²¹⁴ STÖCKLI/AESCHIMANN, ZBGR 2014, S. 77.

²¹⁵ GROLIMUND, AGB, S. 236.

²¹⁶ Vgl. die Übersicht bei BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 300. Die Unterteilung erfolgt in dieser Arbeit nach «faktischen» Gesichtspunkten. Daher wird die Ungewöhnlichkeitsregel unter «Inhaltskontrolle» behandelt, auch wenn es sich dabei dogmatisch «nur» um eine Geltungskontrolle auf Stufe der Konsensbildung handelt; umgekehrt verbleibt namentlich die Unklarheitenregel in der herkömmlichen Kategorie «Auslegungskontrolle», obschon zu Recht die Frage aufgeworfen wird, ob sie dogmatisch wirklich zur Auslegung im eigentlichen Sinne gehört (hierzu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 161 m. w. H.).

§ 11. Die Geltungskontrolle im engeren Sinn

«Das private Vertragsrecht beruht auf der Idee der Selbstbestimmung, des Konsenses und der Vertragsfreiheit. So steht es in den Büchern, und so wird es auch gelehrt. Die Wirklichkeit jedoch stellt sich differenzierter dar. Denn: Für weite Lebensbereiche ist das private Vertragsrecht ein Herrschaftsrecht. Es wird ausgeübt von den Marktmächtigen, deren Allgemeine Vertragsbedingungen unaufhaltsam in die Verträge der Bevölkerung einfließen, wo sie eine veritable Parallelwelt zum gesetzlich geregelten Vertragsrecht bilden. Daran haben wir uns so sehr gewöhnt, dass wir die Allgemeinen Bedingungen vor Abschluss des Vertrages kaum mehr lesen, sondern wie eine vorgesetzte Wundertüte akzeptieren. Im Regelfall würde es geradezu als absonderlich empfunden, käme einer auf die Idee, die vorformulierten Bedingungen zu studieren, bevor er den Vertrag abschliesst. [...] mein Assistent schien an meinem Verstand zu zweifeln, als ich beim Herunterladen eines Computerprogramms die elektronisch vorformulierten Lizenzbedingungen las, bevor ich sie per Tastendruck akzeptierte. Die betreffenden Bedingungen waren, nebenbei gesagt, in «Legal English» und auch sonst unverständlich. Dass wir die Allgemeinen Vertragsbedingungen gelesen oder sie gar verstanden haben, ist notabene nicht erforderlich, damit sie Geltung erlangen. Unsere Zustimmung zu ihrem Inhalt wird nach den Regeln des Rechts einfach fingiert, sobald wir die Bedingungen durch eine Art Unterwerfungsakt in den Vertrag übernehmen.»²¹⁷

- 89 AGB sind nicht Gesetz. Wie jeder andere Vertragsbestandteil müssen sie somit zunächst gültig in einen Vertrag einbezogen werden, um überhaupt Geltung zu erlangen (oben Rz. 73). Es handelt sich hierbei aber nicht um eine besonders hohe Hürde, denn nach ständiger Rechtsprechung genügt hierfür bereits die Zustimmung zu einem Vertrag, der auf die AGB verweist.²¹⁸ Kein Hindernis ist der Umstand, dass die zustimmende Partei die fraglichen AGB weder gelesen noch verstanden hat (was sogar den Normalfall darstellt, oben Rz. 83).²¹⁹

²¹⁷ Aus der Abschiedsvorlesung von PETER GAUCH, bei BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 41 m. w. H.

²¹⁸ Grundlegend dazu BGE 108 II 416 E. 1b m. w. H.; vorausgesetzt wird somit lediglich ein Hinweis auf die AGB vor Vertragsschluss sowie die Möglichkeit, von deren Inhalt in zumutbarer Weise Kenntnis zu nehmen, BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 44 m. w. H. sowie BGE 139 III 345 E. 4.1 ff.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 312 m. w. H. Bei AVB ist das angesichts von Art. 3 Abs. 2 VVG selten problematisch, BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 45.

²¹⁹ BGE 108 II 416 E. 1b; im Detail BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 41 ff. m. w. H.; ebenso Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1; kritisch hierzu bei Konsumentinnenverhältnissen aber SCHMID, Globalübernahme, S. 859 ff. m. w. H.

Immerhin führt dieser Umstand aber dazu, dass die AGB «bloss» als sog. global statt voll übernommen gelten.²²⁰ Diese Konstellation ist, wie gerade erwähnt, die Regel, sodass für AGB eine Globalübernahme vermutet wird.²²¹ Die Globalübernahme ist dann das Tor zur Geltungskontrolle im weiteren Sinn (dazu unten Rz. 100 ff.).

Nicht von der Globalübernahme erfasst sind jedoch sog. «Verweisklauseln» in AGB (gewissermassen Verweise im Verweis). Solche Klauseln erklären von Dritten entwickelte Definitionen oder Regeln für anwendbar, die an sich im Vertrag nicht gelten würden. Aufgrund des Gebots von Treu und Glauben ist die AGB-Verwenderin gehalten, die AGB an sich wie auch die Regelungsinhalte einzelner AGB-Klauseln transparent zu gestalten.²²² Dieses sog. «Transparenzgebot» hat besonders Auswirkungen auf die Auslegungskontrolle (unten Rz. 94 ff.), aber auch bereits auf die Geltungskontrolle. Ein «Weiterverweis» in den AGB auf nicht unmittelbar anwendbare Vorschriften, Bestimmungen oder Definitionen gesetzlicher oder privater Art bewirkt, dass die AGB die Rechte und Pflichten der Parteien nicht selbst abschliessend bestimmen. Solche Verweisklauseln ergeben aus sich heraus keinen Sinn; die andere Partei kann daraus nicht erkennen, welche Rechte oder Pflichten konkret bestehen. Solche Klauseln gelten daher als unverständlich

²²⁰ Im Gegensatz zur sog. Vollübernahme, also nach voller Kenntnisnahme und Verständnis der fraglichen AGB; hierzu BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 38 ff. m. w. H.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 315 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 86 ff. m. w. H. Da AGB bisweilen sogar für Fachleute schwer bis nicht verständlich sind (oben Rz. 83), liegt eine Vollübernahme primär dann vor, wenn die AGB-Verwenderin sie ihrer Gegenpartei individuell erläutert hat, SHK UWG-PROBST, Art. 8 Fn. 398.

²²¹ Für AVB BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 39 m. w. H., ebenso EISNER-KIEFER, AGB, S. 93. Eine Vollübernahme wäre deshalb vom Versicherungsunternehmen zu beweisen; für die AGB generell BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 315 m. w. H. und KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 88 m. w. H. Dabei steht auch der oft anzutreffende Hinweis in der Verweisung auf die AGB, die Vertragspartnerin habe Letztere zur Kenntnis genommen, der Annahme einer Globalübernahme nicht entgegen, vgl. das Urteil des Appellationsgerichts des Kantons Basel-Stadt BEZ.2019.40 vom 11. Juli 2019 E. 3.2 m. w. H. sowie SCHMID, Globalübernahme, S. 863.

²²² Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.1 m. w. H. Die AVB sollten namentlich systematisch gegliedert, übersichtlich und sprachlich verständlich abgefasst und in lesbarer Schriftgrösse und Schriftart gehalten sein. Siehe dazu auch KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 141 ff., EISNER-KIEFER, AJP 2022 II, S. 645 f. sowie HUG/MÜLLER/SINGER, Jusletter 2022, Rz. 18 ff. je m. w. H. Das Bundesgericht hat die Geltung dieser Anforderungen kürzlich offengelassen, vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.1.2 m. w. H., nicht publiziert in BGE 148 III 57.

und transparenzwidrig; damit findet deren verwiesener Inhalt keinen Eingang in den Vertrag.²²³ Anderes gilt nur, wenn die AGB die Kenntnisnahme und das Verständnis dieser Drittquellen ermöglichen. Dies geschieht typischerweise durch Wiedergabe des Inhalts in den AGB selbst, bei nicht selbsterklärenden Inhalten mit zusätzlicher Erläuterung desselben. Die blosser Angabe der Quelle genügt nur, wo deren Auffinden problemlos möglich und deren Inhalt selbsterklärend ist.²²⁴

- 92 Im Rahmen der Geltungskontrolle ist weiter zu beachten, dass auch grundsätzlich gültig einbezogene AGB aufgrund des Vertrauensprinzips hinter abweichende Individualabreden zurücktreten.²²⁵

²²³ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 228 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AJP 2022 II, S. 645 ff. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 146 m. w. H.; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 7.2 m. w. H.; kritisch dagegen das Urteil des Bundesgerichts 4A_330/2021 vom 5. Januar 2022 E. 4.1.2, nicht publiziert in BGE 148 III 57. Das Bundesgericht scheint die Problematik intransparenter Klauseln nicht im Rahmen der Geltungskontrolle, sondern erst im Zuge der Auslegung zu behandeln (dazu oben Rz. 74 f.). Diesem Entscheid ist aus verschiedenen Gründen wiederum selbst viel Kritik erwachsen, siehe namentlich FELLMANN, SJZ 2023, S. 389 m. w. H., FUHRER, HAVE 2022, S. 170 f., EISNER-KIEFER, AJP 2022 II, S. 645 ff., STACCHETTI, HAVE 2022, S. 175 ff., HUNZIKER-BLUM, HAVE 2022, S. 154 und HUG/MÜLLER/SINGER, Jusletter 2022, Rz. 22 f. und 35 ff.

²²⁴ Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 7.2 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 228 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AJP 2022 II, S. 645 ff. m. w. H.; genannt wird bspw. ein gültiger Link auf ein Trittdokument in den AGB. Ungenügend ist dagegen z. B. ein genereller Hinweis auf Normen eines nicht anwendbaren Gesetzes. Die andere Partei wird regelmässig schon Mühe haben, die massgeblichen Bestimmungen ausfindig zu machen und erst recht ihre konkrete Wirkung auf die AGB und den Vertrag zu erfassen. Angelehnt an die Rechtsprechung zum Prämienzahlungsverzug im VVG (BGE 138 III 2 E. 4.2) dürften die Anforderungen an «Ausdrücklichkeit» umso höher sein, je erheblicher die Wirkung der Verweisung wäre; bei wichtigen Bestimmungen kann dann unter Umständen auch die Beilage der Trittnormen nicht genügen. Als Beispiel kann der Verweis auf an sich nicht anwendbares Sozialversicherungsrecht genannt werden.

²²⁵ BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 342 ff. m. w. H.; im Versicherungsbereich bspw. bei Einbezug echter BB. Dies gilt grundsätzlich unabhängig davon, ob und wie die AGB diesen Fall regeln (zum Vorbehalt von Formvorschriften BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 347 f.) und ob die Abweichung direkt oder mittelbar erfolgt; vgl. für ein Anwendungsbeispiel einer Individualabrede gestützt auf das Vertrauensprinzip das Urteil des Bundesgerichts 4A_512/2015 vom 14. April 2016 E. 3.1 ff.

Ansonsten ist der grundsätzlich gültige Einbezug von AVB bei Versicherungsverträgen allgemein und Krankentaggeldversicherungsverträgen im Besonderen in der Praxis aber kaum problematisch.²²⁶ 93

§ 12. Die Auslegungskontrolle

«[...], da (auch gelesene) AGB inhaltlich oft schwer verständlich sind und selbst Rechtskundige zeitweise Mühe bekunden, den Sinngehalt von AGB zu erfassen.»²²⁷

AGB werden wie andere vertragliche Vereinbarungen ausgelegt (oben Rz. 73 f.). 94
Der Regelfall der Globalübernahme bedingt definitorisch die Nicht-Lektüre oder zumindest das Nicht-Verständnis der AGB. Daher wird für die Auslegung einzelner Klauseln allermeist kein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien zu deren Bedeutung vorliegen und ist direkt die objektivierte Auslegung i. S. des normativen Konsenses massgebend.²²⁸

Sofern weder ein tatsächlicher noch ein normativer Konsens durch Auslegung ermittelt werden kann und nach Treu und Glauben mehrere Auslegungen denkbar sind, gilt im Bereich von AGB die sog. «Unklarheitenregel». Demnach sind mehrdeutige Klauseln gegen die Verfasserin auszulegen.²²⁹ Die AGB-Unterworfenen kann sich umgekehrt auf die für sie günstigste der im ersten Schritt ermittelten möglichen Auslegungen berufen.²³⁰ Damit wird im Ergebnis ein Teildissens in Bezug auf diese Klausel verhindert.²³¹ 95

²²⁶ Ebenso BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 45.

²²⁷ KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 88.

²²⁸ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 93 und 99; EISNER-KIEFER, AGB, S. 97; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG100147-O vom 16. Mai 2014 E. 6.3.3; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 153; entsprechend häufig sind spätere Meinungsverschiedenheiten zu dieser Thematik.

²²⁹ Römisch-rechtlich «in dubio contra stipulatorem», vgl. schon BGE 48 II 242 E. 3; statt vieler z. B. Urteil des Bundesgerichts 4A_279/2020 vom 23. Februar 2021 E. 6.2 m. w. H. sowie BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 3 und 112 ff. Es handelt sich im Grunde um eine Ausprägung des Transparenzgebots, dazu oben Rz. 91.

²³⁰ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 115; EISNER-KIEFER, AGB, S. 98.

²³¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 161 m. w. H.; ohne Konsens kann nämlich nur ein Dissens vorliegen, womit die Klausel nicht Vertragsbestandteil wird.

- 96 Die Unklarheitenregel ist für das Privatversicherungsrecht betreffend Deckungsausschlüsse ausdrücklich im Gesetz verankert (Art. 33 VVG).²³² Durch die Entwicklung eines allgemeinen Instrumentariums der AGB-Kontrolle hat diese Norm aber nur noch wenig selbstständige Bedeutung.²³³
- 97 Immerhin dient sie aber noch zur Begründung eines alternativen Ansatzes in der jüngeren Lehre. So sollen Klauseln nur dann mithilfe der Unklarheitenregel aufrechterhalten werden, wo die Klausel für die AGB-Unterworfenen grundsätzlich günstig ist. Nachteilige Klauseln sollen dagegen nicht über die Unklarheitenregel in den Vertrag gerettet werden können, weil das für die AGB-Unterworfenen gegenüber einem Teildissens ungünstiger ist.²³⁴ Das leuchtet durchaus ein und entspricht letztlich dem Sinn der Unklarheitenregel.
- 98 Dem Sinn der Unklarheitenregel nach ist auch ihr Verhältnis zur Inhaltskontrolle zu beantworten. Die Unklarheitenregel dient dem Schutz der AGB-Unterworfenen, die an der Formulierung der mehrdeutigen AGB nicht mitwirken konnte (Auslegung zuungunsten der AGB-Verwenderin bzw. zugunsten der AGB-Unterworfenen). Das (un)günstigste Auslegungsergebnis ist aus Sicht der Verwenderin regelmässig dasjenige, das zur Nichtigkeit der Klausel führt. Deshalb ist für die Inhaltskontrolle ausnahmsweise von der konsumentinnenfeindlichsten möglichen Auslegungsvariante auszugehen. Andernfalls könnten mehrdeutige, je nach Auslegung unzulässige Klauseln im Kontrollfall durch spontane, gerade noch «nicht-unzulässige» Auslegung gerettet werden. Die blosser Abschwächung durch eine sog. geltungserhaltende Auslegung statt Nichtigkeit begünstigt aber, wie erwähnt, in aller Regel die Verwenderin und benachteiligt die Konsumentin. Der Sinn der Unklarheitenregel spricht klar für eine restriktive Anwendung an dieser Stelle, widrigenfalls sie sich entgegen ihrem Zweck zulasten der AGB-Unterworfenen auswirken würde. Zudem könnte die Klausel in anderen Fällen direkt wieder in der konsumentinnenfeindlichsten Auslegung zum Einsatz gebracht werden (zumindest bis auch dort dann allenfalls das Stichwort «Inhaltskontrolle» die Bühne

²³² «Soweit dieses Gesetz nicht anders bestimmt, haftet das Versicherungsunternehmen für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.» Es ist somit am Versicherungsunternehmen, die Tragweite der Verpflichtung, die es eingehen will, genau zu begrenzen (BGE 148 III 57 E. 2.2.2).

²³³ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 5 und 10. Die Bedeutung beschränkt sich auf Ausschlüsse ausserhalb von AVB.

²³⁴ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 162 m. w. H.

betreten würde); das ist geradezu eine Einladung, es mit zweifelhaften, (bewusst) mehrdeutigen Klauseln zu versuchen und abzuwarten, ob sich jemand wehrt.²³⁵

§ 13. Die Inhaltskontrolle

«Gegenstand der Inhaltskontrolle sind [...] an sich zulässige Vertragsklauseln, denen die Geltung versagt werden soll, weil sie die schwächere Partei unangemessen benachteiligen.»²³⁶

AVB sind hinsichtlich ihres möglichen Inhalts in einem ersten Schritt bloss durch das zwingende Recht eingeschränkt (oben Rz. 77 ff.). Die zweite Schranke liegt – in einem zweiten Schritt – in den Vorgaben der Inhaltskontrolle von AGB. Diese Inhaltskontrolle beruht zum einen auf Rechtsprechung («verdeckte Inhaltskontrolle»), zum anderen auf der AGB-spezifischen Bestimmung von Art. 8 UWG («offene Inhaltskontrolle»). Ausgeklammert bleibt hier eine Inhaltskontrolle von AGB gestützt auf allgemeine Normen des Privatrechts. Die Lehre schlägt ein solches Instrument seit längerer Zeit praktisch einstimmig vor, doch harrt dieses berechnigte Postulat nach wie vor seiner Umsetzung durch die Rechtsprechung.²³⁷

I. «Verdeckte» Inhaltskontrolle durch Geltungskontrolle im weiteren Sinn: Ungewöhnlichkeitsregel

«AGB-Recht ist in der Schweiz daher (noch) beinahe ausschliesslich Richterrecht, massgebend geprägt von den beiden Zivilabteilungen des Bundesgerichts. Auffällig ist dabei das weitgehende Fehlen einer AGB-spezifischen offenen Inhaltskontrolle, wie sie in der Lehre seit Jahrzehnten postuliert wird. Ebenso auffällig ist aber auch, dass das Bundesgericht seit einiger Zeit unter dem Deckmantel der Ungewöhnlichkeitsregel – eigentlich einer Regel der Gültigkeits- bzw. Konsenskontrolle – eine Art verdeckte Inhaltskontrolle vornimmt.»²³⁸

²³⁵ Vgl. hierzu auch unten Rz. 112 und 193 zur ähnlich gelagerten Konstellation der «geltungserhaltenden Reduktion»; KOLLER, Bankkonto, S. 67 f. und KOLLER, AJP 2014, S. 35 f. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 157 ff. m. w. H. auch auf die Lehre und Rechtsprechung im weiteren deutschsprachigen Raum; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 473; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 442.

²³⁶ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.96.

²³⁷ Vgl. die zahlreichen Hinweise in BGE 135 III 1 E. 2.2; übersichtlich hierzu BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 184 ff. und BSK VVG Nachführungsband-FUHRER, Art. 33 ad N 210, eine weitere Übersicht bspw. auch bei KOLLER, AJP 2008, S. 944 m. w. H.

²³⁸ KOLLER, AJP 2008, S. 944 f.

A. Allgemein

- 100 Nach ständiger Rechtsprechung darf die AGB-Verwenderin gestützt auf das Vertrauensprinzip grundsätzlich davon ausgehen, dass ihre AGB verbindlich werden, wenn die Vertragspartnerin deren Akzept global erklärt – also selbst wenn die Vertragspartnerin die AGB weder gelesen noch verstanden hat (oben Rz. 89 ff.).²³⁹ Aus demselben Vertrauensprinzip ergibt sich aber auch die Einschränkung dieses Grundsatzes, wenn die AGB-Verwenderin weiss oder nach der allgemeinen Lebenserfahrung wissen muss, dass ein solcher Erklärungsinhalt nicht gewollt ist.²⁴⁰
- 101 Entsprechend haben Lehre und später auch Rechtsprechung aus dem Vertrauensprinzip die sog. «Ungewöhnlichkeitsregel» entwickelt.²⁴¹ Ursprünglich im Zusammenhang mit Gerichtsstandsklauseln entstanden, ist sie mittlerweile ein wichtiges Instrument der allgemeinen AGB-Kontrolle.²⁴² Danach sind ungewöhnliche Klauseln von der global erklärten Zustimmung zu AGB ausgenommen, wenn die zustimmende Partei nicht gesondert auf diese Klauseln aufmerksam gemacht wurde. Die Verfasserin von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz nämlich, wie gerade erwähnt, davon ausgehen, dass die Vertragspartnerin ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt.²⁴³
- 102 Dogmatisch handelt es sich um ein Instrument der Konsenslehre.²⁴⁴ Damit wäre die Ungewöhnlichkeitsregel formal im Bereich der Geltungskontrolle anzusiedeln. Allerdings beurteilt die Rechtsprechung die Ungewöhnlichkeit teilweise nach inhaltlichen «Gerechtigkeits-» Gesichtspunkten.²⁴⁵ Daher sieht die Lehre darin zu Recht materiell eine (verdeckte) Inhaltskontrolle.²⁴⁶ Entsprechend wird

²³⁹ BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 190 m. w. H.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 315 m. w. H.

²⁴⁰ Früh schon BGE 45 I 43 zu Gerichtsstandsklauseln.

²⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 m. w. H.

²⁴² Zur Entstehungsgeschichte vgl. BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 364 m. w. H. sowie BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 201 ff. noch vor allgemeiner Anerkennung der Ungewöhnlichkeitsregel.

²⁴³ Grundlegend BGE 109 II 452 E. 4 f.; letztmals ausführlich und modifiziert im – erstaunlicherweise nicht publizierten – Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3 m. w. H.

²⁴⁴ BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 m. w. H.; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 358 m. w. H.

²⁴⁵ BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 368 m. w. H.; vgl. sogleich.

²⁴⁶ Vgl. die zahlreichen Hinweise in BGE 135 III 1 E. 2.2; ausführlich auch KOLLER, *AJP* 2008, S. 950 f. m. w. H.

die Ungewöhnlichkeitsregel in dieser Arbeit zusammen mit der offenen Inhaltskontrolle behandelt.

Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel setzt zweierlei voraus: eine objektive und eine subjektive Ungewöhnlichkeit. 103

B. Objektive Ungewöhnlichkeit

Objektive Ungewöhnlichkeit bedeutet nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung einen geschäftsfremden Inhalt.²⁴⁷ Das ist nicht zu verwechseln mit inhaltlicher Unzulässigkeit einer Abrede²⁴⁸ oder (Un)üblichkeit in der Branche²⁴⁹. Objektive Ungewöhnlichkeit ist «schon» dann zu bejahen, wenn die konkrete Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung der Vertragspartnerin beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren. Auch Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund können als ungewöhnlich erscheinen. Bei Versicherungsverträgen sind sodann spezifisch die berechtigten Deckungserwartungen der Versicherungsnehmerin zu berücksichtigen.²⁵⁰ Diese darf auf entsprechende Versprechen aus Bezeichnung 104

²⁴⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3 m. w. H.

²⁴⁸ Auch Klauseln, deren bewusste Vereinbarung im Rahmen einer echten Vertragsverhandlung zulässig ist, können bei der Verwendung in AGB ungewöhnlich sein, vgl. BGE 135 III 1 E. 2.6. BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 74 bezeichnet eine so gelagerte Klausel in der Reiseversicherung sogar als «Lehrbuchfall einer ungewöhnlichen Klausel» (Leistungsausschluss auch bei leichter Fahrlässigkeit, was nach dem aVVG aufgrund der Ausnahme der Reiseversicherung von den zwingenden Bestimmungen möglich war, vgl. Art. 14 Abs. 4 sowie 98 Abs. 1 und 2 aVVG; zur Reiseversicherung im neuen Recht vgl. Art. 98a Abs. 4 VVG); vgl. weiter BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 198 zur gleichen Konstellation im Rahmen einer – bis heute noch nicht Realität gewordenen – offenen Inhaltskontrolle ausserhalb von Art. 8 UWG.

²⁴⁹ Auch branchenübliche Klauseln können ungewöhnlich sein, Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.3 und 5.4.3 sowie EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 376 (und daher zu Recht kritisch gegenüber den Erwägungen im Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2020.00034 vom 26. Februar 2021 E. 5.3.2 f.); die Branchenüblichkeit kann allenfalls im Rahmen der subjektiven Ungewöhnlichkeit eine Rolle spielen, unten Rz. 107 ff.

²⁵⁰ Zum Ganzen BGE 138 III 411 E. 3.1 m. w. H.; früh schon BGE 51 II 230 E. 1; demnach darf namentlich darauf vertraut werden, dass der Versicherungsschutz (auch) häufig auftretende und erhebliche Risiken mit umfasst, vgl. das Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.4.2 – andernfalls taugt die Versicherung nicht, vgl. KOLLER, AJP 2008, S. 950. Weiter liegt, ebenfalls konkret auf Versicherungsver-

und Werbung eines Versicherungsproduktes vertrauen.²⁵¹ Eine Klausel kann sich sodann als ungewöhnlich erweisen, wenn Sinn und Tragweite infolge komplizierter Formulierung verklausuliert sind oder wenn sie aufgrund ihres Standortes innerhalb der AGB überraschend und unerwartet erscheint.²⁵²

- 105 In der Lehre wird vertreten, dass Abweichungen vom dispositiven Recht zugunsten des Versicherungsunternehmens in AVB im Lichte der Ungewöhnlichkeitsregel ungültig seien, sofern darauf nicht deutlich hingewiesen werde.²⁵³ Abweichungen von der dispositiven Ordnung wären damit grundsätzlich objektiv ungewöhnlich. Diese Auffassung kann sich auf eine entsprechende Überlegung des Bundesgerichts im Rahmen der objektivierten Vertragsauslegung stützen: Da das dispositive Recht in der Regel die Interessen der Parteien genügend wahre, habe die Partei, die davon abweichen wolle, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen.²⁵⁴ Diese Erwägung lässt sich sinngemäss gut auf die Frage der Ungewöhnlichkeit übertragen. Schon im Rahmen «klassischer» Vertragsschlüsse muss sich eine Vertragspartnerin eine Abweichung vom dispositiven Recht im Rahmen eines normativen Konsenses nur entgegenhalten lassen, wenn die Abweichung hinreichend deutlich erkennbar war. Umgekehrt darf sie somit mangels entsprechender Hinweise grundsätzlich davon ausgehen, dass die dispositive Ordnung zum Zuge kommt. Dasselbe Vertrauen darf auch die Vertragspartnerin einer AGB-Verwenderin beanspruchen. Abweichungen vom dispositi-

träge bezogen, bspw. eine wesentliche Änderung des Vertragscharakters vor, wenn das Versicherungsunternehmen trotz Bezahlung der vollen Prämie bei Verwirklichung der versicherten Gefahr nur eine reduzierte Leistung erbringen muss (was sodann gleichzeitig auch zu einer wesentlichen Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Vertragspartnerin führt, da die Beschränkung des Anspruchs auf Versicherungsleistungen das wichtigste Recht aus dem Versicherungsvertrag betrifft; EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 375 m. w. H.).

²⁵¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.1 m. w. H.

²⁵² Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2017 vom 2. November 2017 E. 4.3 m. w. H. und E. 5.3; BGE 135 III 225 E. 1.4 mit dem Beispiel einer systematisch unerwartet platzierten Klausel. Eine solche Klausel kann allerdings auch ins Visier der Unklarheitenregel geraten (oben Rz. 95 ff.), vgl. bspw. das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/143/2011 vom 28. November 2011 E. 13 (betreffend einen eventuellen Nachleistungsausschluss in einer Klausel zu Beginn und Ende der Versicherungsdeckung).

²⁵³ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.45, wohl auch aktuell im BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 108; EISNER-KIEFER, AGB, S. 94; HENN, Rz. 578.

²⁵⁴ In jüngerer Zeit z.B. Urteil des Bundesgerichts 4A_562/2017 vom 7. Mai 2018 E. 3.3.2 zu einem Mäklervvertrag oder Urteil des Bundesgerichts 5A_378/2015 vom 15. März 2016 E. 4.1 zu einer Scheidungsvereinbarung.

ven Recht enttäuschen dieses berechnete Vertrauen. Folglich sind Abweichungen vom dispositiven Recht zugunsten des Versicherungsunternehmens als objektiv ungewöhnlich zu qualifizieren.²⁵⁵

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung muss die AGB-Verwenderin nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass die Vertragspartnerin ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt (oben Rz. 100 f.). Die objektive Ungewöhnlichkeit begründet somit die Vermutung fehlender Zustimmung, mindestens einer bewussten Zustimmung in Kenntnis der Tragweite einer Klausel.²⁵⁶ Damit wird letztlich auch eine subjektive Ungewöhnlichkeit vermutet.²⁵⁷ 106

C. Subjektive Ungewöhnlichkeit

Der subjektiv ungewöhnliche Charakter einer Klausel beurteilt sich praxisgemäss aus Sicht der «Zustimmenden» im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Zu berücksichtigen ist u. a. die Person der Zustimmenden, also ob sie geschäfts- und branchenkundig ist: Je weniger geschäfts- oder branchenerfahren sie ist, umso eher wird eine Klausel für sie ungewöhnlich sein. Geschäfts- und Branchenerfahrung meint dabei Erfahrung im Geschäft der AGB-Verwenderin, bei AVB also somit Kenntnisse der Versicherungsbranche.²⁵⁸ Bei komplexen Materien wie dem Ver- 107

²⁵⁵ In diese Richtung geht tendenziell auch BK OR-KRAMER, Art. 19 N 277 m. w. H., u. a. auf die normative Ordnungs- und Leitbildfunktion des dispositiven Rechts. Von diesem könnten sich Vertragspartner zulasten der Kundin nur im Wege echter privatautonomer Entscheidung dispensieren; ähnlich auch SCHMID, Globalübernahme, S. 862, wonach die Konsumentin, die auf faire Vertragsbedingungen vertraut, nach Treu und Glauben keine Verschlechterung ihrer Position gegenüber der dispositiven Regelung erwarten muss, weshalb ungünstige AGB ihren legitimen Erwartungen deutlich zuwiderlaufen.

²⁵⁶ KOLLER, AJP 2008, S. 947.

²⁵⁷ Vermutungsweise hätte die Vertragspartnerin der objektiv ungewöhnlichen Klausel ja nicht zugestimmt oder sich zumindest kritisch geäußert, wenn sie sich ihrer bewusst gewesen wäre. Sofern keine solche Reaktion bewiesen wird, ist zu vermuten, dass sie sich ihrer eben nicht bewusst war, sondern von der Klausel überrascht wurde – und damit erweist sich die Klausel als subjektiv ungewöhnlich i. S. der Rechtsprechung.

²⁵⁸ Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.4.3; BGE 138 III 411 E. 3.5. Nicht von Bedeutung ist dagegen die Erfahrung und Geschäftsgewandtheit im eigenen Gebiet der Vertragspartnerin, BGE 109 II 452 E. 5d sowie z. B. das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 6.2.

sicherungswesen ist solche Erfahrung nur sehr zurückhaltend anzunehmen.²⁵⁹ Entsprechend können auch branchenübliche Klauseln subjektiv ungewöhnlich sein.²⁶⁰ Dies kann je nach den konkreten Umständen sogar für eine branchenkundige oder geschäftserfahrene Person der Fall sein.²⁶¹ Massgebend für die Beurteilung ist sodann stets der Inhalt der einzelnen Klausel und nicht deren allgemeine Natur.²⁶² Allerdings ist trotz diesem rechtsprechungsgemässen Fokus auf die «Zustimmende» die Leitlinie gesamthaft und richtigerweise die Frage, ob die AGB-Verwenderin nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, dass die konkrete Zustimmende die objektiv ungewöhnliche Regelung akzeptieren wollte (oben Rz. 100).²⁶³

- 108 Das zeigt sich namentlich an der Rechtsprechung, wonach es an subjektiver Ungewöhnlichkeit fehlt, wenn die AGB-Verwenderin ihre Vertragspartnerin vorgängig gesondert auf die Klausel aufmerksam macht.²⁶⁴ Diesfalls darf die Verwenderin

²⁵⁹ Angesichts der klaren Aussage in der Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5133 drängt sich im Einklang mit den Wertungen des aktuellen VVG eine Beschränkung auf die sog. «professionellen Versicherungsnehmerinnen» auf («[die] Schutzwürdigkeit [von KMU] liegt ebenfalls im spezifischen Charakter der Versicherungsmaterie begründet: Sie ist aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen.»).

²⁶⁰ Gerade dies wird oft von AGB-Verwenderinnen übersehen, vgl. KOLLER, AJP 2008, S. 950 sowie z. B. die Argumentation des Versicherungsunternehmens im Urteil des Bundesgerichts 4A_187/2007 vom 9. Mai 2008 E. 5.3 und E. 5.4.3; Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG130060 vom 17. Dezember 2014 E. 2.3.2.

²⁶¹ Zum Ganzen BGE 148 III 57 E. 2.1.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.3 m. w. H.; vgl. sodann oben Fn. 259.

²⁶² Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 6.2: So entspreche es einer Erfahrungstatsache, dass allgemein Deckungsausschlüsse bei Verträgen des Privatversicherungsrechts üblich seien. Daher müsse eine geschäftserfahrene Partei auch bei einer Geschäftsversicherung KMU generell mit Klauseln rechnen, welche die Deckung für spezifische Risiken – namentlich auch im Zusammenhang mit Epidemien – ausschliessen. Dennoch bejahte das Handelsgericht die subjektive Ungewöhnlichkeit des ganz konkreten streitbetroffenen Ausschlusses. Man kann somit die Ungewöhnlichkeit bspw. einer konkreten Leistungsbeschränkung nicht mit dem allgemeinen Hinweis verneinen, dass Leistungsbeschränkungen in der einen oder anderen Form früher oder später ohnehin in allen Versicherungsverträgen vorkämen, EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 376.

²⁶³ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 363 und Fn. 437 m. w. H.

²⁶⁴ Vgl. die oben in Rz. 100 f. genannte allgemeine Umschreibung der Ungewöhnlichkeitsregel; BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 371 spricht von einer Hervorhebungs- und Aufklärungsobliegenheit der AGB-Verwenderin; ebenso KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 182 f. m. w. H.

gestützt auf das Vertrauensprinzip von einer bewussten Zustimmung ihrer Vertragspartnerin ausgehen. Es handelt sich dann im Grunde um eine Vollübernahme der betreffenden Klausel (dazu oben Rz. 89 f.). Aus dem Vertrauensprinzip folgt gleichzeitig die Einschränkung, auf der auch die Ungewöhnlichkeitsregel beruht: Soweit die AGB-Verwenderin in guten Treuen davon ausgehen muss, dass ihre Vertragspartnerin die Klausel bzw. deren Tragweite trotz Hinweis und Lektüre nicht verstanden hat, kann auch keine Vollübernahme vorliegen. Diesfalls setzt eine Vollübernahme eine entsprechend genügende Erläuterung der Klausel voraus.²⁶⁵ Ebenfalls besteht kein wirklicher Wille zur Übernahme einer Regelung und somit subjektive Ungewöhnlichkeit, wenn die AGB-Unterworfenen keine Ausweichmöglichkeiten hat.²⁶⁶

Die Rechtsprechung lässt als Hinweis auf potentiell ungewöhnliche Klauseln teilweise bereits graphische Massnahmen wie z. B. Fettdruck und grössere Schrift genügen.²⁶⁷ Angesichts der flächendeckenden Realität betreffend (Nicht-)Lektüre von AGB (oben Rz. 83) funktionieren solche Massnahmen nur in einem praktisch fiktiven Fall als Hinweis. Fiktive Verhältnisse können aber im Rahmen des Vertrauensprinzips nach hier vertretener Auffassung keine Grundlage für berechtigtes Vertrauen bilden.²⁶⁸ Als Hinweis kann daher nur eine Massnahme genügen, die

109

²⁶⁵ BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 371 m. w. H., u. a. auf BGE 104 Ia 278 E. 4c. In jenem Fall ging es um einen kürzlich in die Schweiz eingewanderten Maschineningenieur mit mutmasslich minimalen Deutschkenntnissen. Beide Umstände sprachen gemäss Bundesgericht je für sich glaubhaft dagegen, dass er die Bedeutung einer Gerichtsstandsklausel richtig erfasst haben konnte; weiter KOLLER, AJP 2008, S. 948 (im Massengeschäft dürfte eine solche Aufklärung aber kaum je anzutreffen sein, S. 946 und 948); KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 323 sowie Rz. 182 f.; SHK UWG-PROBST, Art. 8 Fn. 436 m. w. H.

²⁶⁶ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 363 m. w. H.; BGE 109 II 452 E. 5a.

²⁶⁷ Vgl. bspw. das Urteil des Bundesgerichts 4A_475/2013 vom 15. Juli 2014 E. 5.2 und 5.3.1.

²⁶⁸ AGB-Verwenderinnen müssen wissen, dass ihre AGB gar nicht gelesen werden (ebenso wenig die dazugehörigen Produktinformationen, dazu EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 374 f.). Daher können sie auch nicht berechtigterweise darauf vertrauen, dass darin hervorgehobene Inhalte – seien diese noch so fett oder gross gedruckt – überhaupt zur Kenntnis genommen noch diese gar verstanden werden und ihnen dann bewusst zugestimmt wird; im vorgenannten Urteil (oben Fn. 267) haben sowohl die Vorinstanz wie auch das Bundesgericht trotz nach dort vertretener Auffassung genügendem Hinweis auch die objektive Ungewöhnlichkeit geprüft. Das könnte allenfalls ein Indiz darauf sein, dass auch die Richterinnen den blossen Fettdruck in grosser Schrift als nicht restlos befriedigende Begründung erachteten. In diese Richtung geht auch BGE 104 Ia 278 E. 3 a. E. und 4b a. E. f., selbst wenn dort ein genügender Hinweis schliesslich aus

unübersehbar am Kern der Vertragsdokumentation ansetzt.²⁶⁹ Selbstverständlich muss die Vertragspartnerin auch eine so unübersehbar dargestellte Klausel tatsächlich voll verstanden haben, damit eine Vollübernahme angenommen werden kann.

- 110 Als Grundsatz wird eine Globalübernahme vermutet (oben Rz. 90). Entsprechend obliegt der AGB-Verwenderin auch aus diesem Grund der Beweis, dass ihre Vertragspartnerin bei Vertragsschluss Kenntnis und Verständnis einer Klausel i. S. einer Vollübernahme hatte.²⁷⁰

D. Machtgefälle?

- 111 Die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel setzt – entgegen der älteren Rechtsprechung – kein Machtgefälle zwischen den Parteien voraus: Das Vertrauensprinzip schützt nicht primär die schwächere Partei, sondern Treu und Glauben im Geschäftsverkehr.²⁷¹ Daher kann sich nach neuerer Rechtsprechung zutreffend grundsätzlich auch die stärkere oder branchenerfahrenere Partei auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen.²⁷²

anderen Gründen verneint wurde (oben Fn. 265); ähnlich auch BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 373 m. w. H., KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 184 m. w. H., SHK UWG-PROBST, Art. 8 Fn. 436, SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 2672 Fn. 31 sowie STÖCKLI/BIERI, HAVE 2014, S. 400 und 404; generell kritisch zum Schutzausschluss durch blosses Kenntnis einer unbilligen Klausel GROLIMUND, AGB, S. 236. Nach seiner durchaus überzeugenden Auffassung sollte bei fehlenden zugänglichen Alternativen trotz Kenntnis Schutz bestehen.

²⁶⁹ Bspw. Nennung und ggf. Erläuterung der Klausel in der Police direkt bei den versicherten Leistungen oder bei einem Onlineeinkauf im digitalen Warenkorb neben den zu kaufenden Waren und dem entsprechenden Preis.

²⁷⁰ BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 372 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 88 und 190 m. w. H.

²⁷¹ BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 m. w. H.

²⁷² So ausführlich das Urteil des Bundesgerichts 4A_499/2018 vom 10. Dezember 2018 E. 3.3.2 m. w. H. und in Auseinandersetzung mit der anderslautenden früheren Praxis. Es erstaunt, dass dieses Urteil nicht amtlich publiziert wurde; auch nach FUHRER, HAVE 2019, S. 51 stellt es eine begrüßenswerte Praxisänderung dar; BGE 148 III 57 E. 2.1.3.1.

E. Rechtsfolge

Rechtsfolge einer bejahten Ungewöhnlichkeit ist ein fehlender Konsens in Bezug auf die fragliche Klausel. Diese wird nicht Vertragsbestandteil und dadurch allenfalls entstehende Lücken sind ggf. richterlich zu ergänzen.²⁷³ Die Vertragsergänzung richtet sich inhaltlich nach dem, was die Vertragspartnerin nach Vertrauensprinzip hätte erwarten dürfen.²⁷⁴ Eine blossе Reduktion der ungültigen Klausel auf das zulässige, hier «gewöhnliche» Mass fällt ausser Betracht: Eine Reduktion als «worst case»-Folge würde AGB-Verwenderinnen geradezu dazu einladen, es primär mit unzulässigen Klauseln zu versuchen und im Unterliegensfall dann wohl oder übel «nur» mit der gerade noch zulässigen maximalen Eigenbegünstigung oder Fremdbenachteiligung vorliebzunehmen.²⁷⁵ 112

F. Fazit

Der Schwachpunkt der Ungewöhnlichkeitsregel liegt im Erfordernis der subjektiven Ungewöhnlichkeit. Trotz der vorgenannten Voraussetzungen besteht eine gewisse Möglichkeit, diesem Instrument der AGB-Kontrolle mittels klarer Hinweise auf und detaillierter Erläuterungen von noch so problematischen AGB-Klauseln zu entgehen. Wo die Vertragsinteressentinnen auf den Vertragsabschluss angewiesen sind und auch nicht auf Alternativen ausweichen können (oben Rz. 81 f.), droht der AGB-Verwenderin durch solche Machenschaften nicht einmal der an sich denkbare Verlust von künftigen Geschäftspartnerinnen. Die Lehre unterstreicht daher zu Recht das Ungenügen der verdeckten Inhaltskontrolle allein.²⁷⁶ 113

²⁷³ BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 376 f. m. w. H.

²⁷⁴ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 60 m. w. H., u. a. auf BGE 119 II 443; EISNER-KIEFER, AGB, S. 95.

²⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 m. w. H.; BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 208; BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 9; EISNER-KIEFER, AGB, S. 94. Derselbe Schluss ergibt sich auch aus praktischen Überlegungen: Mit einer Reduktion würde man der Richterin in jedem Fall die ziemlich schwierige Aufgabe aufbürden, das Mass des «gerade noch» Zulässigen zu bestimmen.

²⁷⁶ Schon BK OR-KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 1 N 208 f. m. w. H.; ebenso aktuell BK OR-MÜLLER, Art. 1 N 374 f. m. w. H.; weiter KOLLER, AJP 2008, S. 945 und 952 sowie BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 50.

II. «Offene» Inhaltskontrolle nach Art. 8 UWG

A. Allgemein

«Haben die Ungewöhnlichkeits- und die Unklarheitsregel versagt, weil der Versicherer auf eine ungewöhnliche Klausel hingewiesen und diese klar abgefasst hat, ist die Inhaltskontrolle das letzte Bollwerk, mit welchem der Versicherungsnehmer vor unangemessenen, gegen Treu und Glauben verstossenden AVB geschützt werden kann.»²⁷⁷

- 114 Die Rechtsprechung anerkennt weiterhin (noch) keine Inhaltskontrolle von AGB gestützt auf allgemeine Normen des Privatrechts (oben Rz. 99). Als Grundlage für eine offene Inhaltskontrolle kommt damit nur die eine, einzige Norm des schweizerischen Rechts infrage, die sich ausdrücklich mit «missbräuchlichen (allgemeinen) Geschäftsbedingungen» befasst und individuelle Ansprüche vermittelt – Art. 8 UWG.²⁷⁸
- 115 Diese lauterkeitsrechtliche Bestimmung existiert seit 1988. Sie galt in ihrer langjährigen früheren Fassung aber gemeinhin als «zahnloser Tiger».²⁷⁹ Grund dafür war die sehr selten erfüllte Tatbestandsvoraussetzung der «Irreführung».²⁸⁰ Entsprechend dem – mindestens in der Lehre²⁸¹ – anerkannten Reformbedarf wurde dieses Element in der jüngsten Revision von Art. 8 UWG gestrichen.²⁸² Die heutige Fassung seit 1. Juli 2012 lautet:

²⁷⁷ EISNER-KIEFER, AGB, S. 99.

²⁷⁸ BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 183 f.; denkbar wäre daneben eine Anknüpfung an das Aufsichtsrecht, das aber gerade keine individuellen Ansprüche vermittelt: vgl. namentlich die beschränkte präventive AVB-Kontrolle nach Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG sowie unten Rz. 197 ff.

²⁷⁹ So KOLLER, AJP 2014, S. 22 m. w. H.; vgl. weiter BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 192 und BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 183 m. w. H. auf diverse andere treffende, wenn auch wenig schmeichelhafte Bezeichnungen und Kommentare in der Lehre zu Art. 8 aUWG sowie N 187 in der ersten Auflage dazu, dass der Norm in der parlamentarischen Beratung sämtliche Zähne gezogen wurden; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 33 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 62 schreibt von einer «Totgeburt», bei der sämtliche Versuche, sie zu beleben, fehlgeschlagen seien.

²⁸⁰ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 32 f. m. w. H.; vgl. für einen der seltenen Anwendungs- und Bejahungsfälle von Art. 8 aUWG bspw. BGE 119 II 443 E. 1c («Kaskoversicherungsfall») sowie wenige weitere Hinweise auch bei KOLLER, AJP 2014, S. 22.

²⁸¹ Anders war die Stimmung dagegen teilweise im Parlament, dazu KOLLER, AJP 2014, S. 23 m. w. H.; STÖCKLI, Aufbruch, S. 202 m. w. H. spricht prägnant von «anderen Kräften, die gar nichts anderes wollten als ein nutzloses und nicht praktikables Recht».

²⁸² Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6160 und 6177 f.; damit sollte auch die Diskriminierung von Schweizer Kundinnen gegenüber Kundinnen im EU-Raum beseitigt wer-

Art. 8 Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen

Unlauter handelt insbesondere, wer allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in Treu und Glauben verletzender Weise zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten vorsehen.

Schon auf den ersten Blick ist es ersichtlich, dass der Tatbestand diverse, sowohl für sich als auch im Verhältnis zueinander unbestimmte Elemente enthält.²⁸³ Das hat auch der (neu oder wieder) bezahnten Fassung von Art. 8 UWG deutliche Kritik eingebracht.²⁸⁴ Die Problematik fusst wohl (auch) im Entstehungsprozess der aktuellen Norm. Die heutige Fassung ist das Produkt eines bisweilen ein wenig erratisch anmutenden politischen Tauziehens im Parlament (wie eben schon Art. 8 aUWG): Aus mehrfachen Modifikationen der bestehenden Formulierung entstand schliesslich unter Streichung eines Teils derselben eine Fusion der Reste, zuletzt nochmals angereichert mit weiteren Elementen.²⁸⁵ Das hat weder zu mehr Kohärenz noch zu mehr Verständlichkeit beigetragen.²⁸⁶ Die geringe Dichte in den

den, denn gegenüber Letzteren mussten sich Schweizer AGB-Verwenderinnen schon länger einer europarechtlichen Inhaltskontrolle stellen, vgl. S. 6169; EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 32.

²⁸³ Schwierigkeiten bereiten hier vor allem die Elemente «in Treu und Glauben verletzender Weise», «zum Nachteil der Konsumentinnen und Konsumenten» sowie «ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis»; zu allem sogleich mehr; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 185 schreibt zu Recht vom «Reichtum an allgemeinen Rechtsbegriffen» und «Armut an Leitkriterien».

²⁸⁴ Recht treffend z. B. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 34: (Durch mangelnde Transparenz) «erlangt Art. 8 eine unglückliche Ähnlichkeit zu AGB-Klauseln, die ihrerseits häufig schwer verständlich formuliert sind und vor denen die Vorschrift gerade schützen will.». Die Norm teilt damit das Unglück von Section 2 B des Versicherungsgesetzes von Massachusetts: Dort wird vorgeschrieben, dass AVB nur verwendet werden dürfen, wenn sie einen Verständlichkeitstest bestehen – die anschliessende detaillierte Normierung der Anforderungen besteht aber den Test selber nicht, vgl. den Hinweis bei FUHRER, HAVE 2002, S. 13.

²⁸⁵ Die zwei Entstehungsgeschichten sind schön nachgezeichnet bei HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1189 ff.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 89 spricht zu Recht von einer «vom Parlament unter Mühen geborenen» Regelung; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 106 («Der Gesetzgeber scheint sich auf dem Gebiet der AGB – ohne klare Strategie – von momentanen politischen Gemütslagen leiten zu lassen.»).

²⁸⁶ Kritisch bspw. auch HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1192 («schwammige und unklare Art. 8 UWG») sowie S. 1212 («ein Flickwerk in einem Missbrauchsgesetz [...], das niemanden befriedigen kann.»); RÜETSCHI, recht 2013, S. 101 («äusserst vage formuliert und aus einer Aneinanderreihung von mindestens vier Generalklauseln besteht»); GROLIMUND, AGB, S. 234 («grassieren Rechtsunsicherheit und Ratlosigkeit»);

Gesetzgebungsmaterialien an Hinweisen dazu, was eigentlich im Einzelnen bezweckt und gemeint war,²⁸⁷ hat dann gerade umgekehrt zu einer Vielzahl an Publikationen zu Art. 8 UWG geführt. Dabei wurden und werden bezeichnenderweise zu praktisch allen offenen Fragen widersprüchliche Auffassungen vertreten.²⁸⁸

- 117 Eine umfassende Behandlung aller dieser Fragen und Literatur würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und ein eigenes Werk bilden.²⁸⁹ Daher erfolgt die Auseinandersetzung mit den Tatbestandsmerkmalen von Art. 8 UWG an dieser Stelle primär anhand der neusten Literatur mit einigen ausgewählten Ergänzungen vor allem aus dem Versicherungsbereich sowie der ergangenen Rechtsprechung.
- 118 Einleitend muss man feststellen, dass seit der Inkraftsetzung der neuen Fassung von Art. 8 UWG ein ganzes Jahrzehnt vergangen ist. Das Bundesgericht hat sich seit dem 1. Juli 2012 bis Abschluss dieser Arbeit per Mitte 2023 allerdings erst in einer Handvoll Entscheiden (zumindest kurz) zu Art. 8 UWG geäußert. Auch die elektronisch frei zugängliche kantonale Rechtsprechung²⁹⁰ ergibt ein ähnliches Bild. Es gibt generell wenig ausführliche Entscheide zu Art. 8 UWG und insbesondere kaum Urteile, in welchen die Norm als erfüllt betrachtet wird. Art. 8

WALKER, S. 1 («Formulierung des Artikels wenig geglückt, da sich der Tatbestand als äusserst vage darstellt»); EISNER-KIEFER, AGB, S. 100 f. («ebenso kryptischen wie überladenen Formulierung»); «Das Ergebnis dieser Übung ist ein Paradebeispiel eines vom Parlament zusammengeschusterten Flickwerks, mit dem nun niemand mehr etwas Rechtes anzufangen weiss.»); BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 98 («Der Tatbestand erscheint allerdings strukturell wenig überzeugend, besteht er doch aus mehreren, im Prinzip unterscheidbaren Elementen, die sich zugleich in gewisser, wenn auch unterschiedlicher und teilweise unklarer Weise aufeinander beziehen.»); KRAMER/PROBST/PERRIG, Fn. 1549 («Aus wissenschaftlicher Sicht hat die ungenügende Qualität der Gesetzgebung teilweise in der Tat ein bedenkliches Ausmass erreicht.»).

²⁸⁷ So in jüngerer Zeit auch das Bundesgericht im Urteil 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2: «Les travaux législatifs ne sont pas d'un grand secours».

²⁸⁸ Vgl. GROLIMUND, AGB, S. 234 m. w. H.: «Vielmehr grassieren Rechtsunsicherheit und Ratlosigkeit, wie dies die Einführung des neuen Art. 8 UWG anschaulich dokumentiert. So wurden rund um das Inkrafttreten der Vorschrift Legionen von Abhandlungen verfasst, welche widersprüchliche Auffassungen in praktisch allen Anwendungsfragen dokumentieren (Offene Inhaltskontrolle? Abstrakte oder konkrete Prüfung? Einfluss lauterkeitsrechtlicher Überlegungen? Begriff des Konsumentenvertrages? Massgebliche Referenzpunkte zur Beurteilung der Unbilligkeit? Usw.)»; EISNER-KIEFER, AGB, S. 100.

²⁸⁹ Es gibt denn auch bereits mehrere ausführliche Dissertationen relativ spezifisch zu Art. 8 UWG, vgl. bspw. die Werke von WIDMER und WALKER.

²⁹⁰ <<https://entscheidsuche.ch/>>.

UWG ist somit auch zehn Jahre nach Inkrafttreten weitgehend konturlos geblieben. Fast alle der initial intensiv diskutierten Fragen harren offenbar mangels Anwendung der Norm immer noch einer Klärung durch das Bundesgericht.

B. Zeitlicher Anwendungsbereich

Art. 8 UWG gilt in seiner aktuellen Fassung seit dem 1. Juli 2012. Besondere 119
Übergangsbestimmungen hat die Gesetzgeberin nicht erlassen, sodass die allgemeinen Bestimmungen der SchlT ZGB anwendbar sind.²⁹¹ Umstritten ist hier, nach welchem Recht Verträge zu beurteilen sind, die noch unter altem Recht abgeschlossen wurden, am 1. Juli 2012 aber noch nicht vollständig abgewickelt waren. In der Lehre werden dazu entgegengesetzte Meinungen vertreten.²⁹² Die wohl h. L. geht davon aus, dass für diese Verträge weiterhin altes Recht gilt.²⁹³

Nach hier vertretener Auffassung ist mit der Minderheitsauffassung dagegen bei 120
Art. 8 UWG von einer um der öffentlichen Ordnung willen aufgestellten Norm i. S. v. Art. 2 SchlT ZGB auszugehen.²⁹⁴ Diese Bestimmung beinhaltet eine Interessenabwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Umsetzung neuen Rechts und dem Vertrauensinteresse an der Weitergeltung eines alten Regimes.²⁹⁵ Bei zwingendem Recht besteht in aller Regel ein überwiegendes öffentliches Interesse an sofortiger Wirksamkeit.²⁹⁶ Art. 8 UWG ist darüber hinaus eine zwingende Norm, um erheblichen Missständen im AGB-Wesen entgegenzutreten; damit dient sie nach ihrer Zweckbestimmung der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit.²⁹⁷ Mit ihrem zentralen Bezug zu Treu und Glauben (unten Rz. 153 ff.)

²⁹¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 258 f. m. w. H.

²⁹² Vgl. die Übersicht in BGE 140 III 404 E. 4.3 über die Stimmen, die eine Anwendung der neuen Fassung auf alle Verträge befürworten, und diejenigen Autorinnen, die bei altrechtlichen AGB weiterhin das frühere Regime zur Anwendung bringen möchten.

²⁹³ Vgl. die Übersicht in BGE 140 III 404 E. 4.3 und bei UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 260 m. w. H.; AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 21.

²⁹⁴ Näher dazu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 261 und OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 3 je m. w. H.

²⁹⁵ RÜETSCHI, recht 2013, S. 103 m. w. H.

²⁹⁶ BGE 117 II 452 E. 3a m. w. H.; KOLLER, Bankkonto, S. 80 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 111 f. m. w. H.

²⁹⁷ Vgl. ähnlich gelagert BGE 117 II 452 E. 3 zur Anwendung neuer Bestimmungen gegen Missstände im Wohnungswesen auf altrechtlich ausgesprochene, aber erst unter neuem Recht in Kraft tretende Mietzinserhöhungen. Eine ausführliche Analyse der

verkörpert sie zudem ein grundlegendes Prinzip der Rechtsordnung.²⁹⁸ Der Vertrauensschutz als Aspekt der Anwendung von Übergangsrecht steht hier dagegen nicht im Vordergrund: Zum einen ist generell nicht erkennbar, wie eine Verwenderin schutzwürdig darauf vertrauen könnte, unter altem Recht vereinbarte erheblich treuwidrige AGB weiterhin verwenden zu dürfen.²⁹⁹ Zum anderen wurden einseitige AGB schon altrechtlich explizit missbilligt, auch wenn Art. 8 aUWG mangels praktischer Bedeutung letztlich vor allem Symbolgesetzgebung darstellte.³⁰⁰ Ebenso ginge es hier um ein Vertrauen in den Bestand einzelner AGB-Klauseln, nicht des Vertrages als Ganzes. Damit würde ein allfälliges Vertrauen auch nur sehr punktuell enttäuscht und käme diesem Aspekt in der Interessenabwägung vergleichsweise wenig Gewicht zu.³⁰¹ Dementsprechend ist die Bestimmung auch auf altrechtlich geschlossene Verträge anwendbar. Für die wohl mehrheitliche Meinung wird sodann vorgebracht, die für die zeitliche Anknüpfung massgebende Tatsache sei die Verwendung der AGB bei Vertragsschluss.³⁰² Indessen stellt auch eine Berufung auf AGB nach dem 1. Juli 2012 eine selbstständige Verwendung dar (unten Fn. 312) – das Argument spricht eigentlich für die hier vertretene Auffassung. Es wäre fragwürdig, wenn nach aktuellem Recht unzulässige Regelungen noch für potentiell lange Zeit ungehindert eingesetzt werden könnten, nur weil das zugrunde liegende Dauerschuldverhältnis vor dem 1. Juli 2012 entstanden ist.³⁰³

bundesgerichtlichen Rechtsprechung findet sich bei RÜETSCHI, recht 2013, S. 104 ff.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 111 f. m. w. H.

²⁹⁸ Zu diesem Aspekt RÜETSCHI, recht 2013, S. 102 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 112 m. w. H.; in BGE 97 II 390 E. 3 erklärte das Bundesgericht Art. 2 ZGB ausdrücklich zur «um der Sittlichkeit willen» erlassenen Norm. Folgerichtig wendete es dann einen daraus abgeleiteten Grundsatz auch auf altrechtliche Verträge an.

²⁹⁹ Das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben galt unbestrittenermassen bereits vor der UWG-Revision; EISNER-KIEFER, AGB, S. 113 m. w. H.; ähnlich auch KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 306.

³⁰⁰ KOLLER, Bankkonto, S. 79 f.; RÜETSCHI, recht 2013, S. 107 f. m. w. H.; vgl. zu diesem Aspekt auch BGE 117 II 452 E. 3b; EISNER-KIEFER, AGB, S. 112 f. m. w. H.

³⁰¹ Die Analyse der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bei RÜETSCHI, recht 2013, S. 104 ff. zeigt denn auch, dass die Anwendung neuen Rechts u. a. dann abgelehnt wurde, wenn das Schicksal des ganzen Vertrages auf dem Spiel stand. Bei einzelnen Abreden wurde dagegen oft eine Anwendbarkeit bejaht. Wie sogleich folgt, hat sich das auch bei Art. 8 UWG bewahrheitet (unten Rz. 121). Vgl. auch EISNER-KIEFER, AGB, S. 113 m. w. H. sowie zum Vertrauensschutz allgemein BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 152.

³⁰² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 260.

³⁰³ Zu dieser Problematik auch UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 261 m. w. H.; KOLLER, Bankkonto, S. 80; EISNER-KIEFER, AGB, S. 113 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 307.

Damit würden im Übrigen auch diejenigen AGB-Verwenderinnen bessergestellt, die unbeirrt an neu unzulässigen altrechtlichen AGB festhalten – kaum der Sinn und Zweck der UWG-Revision.³⁰⁴

Die Frage war Anlass zum bislang einzigen amtlich publizierten Bundesgerichts- 121
entscheid zu Art. 8 UWG («Fitnessstudio-Fall», BGE 140 III 404). Allerdings wurde darin letztlich nur eine ganz spezifische Konstellation geklärt: diejenige einer AGB-Bestimmung, wonach sich ein Fitnessstudio-Vertrag ohne rechtzeitige Kündigung automatisch verlängerte und bei der die umstrittene Verlängerung noch vor Inkrafttreten des revidierten Art. 8 UWG eingetreten war oder wäre.³⁰⁵ Gestützt auf die SchlT ZGB entschied das Bundesgericht, dass in dieser Konstellation die zugrunde liegende Klausel nicht nach dem neuen Recht zu beurteilen sei (E. 4.4 m. H. auf verschiedene Lehrmeinungen). Ansonsten hätten die Parteien – sollte ein Verstoss gegen das neue Recht festgestellt werden – die Folgen der unterbliebenen ausdrücklichen Vertragsverlängerung zu tragen. Für eine ausdrückliche Verlängerung hätten sie aber zu jenem Zeitpunkt angesichts der Prolongationsklausel und nach Massgabe des damals geltenden Rechts keinen Anlass gehabt (E. 4.4).

Für alle anderen Fälle bleibt die Rechtslage indessen ungeklärt; das Bundesgericht 122
liess diesbezüglich die Frage der Rückwirkung ausdrücklich offen.³⁰⁶ Infolge des abschlägigen Entscheids erfolgten auch keine inhaltlichen Erwägungen zu Art. 8 UWG.³⁰⁷

³⁰⁴ Umgekehrt würden nämlich diejenigen AGB-Verwenderinnen «benachteiligt», die ihre AGB unter neuem Recht anpassen; ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 61 m. w. H.; in anderem Zusammenhang ebenfalls kritisch zur Besserstellung von AGB-Verwenderinnen, die ihre AGB nicht an das geltende Recht anpassen, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 265.

³⁰⁵ Der genaue Sachverhalt war folgender: Die Parteien schlossen per 1. März 2011 einen Fitnessstudio-Vertrag für zwölf Monate. Gemäss AGB verlängerte sich der Vertrag ohne rechtzeitige Kündigung automatisch, was im Februar 2012 zum Disput führte. Die Beschwerdeführerin berief sich gegen diese Klausel auf Art. 8 UWG. Das Bundesgericht bejahte betreffend Rückwirkung eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung und trat daher trotz an sich ungenügendem Streitwert auf die Beschwerde ein (E. 3.2). Materiell erlitt die Beschwerdeführerin hingegen Schiffbruch.

³⁰⁶ BGE 140 III 404 E. 4.4.

³⁰⁷ Mit Ausnahme des «obiter dictum» in E. 4.5, wonach Prolongationsklauseln gemäss Art. 8 UWG zumindest nicht generell unzulässig seien. Damit ist freilich wenig geklärt. In der nicht publizierten E. 5 hat das Bundesgericht sodann die objektive und subjektive Ungewöhnlichkeit dieser Klausel im konkreten Fall verneint.

C. Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen

- 123 Das Tatbestandselement der allgemeinen Geschäftsbedingungen gehört zu den unproblematischen Aspekten von Art. 8 UWG. Der AGB-Begriff dieser Norm entspricht der allgemeinen Definition von Rechtsprechung und Lehre (oben Rz. 70 ff.):

AGB sind für eine Vielzahl von Fällen vorformulierte Vertragsbedingungen, die bei Vertragsschluss von deren Verwenderin gegenüber der Vertragspartnerin gestellt werden.³⁰⁸

- 124 Wie bereits erwähnt, ist im Bereich der Krankentaggeldversicherung die Identifikation von AVB als solche in aller Regel problemlos möglich (oben Rz. 72).
- 125 Auch das Element der «Verwendung» von AGB wirft vergleichsweise wenig Fragen auf.³⁰⁹ Es gibt hier allerdings einen für die Belange von anspruchsberechtigten Dritten interessanten Aspekt, der in der Literatur soweit ersichtlich bisher kaum behandelt wurde: Die herkömmliche, verdeckte Inhaltskontrolle bezieht sich auf das Verhältnis unter den Vertragsparteien (oben Rz. 100 ff.). Anspruchsberechtigte Dritte wie namentlich die Versicherten in der Kollektivkrankentaggeldversicherung sind aber nicht Versicherungsnehmerinnen und daher auch nicht Vertragspartei (oben Rz. 44).³¹⁰ Ihre Stellung, Person und Sicht ist daher nur mittelbar relevant für die Prüfung einer Klausel im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel.³¹¹

³⁰⁸ WIDMER, Rz. 6 f. und 239; BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 33 N 16 ff. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 71 ff., je mit zahlreichen Hinweisen auf Judikatur und Literatur sowie internationale Definitionen; EISNER-KIEFER, AGB, S. 90.

³⁰⁹ Die Diskussion betrifft hier aus Sicht des Autors eher Nebenaspekte, bspw. ob «Verwendung» den Einsatz in einem konkreten Vertrag voraussetze oder bereits das Verfassen, Drucken, Publizieren und Zur-Verwendung-Empfehlen von AGB genüge; oder ob auch eine Konsumentin Verwenderin sein könne, Art. 8 UWG mithin auch (wohl rein theoretische) AGB von Konsumentinnen erfasse; weiterführend hierzu namentlich WIDMER, Rz. 240, ausführlich sodann WALKER, S. 118 ff.; für eine Übersicht über den Stand der Lehre 2014 siehe AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 6 m. w. H.

³¹⁰ Dasselbe gilt bspw. für anspruchsberechtigte Dritte als Begünstigte in einer Lebensversicherung.

³¹¹ Vgl. (kurz) das Urteil des Bundesgerichts 4A_460/2017 vom 8. Dezember 2017 E. 3.2. Die Auswirkungen einer Klausel auf die Versicherten sind z. B. mittelbar relevant, wenn sie vertragliche Verpflichtungen der Arbeitgeberin gegenüber ihren Angestellten unterlaufen, obwohl die Arbeitgeberin die Versicherung genau zur Überwälzung dieser Pflichten auf das Versicherungsunternehmen abgeschlossen hat. Dann werden die berechtigten Deckungserwartungen der Arbeitgeberin an diese Versicherung enttäuscht.

Art. 8 UWG dagegen verlässt das reine Verhältnis unter den Parteien. Die Bestimmung erklärt als unlauter, sich auf AGB zu berufen,³¹² die Konsumentinnen unzulässig benachteiligen. Der Wortlaut enthält (anders als Art. 8 aUWG) keine Einschränkung nur auf eine Benachteiligung der Konsumentin als konkrete Vertragspartei – Konsumentin muss somit «nur» die Benachteiligte, nicht zwingend jedoch auch die Vertragspartnerin sein.³¹³ Ebenso können AGB abstrakt nach Art. 8 UWG überprüft werden.³¹⁴ Merkmal der abstrakten Kontrolle bzw. Generalkontrolle ist gerade, dass die Klägerin (z. B. eine beliebige Konsumentin) selber gar keinen Vertrag auf Grundlage der streitbetroffenen AGB geschlossen hat.³¹⁵ Aus diesem Grund ist Art. 8 UWG auch anwendbar, wenn die AGB-Verwenderin ihre AGB nicht gegen die Vertragspartnerin selber, sondern gegen eine aus dem Vertrag berechnigte Konsumentin einsetzt.³¹⁶ Dabei beurteilt sich der Konsumenten-

³¹² Vgl. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 244 m. w. H. zur «Berufung auf eine Klausel» als Verwendung derselben.

³¹³ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 408. Dies dürfte auch den Grund dafür darstellen, dass in der Lehre überhaupt über eine abstrakte Verwendung als Anwendungsfall von Art. 8 UWG diskutiert wird (also ob z. B. bereits die Aufschaltung auf der eigenen Homepage mit Blick auf künftige Vertragsschlüsse eine «Verwendung» darstellt; so u. a. KUT/STAUBER, Jusletter 2012, Rz. 114 m. w. H.; zu dieser Diskussion weiter auch oben Fn. 309). In dieser Konstellation geht es nicht einmal um eine anderweitig (denn als Partei) tatsächlich am Vertrag beteiligte Konsumentin, sondern um eine Benachteiligung einer unbestimmten, möglicherweise künftig einmal vertragsbeteiligten Konsumentin (bloss potentielle Konsumentin, vgl. OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 10 UWG N 6 m. w. H.).

³¹⁴ Art. 9 f. UWG; dazu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 175 ff. m. w. H. sowie die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6179, weiter auch AB 2011 N 1227 und KOLLER, AJP 2014, S. 36 ff.

³¹⁵ Sie ist also nicht Vertragspartei; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 175 m. w. H.; die Situation ist ähnlich wie oben in Fn. 313, dies im Gegensatz zu Fällen der konkreten Inhaltskontrolle im Rahmen eines bestimmten Vertrages.

³¹⁶ Dafür spricht auch der Zweck der Revision, die Wirksamkeit der Norm zu erhöhen, vgl. die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.; für die Anwendung von Art. 8 UWG muss also «nur» die Benachteiligte Konsumentin sein, nicht dagegen die Vertragspartnerin. Der Bestimmung erwuchs u. a. deswegen langer und erheblicher Widerstand im Parlament (vgl. bspw. AB 2011 N 800, AB 2011 N 1081 f.). Letztlich blieb dieser aber erfolglos. Nach DUPONT, CGA, Rz. 77 kann sich jedoch nur die benachteiligte Dritte mit Konsumentinnenstellung selbst auf Art. 8 UWG berufen, nicht dagegen (gewissermassen stellvertretend) die Vertragspartnerin ohne Konsumentinnenstellung. Nach hier vertretener Auffassung lässt sich diese Einschränkung aber weder aus dem von DUPONT angesprochenen Wortlaut noch aus dem Zweck von Art. 8 UWG (Schutz der einzelnen Konsumentin) ableiten. Praktisch ist die Differenz

tinnenstatus entsprechend nach dem Verhältnis der AGB-Verwenderin zur beteiligten Dritten.³¹⁷ Im Rahmen der konkreten Inhaltskontrolle muss die benachteiligte Konsumentin natürlich tatsächlich am Vertrag beteiligt und darf nicht eine beliebige, völlig vertragsfremde Dritte sein.³¹⁸

D. Benachteiligung von Konsumentinnen

1. Allgemein

- 127 Der bundesrätliche Entwurf zu Art. 8 UWG sah vor, auch Gewerbetreibende vor treuwidrigen AGB zu schützen.³¹⁹ Die Einschränkung des persönlichen Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf «Konsumentinnen» war dann erst das Resultat des politischen Tauziehens im Parlament.³²⁰ Bedauerlicherweise fehlt dieser Änderung neben einem sachlichen Grund³²¹ auch eine inhaltliche Konkretisierung der «Konsumentin» in den Materialien.³²² In der Lehre werden hierzu verschiedenste Auffassungen vertreten. Diese Arbeit fokussiert angesichts der Fülle an Literatur auf die grossen oder für ihr Thema relevanten Fragen. Daneben bestehen

allerdings wohl nicht von allzu grosser Bedeutung – es dürfte die Ausnahme bleiben, dass die Vertragspartnerin Stellvertreterinnenprozesse für die Drittbegünstigte führen möchte.

³¹⁷ Unerheblich ist dagegen, ob die Vertragspartnerin im Verhältnis zur AGB-Verwenderin (ebenfalls) eine Konsumentinnenstellung innehat.

³¹⁸ Ohne Rechte oder Pflichten aus dem Vertrag kann auch keine Beurteilung eines konkreten vertraglichen Missverhältnisses zwischen den Beteiligten stattfinden.

³¹⁹ Die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6173 und 6180 führt zu Recht aus, dass gerade kleine und mittlere Unternehmen im Zusammenhang mit AGB oftmals ebenfalls die schwächere Vertragspartei seien und sich in einer vergleichbaren Situation wie Konsumentinnen fänden.

³²⁰ HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1191 f.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 95 ff.; DUPONT, CGA, Rz. 13 m. w. H.; nach EISNER-KIEFER, AGB, S. 104 hat das Parlament der Gesetzesnovelle damit «die Zähne gleich selbst gezogen».

³²¹ Mit UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 95 ff. m. w. H. ist keine sachliche Begründung für die Einschränkung auszumachen; sie diene schlicht zur politischen Rettung der Norm.

³²² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 99 f. m. w. H.; DUPONT, CGA, vor Rz. 15 betitelt die Klärung des Konsumentinnenbegriffs in Art. 8 UWG treffend als «Schnitzeljagd», vgl. auch Rz. 20.

diverse diskutierte Einzelthemen, welche mangels Relevanz für diese Arbeit hier nicht weiter behandelt werden.³²³

2. Nur «Leistungen des üblichen Verbrauchs»?

Intensiv diskutiert wird zunächst, ob «Konsumentin» eine Beschränkung auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs bedeutet oder nicht.³²⁴ Die wohl h. L. lehnt ein vertragsbezogenes enges Verständnis von «Konsumentin» ab.³²⁵ Entsprechend setzt «Konsumentin» nach mehrheitlicher Auffassung keinen Vertrag über Leistungen des üblichen Verbrauchs voraus.

Nach hier vertretener Auffassung ist der Konsumentinnenbegriff ebenfalls weit zu verstehen.³²⁶ Die gesetzgeberische Zielsetzung, Art. 8 UWG (endlich) Griffigkeit zu verleihen,³²⁷ spricht insbesondere gegen eine Einschränkung auf Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs. Diese werden nämlich nur selten unter Einbezug von AGB abgeschlossen; die Norm würde so weitgehend (erneut) ins Leere laufen.³²⁸ Zudem sind gerade die laufenden Alltagsgeschäfte meistens wenig bedeutsam.³²⁹ Es gibt keinen sachlichen Grund, Konsumentinnen ausgerechnet bei den wichtigeren Geschäften nicht griffig vor erheblichen, ungerechtfertigten treuwidrigen Missverhältnissen in AGB zu schützen.³³⁰ Ein enges Verständnis des

³²³ Bspw. die Frage, ob Konsumentin nur sein kann, wer die vertragscharakteristische Leistung empfängt etc.; sodann weiter z.B., ob die Konsumentinneneigenschaft voraussetzt, dass die andere Partei keine Konsumentin ist; vgl. zu diesen Fragen ausführlich namentlich UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 127 ff. m. w. H. sowie die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9.

³²⁴ Siehe die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 8 ff.

³²⁵ Siehe die Lehrmeinungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9.

³²⁶ Ebenso explizit JUNG, AGB, S. 152 f.

³²⁷ Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.

³²⁸ KOLLER, AJP 2014, S. 26 f.; ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 56.

³²⁹ ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 56 nennen bspw. den Einkauf von Nahrungsmitteln, Kleidern oder Treibstoff; EISNER-KIEFER, AGB, S. 105 m. w. H.

³³⁰ STÖCKLI/AESCHIMANN, ZGBR 2014, S. 92 f.; JUNG, AGB, S. 152 f.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 141 ff. m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 83; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 18 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 104 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 502; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 472; vgl. weiter verschiedene gleichlautende Äusserungen in der Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9.

Konsumentinnenbegriffs würde vielmehr zu Abgrenzungen mit wenig sachgerechtem Ergebnis führen.³³¹

- 130 Versicherungsleistungen mit Erwerbsersatzcharakter decken allerdings ohnehin eine Einbusse des laufenden Einkommens.³³² Mit diesem werden die laufenden Lebensbedürfnisse, mithin der übliche Verbrauch, finanziert. Wie ein Lohnkontraktvertrag ist daher auch eine Lohn etc. ersetzende Versicherung zu den Geschäften über den üblichen Verbrauch zu zählen.³³³ Damit ist die Frage für die Krankentaggeldversicherung als Fokus dieser Arbeit letztlich nicht entscheidend.

3. Juristische Personen?

- 131 Weiter ist es strittig, ob auch juristische Personen Konsumentinnen sein können.³³⁴ Die wohl h. L. lehnt hier ein personell weites Verständnis von «Konsumentin» ab.³³⁵ Entsprechend kann eine juristische Person nach dieser Meinung keine Konsumentin sein.
- 132 Die Frage, ob juristische Personen nach hier vertretener Auffassung als Konsumentinnen i. S. v. Art. 8 UWG gelten können, ist schwierig. Für die Belange dieser Arbeit muss sie ebenfalls nicht abschliessend beantwortet werden – anspruchsberechtigt sind in der Krankentaggeldversicherung immer natürliche Personen.³³⁶

³³¹ KOLLER, AJP 2014, S. 27 nennt das Beispiel eines Spar- und Lohnkontos bei ein und derselben Bank und einheitlichen AGB. Im Rahmen des Sparkontovertrages könnte sich die Kundin nicht auf Art. 8 UWG berufen, in Bezug auf den Lohnkontraktvertrag dagegen schon. Es liegt auf der Hand, dass diese Ungleichbehandlung nicht sachlich begründbar ist – KOLLER nennt sie zu Recht «schlicht absurd»; ebenso UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 142 m. w. H. und BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 83.

³³² Bzw. eine Einbusse der täglichen Haushalts- etc. -kraft, soweit eine Nichterwerbstätigentaggeldversicherung betroffen ist.

³³³ Zum Lohnkonto vgl. das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150071-O vom 25. November 2016 E. 2.3.2 und KOLLER, AJP 2014, S. 27 m. w. H.; auch im prozessualen Bereich wird die Krankentaggeldversicherung in ständiger Praxis als Konsumentinnenverhältnis über Leistungen des üblichen Verbrauchs qualifiziert (unten Fn. 367).

³³⁴ Insbesondere solche ohne kommerzielle Zwecksetzung, bspw. Vereine oder Stiftungen, so tendenziell bspw. GOBET, ST 2013, S. 540; siehe weiter die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 8 ff.

³³⁵ Siehe die Lehrmeinungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9.

³³⁶ Zur Definition der Krankentaggeldversicherung in Abgrenzung zu Schadenexzedentenrückversicherungen oben Fn. 27; bei Letzteren ist ggf. eine Arbeitgeberin als ju-

Mit Blick auf andere Fragen zur Konsumentinneneigenschaft bieten sich aber dennoch einige Überlegungen an:

Wörtlich leitet der Begriff «Konsumentin» zum «Konsum» als «Verbrauch (besonders von Nahrungs-, Genussmitteln); Verzehr, Genuss»³³⁷. Es dürfte jedoch unbestritten sein, dass der blosser «Verbrauch» des Vertragsobjekts weder notwendig noch hinreichend ist, um ein Konsumentinnengeschäft zu bejahen. Der Konsumentinnenbegriff und sein Gegenpart (unten Rz. 136) sind nicht wörtlich, sondern funktional auszulegen – massgebend ist die Frage, was mit diesen Kategorien im Recht bezweckt wird.³³⁸

In der ranghöchsten Binnenrechtsquelle – der Bundesverfassung – figuriert die «Konsumentin» in einer eigenen Bestimmung, Art. 97 BV («Schutz der Konsumentinnen und Konsumenten»). Diese Kategorie tritt somit auf den Plan, weil die damit bezeichneten Personen nach der Verfassung zu schützen sind.

Schutzbedürftig ist die Konsumentin in erster Linie wegen ihrer Stellung gegenüber der anderen Partei; der Konsumentinnenbegriff impliziert eine Schwächeposition.³³⁹ Diese Schwäche resultiert konkret im Zusammenhang mit AGB aus Unerfahrenheit und fehlender Verhandlungsmacht, oft bei gleichzeitiger Unumgänglichkeit des Abschlusses gewisser Verträge und/oder diesbezüglich kartell-

ristische Person anspruchsberechtigt. Vgl. weiter auch Art. 95a VVG zum direkten Forderungsrecht.

³³⁷ Duden online, <https://www.duden.de/rechtschreibung/Konsum_Konsumierung>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

³³⁸ BGE 132 III 268 E. 2.2.2: «Für die Umschreibung des Konsumentenvertrags ist daher der besondere Schutzzweck der im Interesse des Konsumenten erlassenen Bestimmung massgebend»; ähnlich HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 2012, Rz. 10; vgl. sodann UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 87 ff. mit gleicher Methodik in Bezug auf die Auslegung anderer Tatbestandsmerkmale von Art. 8 UWG. Auch im Zusammenhang mit der Ausnahme vom «Konsumentinnenschutz» des VVG gemäss Art. 98a VVG wird zu Recht vertreten, dass die Kategorie der «Unternehmen mit professionellem Risikomanagement» zweckorientiert, einzelfallweise und versicherungsbezogen auszulegen sei. Massgebend sei, ob materiell Verhandlungen auf Augenhöhe möglich seien oder im Gegenteil ein unhaltbares Informations- oder Einflussgefälle bestehe (BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 40 ff.; im Gegensatz zu einer formalen Anknüpfung an generelle Kriterien).

³³⁹ BRUNNER, AGB, S. 119 ff. m. w. H. nennt ein strukturelles Ungleichgewicht infolge eines Informations- und Machtgefälles; vgl. auch WALKER, S. 2 m. w. H. sowie KOLLER-TUMLER, Einführung, S. 12; SCHMID/STÖCKLI/KRAUSKOPF, Rz. 160 f. mit Hinweis auf die Botschaft VVG; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 128.

haften Angebotsverhältnissen.³⁴⁰ «Konsumentin» ist im Kern, wer ihrer Gegenpartei im Vertragsverkehr strukturell unterlegen ist.³⁴¹

- 136 Diese Gegenpartei figuriert unter verschiedenen Titeln («Unternehmerin», «Gewerbetreibende», «une professionnelle», «business» etc.).³⁴² Massgebend ist aber unabhängig von der Bezeichnung erneut eine Implikation, hier der Stärke: Die Unternehmerin ist geschäftsgewandt, erfahren und mit einer gewissen Verhandlungsmacht ausgestattet. Im Verhältnis «business to consumer» ist sie ihrer Gegenpartei daher überlegen, im Verhältnis «business to business» ebenbürtig; folglich bedarf sie keines Schutzes durch Rechtsprechung und Gesetz.³⁴³ Dieser Gedanke liegt auch der neu geschaffenen Kategorie der «professionellen Versicherungsnehmerin» im aktuellen VVG (Art. 98a VVG, oben Rz. 66 f.) zugrunde.³⁴⁴
- 137 Im Zusammenhang mit Krankentaggeldversicherungen ist bspw. an eine Versicherungsnehmerin mit Erfahrung in diesem Bereich zu denken. Mit diesem Know-how kann sie nachteilige AVB erkennen und deren Folgen mit anderweitigen Vorgehren kompensieren.³⁴⁵ Ebenso besteht eine Unternehmerinnen-, Business-,

³⁴⁰ WALKER, S. 16 m. w. H.; das sind die Gründe der grundsätzlichen Tücke von AGB, oben Rz. 80 ff.; vgl. auch JUNG, AGB, S. 155 sowie besonders zu den Kartellverhältnissen BGE 109 II 452 E. 5a.

³⁴¹ BRUNNER, AGB, S. 119 ff. m. w. H. («konsumrechtliches Ungleichgewichtsprinzip»; vgl. zu diesem Begriff die Rechtsprechungshinweise bei UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 28); KOLLER-TÜMLER, Einführung, S. 12; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.1: «Le droit de la consommation fait partie du «droit privé social», qui justifie une protection particulière de la partie faible au contrat.»

³⁴² Vgl. die Formulierungen in den diversen Lehrmeinungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9 (Abschnitt «Frage 9: Setzt der Konsumentenbegriff voraus, dass der Vertragspartner ein Unternehmer ist?»).

³⁴³ Siehe zu diesen englischen Begriffen und dem herkömmlichen Pendant Handels- und Konsumrecht u. a. WALKER, S. 15; bei Rechtsbeziehungen unter Unternehmerinnen wird davon ausgegangen, dass ein strukturelles Gleichgewicht zwischen den Parteien vorliegt, da beide u. a. über einen ausreichenden Informationsstand und eine ebenbürtige Verhandlungsmacht verfügen, BRUNNER, AGB, S. 120 ff. m. w. H.; ähnlich bspw. sodann KUT/STAUBER, Jusletter 2012, Rz. 116 e contrario und UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 23 mit Hinweis auf die Möglichkeit von Unternehmerinnen, auf sie verlagerte Risiken professionell zu beherrschen, weiterzugeben, zu streuen oder zu versichern.

³⁴⁴ Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5133 f. («die mit den Versicherungsunternehmen auf Augenhöhe verhandeln können»); weiter auch oben Fn. 338.

³⁴⁵ Bspw. Kenntnis eines bestimmten Deckungsausschlusses und entsprechender Abschluss einer ausgleichenden Zusatzversicherung. Gibt es dagegen keine Möglichkeit,

professionelle etc. Position, wenn eine Partei die Marktmacht hat, AVB ernsthaft zu verhandeln.³⁴⁶ Schliesslich kann eine solche Position auch daraus resultieren, dass die Partei den nachteiligen Vertragsschluss oder das AVB-Kartell vermeiden und den Vertragsgegenstand zumutbarerweise anderweitig regeln kann.³⁴⁷ In solchen Konstellationen liegt kein Schutzbedarf dieser Partei vor. Entsprechend kann sie funktional als «professionell» qualifiziert werden und kann umgekehrt nicht als «Konsumentin» gelten.

Die Funktion und die Prämissen hinter dem Begriffspaar «consumer/business» 138 zeigen, dass die Kategorien sodann geschäftsbezogen ausgelegt werden müssen.³⁴⁸ Je nach Erfahrung, Verhandlungsmacht etc. in Bezug auf ein konkretes Geschäft kann bei einer Person für dieses Geschäft eine Consumer-Situation vorliegen, während sie bei einer anderen Transaktion aus einer Business-Position heraus handelt. Dies gilt zunächst für Konsumentinnen,³⁴⁹ vor allem aber für Gewerbetreibende: je nach Grösse und Marktsituierung des Gewerbes wird die allgemeine Handelsstärke, speziell die Verhandlungsmacht, sehr unterschiedlich ausfallen. Gerade die politisch vielbeschworenen³⁵⁰ kleinen und mittleren Unternehmen werden je nach Gegenpartei im konkreten Rechtsverhältnis trotz «Professionalität» klar unterlegen sein.³⁵¹ Ähnlich verhält es sich mit der Geschäftsgewandtheit und

die Benachteiligung zumutbarerweise anderweitig zu kompensieren, liegt keine Position der Stärke mehr vor. Dann verbleibt der Person zumindest bei faktisch notwendigen Verträgen trotz aller Erfahrung nur noch, «sehenden Auges ins Verderben» zu unterzeichnen; vgl. auch GROLIMUND, AGB, S. 236.

³⁴⁶ So z. B. der Kanton Aargau mit seiner Sonder-Krankentaggeldversicherung, oben Rz. 32; vgl. auch UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 81 e contrario.

³⁴⁷ Bspw. der Bund, der zufolge Finanzkraft auf eine Krankentaggeldversicherung verzichten kann und seine umfangreiche Lohnfortzahlung selbst finanziert, oben Rz. 29 f.

³⁴⁸ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 104 spricht davon, dass der Konsumentinnenbegriff nicht an einen bestimmten Status, sondern an eine Rolle im Zusammenhang mit einem bestimmten Geschäft anknüpfe; ähnlich JUNG, AGB, S. 153.

³⁴⁹ KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 6 nennen als Beispiel die Professorin für AGB-Recht. Stelle diese ihr Auto in ein Parkhaus und akzeptiere dabei die AGB der Anbieterin, könne von intellektueller Unterlegenheit wohl nicht die Rede sein; weiter kann auf das Beispiel oben in Fn. 345 verwiesen werden (sofern die Professorin den Ausschluss, wie dort erwähnt, anderweitig kompensieren, z. B. sinnvoll separat versichern kann).

³⁵⁰ KOLLER, AJP 2014, S. 26; SHK UWG-PROBST, Art. 8 Fn. 672.

³⁵¹ Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6173 und 6180, wonach z. B. gerade kleine und mittlere Unternehmen im Zusammenhang mit AGB oftmals ebenfalls die schwächere Vertragspartei seien; generell zum Schutzbedarf von Unternehmerinnen gegenüber den AGB ihrer Vertragspartnerinnen WALKER, S. 16 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG,

-erfahrung: Bei kleineren Unternehmen wird diese oft auf den Kernbereich der eigenen gewerblichen Tätigkeit beschränkt sein und andere Aspekte des geschäftlichen Handelns nicht einschliessen.³⁵² Ausserhalb dieses Kernbereichs liegt dann auch keine – mit «Professionalität» eigentlich gemeinte – Stärke vor.³⁵³ Insofern

Rz. 9 ff.; sodann Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG120015 vom 18. März 2013 E. 4.4.2.2; EISNER-KIEFER, AGB, S. 104 m. w. H. Vgl. auch die frühere Rechtsprechung zur «schwächeren Partei» im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel (oben Rz. 111), namentlich BGE 109 II 452 E. 5a: «Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet.»

³⁵² Andere Aspekte können z.B. Versicherungen sein, EISNER-KIEFER, AGB, S. 104 m.w.H.; vgl. aus dem zivilprozessualen Bereich auch BGE 138 III 386 E. 2.9: «[...] man es auf Versicherungsnehmerseite mit geschäftlich wenig erfahrenen Einzelpersonen zu tun habe, denen als Versicherer eine wirtschaftlich starke Gesellschaft des Handelsrechts gegenüberstehe»; weiter die Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5133: «Das Eingreifen des Gesetzgebers ist dort geboten, wo ein Informations- oder Einflussgefälle zwischen den Vertragsparteien besteht. Vom Schutzbereich [...] dieses Gesetzes sollen daher [...] auch solche [Verträge] mit kleinen und mittleren Unternehmen erfasst werden. Deren Schutzwürdigkeit liegt ebenfalls im spezifischen Charakter der Versicherungsmaterie begründet: Sie ist aufgrund ihrer Eigenarten und Komplexität selbst für geschäftsgewandte Personen nur schwer zu beherrschen.»; dies gilt sogar für versicherungsnahe Institutionen, wie FUHRER, plädoyer 2021, S. 42 am Beispiel der Vorsorgeeinrichtungen zutreffend aufzeigt: Deren «Professionalität» bezieht sich einzig auf die abgeschlossenen Kollektivlebensversicherungen (als Rückversicherung der eigenen Versicherungsleistungsverprechen gegenüber den eigenen Versicherten). Betreffend andere Versicherungszweige wie z.B. die Organhaftpflichtversicherung für den Stiftungsrat liegt dagegen keine besondere Professionalität vor (weil diese eben nicht im Kernbereich der eigentlichen «professionellen» Tätigkeit einer Vorsorgeeinrichtung liegt; ebenso auch BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 26); ebenfalls in diese Richtung geht ZIHLMANN, HAVE 2017, S. 469 f.

³⁵³ Darauf zielt implizit auch das Konzept der «End- oder Eigenverbraucherin» ab. Dieses wird als Inhalt einiger der Konsumentinnenbegriffe des Schweizer Rechts diskutiert, vgl. JUNG, AGB, S. 153 sowie DUPONT, CGA, Rz. 15 je m.w.H. Wer im Geschäftsverkehr Waren und Leistungen nicht «letztgebraucht», sondern zur Erbringung der eigenen Wirtschaftsleistung weiterverarbeitet, -veräussert etc., handelt regelmässig im Kerngebiet der eigenen wirtschaftlichen Tätigkeit. Die dadurch implizierte Stärke ist der Grund für die fehlende Konsumentinnenposition, nicht der an sich wenig aussagekräftige Umstand des (fehlenden) «Endgebrauchs». Konsequenterweise schliesst ein fehlender «Letztverbrauch» die Konsumentinneneigenschaft bspw. im internationalen Zivilprozessrecht nicht aus (BGE 121 III 336 E. 5 f.; es ging um eine Verbindung von Kommissions- und Kreditgeschäften, die als Verbraucherstreitigkeit qualifiziert wurde,

ist es folgerichtig, dass im aktuellen VVG auch Unternehmen, besonders KMU, nicht pauschal als «professionelle Versicherungsnehmerinnen» gelten.³⁵⁴

Funktion und Prämisse hinter «Konsumentin» bzw. «business» sprechen daher 139 eigentlich für eine Differenzierung ähnlich der Regelung im VVG: Je nach Position und Schutzbedarf müsste auch eine juristische Person «Konsumentin» i. S. v. Art. 8 UWG sein können. Eine differenzierte Sichtweise wird in Teilen der Lehre in ähnlichen Fragen vertreten, bspw. im Zusammenhang mit dem konkludenten Einbezug von AGB in einen Handelsvertrag.³⁵⁵ Ebenso existieren im Schweizer Recht diverse Konsumentinnenbegriffe, die bisweilen auch juristische Personen oder Geschäftshandlungen umfassen.³⁵⁶ Es gibt keinen sachlichen Grund, Gewerbetreibende oder juristische Personen pauschal vom Anwendungsbereich von Art. 8 UWG auszunehmen; auch sie bedürfen je nach den Umständen des Schutzes vor erheblichen, ungerechtfertigten treuwidrigen Missverhältnissen in AGB.³⁵⁷

obwohl der Konsument durch die Veräusserung von Briefmarken in gewissem Sinne selbst als Anbieter aufgetreten war. Massgebend war für den Konsumentinnenbegriff aber der Schutzzweck der im Interesse der Konsumentin erlassenen Bestimmungen).

³⁵⁴ Vgl. Art. 98a Abs. 2 VVG; allerdings ist noch recht unbestimmt, wann insbesondere ein «professionelles Risikomanagement» i. S. v. lit. e und f vorliegt, hierzu FUHRER, plädoyer 2021, S. 40 ff. m. w. H., kritisch auch zur generellen «Professionalität» von Vorsorgeeinrichtungen gemäss lit. a. Zu Recht wird vertreten, dass die Kategorie der «Unternehmen mit professionellem Risikomanagement» zweckorientiert, einzelfallweise und versicherungsbezogen auszulegen sei. Massgebend sei, ob materiell Verhandlungen auf Augenhöhe möglich seien oder im Gegenteil ein unhaltbares Informations- oder Einflussgefälle bestehe (BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 40 ff.; im Gegensatz zu einer formalen Anknüpfung an generelle Kriterien).

³⁵⁵ So WALKER, S. 33 f. m. w. H.; generelle Gedanken zu einem differenzierten Konsumentinnenbegriff finden sich bei KOLLER-TUMLER, Einführung, S. 72 f.

³⁵⁶ Die Fragmentierung der Rechtslage in Bezug auf eine so zentrale Kategorie mit Verfassungswürde ist erstaunlich; vgl. zu den verschiedenen existierenden Konsumentinnenbegriffen je nach Rechtsgebiet die Übersichten bei WALKER, S. 3 m. w. H. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 101 ff. m. w. H.

³⁵⁷ KOLLER, AJP 2014, S. 26 und UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 23 sowie 95 ff. je m. w. H.; ebenso JUNG, AGB, S. 153; STÖCKLI, BR 2011, S. 188; DUPONT, CGA, Rz. 25 und wohl auch GROLIMUND, AGB, S. 236; HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 2012, Rz. 8; vgl. sodann auch die parlamentarische Initiative Nr. 14.440 vom 23. September 2014 «Artikel 8 UWG. Missbräuchliche Geschäftsbedingungen»: Diese bezweckte die Streichung der Einschränkung auf Konsumentinnenverhältnisse und fand die Zustimmung der Kommissionen für Rechtsfragen beider Räte. Der Nationalrat verweigerte indessen am 15. Dezember 2017 mit hauchdünner Mehrheit (97:92) die Verlängerung der Behandlungsfrist. Damit wurde die Initiative abgeschrieben (AB 2017 N 2178 ff.).

- 140 Allerdings wurde bei Art. 8 UWG die Einschränkung auf Konsumentinnen erst im Parlament zur «Rettung» der Norm eingefügt (oben Rz. 127). Die Modifikation bezweckte keine sachgerechte Lösung, sondern einen politischen Kompromiss.³⁵⁸ Dieser Kompromiss hatte das erklärte Ziel, den sinnvollen Anwendungsbereich gemäss Botschaft und bundesrätlichem Entwurf³⁵⁹ einzuschränken.³⁶⁰ Daher muss in historischer Auslegung davon ausgegangen werden, dass Gewerbetreibende und juristische Personen im Rahmen von Art. 8 UWG bedauerlicherweise bewusst vom Konsumentinnenbegriff ausgeschlossen sind.³⁶¹
- 141 Dennoch sind die vorstehenden Überlegungen nach hier vertretener Auffassung für das Verständnis von Art. 8 UWG nicht gänzlich irrelevant. Sie dienen als Leitfaden für die teleologische Auslegung des Konsumentinnenelements «Handeln ohne Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit».

4. «Handeln ohne Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit»

- 142 Unbestritten scheint der Grundsatz, dass nur Konsumentin sein kann, wer mindestens nicht in Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt.³⁶² Zur konkreten Beurteilung von Geschäften mit gemischter nicht- und beruflich/gewerblicher Zurechnung (sog. «Misch»- oder «dual use»-Verträge)³⁶³ gibt es dagegen unterschiedliche Auffassungen; nach wohl h. L. ist hier der Schwerpunkt des Geschäfts massgebend.³⁶⁴

³⁵⁸ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 95 ff. m. w. H.

³⁵⁹ Eben auch Gewerbetreibende, namentlich KMU, vgl. die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6173 und 6180.

³⁶⁰ HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1191 f. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 95 ff. je m. w. H.

³⁶¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 100 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 79 und 82 m. w. H.; KOLLER, AJP 2014, S. 24 ff. m. w. H.; DUPONT, CGA, Rz. 22 und 25 f.; dies entspricht auch der – freilich in den Entscheiden nicht eigentlich begründeten – Auffassung des Bundesgerichts in den bislang hierzu einschlägigen Urteilen (unten Rz. 149 ff.); a. M. dagegen HOLLIGER-HAGMANN, Jusletter 2012, Rz. 24 ff., die aus dem Wort «insbesondere» ableitet, dass die Konsumentinneneigenschaft gar keine Bedingung für die Anwendung von Art. 8 UWG sei.

³⁶² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 99 ff. m. w. H.; vgl. auch die Lehrmeinungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 9.

³⁶³ Bspw. der Kauf eines Computers für private Zwecke wie auch den Einsatz im Home-office; für weitere Beispiele unten Rz. 144 f.

³⁶⁴ Vgl. KAUFMANN-MOHI/LOACKER, S. 178 sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 121 ff. je m. w. H., selber aber kritisch zur «Schwerpunktmethode» bei S. 178 f. bzw.

Allerdings ist damit noch keine abschliessende Klarheit erreicht: Die fragliche «Zurechnung» ist eine juristische Wertung und keine exakte Tatsache. Für die Wertung ist also vorab zu klären, was mit der Kategorie «Handeln ohne Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» bezweckt wird. 143

Die Problematik lässt sich gut anhand der Streitfrage, wie es sich bei gemischtem bzw. nicht eindeutig kategorisierbarem Handeln verhält (oben Rz. 142), illustrieren. In solchen Konstellationen stösst eine schematische, nur am Wortlaut ausgerichtete Auslegung nach hier vertretener Auffassung schnell an Grenzen. Als Beispiel bietet sich die Anlehnung an den Sachverhalt eines amtlich publizierten Bundesgerichtsentscheides an: Eine kürzlich in die Schweiz eingewanderte Angestellte kauft ein Abonnement des öffentlichen Verkehrs für den Arbeitsweg und für Freizeitfahrten. Sie verfügt nur über minimale Deutschkenntnisse und ist mit Rechtsfragen rund um Abonnement-AGB nicht vertraut.³⁶⁵ Die Angestellte erscheint als bilderbuchhaft schutzbedürftige AGB-unterworfenen Konsumentin – zumindest bei Abonnementkauf nur für privaten Gebrauch. 144

Das Pendeln zwischen Wohnort und Ort des Arbeitsplatzes ist dagegen prima vista der Berufstätigkeit zuzurechnen, die Reise vom Wohnort zum Arbeitsplatz erfolgt, um dort die Arbeitsleistung zu erbringen und am Ende des Monats dafür einen Lohn zu erhalten. Das Beispiel lässt sich vielfältig variieren und zuspitzen.³⁶⁶ Aus 145

N 126. Überwiegt die beruflich-gewerbliche Zurechnung, so fällt die Konsumenteneigenschaft für das ganze Geschäft dahin und umgekehrt; tendenziell wohl ebenso BGE 121 III 336 E. 5e/cc m. w. H. Deutlich strenger fällt die ältere europäische Rechtsprechung zum internationalen Zivilprozessrecht aus; dort steht der Konsumentinnengerichtsstand bei Mischgeschäften nur zur Verfügung, wenn der beruflich-gewerbliche Mitzweck bloss eine ganz untergeordnete Rolle spielt (weil nur dann von einer funktionalen Unterlegenheit, mithin einer Konsumentinnenlage, ausgegangen werden könne), vgl. hierzu die Hinweise bei UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 123 sowie in BGE 121 III 336 E. 5e/cc, ausführlich dazu sodann KAUFMANN-MOHI/LOACKER, S. 145 ff. («Marginalitätsmethode»). Die grundsätzliche Logik dieser Rechtsprechung und ihr Bezug zu einer «Unterlegenheit» leuchten ein, nicht aber die gewählte Methode zur Umsetzung dieser Logik (unten Rz. 143 ff.).

³⁶⁵ BGE 104 Ia 278 (hierzu auch oben Fn. 265).

³⁶⁶ Zu denken ist bspw. an die zwei Computermonitore, die der Autor sich für das coronabedingte Homeoffice zugetan hat. Gleichzeitig erleichtern sie ihm auch das Verfassen der vorliegenden Arbeit. Sodann kam er nicht umhin, sein privates Mobiltelefon im Homeoffice zu beruflichen Zwecken zu nutzen. Überzeichnet kann darüber sinniert werden, zu was der Kauf eines besonders reichhaltigen Mittagessens an einem Arbeitstag zuzurechnen ist. Dessen Kalorien sind Treibstoff für die geplante grosse Arbeitsleistung am Nachmittag, aber notwendigerweise auch für private Aktivitäten nach dem Feierabend.

dem Versicherungsbereich ist bspw. an Sachversicherungen für die in der vorstehenden Fussnote gerade genannten Gegenstände zu denken. Zum Zweck ergänzender Illustration könnte man sodann aus den Personenversicherungen Beispiele nennen (wobei die Problematik dort zugegebenermassen konstruiert ist und sich grundsätzlich gar nicht stellt³⁶⁷): Abstrahiert davon lässt sich das Denkspiel so bspw. bei einem überobligatorischen Vorsorgevertrag einer Angestellten³⁶⁸ oder bei einer Summen-Krankentaggeldversicherung eines Teilzeithausmannes und -selbstständigerwerbenden³⁶⁹ anstellen.

- 146 Schliesst schon ein solcher Konnex zu beruflichem/gewerblichem Handeln die Konsumentinneneigenschaft aus, fällt der Schutz von Art. 8 UWG in vielen an sich typischen Konsumentinnensituationen weg – ohne dass dafür eine sachliche Rechtfertigung bestünde. Dies gilt auch für viele Situationen eindeutiger Zuordnung.³⁷⁰ Entsprechend würde bei gemischter Nutzung eine Zuordnung nach dem

³⁶⁷ Die eigene Gesundheit gehört offensichtlich zur Person bzw. zum Kreis der persönlichen Belange und weder zu Beruf noch zu Gewerbe. Die Absicherung der Gesundheit gegen Gesundheitseinbussen und deren Folgen ist daher letztlich ebenso ohne Weiteres den persönlichen Bedürfnissen zuzurechnen. Im zivilprozessualen Bereich qualifiziert die Rechtsprechung Versicherungsverträge allgemein und Krankentaggeldversicherungsverträge im Besonderen denn auch regelmässig als Konsumentinnenverträge, vgl. bspw. das Urteil des Bundesgerichts 4A_695/2011 vom 18. Januar 2012 E. 3.1 m. w. H.; für die kantonale Rechtsprechung vgl. statt vieler z. B. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2020.00014 vom 29. Juni 2021 E. 2.2, den Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kantons Thurgau VV.2014.74/E vom 2. Juli 2014 E. 1.1, das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 17 97 vom 5. Juni 2019 E. 1.2 sowie den Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 731 14 188 vom 13. August 2015 E. 1.3 je m. w. H., ferner auch WAGNER/GIRÓN, Anwaltsrevue 2021, S. 312 m. w. H. sowie ausführlich ZIMMERMANN, Rz. 263 ff.

³⁶⁸ Die darin versprochenen Leistungen bei Invalidität dienen der Deckung von Erwerbs-einbussen, oft bis zum Erreichen des ordentlichen Rentenalters (somit prima vista dem Beruf). Die dann anschliessenden Altersleistungen für das Leben nach der Erwerbszeit wären dagegen nicht der Erwerbstätigkeit zuzurechnen. Würde die Angestellte dieselben Leistungen privat mittels einer gemischten Lebensversicherung versichern, würde wohl niemand eine Konsumentinnenstellung bestreiten – trotz identischer Situation.

³⁶⁹ Diese deckt sowohl Einbussen der Haushalts- wie auch der Arbeitskraft ab und wäre damit prima vista sowohl dem Berufs- wie auch dem Privatleben zuzurechnen.

³⁷⁰ Bspw. der Kauf eines Einzelbillets für eine Fahrt an den Arbeitsplatz, von eleganter Kleidung oder einer ergonomischen Tastatur für denselben, der Abschluss einer Diebstahlversicherung für das Fahrrad, mit welchem einzig der Arbeitsweg bewältigt wird usw. Art. 8 UWG käme damit völlig unabhängig vom tatsächlichen Schutzbedürfnis nicht mehr zur Anwendung, was nicht überzeugt; KOLLER, AJP 2014, S. 27

Kriterium des überwiegenden Einsatzes ebenfalls oft kein sachgerechtes Ergebnis bewirken³⁷¹ und zudem wenig praktikabel scheinende Abklärungen und Wertungen³⁷² voraussetzen.

Eine solche Handhabung und Auslegung von «Handeln in Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» greift nach hier vertretener Auffassung zu kurz und ist nicht mit Sinn und Zweck der Kategorie «Konsumentin» vereinbar. Aus den Materialien ist ersichtlich, dass mit Art. 8 UWG erstens die AGB-Kontrolle gestärkt werden sollte.³⁷³ Zweitens sollten mit der Einschränkung auf «Konsumentinnen» einzig die Gewerbetreibenden vom Schutz von Art. 8 UWG ausgenommen werden – Personen, die ihr Gewerbe betreiben, letztlich also Personen in der Kernrolle von Unternehmerinnen.³⁷⁴ Es gibt in den Materialien auch

nennt diese Rechtsfolge anhand vergleichbarer Beispiele zu Recht «absurd»; ebenso zu Recht ging das Obergericht des Kantons Thurgau kürzlich in anderem Zusammenhang davon aus, dass auch der Kauf eines Fahrzeuges für den Arbeitsweg zum «üblichen Verbrauch» gehören und damit unter den Konsumentinnengerichtsstand fallen könne (Urteil ZBR.2020.30 vom 17. November 2020 E. 5d). Vgl. sodann DUPONT, CGA, Rz. 28 für ein weiteres Beispiel «kurioser» Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte; a. M. dagegen möglicherweise SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 475, wobei dem Autor unklar ist, ob sich dessen Ausführungen nur auf das dort erwähnte direkte arbeitsvertragliche Verhältnis beziehen.

³⁷¹ Es wäre oft wohl auch etwas zufällig, welche Nutzung überwiegt; fraglich ist es sodann, welche Nutzung zu berücksichtigen wäre (die initial beabsichtigte, die bisherige, die künftig geplante); kritisch, wenn auch aus anderer Warte, ebenso namentlich KAUFMANN-MOHI/LOACKER, S. 170, nach denen die «Schwerpunktmethode» nicht dazu taugt, Ungleichgewichte dort zu korrigieren, wo sie tatsächlich existieren. Das trifft zu. Ihr Alternativvorschlag («Marginalitätsmethode», oben Fn. 364) leidet allerdings an der gleichen Abstraktion von den realen Machtverhältnissen wie die «Schwerpunktmethode» (und führt daher nicht zu weniger zufälligen Ergebnissen). Ohne Anknüpfung an das tatsächliche, konkrete Schutzbedürfnis sind nach hier vertretener Auffassung keine sachgerechten Ergebnisse zu erwarten, vgl. dazu sogleich.

³⁷² Abklärung der jeweiligen Nutzungen nach Kilometern, Minuten, (kapitalisierten, hypothetischen) Versicherungsleistungen usw.; vgl. auch KAUFMANN-MOHI/LOACKER, S. 178.

³⁷³ Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.; vgl. auch AB 2011 S 304 f. und AB 2011 N 800.

³⁷⁴ AB 2011 S 304 f., u. a. mit Hinweis auf die «übrigen Handelsstufen» neben den Konsumentinnen; AB 2011 N 799 f., u. a. mit Hinweis darauf, dass neu alle Verträge, die «im Bereich der KMU wirtschaftlicher Natur» seien, bzw. «der Geschäftsverkehr» ausgenommen würden. Dies blieb im weiteren parlamentarischen Verfahren unwidersprochen; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2 m. w. H.

keine Hinweise darauf, dass damit auch Personen gemeint waren, welche nicht im Wortsinn unternehmerisch, sondern nur in losem Zusammenhang bzw. «rund herum» zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handeln.³⁷⁵

- 148 Eine sach- und funktionsgerechte Auslegung des «Handelns in Zurechnung zu einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit» muss sich nach hier vertretener Auffassung an den vorstehend dargestellten Überlegungen orientieren (oben Rz. 133 ff.). Ein Handeln, welches ausserhalb des Schutzbereichs des Art. 8 UWG fällt, liegt demnach nur im Kernbereich der wirtschaftlichen Tätigkeit vor – mithin dort, wo aus verschiedenen Gründen eine Stärke besteht, die eben einen Schutzbedarf entfallen lässt.³⁷⁶ Zur Präzisierung sollte daher auch bspw. eher von «Zurechnung zur

³⁷⁵ Ein weiteres Beispiel: eine Angestellte, welche sich für das Büro einen Stehtisch (oder gar nur einen Bleistift) kauft. Kritisch ist daher bspw. das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP180028-O/U vom 2. Mai 2019 E. 3.3 zu lesen (Vorinstanz zum Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2019 vom 29. August 2019). Die erste Instanz (Bezirksgericht Zürich) liess die Qualifikation des streitbetreffenen Unterrichtsvertrags an einer Höheren Fachschule als Konsumentinnenvertrag ausdrücklich offen. Das Obergericht zog als Berufungsinstanz dagegen eine Parallele zum KKG: Obwohl das Schweizer Recht keinen einheitlichen Konsumentinnenbegriff kenne, sei die Praxis zur (Nicht-)Qualifikation von Studienkrediten als Konsumkrediten auch auf das UWG zu übertragen. Der Zweck des Studienkredits sei der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit (berufliche Weiterbildung) zuzurechnen. Daher handle es sich nicht um einen Konsum(entinnen)kredit. Auch der streitbetreffende Unterrichtsvertrag bezwecke die berufliche Weiterbildung. Deswegen könne es sich nicht um einen Konsumentinnenvertrag i. S. des UWG handeln. Das erscheint im Lichte der soeben dargestellten Überlegungen als zu schnelle Schlussfolgerung und kaum vereinbar mit dem Schutzzweck von Art. 8 UWG, obwohl sich später auch das Obergericht des Kantons Solothurn in einem Rechtsöffnungsentscheid der Auffassung des Zürcher Obergerichts angeschlossen hat (ZKBES.2021.105 vom 2. November 2021 E. 7.4 betreffend einen Vertrag für einen einjährigen Matura-Lehrgang, allerdings im Wesentlichen mit Hinweis auf die schweizerische «Lehre und Praxis» und ohne weitere Begründung. Umgekehrt würde dann wohl ein identisch aufgebauter Lehrgang bspw. zu «Haushaltsführung, Kochen und Kinderbetreuung» als Konsumentinnenvertrag qualifiziert – nach hier vertretener Auffassung kaum eine sachgerechte Abgrenzung des Schutzbereichs); auch JUNG, AGB, S. 153 m. w. H. sieht den Konsumentinnenbegriff nach KKG nur als Ausgangsbasis für die autonome Auslegung von Art. 8 UWG und gelangt aufgrund des Schutzzwecks des UWG zu einem über das KKG hinausgehenden Konsumentinnenbegriff. Soweit Eventualbegründungen ein Bedürfnis nach einem Netz und doppelten Boden durchblicken lassen, machte sich auch das Obergericht des Kantons Zürich solche Gedanken: Es erwog weiter, dass ohnehin auch inhaltlich kein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten vorliege. Das erscheint in diesem Fall wiederum nachvollziehbar, dazu unten Rz. 187.

³⁷⁶ Was in Anlehnung an die «Schwerpunkt-» bzw. «Marginalitätsmethode» bei Mischverträgen als «Stärketheorie» bezeichnet werden könnte. Sachlogisch gelangt sie aber

beruflichen oder gewerblichen Kerntätigkeit» oder «Handeln aus unternehmerischer Position» o.Ä. gesprochen werden. Besteht dagegen keine solche Stärkeposition, ist der Schutz des Art. 8 UWG notwendig, was den Kern des Konsumentinnenverhältnisses darstellt.³⁷⁷ Die Situation liegt ähnlich wie bei der Kategorie der «Unternehmen mit professionellem Risikomanagement» im Zusammenhang mit Art. 98a VVG für die Ausnahmen vom zwingenden Recht.³⁷⁸ Diesbezüglich sieht das neue Aufsichtsrecht zudem eine vorvertragliche Abklärungs- und Dokumentationspflicht der Versicherungsunternehmen betreffend die «Professionalität» ihrer Vertragspartnerinnen vor (Art. 30b VAG, Inkrafttreten voraussichtlich Ende 2023). Somit wäre bei Krankentaggeld- und ähnlichen Versicherungsverhältnissen (abgesehen davon, dass bei Personenversicherungen ohnehin ein Konsumentin-

auch bei «eindeutigen» Geschäften zur Anwendung; auch das Bundesgericht folgt diesem Gedanken bisweilen, vgl. etwa BGE 129 III 702 E. 2.4.2 zur Frage, wer in Bezug auf Sicherungsgeschäfte und die Abgrenzung von Bürgschaft/Garantie/Solidarverpflichtung geschäftsgewandt sei. Sehr differenziert bejaht das Bundesgericht Kenntnis der verschiedenen Begriffe bei Gesellschaften und Personen, die oft bis täglich mit Sicherungsgeschäften befasst sind, ebenso bei Personen mit einer (schweizerischen) juristischen Ausbildung. Nicht geschäftsgewandt ist gemäss Bundesgericht dagegen eine Person mit Einzelzeichnungsberechtigung in einem kleinen Unternehmen, das im täglichen Geschäft nichts mit Sicherungsgeschäften zu tun hat; DUPONT, CGA, Rz. 28 ff. m. w. H. spricht sich für den Versicherungsbereich dafür aus, nach Versicherungen «zwecks Organisation der Geschäftstätigkeit» und solchen «in direktem Zusammenhang mit der Ausführung der Geschäftstätigkeit» zu unterscheiden (bspw. Betriebshaftpflicht-, Sach- oder Krankentaggeldversicherung gegenüber einer Transportversicherung für die verkauften Waren; Letztere ist denn auch passend hierzu von den zwingenden Bestimmungen des VVG freigestellt, Art. 98a Abs. 1 lit. a VVG). Damit umschreibt sie sinngemäss den Gedanken des (Nicht-)Kernbereichs der geschäftlichen Tätigkeit.

³⁷⁷ Ähnlich JUNG, AGB, S. 153 f. Dieser zählt daher namentlich auch juristische Personen, die ausserhalb ihres gewöhnlichen Tätigkeitsbereichs agieren, zu den Konsumentinnen i. S. v. Art. 8 UWG; diese Logik liegt (ironischerweise) auch der strengen älteren europäischen Rechtsprechung zu Mischverträgen im internationalen Zivilprozessrecht zugrunde («Marginalitätsmethode», oben Fn. 364 und 371, wonach der Konsumentinnengerichtsstand zur Verfügung steht, wenn eine Person ihrer Vertragspartnerin funktional unterlegen ist – wirkt sich die unternehmerische Machtposition im Geschäft dagegen aus, liegt kein Konsumentinnengeschäft mehr vor, selbst wenn es überwiegend nicht-beruflichen/gewerblichen Zwecken dienen sollte); ähnliche Grundgedanken finden sich, allerdings im anderen Zusammenhang, sodann bei UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 126.

³⁷⁸ Vgl. die Argumente für die zweckorientierte, versicherungsbezogene und einzelfallweise Auslegung dieser Kategorie bei BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 40 ff.

nenverhältnis besteht, oben Rz. 145) in aller Regel ein Verhältnis ausserhalb der kernberuflichen oder -gewerblichen Position und damit auch aus diesem Grund eine Konsumentinnensituation der Versicherten gegeben.³⁷⁹ Ausnahmen wären denkbar, wo diese Person atypischerweise ebenfalls eine Stärkeposition innehatte (oben Rz. 137).³⁸⁰

5. Rechtsprechung

- 149 Das Bundesgericht war bislang nur dreimal mit Fragen zum Konsumentinnenbegriff von Art. 8 UWG konfrontiert. Im ersten Entscheid hielt das Bundesgericht in einem Satz fest, dass eine Aktiengesellschaft mit dem Zweck von Bauleitungsdiensten keine Konsumentin i. S. v. Art. 8 UWG sei.³⁸¹ Eine Begründung dafür findet sich im Entscheid aber nicht.³⁸²
- 150 Im zweiten Entscheid machte die Beschwerdeführerin sodann eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung geltend, weil sich das Bundesgericht noch in keinem publizierten Urteil mit dem Konsumentinnenbegriff von Art. 8 UWG befasst habe. Das Bundesgericht gestand ihr zu, dass dies zutreffen möge, verneinte aber dennoch eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung und trat daher infolge ungenügenden Streitwertes auf die Beschwerde nicht ein.³⁸³
- 151 Im dritten Entscheid anerkannte das Bundesgericht dann folgerichtig, sich bis anhin nicht ausführlich mit dem Konsumentinnenbegriff auseinandergesetzt zu ha-

³⁷⁹ Trotz des allfälligen Bezugs zu einer Erwerbstätigkeit, vgl. auch HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 106 ff. m. w. H., ebenso LENZIN, S. 4. Dasselbe gälte bspw. auch für den oben in Rz. 145 erwähnten überobligatorischen Vorsorgevertrag, vgl. hierzu auch SANER, S. 201 sowie KIESER, Entwicklungen 2013, S. 119.

³⁸⁰ Auch dies abstrahiert vom Umstand, dass bei Personenversicherungen aus anderem Grund ohnehin ein Konsumentinnenverhältnis vorläge, oben Rz. 145. Beispiele für Verhältnisse «auf Augenhöhe» sind allerdings schwierig zu finden, da die Situation, wie erwähnt, sehr atypisch ist und das gegenüberstehende Versicherungsunternehmen praktisch ausnahmslos eine strukturell sehr starke Vertragspartei ist. Vorstellbar wäre bspw., dass eine prominente (Einzel-)Versicherte dem Versicherungsunternehmen als wichtige Werbeträgerin dienen würde und daher Marktmacht in der Verhandlung der AVB hätte; gemäss DUPONT, CGA, Rz. 25 liegen im Versicherungsbereich Verhältnisse «auf Augenhöhe» praktisch nur vor, wenn auch die Versicherungsnehmerin ein Versicherungsunternehmen ist.

³⁸¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2017 vom 2. November 2017 E. 5.3.

³⁸² Das Bundesgericht verwies einzig auf zwei Lehrmeinungen.

³⁸³ Urteil des Bundesgerichts 4A_275/2019 vom 29. August 2019 E. 1.4.

ben.³⁸⁴ Unter Hinweis auf den ersten Entscheid³⁸⁵ hielt das Bundesgericht fest, dass jedenfalls eine juristische Person mit kommerziellem Zweck nach kaum bestrittener Lehre keine Konsumentin i. S. v. Art. 8 UWG sei.³⁸⁶ Die Gretchenfrage des weiten oder engen Konsumentinnenbegriffs wurde dagegen – nach ausführlicher Wiedergabe der verschiedenen Lehrmeinungen und Argumente – weiterhin offengelassen, da das Bundesgericht die Vorinstanz in der Verneinung eines vertraglichen Missverhältnisses schützte.³⁸⁷ Damit steht die höchststrichterliche Klärung dieser «heiklen Frage»³⁸⁸ weiterhin aus. Immerhin gesteht das Bundesgericht den Argumenten für einen weiten Konsumentinnenbegriff eine gewisse Stichhaltigkeit zu³⁸⁹ – es ist zu hoffen, dass daraus dereinst die entscheidrelevante Bestätigung dieses Begriffs resultiert.

Auch die kantonale Rechtsprechung hat den Konsumentinnenbegriff zwar in verschiedenen Entscheiden etwas näher umschrieben, aber nicht abschliessend definiert.³⁹⁰ Soweit ersichtlich folgt die Judikatur tendenziell der h. L. und definiert als

³⁸⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2.

³⁸⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_152/2017 vom 2. November 2017 E. 5.3, oben Rz. 149.

³⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2, allerdings auch hier ohne eigene Begründung.

³⁸⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2 f.

³⁸⁸ Ausdrücklich: «cette question délicate».

³⁸⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.2.

³⁹⁰ Für den Kanton Zürich vgl. das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich HG150071-O vom 25. November 2016 E. 2.3.2. Demnach ist «Konsumentin», wer als natürliche Person nicht zu beruflichen oder gewerblichen, sondern zu privaten bzw. familiären Zwecken handle. Entsprechend seien Gewerbetreibende vom Konsumentinnenbegriff ausgeschlossen. Die Streitfrage, ob darüber hinaus nur «Leistungen des üblichen Verbrauchs» betroffen sein dürfen, liess das Gericht offen, weil selbst bei Anwendung eines weiten Konsumentinnenbegriffs angesichts der konkreten Umstände kein ausschliesslich privater bzw. familiärer Zweck der strittigen Bankbeziehung anzunehmen sei (sondern eher, mindestens teilweise, eine selbstständige Erwerbstätigkeit als Vermögensverwalter); ebenso (kurz) das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich PP170059-O/U vom 15. Februar 2018 E. 4.2.4.1 zu einem unbestrittenermassen beruflich genutzten Fahrzeug; ausführliche Erwägungen zu den verschiedenen Lehrmeinungen betreffend den Konsumentinnenbegriff finden sich in den Urteilen des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.2.1 und PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.2, das Gericht liess die Frage für den streitbetroffenen Devisenhandelsvertrag aber letztlich offen (die Vorinstanzen hatten das Vorliegen eines Konsumentinnenverhältnisses dagegen bejaht, E. 6.1 und E. 6.3.2.2); ebenso wie jene Vorinstanzen ging auch das Bezirksgericht Sion im Urteil C1 15 108 vom 17. Mai 2016 von einem eher weiten Konsumentinnenbegriff

Konsumentin die natürliche Person, die nicht in Zusammenhang mit beruflichen oder gewerblichen Tätigkeiten handelt. Offen bleibt namentlich die Handhabung von Mischgeschäften.

E. Treu und Glauben verletzendes erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten

1. «Treu und Glauben verletzendes» Missverhältnis

- 153 Art. 8 UWG setzt nach Wortlaut eine treuwidrige Benachteiligung der Konsumentin voraus. Die Norm nimmt damit Bezug auf Art. 2 Abs. 1 ZGB, wonach jedermann in der Ausübung seiner Rechte und Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln hat.³⁹¹
- 154 Die Lehre diskutiert kontrovers, welche Bedeutung dem Element «in Treu und Glauben verletzender Weise» zukommt. Es gibt Auffassungen, die von einem selbstständigen Tatbestandsmerkmal ausgehen. Dieses sei insbesondere zusätzlich zur «Unrechtfertigung» des Missverhältnisses zu prüfen.³⁹² Am anderen Ende des Spektrums stehen die Stimmen, die bei der Treuwidrigkeit und der fehlenden Rechtfertigung von einer (offensichtlich) überflüssigen Kombination ausgehen.³⁹³ Die wohl h. L. versteht «Treu und Glauben» nicht als zusätzliches Tatbestandsmerkmal, sondern als Beurteilungsmassstab für das (Miss-)Verhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und Pflichten.³⁹⁴
- 155 Nach hier vertretener Auffassung ist ebenfalls von einem Massstab und nicht einer zusätzlichen Voraussetzung auszugehen. Art. 2 Abs. 1 ZGB gebietet allen Teil-

aus (E. 17.2.1, jede Person, die nicht überwiegend zu beruflichen oder gewerblichen Zwecken handelt).

³⁹¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 214 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 103 ff. zur Abgrenzung gegenüber dem lauterkeitsrechtlichen Gehalt von Treu und Glauben nach Art. 2 UWG.

³⁹² So u. a. HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1203; vgl. für weitere Hinweise die wohl aktuellste breite Übersicht über den Stand der Lehre bei UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 188 m. w. H.

³⁹³ So u. a. DUPONT, CGA, Rz. 49; vgl. für eine breite Übersicht über den diesbezüglichen Meinungsstand KOLLER, AJP 2014, S. 31 m. w. H.

³⁹⁴ KOLLER, AJP 2014, S. 31 m. w. H.; so auch der deutlich überwiegende Tenor der Übersicht über die Lehrmeinungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 16; ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 58 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 108 f. m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 101 f. m. w. H.

nehmerinnen des Rechtsverkehrs ohne Einschränkung ein jederzeitiges Handeln nach Treu und Glauben. Es ist nicht vorstellbar, wie daher eine treuwidrige Verteilung von Rechten und Pflichten in einem Vertrag gerechtfertigt sein könnte – oder umgekehrt ein erhebliches, ungerechtfertigtes Missverhältnis derselben Treu und Glauben nicht verletzen würde.³⁹⁵

Das Bundesgericht musste sich bis anhin noch nicht mit dieser Kontroverse befassen. Die kantonale Rechtsprechung ist etwas uneinheitlich.³⁹⁶ 156

2. «Erhebliches» vertragliches Missverhältnis

Art. 8 UWG setzt ein «erhebliches» Missverhältnis zwischen den vertraglichen Rechten und den vertraglichen Pflichten voraus. Es ist erneut umstritten, wie dieser Begriff zu verstehen ist. Der Meinungsstand geht von «Selbstverständlichkeit» ohne echte Bedeutung³⁹⁷ bis zur Annahme der Voraussetzung eines «offenbaren»³⁹⁸ Missverhältnisses. 157

Nach hier vertretener Auffassung ist der wohl h. L. darin zu folgen, dass «erheblich» nicht «offensichtlich/offenbar» meint.³⁹⁹ Zum einen würde eine so hohe Hürde dem Zweck einer griffigeren AGB-Kontrolle zuwiderlaufen.⁴⁰⁰ Zum anderen lässt «offenbar» an den Rechtsmissbrauch gemäss Art. 2 Abs. 2 ZGB denken.⁴⁰¹ 158

³⁹⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 188 weist zu Recht darauf hin, dass auch die Befürworterinnen eines kumulativen Verhältnisses «bezeichnenderweise» keine entsprechenden Beispiele nennen konnten; STÖCKLI, BR 2011, S. 184.

³⁹⁶ Aufgrund der Auffassung des Autors wird die Rechtsprechung im Einzelnen im Rahmen des vertraglichen Missverhältnisses dargestellt, unten Rz. 185 ff.

³⁹⁷ Weil die Inhaltskontrolle selbstverständlich nicht auf Bagatell-Ungleichheiten gerichtet sei; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 206 m. w. H.; ähnlich auch KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 470.

³⁹⁸ VISCHER, AJP 2014, S. 973 in Anlehnung an Art. 21 OR.

³⁹⁹ Vgl. hierzu die Übersichten bei WALKER, S. 142 und KOLLER, AJP 2014, S. 29 je m. w. H., die sich beide ebenfalls gegen dieses restriktive Verständnis aussprechen; ähnlich UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 206 m. w. H.; vgl. weiter die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 11.

⁴⁰⁰ Zum Leitmotiv der «Griffigkeit» bei der Revision von Art. 8 UWG Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.; entsprechend ist es bspw. nicht erforderlich, dass der Vertrag durch das Missverhältnis für die AGB-Unterworfenen jeden Sinn verliert, EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 376.

⁴⁰¹ «Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz.»; so bspw. die Assoziation bei OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 29, der aber so gleich relativiert, dass ein Missverhältnis nicht zurückhaltend anzunehmen sei.

Dieser Rechtsmissbrauch stellt einen besonders qualifizierten Verstoss gegen Treu und Glauben gemäss Art. 2 Abs. 1 ZGB dar.⁴⁰² Art. 8 UWG referenziert aber gerade nicht den Rechtsmissbrauch, sondern «bloss» die «einfache» Treuwidrigkeit («in Treu und Glauben verletzender Weise»). Daher scheint es auch systematisch verfehlt, hier eine an den Rechtsmissbrauch angelehnte besondere Voraussetzung anzunehmen.

- 159 Vielmehr ist die Erheblichkeit als einfache Abgrenzung zu unbedeutenden Ungleichheiten zu verstehen – das Rechtsgefälle muss eine gewisse Mindestteilheit aufweisen.⁴⁰³ Diese Abgrenzung erfolgt wertend, analog der Prüfung der Abweichung vom Referenzsystem (unten Rz. 166): je gewichtiger die betroffene AGB-Thematik für die Unterworfene ist, desto eher ist auch eine kleinere Abweichung bereits erheblich; umgekehrt sind bei eher nebensächlichen Themen auch grössere Abweichungen noch unerheblich.⁴⁰⁴ Es geht auch hier mitunter um eine Interessenabwägung und einen Interessenausgleich zwischen AGB-Unterworfener und -Verwenderin (unten Rz. 167).⁴⁰⁵

3. «Ungerechtfertigtes» Missverhältnis

- 160 Innerhalb des «vertraglichen Missverhältnisses» fragt es sich, welche Bedeutung die sprachlich überbordende Wendung des «ungerechtfertigten» Missverhältnisses haben soll. Die h.L. geht auch hier davon aus, dass das Wort «ungerechtfertigt» keine eigenständige Bedeutung hat (sondern vielmehr schlicht überflüssig ist).⁴⁰⁶

⁴⁰² EISNER-KIEFER, AGB, S. 109; ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 58.

⁴⁰³ SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 439.

⁴⁰⁴ KOLLER, AJP 2014, S. 30 m.w.H.; WALKER, S. 143 m.w.H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 207 f. m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 26 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 131; OPPLIGER, SJZ 2021, S. 643; EISNER-KIEFER, AGB, S. 107 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 472 f.; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 441 f.; sog. «qualitative und quantitative Gesamtbetrachtung».

⁴⁰⁵ KOLLER, AJP 2014, S. 30 m. w. H. sowie Beispielen aus dem Bankenwesen; ähnlich KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 475 ff. und SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 444 f.

⁴⁰⁶ KOLLER, AJP 2014, S. 30 f. m. w. H. Dieser weist zudem auf die mutmasslich «versehentliche» Entstehung dieser überflüssigen Wendung durch eine ungenaue Übersetzung der AGB-Richtlinie der Europäischen Union hin; hierzu auch UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 67, 187 und 209; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 132 m. w. H.; deutlich auch DUPONT, CGA, Rz. 49; vgl. sodann die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 15; nach KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 479 ff. hat «ungerechtfertigt» immerhin insofern eine Bedeutung, als darin die Grundlage für eine Kompensation nachteiliger AGB-Klauseln liege (dazu unten Rz. 168 ff.).

Das trifft nach hier vertretener Auffassung zu.⁴⁰⁷ Die Tautologie schadet allerdings der Leserlichkeit des ohnehin nicht einfach lesbaren Art. 8 UWG.

4. Vertragliches Missverhältnis: Grundlagen zu Prüfungsobjekt und -methodik

Inhaltlich ist die Lehre hinsichtlich der Prüfung des vertraglichen Missverhältnisses wie bei anderen Tatbestandsmerkmalen gespalten: Vertreten wird das ganze Spektrum von relativ grosszügiger Bejahung⁴⁰⁸ bis hin zu einem sehr restriktiven Verständnis⁴⁰⁹ des vertraglichen Missverhältnisses. (Fast) unbestritten⁴¹⁰ dürfen immerhin folgende Grundlagen sein: Prüfungsobjekt ist jeweils eine konkrete Klausel und nicht die ganzen AGB.⁴¹¹ Die Klausel ist für die Zwecke der Prüfung grundsätzlich nach den üblichen Regeln (oben Rz. 73 f.) auszulegen.⁴¹² Einschränkend kommt hier aber bei mehrdeutigen Klauseln die Unklarheitenregel (oben Rz. 94 ff.) vor der Prüfung nur restriktiv zur Anwendung (oben Rz. 98).

Kontrovers diskutiert wird, ob auch Bestimmungen zum Vertragshauptgegenstand sowie zum Preis-Leistungs-Verhältnis kontrollfähig sind.⁴¹³ Soweit dabei Individualvereinbarungen vorliegen, ist die Frage nach hier vertretener Auffassung schon mangels AGB-Charakter zu verneinen.⁴¹⁴ Ausserhalb von Individualverein-

⁴⁰⁷ Der Autor kann sich kein gerechtfertigtes Missverhältnis vorstellen, weil «Miss-» fehlende Richtigkeit impliziert; ebenso ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 57 sowie STÖCKLI, BR 2011, S. 184 und KOLLER, AJP 2014, S. 31 m. w. H., weiter EISNER-KIEFER, AGB, S. 108 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 132 m. w. H.; vgl. sodann weitere ähnliche Äusserungen bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 15; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 27 geht zwar von einem kumulativ zu erfüllenden Tatbestandsmerkmal aus, sieht aber bei einem erheblichen Missverhältnis «kaum Raum für eine Rechtfertigung».

⁴⁰⁸ KOLLER, AJP 2008, S. 952 unter Hinweis auf die materielle Vertragsgerechtigkeit als Existenzgrund für die offene Inhaltskontrolle.

⁴⁰⁹ KUT/STAUBER, Jusletter 2012, Rz. 124 f.

⁴¹⁰ Es scheint hier und da bisweilen mehr oder weniger abweichende einzelne Auffassungen in der Literatur zu geben.

⁴¹¹ Vgl. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 150 ff. m. w. H.

⁴¹² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 153 ff. m. w. H.

⁴¹³ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 163 ff. m. w. H. und die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 14.

⁴¹⁴ Das Vorliegen «verhandelter» bzw. «bewusster» Vertragsinhalte scheint denn auch das Hauptargument der verneinenden Stimmen zu dieser Frage zu sein, bspw. OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 13 oder BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 95.

barungen und i. d. R. dem engsten Vertragskern⁴¹⁵ besteht aber weder eine Grundlage noch ein sachlicher Grund für eine Einschränkung der Prüfungsmöglichkeit.⁴¹⁶

⁴¹⁵ Bei der Krankentaggeldversicherung bspw. die schlagwortartige Produktbezeichnung, dass für eine gewisse Prämie ein Taggeld bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit versichert wird (FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.98; EISNER-KIEFER, AGB, S. 102 f. m. w. H.); diese Kernregelung ist der Kontrolle regelmässig faktisch entzogen, weil es schwer vorstellbar ist, dass ein Geschäftskern schon als solcher ein vertragliches Missverhältnis begründen könnte (eher theoretisch könnte allenfalls an ein für die Konsumentin [weitgehend] sinnloses, aber dennoch relevant kostenpflichtiges Geschäft gedacht werden). Beim Preis wird sich wohl ebenfalls faktisch kein Gericht finden, das sich auf eine Angemessenheitsprüfung und Bestimmung des «gerechten Preises» einlässt, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 167 f. m. w. H.; vgl. sodann DUPONT, CGA, Rz. 37 ff. zu den Schwierigkeiten der «Prämienkontrolle» im Versicherungswesen.

⁴¹⁶ Weshalb alle Regelungen «rund herum» um den Vertragskern kontrollfähig sind, auch wenn sie diesen ausgestalten, ergänzen oder modifizieren. Das betrifft z. B. Risikobeschränkungs- und Ausschlussklauseln, Preisänderungsklauseln, Risiko- und Kostenverlagerungsklauseln, Klauseln zur Dauer des Versicherungsschutzes, zu den Obliegenheiten der Parteien usw. Damit entfällt auch die Abgrenzung von Klauseln «betreffend den Vertragshauptgegenstand» von den «anderen» Klauseln, was gerade bei Versicherungsverträgen oft relativ schwierig bis unmöglich wäre, FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 8.97 f., EISNER-KIEFER, AGB, S. 103 m. w. H. sowie UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 166 ff. m. w. H., insbesondere mit Augenmerk auf die Kombination von «primärer Risikoumschreibung» (Vertragshauptgegenstand?) und «sekundären Risikoausschlüssen» (andere Klauseln?) in AVB sowie die damit verbundene potentielle «Steuerungsmöglichkeit» der AVB-Kontrolle durch das Versicherungsunternehmen als Verfasserin der AVB. Solche Steuerungsmöglichkeiten sind richtigerweise verpönt und bspw. im Bereich der Obliegenheiten nach wohl einhelliger Auffassung nicht schutzwürdig (sog. «verhüllte» bzw. «verdeckte» Obliegenheiten). Dabei wird eine materielle Verhaltenspflicht formell als Deckungsvoraussetzung formuliert und so die Regelung zu Beweislast und Sanktionsschranken bei Pflichtverletzungen zulasten der Versicherungsnehmerin bzw. Versicherten umgangen, dazu BSK VVG 2. Aufl.-GROLIMUND, Art. 45 N 9 f. und GROLIMUND, HAVE 2020, S. 128 f., HENN, Rz. 569 f. und 578 sowie CR LCA-BERNEL, Art. 29 N 19 je m. w. H. Als Beispiel wäre an eine Risikoumschreibung mit verhüllter Schadenminderungspflicht wie folgt zu denken (Formulierung inspiriert durch Art. 38a VVG sowie die AVB Helsana, zu jenen unten Rz. 206):

«Versichert sind die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit, bei der die Anspruchsberechtigte nach Eintritt des befürchteten Ereignisses für Minderung des Schadens sorgt, namentlich

- a) spätestens 5 Tage nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit eine Ärztin beizieht, die für eine fachgemässe Behandlung sorgt und
- b) wenn sie in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich dauernd voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ihre allfällige verbleibende Arbeitsfähigkeit verwertet, auch wenn dies einen Berufswechsel erfordert [...].»

Umgekehrt ist es klar, dass auf zwingendem Recht beruhende Klauseln nicht kontrollfähig sind.⁴¹⁷ 163

Diskutiert wird sodann, ob die Prüfung sozusagen «abstrakt» (aus einer generalisierend-typisierenden Betrachtungsweise) oder «konkret» (unter Berücksichtigung der konkreten Umstände des Vertragsverhältnisses) durchzuführen ist. Unbestritten ist nur, dass bei einer sog. «Generalkontrolle»⁴¹⁸ zwangsläufig keine konkrete Prüfung erfolgen kann und daher eine abstrakte Optik gilt.⁴¹⁹ Bei der «Individualkontrolle»⁴²⁰ scheiden sich die Geister.⁴²¹ Nach hier vertretener Auffassung spricht nichts gegen eine Berücksichtigung von konkreten Umständen im Rahmen der Individualkontrolle.⁴²² Das bedeutet aber nicht, dass alle Individualumstände miteinbezogen werden.⁴²³ Namentlich Umstände wie bspw. die Eigenschaften oder Fähigkeiten der konkreten AGB-Unterworfenen tun betreffend inhaltliche Korrektheit einer Klausel nichts zur Sache.⁴²⁴ Die konkrete Optik beschränkt sich 164

⁴¹⁷ Gesetze usw. können offenkundig keiner vertragsrechtlichen Inhaltskontrolle unterliegen.

⁴¹⁸ Klageverfahren ohne Bezug zu einem konkreten Vertrag nach Art. 9 f. UWG; zu diesem Begriff KOLLER, AJP 2014, S. 37 m. w. H. sowie oben Rz. 126.

⁴¹⁹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 175 m. w. H.

⁴²⁰ Klageverfahren mit Bezug zu einem konkreten Vertrag; zu diesem Begriff KOLLER, AJP 2014, S. 37.

⁴²¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 173 ff. m. w. H.

⁴²² Das entspricht immerhin auch den Ausführungen in der Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6179; nach KOLLER, AJP 2014, S. 32 f. m. w. H. dürfte das der tendenziellen h. L. entsprechen, vgl. hierzu auch die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter, Rz. 12; a. M. dagegen bspw. VISCHER, AJP 2014, S. 969 m. w. H.

⁴²³ A. M. bspw. WALKER, S. 111.

⁴²⁴ Eine ungerechtfertigte Benachteiligung wird materiell nicht gerechtfertigt, wenn die so Geschädigte bspw. vermögend oder «geschäftsfähig oder rechtserfahren» ist; die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6179 scheint dem nur prima vista zu widersprechen, denn sie bezog sich noch auf einen Schutz (auch) für Unternehmen etc. Der dortige Hinweis auf «Geschäftserfahrung und Rechtskundigkeit» bezieht sich eigentlich einzig darauf, dass im kaufmännischen Verkehr ein strengerer Massstab als bei Konsumentengeschäften anzulegen sei. Mit der grundsätzlichen Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 UWG auf Konsumentinnenverhältnisse sind diese Ausführungen gegenstandslos bzw. beschlagen am ehesten noch den Konsumentenbegriff; vgl. auch ausführlich hierzu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 182 m. w. H., der zusätzlich zu Recht auch noch die Rechtssicherheit und Effektivität der Norm in die Waagschale wirft; KOLLER, AJP 2014, S. 32 f. m. w. H. weist sodann zu Recht darauf hin, dass eine Berücksichtigung von Geschäftserfahrung, Aufklärung etc. nicht zum Wesen der Inhaltskontrolle passt; ebenso DUPONT, CGA, Rz. 51 m. w. H.

somit auf Umstände wie zusätzliche Individualabreden oder den Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Der Unterschied zwischen dem Resultat einer abstrakten und dem Resultat einer konkreten Prüfung dürfte daher in der Realität letztlich eher überschaubar ausfallen und eine grosse Diskrepanz mehr Ausnahme- als Regelfall sein.⁴²⁵ In den Ausnahmefällen kann die Beurteilung auseinanderfallen und z. B. eine Klausel in der Individualkontrolle als unzulässig qualifiziert werden, obwohl sie eine frühere Generalkontrolle unbeschadet überstanden hat.⁴²⁶

5. Vertragliches Missverhältnis: Referenzsystem

- 165 Umstritten ist weiter das Referenzsystem für die Prüfung des vertraglichen Missverhältnisses. Die eine, wohl überwiegende Lehrmeinung stellt hier auf das dispositive Recht, das ohne AGB zum Zuge käme, ab. Insbesondere bei Fehlen von direkt oder analog anwendbaren Normen soll sodann *modo legislatoris* geschaffenes Richterinnenrecht als Referenz dienen; dieses wird sich in aller Regel aus der Vertragsnatur, der Interessenlage der Beteiligten und letztlich allen rechtsimmanen Grundprinzipien schöpfen.⁴²⁷ Nach anderen Stimmen ist ein solches Vorgehen dagegen gerade unzulässig, weil die Gesetzgeberin bei der Revision von Art. 8 UWG bewusst von der altrechtlichen Orientierung am dispositiven Recht und an der Vertragsnatur abgekommen sei.⁴²⁸
- 166 Nach hier vertretener Auffassung lässt sich kein solcher bewusster Entscheid aus den Materialien herauslesen. Das gilt erst recht für ein «Verbot», bei der Prüfung das dispositive Recht, die Vertragsnatur etc. miteinzubeziehen.⁴²⁹ Materiell verkörpert die dispositive Ordnung vielmehr regelmässig einen fairen Interessenaus-

⁴²⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 183 m. w. H.; ähnlich auch KOLLER, AJP 2014, S. 38 f. m. w. H. und OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 16.

⁴²⁶ Dies ergibt sich, wie KOLLER, AJP 2014, S. 38 f. m. w. H. zu Recht hervorhebt, schon daraus, dass der Entscheid in der Generalkontrolle keine «Wirkung zulasten (nicht prozessbeteiligter) Dritter» haben kann; WIDMER, Rz. 327 m. w. H.

⁴²⁷ KOLLER, AJP 2014, S. 28 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 193 und 205 je m. w. H.; WIDMER, Rz. 259 ff. m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 23 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 127 f. m. w. H.; OPPLIGER, SJZ 2021, S. 641 f.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 107 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 467; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 436; vgl. die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 11.

⁴²⁸ Bspw. HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1197.

⁴²⁹ Ausführlich zum Gesetzgebungsprozess und zum (mutmasslichen) Willen der Gesetzgeberin UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 195 ff. m. w. H.; ebenso WIDMER, Rz. 263 f. m. w. H.

gleich.⁴³⁰ Auf der rein faktischen Ebene wäre das dispositive Recht zudem besonders im Massengeschäft in aller Regel die geltende Ordnung, würde auf den Einsatz von AGB verzichtet.⁴³¹ Damit ist es als Referenzsystem für abweichende AGB-Regelungen geradezu prädestiniert. Die halbe Vertragsfreiheit (nämlich ohnehin einzig der starken Partei⁴³²) wird dabei entgegen gewissen Auffassungen nicht zu Grabe getragen; es besteht durchaus noch ein gewisser Spielraum für Abweichungen in AGB.⁴³³ Der konkrete Spielraum richtet sich nach dem Gehalt der (missliebigen) zu verdrängenden oder anzupassenden⁴³⁴ Norm: Geht es eher um technische Belange etc., ist das Feld weiter. Steht dagegen eine materiell faire Regelung in Frage, sind die Grenzen für Abweichungen enger gesteckt.⁴³⁵ Das ist eine Unvermeidlichkeit einer griffigen Inhaltskontrolle.⁴³⁶

Auch steht nach hier vertretener Auffassung einem Rückgriff auf Vertragsnatur 167 und -zweck⁴³⁷, die Wertungen des zwingenden Rechts⁴³⁸, einen Interessenaus-

⁴³⁰ Zur gleich gelagerten Thematik im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel oben Rz. 105; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 203 f.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 107 und EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 376.

⁴³¹ Vgl. zur auf diesen Umstand gestützten europäischen Rechtsprechung UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 199, ferner 203 je m. w. H.; ebenso OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 23 m. w. H. und EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 35 m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 467; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 436.

⁴³² Im Versicherungsgeschäft offensichtlich das Versicherungsunternehmen, dazu oben Rz. 64.

⁴³³ Ganz abgesehen von der Möglichkeit echter Individualvereinbarungen. Bei diesen dürfen an sich unzulässige Benachteiligungen nach wie vor frei vereinbart werden (KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 22) – sofern sich denn eine entsprechend «interessierte» Vertragspartnerin finden lässt. Ebenso darf auch in AGB prinzipiell weiterhin ungenehmigt an sich unzulässig benachteiligt werden, solange davon keine Konsumentin betroffen ist.

⁴³⁴ Selbstverständlich muss die Norm nicht komplett verdrängt werden – auch eine «blosse» Modifikation der dispositiven Norm kann nach den Umständen zu einem vertraglichen Missverhältnis führen; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 201.

⁴³⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 198 m. w. H.; das Diktum von VISCHER, AJP 2014, S. 973, wonach «dispositives Recht im AGB-Umfeld weitgehend zwingendes Recht» werde, mag hier zutreffen. Im Übrigen scheint es aber etwas zu absolut.

⁴³⁶ Und ja auch sinnvoll; zum Leitmotiv der «Griffigkeit» bei der Revision von Art. 8 UWG Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.

⁴³⁷ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 222 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 107 und 109 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 112 und 128.

⁴³⁸ Soweit das zwingende Recht nicht ohnehin direkt oder analog Anwendung findet. Bedeutung hat dieser Ansatz bspw. bei Regelungen, die zwingendes Recht «indirekt»

gleich der Beteiligten⁴³⁹ und weitere Prinzipien der Rechtsordnung nichts entgegen. Gerade dort, wo kein direkt oder analog anwendbares dispositives Recht besteht, bietet es sich an, die Ersatzregelung zu Referenzzwecken nach diesen Gesichtspunkten zu bestimmen.⁴⁴⁰ Die Grundprinzipien umfassen bspw. auch den Grundsatz symmetrischer Verteilung bei kongruenten Rechten und Pflichten⁴⁴¹, besserer Risikobeherrschung⁴⁴², Verhältnismässigkeit und Erforderlichkeit⁴⁴³, das

untergraben, ohne gerade «offen» dagegen zu verstossen; als Beispiel werden zwingende Verjährungsfristen für Gewährleistungsansprüche genannt, deren Schutzgedanke durch völlige inhaltliche Aushöhlung des Anspruchs auf Gewährleistung an sich letztlich unterlaufen wird, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 223 (selbst wenn der Gewährleistungsanspruch an sich weitgehend tatsächlich «nur» dispositives Recht ist).

⁴³⁹ WIDMER, Rz. 270 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 205; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 ff.

⁴⁴⁰ Besteht direkt oder analog anwendbares dispositives Recht, kommt diesen Aspekten dagegen oft wenig eigene Bedeutung zu. Sie sind im dispositiven Recht in aller Regel bereits verkörpert und konkretisiert; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 204 f.

⁴⁴¹ Gerade davon spricht die Norm ja selber. Die Asymmetrie ist dabei formell wie materiell zu prüfen: Haben die Beteiligten zwar formell dieselben Rechte oder Pflichten, wirken sich dieselben aber je nach Seite faktisch unterschiedlich aus, so liegt eine materielle Asymmetrie vor. Zu denken ist bspw. an symmetrische Kündigungsrechte im Versicherungsvertrag, die für die Versicherungsnehmerin oft genug relativ wertlos sind, weil sie auf die Versicherung angewiesen ist und Schwierigkeiten haben wird, eine neue Versicherung abzuschliessen (vgl. dazu nur die neuen Kündigungsverbote gemäss Art. 35a Abs. 4 VVG und die dazugehörige parlamentarische Debatte in AB 2019 N 750 ff.); KOLLER, AJP 2014, S. 28 m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 24 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 117 ff.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 200 m. w. H., sodann in N 202 zu den Grenzen dieses Ansatzes bei Fehlen wechselseitiger Rechtspositionen (und der daraus folgenden Notwendigkeit, auf andere Ansätze zurückzugreifen); EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 34 f. m. w. H.

⁴⁴² WIDMER, Rz. 271 m. w. H.; HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1205; KOLLER, AJP 2014, S. 33; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 111; es geht hier u. a. darum, welche Partei ein Risiko besser beherrschen und seinen Eintritt verhindern kann bzw. welche Partei die Konsequenzen des Risikoeintritts besser zu schultern vermag. Zu denken ist hier bspw. an die Abschiebung von Risiken aus dem eigenen Einflussbereich auf die andere Partei oder eine leichte Versicherbarkeit des Risikos für die eine Partei, UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 224 m. w. H. («cheapest cost avoider»), u. a. auf das Urteil des Bundesgerichts 4C.158/2006 vom 10. November 2006 E. 2.3.

⁴⁴³ KOLLER, AJP 2014, S. 33; hier ebenso HESS/RUCKSTUHL, AJP 2012, S. 1199 unter Hinweis auf den Grundsatz von Treu und Glauben.

Äquivalenzprinzip⁴⁴⁴ etc. Kein tauglicher Massstab kann dagegen das eigentliche Verhältnis von Leistung und Gegenleistung sein, denn dieser engste Vertragskern ist gerade von der Prüfung ausgeschlossen (oben Rz. 162).⁴⁴⁵

6. Vertragliches Missverhältnis: Prüfungsmethodik, insbesondere Kompensation etc.

Unbestritten scheint, dass die Prüfung einer Klausel nach Art. 8 UWG eine Gesamtwürdigung bedingt.⁴⁴⁶ Damit kommt den weiteren AGB-Klauseln indirekt auch eine (gewisse) Bedeutung zu.⁴⁴⁷ Die Frage, inwiefern andere AGB-Regelungen ein in denselben AGB vorgefundenes Missverhältnis kompensieren können, ist jedoch umstritten. Umgekehrt wird auch diskutiert, wie kleinere Ungleichheiten in verschiedenen AGB-Klauseln durch Summierung zu einem gesamthaften Missverhältnis werden können.

Nach hier vertretener Auffassung sind Kompensation und Summierung zu berücksichtigen.⁴⁴⁸ Andernfalls müssten AGB theoretisch in zahlreiche Einzelregelungen aufgesplittet und diese je streng isoliert, herausgebrochen aus System und Gehalt der Gesamtregelung, betrachtet werden. Es erscheint zweifelhaft, dass diese Methode sachgerechte Ergebnisse bewirken würde.

Allerdings sind aus demselben Grund auch Einschränkungen anzubringen. Dies gilt besonders bei der Kompensation: Die zu kompensierende und die kompensatorische Regelung müssen einen funktionellen Konnex haben, letztlich eine Ge-

⁴⁴⁴ Hier in einem weiten Sinn verstanden, also letztlich als vertragliche Balance zwischen den Parteien, vgl. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 222 m. w. H. (mit dem Beispiel von unangemessen kurz gültigen Gutscheinen); der Begriff geht somit über das spezifisch versicherungsrechtliche Äquivalenzprinzip als Verhältnis zwischen versicherter Leistung und Prämie hinaus (vgl. für eine Urteilskritik aus dieser Optik CONTI MOREL, HAVE 2021, S. 159 m. w. H.). Allerdings kann natürlich auch dieses «engere» Äquivalenzprinzip relevant sein.

⁴⁴⁵ Daher fällt ein Rückgriff auf die Praxis zu Art. 21 OR ausser Betracht; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 203 m. w. H.

⁴⁴⁶ KOLLER, AJP 2014, S. 28 und 30 f. und UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 219 je m. w. H., sodann die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 13. Diese Gesamtwürdigung ist nach hier vertretener Auffassung unter Einbezug der vorstehend erläuterten Aspekte (oben Rz. 153 ff.) durchzuführen.

⁴⁴⁷ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 152.

⁴⁴⁸ Das entspricht auch der soweit ersichtlich im Grundsatz einhelligen Lehre, vgl. AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 13 m. w. H.

samtheit bilden.⁴⁴⁹ Eine unsystematische Kompensation ohne Sachzusammenhang «kreuz und quer» durch die ganzen AGB ist ausgeschlossen.⁴⁵⁰ Das ergibt sich auch schon aus dem Prinzip der Kompensation: Kompensiert wird ein Nachteil nur, wo er effektiv beseitigt oder eingeschränkt wird – und das wiederum kann nur durch eine sachlich konnexe Regelung geschehen.⁴⁵¹ Sofern dieser Zusammenhang besteht, kann aber auch eine kompensatorische Individualabrede mitberücksichtigt werden.⁴⁵² In der Sache muss zudem aufgrund der Optik der «wirksamen Kompensation» wiederum eine wertende Betrachtung erfolgen: Eine rein formale Kompensation durch nutzlose oder selbst nachteilsbehaftete Rechte kann ein Missverhältnis materiell nicht beseitigen.⁴⁵³

- 171 Die besondere Streitfrage, inwiefern ein günstiger Preis Nachteile der Konsumentin in den AGB kompensiert, ist zunächst nach diesen Grundsätzen zu beantworten. Ohne Konnex gibt es von vornherein keine Kompensation.⁴⁵⁴ Da die

⁴⁴⁹ WIDMER, Rz. 299 m. w. H.; KOLLER, AJP 2014, S. 28 f. m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 211 m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 25 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 122 f. m. w. H.; OPPLIGER, SJZ 2021, S. 644 m. w. H.; Gleiches gilt auch für die relativ zwingenden Normen im VVG: Für die Prüfung, ob eine vertragliche Abweichung davon für die Versicherungsnehmerin bzw. Versicherte günstiger ist, werden nur funktionell zusammenhängende Regelungen berücksichtigt, BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 6 m. w. H., ebenso FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.103 m. w. H.

⁴⁵⁰ KOLLER, AJP 2014, S. 28 f. m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 202 f. und 211; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 122 f.; eine solche Prüfung wäre komplexitätshalber wahrscheinlich faktisch gar nicht machbar, was umso mehr gegen die Zulässigkeit einer solchen Kompensation spricht, ähnlich daher WIDMER, Rz. 298 m. w. H.

⁴⁵¹ WIDMER, Rz. 299 m. w. H.

⁴⁵² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 211 m. w. H.; OPPLIGER, SJZ 2021, S. 644 m. w. H.; a. M. dagegen BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 121, nach dem Individualabreden ausserhalb der AGB-Kontrolle stehen und daher für eine Kompensation nicht berücksichtigt werden können.

⁴⁵³ KOLLER, AJP 2014, S. 28 f. m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 489; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 456 sowie Fn. 779; im Bereich des Versicherungsvertrages sind bspw. Prämienrückerstattungen oder Kündigungsrechte zugunsten der anderen Partei keine wirksame Kompensation einseitiger Vertragsänderungs- oder -beendigungsrechte des Versicherungsunternehmens, DUPONT, CGA, Rz. 45 und EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 30 f. je m. w. H. sowie STÖCKLI, HAVE 2017, S. 434 und oben Fn. 441.

⁴⁵⁴ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212 m. w. H., namentlich auf die deutsche Rechtsprechung. Diese geht davon aus, dass der Preis regelmässig im Wettbewerb entstehe und daher kein genügender Kausalkonnex zu einzelnen AGB-Regelungen bestehe (so auch OPPLIGER, SJZ 2021, S. 644 m. w. H.); WIDMER, Rz. 301.

Kompensation letztlich die Unzulässigkeit einer AGB-Klausel abwendet, begünstigt dieser Einwand die AGB-Verwenderin. Die Kompensation ist daher deren Beweisthema.⁴⁵⁵ Speziell beim Einwand der «Kompensation durch Preis» liegt es an ihr, den Beweis für diesen Konnex und seine Tatsachengrundlagen anzutreten; die AGB-Unterworfenen hat in aller Regel weder Einsicht in die preisbildenden Kalkulationen der AGB-Verwenderin noch Verständnis davon.⁴⁵⁶ Folglich vermag der blosse Einwand eines niedrigen Preises ein Missverhältnis nicht pauschal zu «heilen». In teleologischer Hinsicht ist zudem zu bedenken, dass die Zulassung des «Preisarguments» im Rahmen von Art. 8 UWG ein «race to the bottom» bewirken kann – was dem Zweck der Norm offenkundig diametral entgegensteht.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ Art. 8 ZGB; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 491; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 461; vgl. aus dem Versicherungsvertragsrecht namentlich BGE 130 III 321 E. 3.1 zur Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen; mit etwas anderer Begründung, aber gleichem Ergebnis UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 210 m. w. H.

⁴⁵⁶ Zu diesem Umstand – im anderen Zusammenhang – treffend das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 6.2 a. E.: «Der Versicherer kann der Versicherungsnehmerin die Relation von versichertem Risiko und vereinbarter Prämie nicht entgegenhalten, denn es ist der Versicherer, der die Prämie aufgrund der Faktoren Grösse und Dauer des Risikos, Kostenanteil und Gewinnanteil berechnet. Die Versicherungsnehmerin [...] kennt die einzelnen Komponenten der Prämienberechnung und deren Gewichtung nicht und sähe sich wohl angesichts der Komplexität solcher Berechnungen selbst bei Offenlegung der Berechnungsgrundlagen ausserstande, die (Un-)Angemessenheit der Prämie zu beurteilen.» (ähnlich sodann das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 14 175 vom 3. November 2015 E. 4d/bb ff.); die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass regelmässig auch die Gerichte nicht in der Lage wären, eine kausale Preissteigerung durch nicht benachteiligende Klauseln nachzuvollziehen, vgl. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212, besonders Fn. 634; ähnlich sodann WIDMER, Rz. 300 m. w. H.; in diesem Zusammenhang wäre nach HEISS auch zu berücksichtigen, ob die AGB-Verwenderin ihre Risiken durch nicht benachteiligende Klauseln allenfalls günstig versichern und so die Preissteigerung abgedeckt werden kann (zur Risikobeherrschung auch oben Rz. 167); der Beweis dürfte insgesamt schwierig zu erbringen sein. Vgl. auch DUPONT, CGA, Rz. 37 ff. zu den Schwierigkeiten der «Prämienkontrolle» im Versicherungswesen.

⁴⁵⁷ Der Wettbewerb um Kundinnen findet viel öfter über einen günstigen Preis als über günstige AGB statt (BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 10 ff. und 23 ff.). Könnten unzulässige AGB über den günstigen Preis «globalkompensiert» werden, wäre es nur allzu verlockend, wettbewerbswirksam einen tiefen Preis anzusetzen und für diesen die Konditionen zu verschlechtern. Es wären so Tür und Tor zu einem Bedingungs Wettbewerb der AGB «gegen unten» geöffnet («race to the bottom») – eben kaum die Absicht der neuen Norm; vgl. KOLLER, AJP 2014, S. 29 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 121; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212, zusätzlich unter Hinweis auf die

Methodisch setzt die gerichtliche Überprüfung einer Kompensation durch Preis zuletzt die Bestimmung des «gerechten Preises» voraus.⁴⁵⁸ Entsprechend sind an eine Kompensation durch Preis zum einen sehr hohe Anforderungen zu stellen und wird sie zum anderen in aller Regel keine Bedeutung erlangen.⁴⁵⁹

- 172 Die Summierung ist nach hier vertretener Auffassung aus der gleichen Optik zu betrachten: Klauseln sind somit nicht isoliert, sondern in ihrem Wirkungszusammenhang zu prüfen. Die Summierung von «kleineren» Benachteiligungen kann so die Eingriffsschwelle von Art. 8 UWG überschreiten.⁴⁶⁰ Ebenso kann eine, isoliert betrachtet, zulässige Klausel durch ihre Auswirkung in Kombination mit einer unzulässigen Klausel selbst unzulässig werden.⁴⁶¹

gleich gelagerten Gedanken in der deutschen und der österreichischen Rechtsprechung; EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 378 m. w. H. und zu Recht kritisch gegenüber dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2020.00034 vom 26. Februar 2021 E. 6.2.

⁴⁵⁸ Was ganz praktisch ein Gericht voraussetzt, das sich dieser delikaten Aufgabe annehmen möchte, oben Fn. 415; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212 m. w. H.; kritisch zur «Preiskontrolle» durch das Gericht auch WIDMER, Rz. 300.

⁴⁵⁹ KOLLER, AJP 2014, S. 29 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212 m. w. H.; WIDMER, Rz. 300 m. w. H.; DUPONT, CGA, Rz. 47 m. w. H.; ganz ausgeschlossen ist die Preiskompensation wohl nicht, da sie mindestens auch in der Botschaft UWG, S. 1074 genannt ist. In der Literatur wird als Beispiel für eine Preiskompensation u. a. der ungewöhnlich günstige Kauf von Gebrauchsgüter erwähnt, dem dafür eine eingeschränkte Gewährleistung gegenüberstehe; ferner gestaffelte Haftungs-/Preismodelle bei Versicherungsleistungen, vgl. WIDMER, Rz. 301; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 212 nennt sodann Fälle, in denen der Konsumentin eine ökonomisch sinnvolle Wahl zwischen höherem Preis zu guten Konditionen und umgekehrt eingeräumt wird («offene Tarifwahl», bspw. billiges Smartphone bei längerer Bindung). Eine «offene Wahl» der Konsumentin setzt dabei aber in jedem Fall entsprechend hohe Transparenz dieser Modelle voraus, hierzu WIDMER, Rz. 301 und KOLLER, AJP 2014, S. 28 f. je m. w. H., ebenso OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 25 m. w. H., weiter EISNER-KIEFER, AGB, S. 106 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 121 ff. gelangt zum selben Ergebnis, indem er bei transparenter Wahlmöglichkeit die ungünstigen Konditionen zu den «kontrollfreien» Eigenschaften der Hauptleistung zählt.

⁴⁶⁰ Diesfalls sind alle betroffenen Klauseln unzulässig, WIDMER, Rz. 302 m. w. H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 213 m. w. H.

⁴⁶¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 213 m. w. H.; theoretisch könnte die Verwenderin hier zwar einwenden, dass die an sich schon unzulässige Klausel ja unwirksam sei und so das problematische Zusammenwirken gar nicht statfinde. Art. 8 UWG schützt aber nur die Konsumentin und nicht die Verwenderin (vgl. «zum Nachteil» der Konsumenten-

7. Vertragliches Missverhältnis: Prüfung

Der Grundsatz von Treu und Glauben dient nach h.L. und hier vertretener Auffassung als Massstab für die Prüfung des vertraglichen Missverhältnisses (oben Rz. 153 ff.). Wie ebenfalls bereits dargelegt, verweist Art. 8 UWG auf eine «einfache» Treuwidrigkeit i. S. v. Art. 2 Abs. 1 ZGB; es geht somit nicht um qualifizierte, nämlich rechtsmissbräuchliche Missverhältnisse nach Art. 2 Abs. 2 ZGB (oben Rz. 153 ff. und 158).⁴⁶² 173

Für das hier vertretene Verständnis des Prüfungsinhaltes von Art. 8 UWG ist an dieser Stelle nochmals kurz auf die grundlegende Tücke von AGB zurückzukommen: AGB bedeuten regelmässig einseitige Gestaltungsmacht und -freiheit. Diese ist spiegelbildlich die Unfreiheit der AGB-Unterworfenen und gleichzeitig Quelle mannigfacher Verlockungen für die Verwenderin (oben Rz. 79 ff.). Die Empirie zeigt, dass AGB-Verwenderinnen der Verlockung einseitiger «Optimierung» ihrer Rechtsposition oft nicht widerstehen können, während der an sich denkbare gegenteilige Fall, eine einseitige Begünstigung der AGB-Unterworfenen, reine Theorie bleibt (oben Rz. 84) – es entsteht zu eigenen Gunsten ein «parteiliches Recht», wie die Botschaft zum UWG treffend ausführt.⁴⁶³ Diesem vertragstheoretisch nicht vorgesehenen und problematischen Umstand (oben Rz. 79 ff.) soll mit Art. 8 UWG entgegengetreten werden. 174

Der Grundsatz von Treu und Glauben gebietet als allgemeine Handlungsanweisung, sich im Rechtsverkehr redlich, loyal und korrekt⁴⁶⁴, kurz fair⁴⁶⁵ zu verhalten; 175

tin). Wer sich auf die Unlauterkeit der eigenen AGB beruft, handelt widersprüchlich und verdient keinen Schutz, Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6178.

⁴⁶² Der offenkundige Rechtsmissbrauch findet nach ZGB ohnehin nie Schutz. Art. 8 UWG wäre daher überflüssig, wenn hier ein Rechtsmissbrauch vorausgesetzt würde; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 215 m. w. H. zusätzlich auf grundlegend dogmatische Überlegungen zum Charakter des Rechtsmissbrauchsverbots; ebenso OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 9 zur etwas irreführenden Marginalie von Art. 8 UWG, damit auch die Assoziation in N 29 relativierend; EISNER-KIEFER, AGB, S. 109 m. w. H.; für eine Orientierung am Rechtsmissbrauchsverbot dagegen BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 107 ff. Er plädiert dabei aber dafür, die Rechtsmissbrauchsschwelle bei AGB tiefer anzusetzen als bei Individualvereinbarungen. Im Ergebnis kommt er so zu ähnlichen Schlüssen wie der Autor.

⁴⁶³ Botschaft UWG, S. 1051 f.

⁴⁶⁴ Urteil des Bundesgerichts 1A.130/2000 vom 16. November 2000 E. 3b m. w. H.

⁴⁶⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 217 Fn. 665.

massgeblich ist also die Sicht von loyalen und korrekten Parteien.⁴⁶⁶ Damit bietet sich dieser Grundsatz konzeptionell als Schranke einseitiger Rechtsoptimierung zulasten der Gegenpartei geradezu an. Die Rechtsprechung leitet aus dem Fairnessgebot von Treu und Glauben denn auch konkret eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die andere Partei ab.⁴⁶⁷

- 176 Das Mass der Rücksichtnahme richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalles.⁴⁶⁸ Für die Belange von Art. 8 UWG ist in jedem Fall zunächst der soeben genannte strukturelle Umstand einseitiger Gestaltungsmacht Ausgangspunkt. In der Lehre wird daraus eine «treuhandähnliche» Obliegenheit der AGB-Verwenderin zur Wahrung der Interessen der AGB-Unterworfenen abgeleitet.⁴⁶⁹ Der Begriff mag technisch nicht ideal sein,⁴⁷⁰ aber der zugrunde liegende Gedanke überzeugt: Wer entgegen der Grundkonzeption des Vertragsrechts frei ist, ein «parteiliches Recht» durchzusetzen und davon zu profitieren, bringt die andere

⁴⁶⁶ Bspw. Urteil des Bundesgerichts 4A_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.1 zum Grundlagenirrtum.

⁴⁶⁷ BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2 N 11 m. w. H.; anschaulich zeigt sich die direkte Anwendung von Art. 2 ZGB in dieser Art bspw. in der Rechtsprechung zur Übergangsfrist nach Leistungseinstellung in der Krankentaggeldversicherung: Bisweilen erbringt das Versicherungsunternehmen zunächst Taggelder und kommt dann im Verlauf zum Schluss, es liege keine Arbeitsunfähigkeit mehr vor. Dann darf von ihm erwartet werden, dass es dies der Versicherten mitteilt und ihr eine angemessene Frist einräumt, um die Arbeit wieder aufzunehmen; während dieser Frist sind die vertraglichen Leistungen weiterhin geschuldet (so erstmals begründet im Urteil des Bundesgerichts 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3 m. w. H., seither ständige Praxis). Dies gilt auch allgemein bei unterlassenen schadenmindernden Massnahmen, bspw. indizierten medizinischen Behandlungen: Eine Leistungseinstellung wegen Verletzung der Schadenminderungspflicht setzt voraus, dass das Versicherungsunternehmen die Versicherte vorgängig klar zu einer konkreten Massnahme auffordert, sie auf die Konsequenzen bei Missachtung der Aufforderung hinweist und ihr eine angemessene Umsetzungsfrist ansetzt. Unterlässt das Versicherungsunternehmen diese Mahnung etc. und verweigert es direkt weitere Leistungen, handelt es treuwidrig (so ausdrücklich das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/650/2010 vom 8. März 2011 E. 9; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_79/2012 vom 27. August 2012 E. 5.4 zu dieser Thematik). Vgl. allgemein zur Thematik von Übergangsfristen aus der Optik von Treu und Glauben bspw. BGE 134 I 23 E. 7.6.1 m. w. H.

⁴⁶⁸ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 217.

⁴⁶⁹ KOLLER, AJP 2014, S. 32 m. w. H.

⁴⁷⁰ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 216 weist darauf hin, dass die Treuhänderin im klassischen Sinn immer im besten Interesse der Treugeberin handeln muss, ggf. auch auf Kosten eigener Interessen. Das wird natürlich ausserhalb eines Treuhandverhältnisses nicht verlangt.

Partei im gleichen Masse um ihre Freiheit; entsprechend muss – korrigierend (oben Rz. 87) – auf die so unfreie Partei verstärkt Rücksicht genommen werden.⁴⁷¹ Das ist der Preis einseitiger Gestaltungsmacht.

Die Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Konsumentin bringt eine Interessenabwägung und einen Interessenausgleich mit sich.⁴⁷² Die AGB-Verwenderin darf unter der Flagge der Vertragsfreiheit gerade keine einseitige Rechtsoptimierung betreiben und damit ihrer Vertragspartnerin ebendiese Freiheit entgegen der Grundkonzeption des Vertragsrechts entziehen; die Regelung muss vielmehr mindestens einen angemessenen Ausgleich der Interessen gewährleisten⁴⁷³ (wie er sich vertragstheoretisch bei echter Verhandlung gerade einstellen sollte, oben Rz. 64). Damit ist zunächst vorausgesetzt, dass eine bestimmte Klausel überhaupt einem sachlichen, schutzwürdigen Interesse dient.⁴⁷⁴ Sodann kann sich die Prüfung wie-

⁴⁷¹ KOLLER, AJP 2014, S. 32 m. w. H.; ähnlich OPPLIGER, SJZ 2021, S. 643 und BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 («zentrale, AGB-spezifische Rolle» von Treu und Glauben); es geht gewissermassen um eine stellvertretende Interessenwahrung zugunsten der AGB-Unterworfenen. Diese kann ihre Interessen aufgrund des Verhaltens der Verwenderin («Stellen von AGB») schlecht oder nicht wahren. Interessant ist eine Parallele zur Lehre zu den zivilprozessualen Konsumentinnengerichtsständen: Auch sie geht bisweilen davon aus, dass eine Pflicht zur Wahrung der Interessen der Konsumentin ein wirksames Mittel ist, um das strukturelle Ungleichgewicht zwischen den Parteien zu mindern bzw. korrigieren (weshalb es umstritten ist, ob Verträge mit umfassenden Pflichten solcher Art noch des Schutzes des Konsumentinnengerichtsstands bedürfen, Kommentar ZPO-FELLER/BLOCH, Art. 32 N 31 ff. m. w. H.).

⁴⁷² UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 217 m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 29 m. w. H.; zur Interessenabwägung auch Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6179; KOLLER, AJP 2014, S. 32 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 109 m. w. H.; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 ff. und 131; BSK ZGB I-LEHMANN/HONSELL, Art. 2 N 11 m. w. H.

⁴⁷³ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 217 m. w. H.; OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 29 m. w. H.; nach EISNER-KIEFER, HAVE 2015, S. 36 m. w. H. ist es gerade treuwidrig, Gestaltungsmacht durch AGB dazu zu missbrauchen, zum Nachteil der schwächeren Partei ein erhebliches Ungleichgewicht zu schaffen; ähnlich auch BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 und KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 512. Selbstverständlich spräche aus der Optik von Gestaltungsfreiheit und -unfreiheit auch nichts dagegen, die einseitige Gestaltungsmacht dazu einzusetzen, die andere Partei erheblich ungleich zu begünstigen. Das beinhaltet keine Unfreiheit der AGB-Verwenderin, ist allerdings praktisch reine Theorie (oben Rz. 84).

⁴⁷⁴ Im Gegensatz zum alleinigen Regelungszweck «Selbstbegünstigung» (durch Abweichung von der dispositiven Rechtslage). Dieser hat mit den positiven Funktionen von AGB (oben Rz. 79) nichts zu tun. Er ist vielmehr ein negativer Effekt von AGB und korrekturbedürftig (oben Rz. 176); BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 110;

derum an bereits genannten Teilaspekten des Grundsatzes von Treu und Glauben orientieren: Eignung, Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit (oben Rz. 167).⁴⁷⁵ Zurückhaltend kann hier sodann das Transparenzgebot berücksichtigt werden.⁴⁷⁶ Aufgrund des Charakters einer Gesamtabwägung (oben Rz. 168) fliessen hier aber auch die weiteren dargelegten Aspekte mit ein, so namentlich das Referenzsystem

SCHMID, Globalübernahme, S. 863 f. mit dem berechtigten Hinweis, dass die dispositive Rechtslage für die AGB-Verwenderin auch keine besondere Belastung darstellt; gewisse Lehrmeinungen verbinden diese Voraussetzung auch mit dem Begriff des «ungerechtfertigten» Missverhältnisses, so bspw. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 210. Dieser weist sodann korrekterweise darauf hin, dass die Verwenderin für ihr Interesse beweisbelastet ist. Ähnlich sodann EISNER-KIEFER, AGB, S. 108 f. m. w. H. Unter diesem Gesichtspunkt ist auch die zweckwidrige Rechtsausübung zu betrachten (so bspw. durch Klauseln, die Rechtsfolgen für ein Ereignis vorsehen, die mit diesem Ereignis nicht in Zusammenhang stehen, EISNER-KIEFER, AGB, S. 109 m. w. H. sowie BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 113).

⁴⁷⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 218 m. w. H.; ähnlich wohl BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 108 ff. Konkret ist also zu fragen, ob die Regelung für das sachliche, schutzwürdige Interesse nützlich, notwendig und angesichts der Interessen der anderen Partei verhältnismässig ist. Je stärker die Regelung in die Interessen der anderen Partei eingreift, desto eher wird sie folglich unzulässig sein (vgl. hierzu auch oben Rz. 104 zur Ungewöhnlichkeitsregel); dabei ist die Eingriffsschwere wertend zu bestimmen (bspw. danach, ob zentrale oder eher nebensächliche Interessen betroffen sind), hierzu auch oben Rz. 159 und 166 (UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 222 m. w. H.).

⁴⁷⁶ Dieses wird gelegentlich auch als allgemeiner Rechtsgrundsatz betrachtet, was wohl zutrifft (UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 225 ff. m. w. H., u. a. auch auf die Wertungen in Art. 33 VVG bzw. zur Geltungskontrolle). Nach hier vertretener Auffassung ist das Gebot transparenten Handelns aber mindestens auch Folge des Gebots, sich korrekt und loyal zu verhalten (ebenso das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Aargau HOR.2020.18 vom 17. Mai 2021 E. 5.2.1). Daher dürfte die Intransparenz einer AGB-Regelung zu deren Unzulässigkeit beitragen können; denkbar wären bspw. unbestimmte und vage Verhaltensauflagen an die andere Partei oder schwammige Einschränkungen der Pflichten der AGB-Verwenderin (illustrativ zur entsprechenden Problematik bspw. zu Art. 33 VVG die Botschaft VVG, S. 288 f. oder BGE 58 II 486 zu Ausschlüssen von «jeglicher Zuwiderhandlung gegen bestehende Gesetze und Verordnungen» oder «Wagnissen»). Zurückhaltung ist aber angebracht, weil die UWG-Revision diesen Aspekt mit dem altrechtlichen Kriterium der «Irreführung» bewusst fallen gelassen hat (oben Rz. 115). Art. 8 UWG soll daher nicht nur vor intransparenten, sondern vor allen materiell unzulässigen Benachteiligungen schützen – unabhängig von deren Klarheit, Offenkundigkeit, Hervorhebung etc. (UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 225). Darin liegt auch der Vorteil der offenen gegenüber der «verdeckten» Inhaltskontrolle (hierzu oben Rz. 113). Die Mithberücksichtigung der Transparenz darf daher nicht zum Umkehrschluss verleiten, eine klare, transparente oder offenkundige Benachteiligung könne nicht mehr unzulässig sein.

mit seinen Teilaspekten des dispositiven und des zwingenden Rechts, von Vertragszweck und -natur sowie der allgemeinen Rechtsgrundsätze wie Rechtssymmetrie, bessere Risikobeherrschung, Äquivalenzprinzip usw. (oben Rz. 165 ff.). Die Elemente des Tatbestandes von Art. 8 UWG sind, wie treffend geschrieben wurde, letztlich alle ineinander verzahnt.⁴⁷⁷ Daher geht es im Kern – unter Berücksichtigung der vorstehend dargestellten Grundlagen und Modalitäten (oben Rz. 153 ff.) – um die Frage, ob die fragliche Regelung im Rahmen dessen liegt, was korrekte, loyale Parteien in einer individuell ausgehandelten Vereinbarung als faire Regelung vorgesehen hätten.⁴⁷⁸ Bei erheblichen, unkompensierten Ungleichgewichten in AGB darf nach allgemeiner Lebenserfahrung vermutet werden, dass dieser Rahmen gesprengt ist.⁴⁷⁹

Die Frage, die sich bei Art. 8 UWG im Kern stellt (oben Rz. 177), ist letztlich sehr offen. Daher ist es schwierig, eine Liste generell unzulässiger Klauseln zu erstellen. In der ausländischen Gesetzgebung zu AGB existieren verschiedene Klauselkataloge mit Beispielen von (potentiell) unzulässigen Regeln.⁴⁸⁰ Eine solche «Anwendungshilfe» durch die Gesetzgeberin fehlt im Schweizer Recht. Die Lehre zieht daher teilweise diese ausländischen Klauselkataloge oder andere Ansätze von Listen dieser Art als Hilfsmittel heran.⁴⁸¹ Manche Autorinnen bilden eigene Fallgruppen, teils (auch) in Anlehnung an die Materialien. Genannt werden so

⁴⁷⁷ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 219 m. w. H.; ähnlich BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 125.

⁴⁷⁸ Ähnlich KOLLER, AJP 2014, S. 31 f. m. w. H.; ähnlich auch OPPLIGER, SJZ 2021, S. 641 und 643 f. mit konkreten Beispielen sowie KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 496 ff., SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 466 ff. m. w. H. und EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 378; STÖCKLI, BR 2011, S. 184 spricht von einer «Sicherung [...] inhaltlicher Vertragsfairness». Ähnlich sodann BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 133 mit der umgekehrten Frage, ob die fragliche Regelung darauf beruht, dass die AGB-Verwenderin ihre Gestaltungsmacht treuwidrig missbraucht hat, um ein unsachliches erhebliches Ungleichgewicht zu begründen.

⁴⁷⁹ Keine vernünftige Partei würde ein solches Ungleichgewicht hinnehmen, wenn sie die Regelung individuell aushandeln könnte. KOLLER, AJP 2014, S. 31 m. w. H. geht daher bei erheblichen Ungleichgewichten zutreffend von einer natürlichen Vermutung der Unzulässigkeit i. S. v. Art. 8 UWG aus; ebenso GOBET, ST 2013, S. 541 und DUPONT, CGA, Rz. 52 m. w. H. sowie EISNER-KIEFER, AGB, S. 109 m. w. H., ähnlich sodann OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 29 m. w. H.

⁴⁸⁰ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 236 ff.

⁴⁸¹ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 229 ff. m. w. H., insb. N 237 betreffend den breiten Konsens im europäischen Recht; ähnlich DUPONT, CGA, Rz. 42 sowie OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 10 m. w. H.

- Haftungsausschlüsse für grobe Fahrlässigkeit,
- Zinsen, die auf den Gesamtbetrag der Schuld gerechnet werden, obwohl bereits ein Teil bezahlt wurde,
- automatische Verlängerungen von Abonnements,
- das Recht der Verwenderin, die AGB jederzeit zu ändern, sowie
- die automatische und stillschweigende Verlängerung einer Garantie;⁴⁸²

weiter⁴⁸³

- Freizeichnungsklauseln allgemein,
- Konventionalstrafen,
- Verrechnungsverbote,
- Verwirkungs- und Schriftformklauseln,
- Einwilligungsklauseln,
- Auslegungs- und Beweislastklauseln oder
- Rechtswahl-, Gerichtsstand- und Schiedsgerichtsklauseln;

sodann⁴⁸⁴

- Klauseln, welche das Leistungsversprechen oder die Rechtsfolgen bei Verletzung des Leistungsversprechens weitreichend einschränken, bspw. Deckungsbegrenzungen im Versicherungsvertrag, wie
 - Subsidiaritätsklauseln (Wegfall der Leistung, wenn ein anderes Versicherungsunternehmen Leistungen erbringt),
 - Regressausschlussklauseln (Ausschluss der Leistung, wenn nicht die Geschädigte selbst, sondern eine regressberechtigte Dritte Ansprüche geltend macht) oder
 - Auslandsklauseln (Ausschluss von Leistungen in der Auslandsrankenversicherung, wenn die Krankheit im ausländischen Heimatstaat auftritt),
- umgekehrt Klauseln, welche das Leistungsversprechen oder die Rechtsfolgen bei Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen der Konsumentin weitreichend ausdehnen,

⁴⁸² So das Votum von Bundesrat Schneider-Ammann in AB 2011 N 229.

⁴⁸³ Vgl. die Hinweise für diese (nicht abschliessende) Liste bei KOLLER, AJP 2014, S. 33. Die Beispiele erinnern an die ausländischen Klauselkataloge (Hinweise dazu oben in Fn. 480 f.).

⁴⁸⁴ GROLIMUND, AGB, S. 232 und 237 m. w. H.

- Vertrags-, Preis- und Prämienanpassungsklauseln, bei denen sich die Anbieterin vorbehält, einseitig die Spielregeln zu ändern, oder
- Kündigungsstrafen (z. B. Reduktion der Leistungsdauer einer bereits entstandenen Leistungspflicht im Fall der Kündigung der Taggeldversicherung);

sowie⁴⁸⁵

- einseitige Vertragsbeendigungsrechte,
- einseitige Vertragsänderungsrechte,
- Leistungseinschränkungen just für diejenigen Fälle, in denen die andere Partei besonders auf die Leistungen angewiesen ist, wie bspw.
 - Leistungsausschlüsse und -einschränkungen in der Spitalzusatzversicherung für kostenintensive Fälle (chronische Leiden, längere Spitalaufenthalte, Beschränkung nur auf die Akutpflege etc.),

und⁴⁸⁶

- Klauseln, die betreffend Vertragshauptleistung erheblich vom Referenzsystem abweichen, wie
 - die Wegbedingung des Kausalitätserfordernisses bei der Sanktionierung von Obliegenheitsverletzungen im Versicherungsvertrag,
- Klauseln, welche die Beweislast vom Versicherungsunternehmen auf die Versicherungsnehmerin oder Versicherte verschieben, wie
 - betreffend den Kausalitätsnachweis bei der Sanktionierung von Obliegenheitsverletzungen im Versicherungsvertrag, oder
- Klauseln, die zur einseitigen AVB-Anpassung ohne triftigen Grund berechtigen.

Solche Listen können ein hilfreiches Indiz darstellen. Sie vermögen aber die (komplexe) Beurteilung eines konkreten Falles nicht zu ersetzen.

8. Rechtsprechung

Ähnlich wie bei den anderen Tatbestandsmerkmalen des Art. 8 UWG finden sich 179 nur ganz vereinzelt materielle Entscheide zum «erheblichen und ungerechtfertigten» Missverhältnis. Das Bundesgericht hat sich bislang nur zweimal, im Urteil 9C_85/2017 vom 24. Mai 2017 sowie im Urteil 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021, dazu geäußert. Prozessgegenstand im ersten Fall war eine Streitigkeit be-

⁴⁸⁵ DUPONT, CGA, Rz. 45 und 47.

⁴⁸⁶ EISNER-KIEFER, AGB, S. 118 ff.

treffend eine Begünstigenerklärung zugunsten der Lebenspartnerin für ein Todesfallkapital aus der beruflichen Vorsorge (überobligatorischer Vorsorgevertrag). Daher stammt das Urteil anders als die anderen bundesgerichtlichen Entscheide zu Art. 8 UWG nicht aus der Feder der zivilrechtlichen, sondern der damaligen II. sozialrechtlichen Abteilung. Das Bundesgericht erwog, das reglementarische Erfordernis für die Ausrichtung dieses Kapitals, wonach die versicherte Person vor dem Tod bei der Pensionskasse eine schriftliche Begünstigenerklärung einreichen müsse, sei weder unklar noch ungewöhnlich. Eine letztwillige Verfügung, die der Pensionskasse erst nach dem Tod mitgeteilt werde, genüge nicht als solche Erklärung, da sie verspätet sei.⁴⁸⁷ Das gelte auch betreffend Art. 8 UWG, sei nach dem hiervor Dargelegten doch nicht erkennbar, inwiefern dieser Tatbestand erfüllt sei.⁴⁸⁸

- 180 In diesem Urteil zeigt sich exemplarisch eine verschiedentlich auftretende Tendenz in der Rechtsprechung, das Missverhältnis mit sehr kurzer Begründung zu verneinen – ohne Thematisierung der einzelnen Tatbestandselemente des Art. 8 UWG und dadurch Klärung der diversen offenen Auslegungsfragen rund um diese Gesetzesbestimmung. Die Lehre äussert sich zu Recht kritisch zur fehlenden Offenlegung der leitenden Überlegungen und Auslegungen für die Verneinung eines vertraglichen Missverhältnisses.⁴⁸⁹
- 181 Diese Tendenz ist auch in der kantonalen Rechtsprechung erkennbar.⁴⁹⁰ Daher wurde die Frage des vertraglichen Missverhältnisses soweit ersichtlich auch von

⁴⁸⁷ E. 5, insb. E. 5.2.2 f.

⁴⁸⁸ E. 7; die Vorinstanz, das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, hat diesen Punkt im kantonalen Urteil überraschenderweise gar nicht thematisiert, obwohl sich die Klägerin auch im kantonalen Verfahren auf Art. 8 UWG berufen hatte, vgl. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich BV.2015.00060 vom 19. Dezember 2016. Eine Randnote: Mindestens missverständlich ist sodann die dortige E. 3.3.1, wonach die Rüge der Ungewöhnlichkeit nicht stichhaltig sei – vielmehr seien entsprechende reglementarische Erfordernisse in der Praxis weit verbreitet. Branchenüblichkeit ist gerade kein Massstab für die objektive Ungewöhnlichkeit (oben Rz. 104).

⁴⁸⁹ STÖCKLI/BIERI, HAVE 2014, S. 401.

⁴⁹⁰ Vgl. z. B. das Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP150010-O/U vom 29. Mai 2019 E. 2.2 (verneint für eine Klausel, wonach ein Software-Lizenzvertrag fest auf fünf Jahre abgeschlossen wird und bei vorzeitiger Kündigung kein Anspruch auf Rückerstattung der Lizenzgebühren besteht); weiter bspw. das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2020.00034 vom 26. Februar 2021 E. 6.2, zu Recht kritisch besprochen von EISNER-KIEFER, AJP 2022 I, S. 376 ff.

unteren Instanzen nur selten vertieft behandelt und noch seltener bejaht (unten Rz. 187 ff.).

Im zweiten Fall schützte das Bundesgericht im Wesentlichen die Erwägungen der Vorinstanz.⁴⁹¹ Betroffen war eine Klausel eines Devisenhandelsplattformvertrages, wonach die Bank berechtigt ist, sog. Stop-loss-Aufträge bei Vorliegen bestimmter Konstellationen nicht auszuführen, u. a. bei Illiquidität des Devisenmarktes, technischem Systemversagen oder höherer Gewalt. Strittig war eine Transaktion über 2 Mio. Fr. im Nachgang an die Aufhebung der Euro-Mindestkurs-Politik der Schweizerischen Nationalbank am 15. Januar 2015. Das Kantonsgericht verwies auf die extreme Volatilität des Devisenmarktes, bei dem hochriskante Transaktionen übergrosse oder sogar unbegrenzte Gewinne, aber auch Verluste bewirken können (weshalb schon in Zweifel stand, ob noch ein Konsumentinnengeschäft vorlag). Die fragliche Klausel sei klar auf bestimmte Konstellationen in der Art der genannten beschränkt (die mehrheitlich Unmöglichkeitskonstellationen betreffen) und gewähre kein Recht zur willkürlichen Nicht-Ausführung eines Auftrages. Unter diesen Umständen bestehe kein erhebliches ungerechtfertigtes Missverhältnis.⁴⁹² Das Bundesgericht ergänzte, dass Art. 8 UWG entgegen der Argumentation des Beschwerdeführers nicht bezwecke, das Risiko der Marktilliquidität der finanzstärkeren Partei aufzubinden – vielmehr müsse der Kunde, der durch Devisenhandel schwindelerregende Gewinne erzielen könne, auch die diesem «Poker» inhärenten proportionalen Verlustrisiken tragen.⁴⁹³

Die wenigen ausführlicheren kantonalen Urteile stimmen darin überein, dass das vertragliche Missverhältnis im konkreten Einzelfall unter umfassender Abwägung sämtlicher schutzwürdiger Interessen der AGB-Verwenderin und der Gegenseite zu beurteilen ist.⁴⁹⁴ Im Rahmen der Gesamtabwägung kann folglich eine Kompen-

⁴⁹¹ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.3.

⁴⁹² Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3; vgl. auch das praktisch gleich gelagerte Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.3 (zusätzlich betreffend das elektronische System der Bank zur automatischen Ausführung von Aufträgen, das Interesse der Kundin an diesem System sowie die diesbezüglich gesamthaft günstigere Rechtslage nach AGB im Vergleich zum dispositiven Recht).

⁴⁹³ Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.3.

⁴⁹⁴ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.1; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2.

sation negativer Regelungen durch besonders positive Klauseln stattfinden.⁴⁹⁵ Entscheidend ist im Ergebnis die Frage, ob die vertragliche Regelung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus Sicht einer loyalen, korrekten Person⁴⁹⁶ unfair bzw. ungerecht erscheint.⁴⁹⁷ Massstab dafür ist das dispositive Recht, das vermutungsweise einen fairen Interessenausgleich schafft.⁴⁹⁸

- 184 Als relevante Aspekte für die Abwägung werden bspw. genannt, ob die Konsumentin das Risiko bzw. den Nachteil durch ihr eigenes Verhalten verhindern und wie gut sie sich dagegen schützen kann, ebenso inwiefern ein faktischer Kontrahierungszwang besteht.⁴⁹⁹ Kasuistisch wurde in diesem Rahmen u. a. der Occasionscharakter eines Fahrzeugkaufes⁵⁰⁰ oder der günstigere Preis eines Sparbilletts⁵⁰¹ gewürdigt.

⁴⁹⁵ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.1; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2.

⁴⁹⁶ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa.

⁴⁹⁷ Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.1; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2, wohl ebenso auch das dieses bestätigende Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.3; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.1.

⁴⁹⁸ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa, allerdings etwas inkonsequent in E. 3c/ee (Hinweis darauf, dass das Obligationenrecht «die Wegbedingung der Gewährleistung genauso zulassen würde», als Argument gegen ein vertragliches Missverhältnis; die Dispositivität einer gesetzlichen Regelung kann kein Argument sein, denn dann wäre tendenziell nur die Abweichung von zwingendem Recht unzulässig – diese ist aber ohnehin nichtig. Zudem wird in AGB gerade nicht so vom dispositiven Recht abgewichen, wie es konzeptionell bei der Festlegung von Dispositivität gedacht war, oben Rz. 85); Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2.

⁴⁹⁹ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa und ee.

⁵⁰⁰ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa und ee: Beim Occasionskauf seien an Freizeichnungsklauseln geringere Massstäbe zu setzen als beim Kauf neuer Waren. Zur Begründung verweist das Kantonsgericht i. E. auf den günstigeren Preis als Gegenpart zur minimierten Gewährleistung und verneint ein Interessenmissverhältnis; ähnlich allgemein das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.1.

⁵⁰¹ Urteil des Cour de justice des Kantons Genf ACJC 421 2017 vom 7. April 2017 E. 5.2.

Dogmatisch unterschiedlich wird das Element von «Treu und Glauben» behandelt (dazu oben Rz. 154 f.). Vereinzelt wird es als zusätzliche Bedingung bezeichnet⁵⁰² und (scheinbar) selbstständig im Rahmen des vertraglichen Missverhältnisses geprüft; nach hier vertretener Sichtweise aber aus folgendem Grund nur scheinbar: So wird z. B. in einem Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt vom 18. Dezember 2020, E. 6.3.3, gegen die Treuwidrigkeit vor allem die Finanzerfahrung des Klägers angeführt (frühere Banktätigkeit mit Verwaltung eines Portefeuilles von über 60 Mio. US-Dollar). Ein vertragliches Missverhältnis i. S. einer unfairen Regelung kann nach hier vertretener Auffassung aber auch gegenüber einer geschäftserfahrenen Person vorliegen. Dieser Umstand allein macht den Nachteil objektiv nicht fairer; Geschäftserfahrung spricht gegen die Konsumenteneigenschaft und nicht gegen ein Missverhältnis. Kann die Person kraft ihrer Erfahrung die unfaire Benachteiligung erkennen und ihr ausweichen, bedarf sie keines besonderen Schutzes. Sie ist folglich keine Konsumentin und handelt letztlich in eigener Verantwortung, wenn sie die ungerechtfertigte Benachteiligung trotzdem in Kauf nimmt. Art. 8 UWG ist in diesem Fall schon nicht anwendbar, weil gar keine Konsumentinnenstellung vorliegt (und nicht weil ein zusätzliches Erfordernis einer Treuwidrigkeit des Missverhältnisses nicht erfüllt wäre). Nach hier vertretener Auffassung hat das Kantonsgericht mit der Verneinung einer «Verletzung von Treu und Glauben» aufgrund der Geschäftserfahrung dem Kläger somit die Schutzbedürftigkeit und damit eigentlich schon die Konsumenteneigenschaft abgesprochen. Mangels Konsumentenstellung hat die Frage der «Verletzung von Treu und Glauben» so keine weitere eigene Bedeutung.⁵⁰³ In anderen Urteilen ist «Treu und Glauben» richtigerweise gerade umgekehrt zu den dargestellten Er-

⁵⁰² Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2.

⁵⁰³ In E. 6.3.2 erwog das Gericht entsprechend, dass insbesondere eine Verletzung von Treu und Glauben vorliege, wenn die AGB-Verwenderin vom Erfahrungs- oder Wissensmangel der Konsumentin profitiere, welche die Tragweite der Regelung nicht erfassen könne. Diese Bedingung ist in Konsumentinnenverhältnissen aber praktisch immer erfüllt; ein solches Ungleichgewicht ist geradezu charakteristisch für den Konsumentinnenbegriff (oben Rz. 135 ff.). So verstanden verletzt ein Missverhältnis Treu und Glauben nicht, wenn es keine Konsumentin betrifft, und ist das Element von «Treu und Glauben» schlicht Teil der vorgelagerten Frage nach der Konsumenteneigenschaft. Gleiches gilt für das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2 f.

wägungen Massstab für das Missverhältnis⁵⁰⁴ oder fliesst als Aspekt in die Gesamtwürdigung ein⁵⁰⁵.

- 186 Im Zusammenhang mit der Verletzung von Treu und Glauben sticht in einzelnen Urteilen sodann eine Verhaftung im alten Recht ins Auge. So erörterte das Kantonsgericht des Kantons Waadt im soeben erwähnten Urteil in E. 6.3.2 f. auch die graphische Gestaltung der AGB.⁵⁰⁶ Weshalb ungerechtfertigte unfaire Regelungen geschützt und die eigentlich schutzwürdige Konsumentin im Regen stehen gelassen werden soll, nur weil die ungerechte und ungerechtfertigte Regelung tief in den AGB fett hervorgehoben oder unterstrichen präsentiert wird, erschliesst sich dem Autor nicht (dazu auch oben Rz. 109). Auch hier wird ein Nachteil objektiv nicht fairer oder gerechtfertigter, nur weil die betreffende Klausel in den AGB optisch hervorgehoben wird. Diese Erwägungen bezüglich der graphischen Hervorhebung von unfairen Klauseln zielen stark in Richtung der Prüfung einer Täuschung bzw. Irreführung der Konsumentin – diese Voraussetzung wurde aber bewusst aufgehoben, um den toten Buchstaben Art. 8 aUWG wieder zum Leben zu erwecken (oben Rz. 115). Es ist nicht ersichtlich, wie dieses Element im aktuellen Art. 8 UWG noch Bedeutung haben sollte.⁵⁰⁷

⁵⁰⁴ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/aa: Erheblich ist diejenige vom Referenzsystem abweichende, ungleichgewichtige Verteilung der Rechte und Pflichten, die nicht mehr mit Treu und Glauben vereinbar ist.

⁵⁰⁵ Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.1 und 17.2.4; Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.1; nach hier vertretener Auffassung sind aber gewisse hier thematisierte Aspekte wie fehlende Erfahrung oder Verhandlungsmacht der Gegenpartei, wie gerade dargelegt, als Teil des Konsumentinnenbegriffes und nicht im Rahmen des Missverhältnisses zu behandeln.

⁵⁰⁶ Ebenso, aber primär als Wiederholung der Vorinstanz, auch das bestätigende Urteil des Bundesgerichts 4A_54/2021 vom 28. Oktober 2021 E. 6.4.3; vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.030024-200859 vom 11. März 2021 E. 6.3.3.2 f.; tendenziell in diese Richtung auch das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Jura CC 112/2015 vom 4. April 2016 E. 5.2.3 unter kurzem Hinweis darauf, dass die strittige Leasingregelung auf der ersten Seite des Vertrages zu finden gewesen sei (wobei allerdings nicht restlos klar ist, welchen Art. 8 UWG das Gericht auf den 2004 geschlossenen Vertrag letztlich anwendete).

⁵⁰⁷ Dies gilt umso mehr, als auch altrechtlich der explizite Hinweis auf bestimmte Klauseln diese nicht automatisch vor Art. 8 aUWG zu retten vermochte: «Quand bien même la demanderesse aurait signalé au défendeur l'existence de l'art. 10 de ses conditions générales, elle ne pourrait se retrancher derrière cette disposition pour rendre S. responsable de l'entier du dommage.» (BGE 119 II 443 E. 1c, wo neben der Ungewöhn-

Inhaltlich wurde ein vertragliches Missverhältnis in den meisten der ausführlichen Urteile verneint. In dieser Art wurde bspw. eine Bestimmung in einem Schulvertrag beurteilt, wonach die vollen Studiengebühren auch dann geschuldet sind, wenn das Studium vorzeitig (im konkreten Fall aus gesundheitlichen Gründen) abgebrochen wird. Das Obergericht des Kantons Zürich erwog, die Schule habe im Hinblick auf die Erfüllung des Schulvertrages namhafte unwiderrufliche Dispositionen getroffen, sodass der Ausfall der Studiengebühren zu einem direkten entsprechenden Verlust bei der Schule führen würde. Es sei nicht zu beanstanden, wenn zur Deckung der ausgelösten Kosten die ganze Gebühr geschuldet bleibe.⁵⁰⁸

187

Gleich wurde mit Bezug auf eine Klausel entschieden, welche die Gewährleistungspflicht für Mängel wegbedingt, mit denen der Käufer eines älteren Occasionsfahrzeuges rechnen muss und welche die Gebrauchstauglichkeit des Fahrzeuges nicht vollends aufheben. Das Kantonsgericht des Kantons Schwyz erwog sinngemäss, dass der Kläger nicht behauptet habe, das gekaufte Fahrzeug sei im Vergleich zu anderen Occasionsfahrzeugen überteuert gewesen, weshalb sich die Gewährleistungsreduktion nicht rechtfertigen würde. Ebenso wenig habe er dargelegt, dass er auf einen Vertragsschluss mit der Verkäuferin angewiesen gewesen sei. Bei dieser Ausgangslage kompensiere der günstigere Kaufpreis die Gewährleistungsreduktion und bestehe daher kein Missverhältnis zwischen den Interessen der Parteien.⁵⁰⁹

188

lichkeit auch eine Verletzung von Art. 8 aUWG schliesslich bejaht wurde); der neue Art. 8 UWG ist erst recht ein Instrument der Inhalts- und nicht der Konsenskontrolle, vgl. KOLLER, AJP 2014, S. 24 f. (aus diesem Grund ebenfalls kritisch gegenüber dem Einbezug von Hinweis-, Aufklärungs- etc. -aspekten in die Prüfung von Art. 8 UWG); treffend bleibt in dieser Hinsicht auch weiterhin die Botschaft UWG, S. 1072 («Es genügt deshalb nicht, als Merkmale der Unlauterkeit verschleiernde oder irreführende Klauseln zu nennen. Es gilt viel mehr, die Unlauterkeit vom Inhalt her zu erfassen.»); ähnlich sodann UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 45 («aus der Sicht der Inhaltskontrolle sachwidriges Kriterium»); ebenso DUPONT, CGA, Rz. 51 m. w. H. und OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 29; vgl. sodann auch oben Rz. 164, insb. Fn. 424.

⁵⁰⁸ Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich NP180028-O/U vom 2. Mai 2019 E. 3.3.2.b; in diese Richtung auch der Entscheid des Zivilgerichts Basel-Stadt V.2016.1387 vom 11. Januar 2017 E. 6 zu einer Mietinteressentinnengebühr bei Nicht-Unterzeichnung des Mietvertrages (die Vermieterin erbringe mit der Ausfertigung des Mietvertrages eine Vorleistung, die sich bei Nicht-Unterzeichnung als nutzlos erweise; die Gebühr von 150.– Fr. zur Deckung dieser durch die Interessentin nutzlos gewordenen Umtriebe sei nicht unverhältnismässig; vgl. aber UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 233 zu einem gegenteiligen Rechtsprechungshinweis).

⁵⁰⁹ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Schwyz ZK1 2016 28 vom 2. Mai 2017 E. 3c/d d. f.

- 189 Nicht beanstandet wurde sodann eine Klausel in einem Telekommunikationsvertrag, wonach bei Vertragskündigung infolge einer Vertragsverletzung durch die Kundin eine Verwaltungsgebühr von 300.– Fr. geschuldet ist, sowie eine Klausel, welche bei Nicht-Retournierung des Modems und der TV-Box nach Vertragsende an die Anbieterin je Kosten im Umfang von 100.– Fr. sowie Mahngebühren von 30.– Fr. vorsieht.⁵¹⁰ Umgekehrt wurde im selben Urteil eine Verletzung von Art. 8 UWG bejaht für eine Klausel, gemäss welcher die Anbieterin den Vertrag fristlos auflösen kann, wenn sie Zweifel an der Solvenz ihrer Kundin hegt, ohne dass sie vorgängig Gelegenheit zur Sicherheitsleistung einräumen müsste und unter voller Leistungspflicht der Kundin gemäss Vertrag sowie weiterer Ersatzpflicht für dadurch entstandene Aufwendungen. Massgebend für diese Wertung war im Wesentlichen die Abweichung von den in einer anderen AGB-Klausel geregelten allgemeinen Zahlungsverzugsfolgen sowie von der Ordnung gemäss Art. 83 und 107 OR. Weiter fielen die relative Unbestimmtheit der Regelung und das Fehlen einer spiegelbildlichen Klausel bei Leistungsstörungen aufseiten der Anbieterin ins Gewicht. Jene hatte sich im Gegenteil in den AGB von der Haftung weitgehend freigezeichnet.⁵¹¹
- 190 Als Quintessenz der kantonalen Rechtsprechung dürfte gelten: Massgebend ist im Ergebnis die Frage, ob die vertragliche Regelung aus Sicht loyaler, korrekter Parteien fair erscheint. Soweit AGB-Regelungen auf sachlichen, nachvollziehbaren Gründen beruhen, ist daher grundsätzlich nicht von einem vertraglichen Missverhältnis auszugehen. Diese Faustregel gilt so weit, als das hinter einer Klausel stehende Parteiinteresse ihrer Verwenderin in einem angemessenen Verhältnis zu den Interessen der AGB-Unterworfenen steht.
- 191 Grundsätzlich kritisch zu betrachten sind dagegen Abweichungen vom dispositiven Recht (weil dieses vermutungsweise einen fairen Interessenausgleich beinhaltet), Konstellationen mit faktischem Kontrahierungszwang und ähnlichen «besonderen» Machtgefällen sowie unbestimmte, weit gefasste Klauseln. Betreffend Missverhältnis schon per se kritisch sind ausserdem Ungleichheiten betreffend Rechte und Pflichten in Bezug auf konkrete Vertragsaspekte wie bspw. rein einseitige Haftungsbeschränkungen oder umgekehrt Sanktionen bei Vertragsverletzungen, die nur für Verfehlungen einer Partei gelten.⁵¹²

⁵¹⁰ Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.6–20.

⁵¹¹ Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.4.

⁵¹² Hierzu auch allgemein das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt PT16.046492-200853 549 vom 18. Dezember 2020 E. 6.3.2.

Die Rechtsprechung deckt sich methodisch somit in den groben Zügen mit der hier vertretenen Auffassung. Interessanterweise trifft sie auch Jahrzehnte später noch den Gedanken des alten UWG. Gemäss der damaligen Botschaft ging es in erster Linie darum, «die unmittelbar Beteiligten in die Lage zu versetzen, selber für eine loyale Vertragspraxis zu sorgen. Der überwiegende Teil der Fälle könnte sich im gegenseitigen Einvernehmen lösen lassen, wenn einmal der Grundsatz anerkannt ist, dass nicht ohne Not und zur Benachteiligung der schwächeren Vertragspartei von den Regeln des dispositiven Rechts abgewichen werden sollte, und wenn Möglichkeiten geschaffen werden, darüber unter gleichwertigen Partnern zu verhandeln.»⁵¹³ 192

F. Rechtsfolge

Eine nach Art. 8 UWG unzulässige Klausel ist nach dem Willen der Gesetzgeberin sowie fast einhelliger Lehre und Praxis nichtig.⁵¹⁴ Diese Nichtigkeit ist von Amtes wegen zu beachten.⁵¹⁵ Bezogen auf den ganzen Vertrag liegt Teilnichtigkeit vor, was gleichzeitig die allfällige Einwendung der Ganznichtigkeit durch die AGB-Verwenderin ausschliesst.⁵¹⁶ Die fragliche Klausel wird nicht Vertragsbestandteil 193

⁵¹³ Botschaft UWG, S. 1052.

⁵¹⁴ Art. 8 UWG i. V. m. Art. 2 UWG sowie Art. 20 Abs. 1 OR; Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6180 sowie AB 2011 N 229; vgl. zu den Materialien weiter OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 30 m. w. H.; zur Lehre vgl. UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 242 ff. m. w. H. unter besonderer Betonung des Aspekts der Inhaltskontrolle bei Art. 8 UWG; KOLLER, AJP 2014, S. 34; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 144 m. w. H.; STÖCKLI, Aufbruch, S. 200 m. w. H. sowie die Übersicht bei AESCHIMANN, Jusletter 2014, Rz. 18; zur Praxis bspw. das Urteil des Bezirksgerichts Sion C1 15 108 vom 17. Mai 2016 E. 17.2.4; ebenso im Ergebnis BGE 140 III 404 E. 4.4.

⁵¹⁵ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 245 m. w. H. Allerdings handelt es sich dergestalt um eine relative Nichtigkeit, dass sich die AGB-Verwenderin nicht darauf berufen kann (oben Fn. 461); aufgrund des Schutzzwecks von Art. 8 UWG kann sich die Nichtigkeit nur zugunsten der Konsumentin auswirken. Entsprechend entfällt die Nichtigkeitsfolge ausnahmsweise, wenn sie die Konsumentin belasten und die Verwenderin begünstigen würde – was ebenfalls von Amtes wegen zu berücksichtigen ist; ebenso SHK UWG-PROBST, Art. 8 Fn. 706 m. w. H.

⁵¹⁶ In der Art, dass sie den Vertrag nur abgeschlossen hätte, wenn sie darin auch die unzulässige Klausel verwenden dürfte; solcherlei verdient klarerweise keinen Schutz und entspricht auch kaum dem hypothetischen Parteiwillen gemäss Art. 20 Abs. 2 OR. Ebenso auch ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 61 und KOLLER, AJP 2014, S. 34 je m. w. H.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 507 m. w. H.; SHK UWG-PROBST, Art. 8

und dadurch entstehende Lücken sind ggf. durch dispositives Recht (auch analog) oder gerichtlich zu ergänzen.⁵¹⁷ Die Vertragsergänzung richtet sich inhaltlich nach dem, was korrekte, loyale Parteien in echter Verhandlung als faire Regelung vereinbart hätten.⁵¹⁸ Eine blosser Teilung der Klausel in einen zulässigen und einen unzulässigen Teil oder eine Reduktion der Klausel auf das zulässige Mass fällt ausser Betracht: Eine Teilung oder Reduktion als «worst case»-Folge würde AGB-Verwenderinnen geradezu dazu einladen, es primär mit unzulässigen Klauseln zu versuchen und im Unterliegensfall dann wohl oder übel «nur» mit der gerade noch zulässigen maximalen Eigenbegünstigung oder Fremdbenachteiligung vorliebzunehmen.⁵¹⁹

Fn. 707; BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 147 m.w.H.; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 246 m.w.H., besonders auch für den Fall einer ausdrücklichen «Ganznichtigkeitsvereinbarung». Diese würde Art. 8 UWG unterwandern und ist daher ebenfalls nichtig.

⁵¹⁷ Soweit für die Vertragsdurchführung notwendig; ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 62, KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 507, KOLLER, AJP 2014, S. 34 f., UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 250 ff. und OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 32 sowie BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 147 je m.w.H.

⁵¹⁸ Vgl. hierzu auch oben Rz. 177; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 251; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 477.

⁵¹⁹ Die Sachlage ist dieselbe wie im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeit einer Klausel, dazu oben Rz. 112; vgl. weiter auch hier das Urteil des Bundesgerichts 4A_404/2008 vom 18. Dezember 2008 E. 5.6.3.2.1 m.w.H. (auf dieses weist die Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6180 ausdrücklich hin); ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 62; KOLLER, AJP 2014, S. 35 f.; KRAMER/PROBST/PERRIG, Rz. 507; SHK UWG-PROBST, Art. 8 N 477; UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 248 f. und OFK Wettbewerbsrecht II-HEIZMANN, Art. 8 UWG N 32 sowie BSK UWG-THOUVENIN, Art. 8 N 146 je mit zahlreichen Hinweisen auf die h. L.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 110; das gilt auch bei Vereinbarung salvatorischer Klauseln, welche die Reduktion auf das gerade noch Zulässige selber vorsehen, oder bei eigentlichen Ersatz-AGB, die subsidiär bei Nichtigkeit der Haupt-AGB zum Einsatz kämen (hierzu besonders ROBERTO/WALKER, recht 2014, S. 62 unter dem Aspekt der Gesetzesumgehung; ebenso BSK VVG 2. Aufl.-GERSPACHER/SOKOLL, Art. 97–99 N 9 m.w.H.). Sodann gilt auch hier die bereits zur Ungewöhnlichkeitsregel erwähnte praktische Überlegung: Mit einer Reduktion würde man der Richterin in jedem Fall die ziemlich schwierige Aufgabe aufbürden, das Mass des möglichst verwenderinnenfreundlichen, aber «gerade noch» Zulässigen zu bestimmen – das Gericht würde in den Worten von ROBERTO/WALKER zum «Sachwalter der Verwenderinteressen». Ausnahmsweise dürfte mit KOLLER eine sog. «geltungserhaltende» Reduktion infrage kommen, wenn diese für die Konsumentin günstiger wirkt als die Teilnichtigkeit (denn hier ist eine bewusste Spekulation der Konsumentin auf diese Rechtsfolge nach realistischer Lebenserfahrung praktisch ausgeschlossen).

G. Fazit

Art. 8 UWG ist eine komplexe und schwer verständliche Norm. Der Tatbestand 194 wirft zahlreiche Fragen auf, von denen viele nicht abschliessend beantwortet sind. In der Lehre finden sich die verschiedensten Antworten auf diese Fragen, die Rechtsprechung schweigt sich zu den Fragen besonders auf höchstrichterlicher Ebene weitgehend aus. Je nach Stossrichtung der Antworten hat die Norm das Potential, zur seit Langem geforderten (oben Rz. 99 und 113) und gesetzgeberisch auch beabsichtigten⁵²⁰ offenen Inhaltskontrolle beizutragen – oder aber dasselbe unrühmliche Schicksal wie die Vorversion zu erleiden.⁵²¹

Praktisch scheint die Norm wenig Bedeutung zu haben und das Pendel eher zur 195 zweiten Variante auszuschlagen. Gerade umgekehrt zur Fülle an Publikationen zu Art. 8 UWG gibt es wenige Entscheide zu dieser Bestimmung. Noch seltener sind die Fälle einer bejahten Unzulässigkeit einer AGB-Klausel. Das könnte hypothetisch daran liegen, dass die AGB-Verwenderinnen ihre Klauselwerke in voreilender Vorsicht seit 2012 umfassend entschärft haben. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung ist es aber weitaus wahrscheinlicher, dass zweifelhafte AGB unverändert fortbestehen (oben Rz. 84).⁵²² Es scheint aber eine grössere Verunsicherung über Inhalt und Tragweite von Art. 8 UWG vorzuliegen. Diese senkt Vorhersehbarkeit oder nur schon Abschätzbarkeit des Ergebnisses einer Berufung auf Art. 8 UWG und lädt verständlicherweise dazu ein, sich im Bedarfsfall primär mit verlässlicher einschätzbarer Rechtsfiguren zu behelfen.⁵²³ So kann in etwas konsternierter Abwandlung eines Zitats von FUHRER konstatiert werden, dass die Konsequenzen des «epochalen Paradigmenwechsels» (zur offenen Inhaltskontrolle) noch nicht wirklich sichtbar geworden sind.⁵²⁴

«Dass gesetztes Recht auch durchgesetzt wird, ist ein wesentlicher Pfeiler für die 196 Effizienz von Rechtsetzung.»⁵²⁵ Normen im Stadium eines toten Buchstabens sind

⁵²⁰ Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6152, 6159 f. und 6177 ff.

⁵²¹ Was mit Sicherheit nicht der Intention der UWG-Revision entspricht; die Anhängerinnen des früheren Status quo haben die Waffen nach zähem Ringen bekanntlich gestreckt, dazu mit Hinweisen auf parlamentarische Voten oben Fn. 316.

⁵²² Ähnlich STÖCKLI, Aufbruch, S. 204 zur ähnlich gelagerten Konstellation im Aufsichtsrecht, hierzu unten Rz. 202.

⁵²³ Ähnlich UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 68 m. w. H.

⁵²⁴ Im optimistischen Original von 2012: «Die Konsequenzen dieses epochalen Paradigmenwechsels sind noch nicht abschätzbar.», BSK VVG Nachführungsband-FUHRER, Art. 33 ad N 191.

⁵²⁵ Botschaft UWG Teilrevision 2009, S. 6160.

letztlich verschwendete gesetzgeberische Energie. Art. 8 UWG scheint derzeit am Ufer des Jordan zu stehen, noch kein toter Buchstabe, aber auch nicht richtig lebendig. Aus diesem Grund wäre es wünschenswert, wenn die vielen Fragen zu Art. 8 UWG von den Rechtsuchenden vermehrt aufgeworfen würden. Es läge dann an den Gerichten, Antworten zu finden, welche die Norm nicht über den Jordan schicken und endgültig begraben, sondern zu wirklichem Leben erwecken.⁵²⁶ Dann könnte Art. 8 UWG tatsächlich das letzte Bollwerk sein, um die AGB-Unterworfenen vor unzulässigen AGB zu schützen, wenn alle früheren Stricke der AGB-Kontrolle reissen.⁵²⁷

⁵²⁶ Ähnlich zur Rolle der Gerichte KOLLER, AJP 2014, S. 39 sowie DUPONT, CGA, Rz. 17.

⁵²⁷ EISNER-KIEFER, AGB, S. 99.

6. Kapitel: Aufsichtsrecht

Versicherungsunternehmen unterstehen einer besonderen verwaltungsrechtlichen Aufsicht gemäss VAG. Diese «bezweckt insbesondere den Schutz der Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungsunternehmen und vor Missbräuchen» (Art. 1 Abs. 2 VAG). Inhalt der Versicherungsaufsicht ist u. a. auch eine teils präventive, teils nachträgliche Kontrolle der AVB. 197

Die früher flächendeckende präventive Kontrolle wurde im Zuge der «Deregulierung» ab 2006 weitgehend aufgegeben.⁵²⁸ Zu den letzten Residualbereichen dieser spezifisch vorgesehenen Kontrolle gehören die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sowie die Versicherungen der beruflichen Vorsorge (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG). 198

Die nachträgliche AVB-Kontrolle beruht dagegen auf der allgemeinen sog. «Missbrauchsaufsicht» und gilt damit für sämtliche Versicherungszweige (Art. 46 Abs. 1 lit. f und g VAG, Art. 117, insb. Abs. 1 lit. b und c sowie Abs. 2 AVO). 199

Praxisgemäss gilt die Krankentaggeldversicherung zivilprozessual als Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung.⁵²⁹ Aufsichtsrechtlich wird dagegen nach Versichertenkreis (oben Rz. 42 ff.) differenziert: Hier zählt nur die Einzelversicherung zu den Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung.⁵³⁰ Entsprechend unterliegt nur diese der präventiven AVB-Kontrolle nach Aufsichtsrecht; AVB von kollektiven Krankentaggeldversicherungen unterstehen dagegen einzig der nachträglichen Kontrolle.⁵³¹ 200

Der aufsichtsrechtliche Missbrauchsbegriff nach VAG wird in Art. 117 AVO konkretisiert. Demnach gelten als Missbrauch Benachteiligungen von Versicherten oder Anspruchsberechtigten, wenn sie sich wiederholen oder einen breiten Perso- 201

⁵²⁸ UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 57 m. w. H.; DUPONT, CGA, Rz. 46 m. w. H.

⁵²⁹ Statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_339/2021 vom 21. September 2021 E. 1 m. w. H.

⁵³⁰ Urteil des Bundesverwaltungsgerichts B-1298/2006 vom 25. Mai 2007 E. 2.2 ff.

⁵³¹ Stellungnahme des Bundesrates vom 16. Mai 2018 zur Interpellation Nr. 18.3126 vom 8. März 2018 «Obligatorische Erwerbsausfallsversicherung bei Krankheit. Instrument zur Verbesserung des sozialen Schutzes»; FINMA-Rundschreiben 2010/3 «Krankenversicherung nach VVG, Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung und Spezialfragen der privaten Krankenversicherung» vom 18. März 2010, Stand 6. Mai 2021, Rz. 4 f.

nenkreis betreffen könnten (Abs. 1). Beispielhaft genannt wird die Verwendung von AVB, die gegen zwingendes Recht verstossen (lit. b) oder eine der Vertragsnatur erheblich widersprechende Verteilung von Rechten und Pflichten vorsehen (lit. c). Sodann gilt als Missbrauch auch die Benachteiligung einer versicherten oder anspruchsberechtigten Person durch eine juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung (Abs. 2).

- 202 Die sprachlichen Parallelen zur vertragsrechtlichen Inhaltskontrolle sind augenfällig.⁵³² Daher wäre eine wirksame flankierende aufsichtsrechtliche Inhaltskontrolle durchaus denkbar. Diese schliesst dabei andere AVB-Rechtsbehelfe nicht aus.⁵³³ Praktisch hat sie aber im Vergleich mit der vertragsrechtlichen Inhaltskontrolle wenig Bedeutung – eine aktuelle Anfrage an die FINMA ergibt, dass es in den letzten zehn Jahren kein einziges strittiges Verfahren einer solchen aufsichtsrechtlichen Inhaltskontrolle gegeben hat.⁵³⁴ So umgesetzt, trägt das Aufsichtsrecht nicht dazu bei, ungewöhnliche oder unzulässige AVB aus dem Verkehr zu ziehen.⁵³⁵

⁵³² Vgl. bspw. für den erheblichen Verstoss gegen die Vertragsnatur oben Rz. 165 ff. oder Rz. 104 betreffend die unbegründete Ungleichbehandlung.

⁵³³ WIDMER, Rz. 44 m. w. H.; BSK VVG-FUHRER, Art. 33 N 245 m. w. H.; EISNER-KIEFER, AGB, S. 115 f. m. w. H.; selbst bei vorgängig genehmigten AVB besteht keine Bindung des Zivilgerichts an die verwaltungsrechtliche Genehmigung, BGE 124 III 229 E. 2c m. w. H.

⁵³⁴ Schriftliche Auskunft der FINMA vom 7. Februar 2022; zum selben Ergebnis führte bereits eine Anfrage von STÖCKLI vor rund einem Jahrzehnt, vgl. dazu kritisch STÖCKLI, Aufbruch, S. 203 f. sowie STÖCKLI, SJZ 2012, S. 513. Offenbar sieht sich die FINMA aufgrund von Art. 85 VAG nicht zu einer aktiveren Rolle berufen; kritisch ebenfalls HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 112. Vgl. für die gegenteilige Auffassung (Kritik an der theoretischen Möglichkeit einer aufsichtsrechtlichen Inhaltskontrolle) die Hinweise bei WALKER, S. 187; gleich scheint das Fazit in Bezug auf theoretische Behelfe aus dem Kartellrecht, vgl. hierzu UWG Kommentar-HEISS, Art. 8 N 59 m. w. H.

⁵³⁵ Was sich gerade in der vertragsrechtlichen Rechtsprechung zu solchen AVB zeigt; trotz ähnlichen Beurteilungsmassstäben sind die beurteilten Regelungen offenbar entweder unter dem Radar der Aufsicht geflogen oder von der Aufsicht zwar bemerkt, aber wohl zu grosszügig als unproblematisch qualifiziert worden. Wäre die aufsichtsrechtliche Inhaltskontrolle dagegen schärfer, käme es im Idealfall gar nie oder weniger zu entsprechenden vertragsrechtlichen Gerichtsverfahren.

2. Teil:

Nachleistungsregelungen in AVB aus der Optik der Inhaltskontrolle

1. Kapitel: Vorbemerkung

Der erste Teil dieser Arbeit galt den Grundlagen. Es wurden Wesen, Zweck und Sachzusammenhang der Krankentaggeldversicherung behandelt. Zudem wurden die Grundlagen ihrer inhaltlichen Regelung und die hierfür zentrale Rolle der AVB dargestellt. Schliesslich wurden die Schranken der Regelungsfreiheit im Allgemeinen sowie bei den AVB im Besonderen erörtert. 203

Der zweite Teil dieser Arbeit widmet sich der Anwendung dieser Grundlagen. In der Krankentaggeldversicherung richtet sich der Vertragsinhalt über weite Strecken nach den einschlägigen AVB (oben Rz. 55 ff.). Entsprechend sind die Regelungen in den AVB umfangreich und vielfältig (bspw. von Beginn und Ende des Vertrages über Anspruchsvoraussetzungen, Pflichten und Obliegenheiten sowie versicherte Leistungen bis zu Koordination, Datenschutz und Gerichtsstand bei Streitigkeiten). Die umfassende Analyse aller Regelungen aus der Optik der Inhaltskontrolle würde einer eigentlichen Schriftenreihe bedürfen. Daher wird für diese Arbeit ein Regelungsthema herausgegriffen, das in der Praxis immer wieder Anlass zu Streitigkeiten gibt und auch in der jüngsten VVG-Revision eine relativ prominente Rolle innehatte: die Nachleistung, also Leistungen über das Ende der Versicherungsdeckung hinaus. 204

Aufgrund der schwer überblickbaren Vielzahl an AVB im Umlauf⁵³⁶ werden für die Behandlung des Themas weiterhin exemplarisch die Regelungen in den AVB der marktstärksten Versicherungsunternehmen aufgegriffen. Grundlage sind die Marktanteile gemäss dem per 1. Januar 2022 aktuellsten Versicherungsmarktbericht 2020⁵³⁷ im Bereich Schadenversicherung⁵³⁸ und Krankenversicherung. Die 205

⁵³⁶ Für einige Beispiele oben Fn. 171 f. Dabei sind bei vielen Anbieterinnen zusätzlich nach wie vor mehrere unterschiedliche «Jahrgänge» der AVB in Verwendung (je nach Alter des konkreten Versicherungsvertrages); viele Versicherungsunternehmen haben aufgrund des revidierten VVG auch per 1. Januar 2022 nochmals neue AVB formuliert.

⁵³⁷ FINMA, Bericht über den Versicherungsmarkt 2020 vom 9. September 2021, <<https://www.finma.ch/de/dokumentation/finma-publikationen/berichte/versicherungsbericht>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023. Die Situation ist gemäss dem aktuellsten Bericht über den Versicherungsmarkt 2022 unverändert geblieben.

⁵³⁸ Bei der die Branche «Krankheit» rund 40 % ausmacht, S. 30 Versicherungsmarktbericht 2020.

zwei je marktmächtigsten Versicherungsunternehmen in diesen Bereichen sind die AXA Versicherungen AG⁵³⁹ sowie die Helsana Zusatzversicherungen AG⁵⁴⁰.

- 206 Weiter werden die per 1. Januar 2022 aktuellsten verfügbaren AVB verwendet:
- AXA: Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB) Krankentaggeldversicherung, Ausgabe 07.2021 (nachfolgend AVB AXA);
 - Helsana: Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB) Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG Helsana Business Salary, Ausgabe Mai 2021 (nachfolgend AVB Helsana)

⁵³⁹ S. 31 Versicherungsmarktbericht für die Schadenversicherung.

⁵⁴⁰ S. 35 Versicherungsmarktbericht für die Krankenversicherung.

2. Kapitel: Grundlagen und Regelung der Nachleistung

«[...] il s'agit là d'une évidence dans le système de l'assurance privée, dans lequel [...] le droit aux prestations n'est pas lié à l'affiliation, en ce sens qu'il peut perdurer après l'extinction du rapport d'assurance [...]»⁵⁴¹

§ 14. Grundlagen

Die Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag setzt voraus, dass der Versicherungsfall während der zeitlichen Deckung der Versicherung eingetreten ist. So viel ist selbstverständlich. Davon zu unterscheiden ist die Konstellation, in welcher die zeitliche Deckung endet, nachdem der Versicherungsfall bereits eingetreten ist, aber noch Leistungspflichten bestehen oder künftig entstehen können.⁵⁴² Deren Schicksal und insbesondere (Nicht-)Abhängigkeit von einer andauernden Deckung gehören zur Thematik der sog. «Nachleistung».⁵⁴³ 207

Ein klassisches Beispiel dieser Konstellation betrifft zunächst die versicherte Angestellte, die krankheitshalber und arbeitsunfähig die Stelle verliert. Mit Ende des Arbeitsverhältnisses scheidet sie – weiterhin arbeitsunfähig – aus dem Kreis der Kollektivversicherten und damit aus der Deckung der Kollektivversicherung aus. Ein weiteres Beispiel bezieht sich auf den Versicherungsvertrag, der z. B. infolge 208

⁵⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2b m. w. H.

⁵⁴² Grundlegend und prägend für die Rechtsprechung MEUWLY, S. 63 und 150 f. sowie MAURER, S. 239 f.

⁵⁴³ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 314 ff., auch mit Hinweis auf die davon abzugrenzende Frage einer Nachdeckung. Allerdings ist die Terminologie in den AVB bisweilen unscharf, so bezeichnen bspw. die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) Lohnausfallversicherung (VVG), Ausgabe 2008 der Sympany Versicherungen AG in Ziff. 8.2.3 eine Nachleistungsregelung gerade als «Nachdeckung»; zur Abgrenzung auch das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 17 97 vom 5. Juni 2019 E. 5.2.1 und 5.2.5; vgl. auch das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Waadt Jug/2010/94 vom 10. November 2010 für den Fall einer Verwechslung von Deckung und Nachleistung seitens des Versicherungsunternehmens (E. 2c); vgl. sodann das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/143/2011 vom 28. November 2011 E. 13 zur Unklarheit eines eventuellen Nachleistungsausschlusses in einer Klausel über Beginn und Ende der Versicherungsdeckung.

Kündigung im Schadenfall nach Art. 42 VVG⁵⁴⁴ endet. Noch ein weiteres Beispiel ist der Rückfall bei einer bspw. bei Stellenverlust bereits beendeten Arbeitsunfähigkeit, die später wieder aufflammt.

- 209 Im Privatversicherungsrecht gilt der allgemeine Grundsatz der Nachleistung. Dieser Grundsatz ist weitgehend ungeschrieben, aber punktuell auch im VVG kodifiziert (unten Rz. 210 ff.). Nach dem Nachleistungsprinzip werden während der zeitlichen Deckung eingetretene Versicherungsfälle vom Versicherungsunternehmen bis zur Ausschöpfung der vertraglichen Leistungen entschädigt – unabhängig davon, ob die Deckung zwischenzeitlich endet.⁵⁴⁵ Die Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens wird allein durch die zugesagten Leistungen, nicht aber durch die Dauer der weiteren Deckung beschränkt. Folglich kann bspw. die Versicherte, die nach Eintritt des Versicherungsfalls aus einer Kollektivversicherung ausscheidet, ihren Leistungsanspruch auch für die Folgen des Ereignisses geltend machen, die nach dem Erlöschen des Versicherungsverhältnisses eintreten.⁵⁴⁶ Das Recht auf Leistungen nach Deckungsende für einen während zeitlicher Deckung eingetretenen Versicherungsfall besteht namentlich auch trotz gleichzeitiger Einräumung eines vertraglichen Rechts auf Verlängerung der Deckung (durch Übertritt in die Einzelversicherung).⁵⁴⁷ Versicherungsfall ist dabei

⁵⁴⁴ Zu beachten ist, dass dem Versicherungsunternehmen dieses Recht nur in der kollektiven Taggeldversicherung zusteht (Art. 35a Abs. 4 VVG). In der Einzelversicherung kann nur die Versicherungsnehmerin im Schadenfall kündigen.

⁵⁴⁵ Grundlegend für die Krankentaggeldversicherung nach VVG BGE 127 III 106 E. 3b m. w. H. (besonders in Abgrenzung zur Krankentaggeldversicherung nach KVG), besprochen von KIESER, AJP 2001, S. 709 ebenfalls m. w. H.; FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 42 ff. m. w. H.; noch weitergehend sogar der Erläuternde Bericht VVG Teilrevision, S. 35 f. mit derselben Aussage zur sog. «Nachhaftung» (eine Konstellation bei sog. «Stufengefahren», wenn sich die Primärfahr während der Deckung, der daraus folgende Schaden als Folgeereignis aber erst nach Deckungsende realisiert, vgl. zu diesen Begriffen FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 2.8; ähnlich auch MAURER, S. 240; spezifisch zur Krankentaggeldversicherung FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 35 ff. m. w. H. und dem Beispiel von Krankheit und späterer Arbeitsunfähigkeit als Primär- und Folgeereignis. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht bei der Krankentaggeldversicherung allerdings von einer Einzelfahr «Arbeitsunfähigkeit» aus, BGE 142 III 671 E. 3.6 ff. m. w. H. Damit spielt die Nachhaftung in der Krankentaggeldversicherung keine Rolle).

⁵⁴⁶ BGE 127 III 106 E. 3b m. w. H.

⁵⁴⁷ BGE 127 III 106 E. 3c; in der Art einer Anschlussversicherung mit Anrechnung der bereits in der Kollektivversicherung (für den gleichen Fall) erbrachten Leistungen an die Leistungsdauer.

in der Krankentaggeldversicherung die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit.⁵⁴⁸ Tritt diese erstmals während der zeitlichen Deckung ein, so ist der gesamte damit zusammenhängende Fall einschliesslich Rückfällen und Spätfolgen gedeckt, unabhängig davon, ob zum Zeitpunkt der späteren je täglichen Arbeitsunfähigkeit (noch) eine Deckung besteht.⁵⁴⁹ Umgekehrt ist der gesamte Fall nicht gedeckt, wenn die Arbeitsunfähigkeit erstmals in einem deckungslosen Zeitraum eintrat, selbst wenn während späterer Tage der Arbeitsunfähigkeit wieder Deckung besteht.⁵⁵⁰ Dabei zeigt sich auch eine enge Verzahnung des Nachleistungsprinzips mit der Rückwärtsversicherungsthematik: Die Nachleistung entschärft die Problematik, dass bereits realisierte Risiken nicht mehr versichert werden (können);⁵⁵¹

⁵⁴⁸ Grundlegend BGE 142 III 671 E. 3 m. w. H., Fazit in E. 3.9.

⁵⁴⁹ CADERAS, S. 19 m. w. H.

⁵⁵⁰ BGE 142 III 671 E. 2.3 und 3.10 m. w. H.; dem Urteil lag ein Deckungsunterbruch infolge Prämienzahlungsverzuges vom 21. September bis 6. Dezember 2013 zugrunde. Die Arbeitsunfähigkeit trat am 4. Oktober 2013 ein, weshalb der Versicherungsfall insgesamt nicht gedeckt war und namentlich auch für die Zeit ab 7. Dezember 2013 trotz wiederaufgelebter Deckung keine Tagelder geschuldet waren. Vgl. für die umgekehrte Konstellation eines Rückfalles das Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5 f.; strittig war dort die Deckung für einen Rückfall, nachdem erstmals in der Kollektivversicherung eine Arbeitsunfähigkeit eingetreten war, die versicherte Person dann aber die Stelle verlor. In der Folge trat sie zunächst in die Einzelversicherung und später in die Kollektivversicherung einer neuen Arbeitsstelle über. Dort ereignete sich dann der Rückfall, für den gemäss Bundesgericht schliesslich aus der ersten Kollektivversicherung Leistungen geschuldet waren; ähnlich ist auch der Sachverhalt von BGE 142 III 767 (Arbeitsunfähigkeit in der ersten Kollektivversicherung bis zum Ende des Arbeitsverhältnisses, Stellenwechsel mit kurzer Arbeitsunfähigkeit und schliesslich ein Rückfall in der zweiten Kollektivversicherung; gemäss Bundesgericht bestand hier im Kern Anspruch auf Nachleistung aus der ersten Versicherung, dazu näher unten Fn. 557); zusammenfassend vgl. auch das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1086/2012 vom 5. Juni 2013 E. 9 m. w. H.

⁵⁵¹ Versicherung beinhaltet eigentlich eine Absicherung gegenüber einem künftigen, ungewissen Ereignis (MAURER, S. 242 f.). Altrechtlich ist die Versicherung eines bereits eingetretenen Versicherungsfalles grundsätzlich eine absolut zwingend verbotene Rückwärtsversicherung und daher nichtig (Art. 9 i. V. m. Art. 97 aVVG). Neurechtlich ist die Regelung flexibler geworden: Die Wirkungen der Versicherung können auf einen Zeitpunkt vor deren Abschluss zurückbezogen werden, sofern ein versicherbares Interesse besteht (Art. 10 Abs. 1 VVG). Allerdings bestehen im Privatversicherungsbereich Abschlussfreiheit und Risikoselektion sowie ein nur beschränktes wirtschaftliches Interesse der Versicherungsunternehmen, bereits realisierte Risiken zu versichern. Ist ein Versicherungsfall bereits eingetreten, wird es somit auch unter neuem Recht schwierig, dafür wieder Versicherungsdeckung zu erlangen. Entsprechend bleibt die Nachleistung ein unverzichtbares Institut.

dank dem Nachleistungsprinzip bleibt der ursprüngliche Schutz auch ohne neue Deckung erhalten. Wird doch eine neue Deckung begründet, können über diese Leistungen für eingetretene Versicherungsfälle und darauf beruhende Rückfälle aus dem Grund erbracht werden, dass der Versicherungsfall bereits in der ersten Deckung versichert war. Es entsteht so keine unzulässige Rückwärtsversicherung (bspw. mit einer Einzeltaggeldversicherung nach Ausscheiden aus der Kollektivversicherung).⁵⁵² Auch das FZAKTG, das den Wechsel zwischen Versicherungen und Versicherungsunternehmen regelt, beruht auf der Übernahme der Nachleistung (unten Fn. 557).

- 210 Der Stellenwert des Nachleistungsgrundsatzes lässt sich anhand verschiedener Normen im VVG illustrieren. Wird bei einer Anzeigepflichtverletzung der Vertrag aufgelöst, erlischt die Leistungspflicht für bereits eingetretene Versicherungsfälle nur, soweit deren Eintritt oder Umfang durch die Pflichtverletzung beeinflusst worden ist. Besteht keine vollumfängliche Kausalität, dauert die Leistungspflicht entsprechend fort (Art. 6 Abs. 3 i. V.m. Art. 98 VVG).⁵⁵³ Eine vergleichbare Regelung findet sich sodann beim verwandten Tatbestand der Gefahrserhöhung (Art. 28 ff. i. V.m. Art. 98 VVG).⁵⁵⁴
- 211 Dasselbe Regime gilt beim Prämienzahlungsverzug: Bleibt die rechtsgenüßliche Mahnung des Versicherungsunternehmens ohne Erfolg, so ruht die Leistungspflicht, sobald die Mahnfrist abgelaufen ist. Wird die Prämie dann nicht binnen zweier Monate eingefordert, wird von Gesetzes wegen angenommen, dass das Versicherungsunternehmen vom Vertrag «zurücktritt»⁵⁵⁵ (Art. 20 Abs. 3 und 21

⁵⁵² BGE 142 III 767 E. 7.2 m. H. auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.2. Damit wird eben keine originäre Leistungspflicht aus der Einzelversicherung geschaffen, denn diese würde eine unzulässige Rückwärtsversicherung bedeuten; vielmehr werden die aus der Kollektivversicherung geschuldeten Leistungen für bereits eingetretene Krankheiten oder darauf beruhende Rückfälle im Rahmen der Einzelversicherung erbracht. Die Einzelversicherung übernimmt somit im Ergebnis die Nachleistung aus der Kollektivversicherung.

⁵⁵³ BSK VVG 2. Aufl.-VON ZEDTWITZ/MAISANO, Art. 6 N 2, 29 und 34 ff. m. w. H. Diese Lösung ist sachgerecht und löste per 1. Januar 2022 die nach wie vor pönalisierende Regelung seit dem 1. Januar 2006 ab. Jene war ihrerseits auf eine vollends zugunsten der Versicherungsunternehmen überschüssende Gesetzesfassung gefolgt (vgl. dazu BSK VVG-NEF, Art. 6 N 37 ff. m. w. H.).

⁵⁵⁴ FUHRER, Privatversicherungsrecht, Rz. 13.91 und 13.99.

⁵⁵⁵ Dabei handelt es sich trotz irreführender Bezeichnung im Gesetz im Wesentlichen um eine ex nunc wirkende Kündigung (nach BSK VVG 2. Aufl.-EISNER-KIEFER, Art. 21 N 14 m. w. H. eine «Auflösung besonderer Art»).

Abs. 1 i. V. m. Art. 98 VVG). Die Leistungspflicht für Versicherungsfälle, die vor Ablauf der Mahnfrist eingetreten sind, dauert jedoch fort.⁵⁵⁶

Trotz einer gewissen Versäumnis der Versicherungsnehmerin oder der Versicherten in beiden Fällen ist das Prinzip der Nachleistung hier als zwingendes Recht kodifiziert. Das zeigt, dass es sich hierbei um einen elementaren Grundsatz des privaten Versicherungsrechts handelt, der selbst bei «Fehlverhalten» der anderen Partei im weitesten Sinne nicht preisgegeben wird. 212

Die Bedeutung des Nachleistungsgrundsatzes wird weiter durch die neue, seit 1. Januar 2022 geltende Bestimmung von Art. 35c VVG unterstrichen. Die Norm gilt für «hängige Versicherungsfälle» bei Unfall oder Krankheit und betrifft das Schicksal von bestehenden periodischen Leistungsverpflichtungen als Folge von Krankheit oder Unfall bei und nach Beendigung des Vertrages (in erster Linie Taggeld- und Rentenansprüche aufgrund eines Versicherungsfalles vor Deckungsende). Gemäss Abs. 1 sind Versicherungsbestimmungen, die das Versicherungsunternehmen berechtigen, diese Leistungen nach Vertragsende einseitig bezüglich Dauer oder Umfang zu beschränken, nichtig. Abs. 2 behält die «Weiterversicherung» dieser Verpflichtungen durch ein anderes Versicherungsunternehmen vor.⁵⁵⁷ Auch diese Bestimmung statuiert somit zwingend eine Nachleistung (Art. 97 VVG). 213

⁵⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_150/2021 vom 5. Juli 2021 E. 3.2 m. w. H.

⁵⁵⁷ Gemeint ist die Weitererfüllung der bestehenden Ansprüche bei einem Versicherungswechsel. In der Praxis betrifft das bspw. Fälle nach dem FZAKTG (<<https://www.svv.ch/de/branche/regelwerke/freizuegigkeitsabkommen-der-kollektivkrankentaggeldversicherung>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023), vgl. dessen Art. 4 Abs. 2. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zum Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 aVVG gilt allerdings auch in diesen Fällen der Nachleistungsgrundsatz; die Verpflichtung aus Nachleistung des bisherigen Versicherungsunternehmens wird daher nicht beendet, sondern bloss vom neuen Versicherungsunternehmen übernommen (BGE 142 III 767 E. 7.2 m. w. H.; die Entstehung einer neuen Verpflichtung des übernehmenden Versicherungsunternehmens wäre nach bisheriger Praxis dagegen mit dem Rückwärtsversicherungsverbot kollidiert).

§ 15. Regelung in den AVB

- 214 Die AVB AXA sehen zur Nachleistung Folgendes vor:

Teil B (Versicherte Leistungen)

B8.8 (Taggeld für den Betriebsinhaber und die mitarbeitenden Familienmitglieder)

Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes bezahlt die AXA das Taggeld für Rückfälle und laufende Krankheiten, die während der Versicherungsdauer eingetreten sind, noch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer – längstens bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG oder entsprechender ausländischer Versicherungseinrichtungen.

B9.7 (Taggeld für das Personal)

Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes bezahlt die AXA das Taggeld für Rückfälle und laufende Krankheiten, die während der Versicherungsdauer eingetreten sind, noch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer – längstens bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG oder entsprechender ausländischer Versicherungseinrichtungen. Diese Regelung wird für Personen mit befristetem Arbeitsvertrag bis maximal drei Monate nicht angewendet. Das Taggeld wird dann – unter Anrechnung der Wartefrist – maximal für die Dauer des Arbeitsvertrags vergütet.

B14.1 (Übertrittsrecht in die Einzelversicherung)

In der Schweiz wohnhafte versicherte Personen haben das Recht, in die Einzelversicherung der AXA überzutreten, wenn:

- sie aus dem Kreis der versicherten Personen ausscheiden oder
- die Versicherung erlischt;
- und sie Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung im Sinne von Artikel 10 AVIG hätten.

B14.2 (Ausschluss des Übertrittsrechts in die Einzelversicherung)

Kein Übertrittsrecht besteht:

[...]

- für versicherte Personen mit einem befristeten Arbeitsvertrag bis maximal drei Monate;
- [...]

- 215 Die AVB AXA sehen somit eine grundsätzliche Nachleistung für die Betriebsinhaberin, mitarbeitende Familienmitglieder und das Personal vor. Es handelt sich um eine umfassende Regelung für alle während der Deckungsdauer eingetretenen Versicherungsfälle einschliesslich der Nachleistung für darauf beruhende Rückfälle nach Deckungsende. Einschränkungen der Nachleistung bestehen indessen in drei Punkten: Erstens sind Rückfälle einschränkend definiert und werden zu neuen Fällen, wenn die Versicherte ununterbrochen während mindestens 365 Ta-

gen wieder voll arbeitsfähig war.⁵⁵⁸ Zweitens dauert die Nachleistung maximal bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG oder einer entsprechenden ausländischen Versicherungseinrichtung. Damit besteht eine besondere Koordinationsregelung hinsichtlich der beruflichen Vorsorge.⁵⁵⁹ Drittens findet die Grundregel keine Anwendung auf Personen mit befristetem Arbeitsvertrag bis maximal drei Monaten; diese kommen nur eingeschränkt in den Genuss der Nachleistung, weil sie auf die Dauer des Arbeitsvertrages limitiert ist.⁵⁶⁰ Diese Beschränkung bildet eine der Lücken bei der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung nach.⁵⁶¹

⁵⁵⁸ Ziff. B7.1.

⁵⁵⁹ Gemäss Auskunft der AXA an den Autor soll diese Regelung die Koordination sicherstellen und eine allfällige Überentschädigung wie auch eine Deckungslücke verhindern. Zur Einordnung dieser Regelungsabsicht ist es notwendig, die Grundlagen der entsprechenden Koordination zu kennen: Die Invalidenrente der beruflichen Vorsorge setzt prinzipiell wie die Invalidenrente der Invalidenversicherung nach einem Jahr ein (oben Fn. 15 sowie Art. 26 Abs. 1 BVG). Somit besteht an sich eine zeitliche Überschneidung mit der typischen zweijährigen Leistungsdauer der Krankentaggeldversicherung. Die Vorsorgeeinrichtung kann aber reglementarisch vorsehen, dass der Anspruch auf eine Rente aufgeschoben wird, solange die Versicherte den vollen Lohn erhält (Art. 26 Abs. 2 BVG). Dem «vollen Lohn» gleichgestellt ist auch ein Krankentaggeldanspruch, wenn die Taggelder mindestens 80 Prozent des entgangenen Lohnes betragen und die Taggeldversicherung von der Arbeitgeberin mindestens zur Hälfte mitfinanziert wurde (Art. 34a Abs. 5 lit. c BVG i.V.m. Art. 26 BVV2). Je nach reglementarischer Gestaltung liegt die Koordinationskompetenz somit entweder bei der Vorsorgeeinrichtung oder dem Krankentaggeld-Versicherungsunternehmen (vgl. hierzu HÜRZELER, Koordinationsfragen, S. 156 f. sowie BGE 142 V 466 E. 3.3 m.w.H.). Ausserhalb der Nachleistungskonstellation sehen die AVB AXA gemäss Ziff. B13 bis zur Erschöpfung des Taggeldanspruchs interessanterweise parallele Leistungen zu bereits laufenden BVG-Leistungen vor, unter Anrechnung derselben an die eigenen Krankentaggelder. Bei Ausschöpfung der maximalen Taggeldzahl von 730 Tagen vor Beginn von BVG-Leistungen besteht im Falle voraussichtlicher BVG-Leistungen sodann ein Anspruch auf maximal 365 weitere Taggelder als Vorleistung bis zum Beginn der BVG-Leistungen, jeweils mit allfälliger Anrechnung der späteren BVG-Leistungen an die Taggelder (Ziff. B8.9 und B9.8, vorbehaltlich einer besonderen Regelung für Rückfälle in Ziff. B7.4). Im Zuge dieses Anrechnungssystems drohen tatsächlich keine Deckungslücken, selbst wenn bspw. nach einem Jahr nur eine betragslich tiefe obligatorische BVG-Rente einsetzt. Anders ist es in einer Nachleistungskonstellation, wo dieselbe Rente direkt ein Ende der Taggeldleistungen bewirkt, selbst wenn sie betragsmässig nur sehr tief ausfällt.

⁵⁶⁰ Je nach Konstellation kommt es dabei zu einer beschränkten Nachleistung, so bspw. wenn die Deckung zufolge Ende des ganzen Versicherungsvertrages vor dem Ende des befristeten Arbeitsverhältnisses entfällt. Bewirkt dagegen das Ende des Arbeitsverhältnisses das Deckungsende, gibt es keine Nachleistung. Dies dürfte in der Praxis weitaus der häufigste Fall sein.

⁵⁶¹ Bei befristeten Arbeitsverträgen bis maximal drei Monate gibt es auch keine Lohnfortzahlung nach Art. 324a OR (oben Rz. 11 ff.). Dieser Umstand ist gemäss Auskunft

- 216 Wenn die Kollektivdeckung endet, besteht sodann ein grundsätzliches Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung. Damit wird die Deckung in Einzelform erhalten. Das Übertrittsrecht ist allerdings u. a. bei bis zu drei Monaten befristet angestellten Personen ausgeschlossen. Diese kommen somit nie in den Genuss von Taggeldleistungen über die Dauer des Arbeitsvertrages hinaus – weder in Form einer Nachleistung noch i. S. des Erhalts der Versicherungsdeckung durch nahtlosen Übertritt in die Einzelversicherung.⁵⁶² Als Fazit kann festgehalten werden, dass die AVB AXA diesen befristet angestellten Personen im Regelfall die Nachleistung und in jedem Fall den Übertritt in die Einzelversicherung verwehren.
- 217 Die AVB Helsana sehen zur Nachleistung Folgendes vor:

Beginn und Ende des Versicherungsschutzes

13.1 (Nachleistung)

Für versicherte Personen, die bei Ende des Versicherungsschutzes arbeitsunfähig sind, bleibt der Leistungsanspruch für den laufenden Leistungsfall im Rahmen der Vertragsbestimmungen gewahrt (Nachleistung). Mit Wiedererlangen der vollständigen Arbeitsfähigkeit erlischt der Anspruch auf Nachleistung.

13.2 (Einschränkungen der Nachleistung)

Die Nachleistung gemäss Ziff. 13.1 kommt nicht zur Anwendung,

[...]

- b) wenn der Arbeitsvertrag während der Probezeit gekündigt worden ist;
- c) wenn es sich um ein befristetes Arbeitsverhältnis gehandelt hat;
- d) bei einem Rückfall gemäss Ziff. 18.3;
- e) wenn das AHV-Alter erreicht ist, sofern vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit keine Weiterbeschäftigung über das AHV-Alter hinaus schriftlich vereinbart wurde, oder
- f) wenn das 70. Altersjahr vollendet ist.

Bei Selbständigerwerbenden und deren Familienmitgliedern, sofern diese nicht der AHV unterstehen, kommt die Nachleistung gemäss Ziff. 13.1 zudem nicht zur Anwendung, wenn sie die Geschäftstätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen aufgeben, die nicht im Zusammenhang mit der versicherten Arbeitsunfähigkeit stehen.

der AXA an den Autor der Hintergrund der entsprechenden AVB-Regelung. Die Versicherungsnehmerinnen würden mit der Krankentaggelddeckung primär die Lohnfortzahlung absichern wollen. Ohne Lohnfortzahlungspflicht bestehe à priori kein Bedarf, Taggelder über das Ende des Arbeitsverhältnisses hinaus zu erbringen.

⁵⁶² Daneben bestehen noch weitere Ausschlüsse des Übertrittsrechts. Hinsichtlich Nachleistung ist aber nur der Ausschluss von bis maximal drei Monaten befristet Angestellten relevant, denn alle anderen Versichertengruppen geniessen prinzipiell Nachleistung (oben Rz. 215). Die weiteren Ausschlüsse werden hier daher nicht näher beleuchtet.

14.1 (Übertritt in die Einzel-Taggeldversicherung)

Personen, die aus dem versicherten Personenkreis ausscheiden, haben das Recht, innert 3 Monaten nach Austritt ohne Überprüfung des Gesundheitszustandes in die Einzel-Taggeldversicherung nach VVG der Helsana überzutreten. Das gleiche Recht steht den versicherten Personen zu, wenn der Kollektivvertrag dahinfällt. [...].

14.6 (Einschränkungen des Übertrittsrechts)

Keine Freizügigkeit bzw. kein Übertrittsrecht besteht für versicherte Personen,

[...]

- b) die mit einem befristeten Arbeitsvertrag angestellt sind. Ausser die Person gilt als arbeitslos im Sinne von Art. 10 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG);
- c) wenn das Arbeitsverhältnis während der Probezeit aufgelöst worden ist. Ausser die Person gilt als arbeitslos im Sinne von Art. 10 des Arbeitslosenversicherungsgesetzes (AVIG);
- d) die das AHV-Alter erreicht haben oder vorzeitig pensioniert werden; [...].

Die AVB Helsana sehen ebenfalls eine grundsätzliche Nachleistung für die versicherten Personen vor. Anders als bei den AVB AXA (oben Rz. 214 ff.) bezieht sich die Regelung allerdings nur auf Fälle mit laufender Arbeitsunfähigkeit bei Ende des Versicherungsschutzes. Rückfälle sind nicht bzw. nur indirekt geregelt: Beruht ein Rückfall auf einer Arbeitsunfähigkeit, die nicht bis zum Ende des Versicherungsschutzes dauerte, fehlt eine Regelung (insbesondere ein Ausschluss).⁵⁶³ Betreffend alle anderen Rückfälle sehen die AVB Helsana vor, dass der Nachleistungsanspruch bei laufender Arbeitsunfähigkeit mit Wiedererlangen der vollständigen Arbeitsfähigkeit erlischt. Das ist an sich wenig aussagekräftig, da vollständige Arbeitsfähigkeit ohnehin nicht zu Taggeldern berechtigt. Im Zusammenspiel mit dem Ausschluss nach Ziff. 13.2 lit. d ergibt sich indessen, dass die Nachleistung bei laufender Arbeitsunfähigkeit nur bis zum Wiedererlangen der vollständigen Arbeitsfähigkeit dauert; spätere Rückfälle sind von der Nachleistung dagegen ausgeschlossen.⁵⁶⁴ Umgekehrt greift die Nachleistung uneingeschränkt

218

⁵⁶³ Mangels eines bestimmten, unzweideutigen Ausschlusses nach Art. 33 VVG greift für diese Konstellation ohne Weiteres der Grundsatz der Nachleistung (oben Rz. 209); vgl. in diesem Zusammenhang auch das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 731 14 195 vom 24. Oktober 2014 E. 5.5 f.

⁵⁶⁴ Ziff. 18.3 der AVB Helsana definiert, wann «das erneute Auftreten einer Krankheit oder von Folgen eines Unfalles» hinsichtlich Leistungsdauer und Wartefrist als neuer Leistungsfall gilt. Im Umkehrschluss liegt kein neuer, sondern ein Rückfall vor, wenn die versicherte Person davor in Bezug auf den Grundfall nicht während mindestens 365 aufeinanderfolgenden Tagen voll arbeitsfähig war. Für so definierte «Rückfälle» ist die Nachleistung aufgrund Ziff. 13.2 lit. d ausgeschlossen; für Rückfälle, die nach

bei Verschlechterung einer laufenden Arbeitsunfähigkeit nach Deckungsende.⁵⁶⁵ Die Grundregelung in den AVB Helsana präsentiert sich damit als recht fragmentiert und schwer durchschaubar, gerade auch im Vergleich zur umfassenden, aber schlichteren Regelung in den AVB AXA (oben Rz. 214 ff.).

- 219 Die Nachleistung wird weiter bei einer Kündigung während der Probezeit ausgeschlossen. Diese Regelung erinnert an gewisse Konstellationen bei der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung (oben Rz. 11 ff.).⁵⁶⁶ Neben dem Aspekt fehlender «Diensttreue» könnten hier auch Missbrauchsbefürchtungen Pate gestanden sein.⁵⁶⁷ Sodann finden sich Einschränkungen der Nachleistung bei befristeten Arbeitsverhältnissen sowie grundsätzlich für den Fall, dass im Zeitpunkt des Deckungsendes bereits das ordentliche Rentenalter oder in jedem Fall das 70. Lebensjahr erreicht war. Zuletzt ist die Nachleistung bei Selbstständigerwerbenden und deren mitarbeitenden Familienangehörigen auch ausgeschlossen, wenn sie ihre Tätigkeit bei Deckungsende bereits aus wirtschaftlichen Gründen ohne Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit aufgegeben haben. Der gemeinsame Nenner dieser Konstellationen ist die Hypothese, dass auch im Gesundheitsfall kein Einkommen mehr erzielt worden wäre (zufolge Ende der befristeten Anstellung, Alter und Pensionierung etc.). Entsprechend bestünde dann auch kein (rein) krankheitsbedingter Erwerbsausfall.

Ziff. 18.3 als neuer Fall gelten, ist die Nachleistung dagegen gleichwohl ausgeschlossen, weil sie mit dem Wiedererlangen der vollständigen Arbeitsfähigkeit erloschen ist.

⁵⁶⁵ Diesfalls ist weder eine volle Arbeitsfähigkeit wiedererlangt, noch tritt die Krankheit «erneut» auf. Vielmehr dauern Arbeitsunfähigkeit und Krankheit an, womit der soeben dargestellte Ausschluss nicht einschlägig ist.

⁵⁶⁶ So besteht bspw. bei üblichen unbefristeten Arbeitsverhältnissen mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten oder weniger grundsätzlich kein Anspruch auf Lohnfortzahlung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit während der Probezeit gemäss Art. 335b OR (maximal die ersten drei Monate des Arbeitsverhältnisses). Diese Regelung ist allerdings nicht einheitlich; so greift die Lohnfortzahlung bspw. bei für mehr als drei Monate befristet angestellten Personen gerade umgekehrt ab dem ersten Tag.

⁵⁶⁷ Kündigungen während der Probezeit sind im Lebenslauf mehr Makel als Auszeichnung. Erfolgt die Kündigung seitens der Arbeitgeberin, wird sie in der Regel mit mangelnder Leistung assoziiert. Eine derart untaugliche Mitarbeiterin, derer sich die Arbeitgeberin noch während der Probezeit entledigen muss, erschien vielleicht auch den AVB-Verfasserinnen bei der Helsana suspekt. Endet die Deckung dagegen bspw. durch Ende des Versicherungsvertrages selbst noch in der Probezeit, haben die Arbeitnehmerinnen nichts zu befürchten, selbst wenn sie in derselben Probezeit arbeitsunfähig geworden sind.

Wenn die Kollektivdeckung endet, besteht sodann ein grundsätzliches Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung. Damit wird die Deckung in Einzelform erhalten. Das Übertrittsrecht ist allerdings u. a. bei befristet angestellten Personen, bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses während der Probezeit sowie bei vorzeitig pensionierten Personen oder Personen im ordentlichen Rentenalter ausgeschlossen.⁵⁶⁸ Diese kommen somit nie in den Genuss von Taggeldleistungen über die Dauer des Arbeitsvertrages hinaus – weder in Form einer Nachleistung noch i. S. des Erhalts der Versicherungsdeckung durch nahtlosen Übertritt in die Einzelversicherung.⁵⁶⁹ Als Fazit kann festgehalten werden, dass die AVB Helsana bei Rückfällen die Nachleistung teilweise ausschliessen. Weiter verwehren sie verschiedenen Gruppen im Regelfall die Nachleistung und meist auch den Übertritt in die Einzelversicherung. 220

⁵⁶⁸ Unter Vorbehalt des zwingenden gesetzlichen Übertrittsrechts arbeitsloser Personen (Art. 100 Abs. 2 VVG i. V.m. Art. 71 KVG).

⁵⁶⁹ Daneben bestehen noch weitere Ausschlüsse des Übertrittsrechts. Hinsichtlich Nachleistung sind aber nur die genannten Ausschlüsse relevant, denn in allen anderen Fällen gilt prinzipiell Nachleistung (oben Rz. 218 f.). Die weiteren Ausschlüsse werden hier daher nicht näher beleuchtet.

3. Kapitel: Inhaltskontrolle

§ 16. Grundlagen

Der Grundsatz der Nachleistung, obwohl elementar, ist nicht allgemein zwingend gesetzlich kodifiziert. Deshalb kann ausserhalb der zwingend geregelten Fälle durch Individualvereinbarung davon abgewichen und ein Nachleistungsausschluss vorgesehen werden.⁵⁷⁰ Diesfalls bewirkt das Ende der Deckung auch das Ende der Versicherungsleistungen. Am ersten einleitenden Beispiel (oben Rz. 208) illustriert, wären somit Taggeldleistungen nur bis Ende des Arbeitsverhältnisses geschuldet – der Wegfall der Deckung bewirkt den Ausschluss weiterer Leistungen.

Allerdings zeigen die analysierten Regelungen (oben Rz. 214 ff.), dass Nachleistungsausschlüsse auch bzw. vor allem in AVB vorkommen. Die Frage, inwiefern ein solcher Ausschluss in den AVB einer Krankentaggeldversicherung zulässig ist, bedarf einer differenzierten Betrachtung. Zudem gilt in der Krankentaggeldversicherung selbst bei Individualvereinbarungen Art. 35c VVG – aufgrund der Übergangsbestimmungen zur jüngsten VVG-Revision vom 19. Juni 2020 aber nur für Verträge, die nach dem 1. Januar 2022 neu abgeschlossen wurden. Auf altrechtliche Verträge ist diese neue Norm dagegen nicht anwendbar.⁵⁷¹ Daher wird nachfolgend zwischen den alt- und den neurechtlichen Verträgen unterschieden.

⁵⁷⁰ So ausdrücklich BGE 127 III 106 E. 3b f. m. w. H., allerdings noch zum alten Recht vor dem aktuellen Art. 6 sowie dem neuen Art. 35c VVG.

⁵⁷¹ Die Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5136 bezeichnet dies als verhältnismässige Regelung für bereits laufende Versicherungsverträge. Diese Regelung führte im Parlament zwar teilweise zu «einem etwas mulmigen Gefühl» (AB 2019 N 766), wurde letztlich aber ohne nennenswerte Opposition Gesetz. Das alte Recht wird damit, in den Worten von FUHRER, plädoyer 2021, S. 49, eine «sehr, sehr lange Bremsspur» haben (ebenso auch PEDERGNANA/ELM, HAVE 2022, S. 120 f.). Grund dafür ist die oftmals lange Vertragsdauer im Versicherungsbereich; gerade die häufigen Prolongationsklauseln bewirken nämlich (entgegen dem Wortlaut von Art. 47 VVG) gerade nicht den Neuabschluss («Erneuerung») des Vertrages, sondern nur dessen Weiterführung, BSK VVG 2. Aufl.-FUHRER, Art. 47 N 9 ff. m. w. H. zu Prolongation, Erneuerung und Novation. Vgl. auch das jüngere Urteil des Bundesgerichts 4A_28/2022 vom 28. April 2022 E. 5.4 zum Übergangsrecht.

§ 17. Altrechtliche Verträge

I. Vorbemerkung

- 223 Art. 35c VVG ist auf altrechtliche Verträge nicht anwendbar (oben Rz. 222). Hier muss die Zulässigkeit eines Nachleistungsausschlusses daher aus der Optik der Inhaltskontrolle beantwortet werden. Daraus folgt, dass eine Nachleistungsbeschränkung in einer Individualvereinbarung möglich ist, da diese nicht der Inhaltskontrolle unterliegt.⁵⁷² Die Wertungen hinter Art. 35c VVG spielen allerdings indirekt auch für die altrechtliche Inhaltskontrolle eine Rolle (unten Fn. 580).

II. Ungewöhnlichkeitsregel

- 224 Nachleistungsausschlüsse in AVB müssen sich der Inhaltskontrolle dagegen stellen. Nach h. L. sind sie ungewöhnlich und werden damit nicht Vertragsbestandteil.⁵⁷³
- 225 Diese Sichtweise verdient Zustimmung. Nach hier vertretener Auffassung resultiert die Ungewöhnlichkeit bereits aus der Abweichung von der dispositiven Regelung, die ohne AVB zum Zuge käme (oben Rz. 105, 209 ff. und 221). Weiter lässt sich Folgendes zu den Kriterien der Ungewöhnlichkeitsregel (oben Rz. 104 ff.) anführen: Die Nachleistung ist ein allgemeiner Grundsatz des Versicherungsrechts (oben Rz. 209 ff.). Sie charakterisiert die Krankentaggeldversicherung gerade auch im Vergleich zur arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlung (dazu sogleich noch mehr).⁵⁷⁴ Eine Abweichung von diesem Grundsatz mag in einer Individualvereinbarung an sich möglich sein. Sie fällt aber erheblich aus dem gesetzlichen Rahmen und üblichen Vertragscharakter. Es werden Aspekte, die im Privatversicherungsrecht nicht zusammenhängen, gerade umgekehrt sach- und geschäftsfremd in Abhängigkeit voneinander verknüpft. Dies bewirkt dann eine wesentliche Einschränkung der an sich versprochenen Leistungen. Es handelt sich letztlich um eine nicht

⁵⁷² Selbstverständlich unter dem Vorbehalt zwingender Einzelregelungen im bisherigen VVG, oben Rz. 210 f.

⁵⁷³ FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 42 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 98 m. w. H.; GEISER, AJP 2003, S. 332; kritisch auch FIVIAN, AJP 2010, S. 378 f. sowie MEIER, S. 198.

⁵⁷⁴ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 98 m. w. H.; FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 42 m. w. H.; ebenso das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau VKL.2013.47 vom 17. Oktober 2014 E. 5.3.3 (unten Rz. 291).

einleuchtende Verbindung der Leistungspflicht für eingetretene Versicherungsfälle mit der Deckung für neue Versicherungsfälle.⁵⁷⁵ Deren Wirkung zeigt sich besonders eindrücklich beim häufigsten Fall von Deckungsende nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit, nämlich der Kündigung des Arbeitsverhältnisses und dem folgenden krankheitsbedingten Stellenverlust. In der Praxis werden Arbeitsverhältnisse nur selten trotz teilweiser oder gar ganzer Arbeitsunfähigkeit während der maximal möglichen Versicherungsleistungsdauer von 720 oder 730 Tagen aufrechterhalten. Vielmehr erfolgt nach Ablauf der arbeitsrechtlichen Sperrfristen regelmässig bald die Kündigung. Damit fällt die an sich versprochene rund zweijährige Absicherung auf einige Monate zusammen.⁵⁷⁶ Diese Problematik entfällt einzig in Branchen mit Gesamtarbeitsverträgen, die Kündigungen während einem laufenden Taggeldanspruch untersagen.⁵⁷⁷ Das Bundesgericht hat daher zu Recht erklärt, dass das Versprechen von Taggeldern für eine längere Dauer einen Schutz für die Anspruchsberechtigten darstellt und dieser Schutz wenig Sinn machen würde, wenn die Arbeitgeberin ihn der Anspruchsberechtigten durch Kündigung entziehen könnte.⁵⁷⁸ Die dargelegte wesentliche Einschränkung der Ansprüche der Versicherungsnehmerin bzw. der Versicherten stellt auch ohne Weiteres eine wesentliche Beeinträchtigung ihrer Rechtsstellung dar; der Vertrag wurde just dafür abgeschlossen, dass im Versicherungsfall grundsätzlich 720 oder 730 Taggelder geleistet werden und keine Lücken zu Nachfolgeleistungen entstehen.⁵⁷⁹ Angesichts des Grundsatzcharakters der Nachleistung besteht zudem eine berechtigte Erwartung der Versicherungsnehmerin sowie der Versicherten, dass das Versiche-

⁵⁷⁵ Vgl. für den fehlenden Zusammenhang auch KIESER, AJP 2001, S. 709 m. w. H. sowie den Hinweis in BGE 135 III 225 E. 1.4 zur systematisch falschen Einordnung einer Leistungsregelung im Kapitel über die Dauer der Versicherungsdeckung. Für eine solche Verbindung gibt es keinen sachlichen Grund, so auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.8.

⁵⁷⁶ MEIER, S. 198 m. w. H.

⁵⁷⁷ Vgl. hierzu PÄRLI/HUG/PETRIK, Rz. 364 m. w. H.

⁵⁷⁸ BGE 124 III 126 E. 2b; im Geist von BGE 135 III 225 E. 1.4 widerspricht es denn auch dem Wesen des Versicherungsvertrages und der Vertragstreue, wenn die Leistungsdauer nach Eintritt des Versicherungsfalles ohne Zustimmung der Anspruchsberechtigten zu deren Nachteil beeinflusst werden kann. Damit wirft ein Nachleistungsausschluss auch Fragen hinsichtlich der arbeitsrechtlichen Gleichwertigkeit auf, was nicht im Interesse der Arbeitgeberin liegt (unten Fn. 594 sowie oben Rz. 26 ff.).

⁵⁷⁹ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 98; STEPHAN FUHRER in seiner Urteilsbesprechung zum Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202019/11-2019%2012%2002-Ba.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023 (zu diesem Urteil unten Rz. 274 ff.); ZIMMERMANN, Rz. 150 und 177 m. w. H.

rungsunternehmen die vollen Leistungen erbringt, wenn die Arbeitsunfähigkeit während der Dauer der Deckung eingetreten ist – unabhängig vom weiteren Verlauf der Deckung.⁵⁸⁰ Die Produktbroschüren bzw. -beschreibungen zu den dargestellten Krankentaggeldversicherungen (oben Rz. 214 ff.) werben denn auch ohne Einschränkungen mit «finanzieller Sicherheit» und «Entlastung» gerade auch «bei lang andauernden Krankheiten» und «längere Zeit» arbeitsunfähigen Versicherten, «nahtloser» Koordination mit den Leistungen der IV und beruflichen Vorsorge und Krankentaggeldern während zwei Jahren bzw. 730 Tagen.⁵⁸¹ Umgekehrt muss

⁵⁸⁰ FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 42 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 98; diese Deckungserwartung hat auch die Gesetzgeberin, wenn sie neu abweichende Regelungen sogar für Individualvereinbarungen untersagt bzw. davon ausgeht, ein Verbot sei unnötig, weil die Nachleistung sowieso «garantiert» sei, unten Rz. 244, besonders das Votum von Nationalrätin Céline Amaudruz. Ebenso das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau VKL.2013.47 vom 17. Oktober 2014 E. 5.3.3 explizit zu den Deckungserwartungen der Arbeitgeberin (unten Rz. 291). Konsequenterweise bejahte das Versicherungsgericht die Ungewöhnlichkeit des Nachleistungsausschlusses; vgl. zu diesen Erwartungen sodann die Reformvorschläge eines juristischen Mitarbeiters der Aargauischen Industrie- und Handelskammer im Beobachter 3/16 vom 5. Februar 2016, S. 20, «Streit ums Arztzeugnis», <https://www.aihk.ch/fileadmin/dokumente/publikationen/medienspiegel/2016/2016.02.05_Beobachter.pdf>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023 (wonach die Verlängerung des Arbeitsverhältnisses bei Arbeitsunfähigkeit während der Kündigungsfrist gemäss aktuellem Art. 336c OR entfallen solle, wenn eine Krankentaggeldversicherung bestehe; die Arbeitnehmerin sei in diesem Fall abgesichert. Das impliziert eine Nachleistung über das Ende des so nicht mehr verlängerten Arbeitsverhältnisses hinaus); weiter auch BGE 124 III 126 E. 2b m.w.H. zur Perspektive der Arbeitnehmerin, die bei einem Versprechen von Taggeldern über längere Zeit und ohne Einschränkungen in guten Treuen nicht mit einem Nachleistungsausschluss bei Stellenverlust rechnen müsse (vgl. sodann E. 3 f. zu den Haftungsfolgen für die Arbeitgeberin bei Abschluss einer ungenügenden Versicherung); vgl. sodann auch das Urteil des Bundesgerichts 4C.9/2006 vom 1. März 2006 E. 2.4 zu den Haftungsrisiken der Arbeitgeberin; allgemein zur Haftungsthematik auch oben Rz. 28.

⁵⁸¹ Wörtlich bspw. unter «Und so profitieren Ihre Mitarbeitenden»: «Mitarbeitende verfügen auch bei längerer Krankheit über ein gesichertes Einkommen» kombiniert mit einer Grafik, die Krankentaggelder für zwei Jahre darstellt (Produktbroschüre «Helsana Business Salary, Kollektiv-Krankentaggeldversicherung», Stand am 30. Juni 2023); die AXA erläutert die Vorzüge ihres Produkts sogar wie folgt: «Mit der Krankentaggeldversicherung der AXA wird der Arbeitgeber nach Ablauf der individuell festgelegten Wartefrist von der Lohnfortzahlung befreit, und die Versicherung zahlt bis zur Genesung bzw. maximal 730 Taggelder – auch wenn die versicherte Person nicht mehr im Betrieb tätig ist bzw. ihr gekündigt wurde.» (<<https://www.axa.ch/de/unternehmenskunden/angebote/personen/krankentaggeldversicherung.html>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023). Die Nachleistungsausschlüsse müssen dagegen tief in den

die Versicherungsnehmerin bzw. die Versicherte vernünftigerweise gerade nicht damit rechnen, dass der Versicherungsschutz gegen Ende der Deckungsdauer abnimmt.⁵⁸² Ein Nachleistungsausschluss bewirkt, dass der Umfang der möglichen Taggeldleistungen bei Vertragsschluss nicht mehr zuverlässig vorhersehbar ist. Damit schafft er hinsichtlich künftiger Ansprüche entgegen der eigenen Werbung eine unkalkulierbare Unsicherheit, was auch den berechtigten Deckungserwartungen an eine Versicherung generell widerspricht.⁵⁸³ Ebenso wenig ist zu erwarten, dass die versprochene längerdauernde Absicherung bspw. durch eine Kündigung von einem Tag auf den anderen weitgehend entfällt.⁵⁸⁴

AVB gesucht werden und sind bspw. bei der Helsana darüber hinaus auch noch an unerwarteter Stelle zu finden (nämlich nicht bei der Leistungsdauer, sondern bei Beginn und Ende der Versicherungsdeckung; auch das trägt nicht zur Gewöhnlichkeit der Regelung bei, oben Rz. 104 sowie HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 63).

⁵⁸² BGE 135 III 225 E. 1.4; genauso wenig wie damit gerechnet werden muss, dass das Versicherungsunternehmen nach Belieben eine bereits entstandene Leistungspflicht durch Kündigung des Vertrages reduzieren kann, EISNER-KIEFER, Festschrift, S. 786.

⁵⁸³ Vgl. auch BGE 135 III 225 E. 1.4 ausdrücklich zur Ungewissheit bei Eintritt des Versicherungsfalls gegen das mögliche Ende der Deckung sowie unten Rz. 242 f.

⁵⁸⁴ So das Obergericht des Kantons Zürich als Vorinstanz zum Urteil des Bundesgerichts 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006 E. 2.2. Betroffen war eine einer «üblichen Taggeldversicherung» nachgebildete langdauernde Lohnfortzahlungsabrede eines Gesamtarbeitsvertrages. Der klagende Angestellte war nach der Kündigung arbeitsunfähig geworden und die Arbeitgeberin stellte sich auf den Standpunkt, dass die Lohnfortzahlung mit dem Ende des Arbeitsverhältnisses ebenfalls ende. Das Obergericht erwog, dass sich eine Besserstellung einer Arbeitnehmerin, die sich bei Eintritt des Krankheitsfalles in ungekündigtem Arbeitsverhältnis befinde, gegenüber einer solchen in einem bereits gekündigten Arbeitsverhältnis aus Sicht der Arbeitgeberin zwar sachlich rechtfertigen lasse. Indessen sei es der Wille der Gesamtarbeitsvertragsparteien gewesen, die Arbeitnehmerinnen mindestens so abzusichern, wie wenn eine Versicherungslösung getroffen worden wäre. Zur Versicherungsregelung gehöre aber typischerweise, dass der Anspruch der Arbeitnehmerin auf Lohnfortzahlung nicht mit dem Arbeitsverhältnis ende. Daher habe der Kläger «– wie bei der Versicherungslösung – Anspruch auf die volle Dauer der Leistung [...], ungeachtet eines allfälligen früheren Auslaufens des Arbeitsvertrags». Das Bundesgericht schützte die Auslegung dieser Regelung nach dem ihr «vernünftigerweise beizumessenden Sinn und Zweck» (E. 2.3). Krankentaggeldversicherungen garantierten bei Eintritt des Krankheitsfalles vor Beendigung des Arbeitsverhältnisses regelmässig Leistungen für eine längere Dauer, die weder vom Fortbestand des Arbeitsverhältnisses abhängig seien noch davon, dass das Arbeitsverhältnis bei Eintritt des Krankheitsfalles nicht bereits gekündigt sei (E. 2.4). Auch der Bericht Regulierungsfolgenabschätzung VVG Totalrevision, S. 278 kann im Übrigen zu Recht keinen plausiblen ökonomischen Grund für eine Erwartung erkennen, dass die längerdauernde Absicherung je nach Zeitpunkt des Versicherungsfalles variiert.

- 226 Hinzu kommt, dass ein Nachleistungsausschluss auch koordinationsrechtliche Probleme aufwirft. Kein Versicherungsunternehmen versichert neu eine bereits bestehende Arbeitsunfähigkeit. Eine solche Versicherung macht für das Versicherungsunternehmen wirtschaftlich keinen Sinn; zudem wäre sie aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbotes nach Art. 9 aVVG ohnehin nichtig. Die Anspruchsberechtigte hat somit bei einem Nachleistungsausschluss grundsätzlich keine Möglichkeit, die Leistungen durch eine Anschlussdeckung im Rahmen einer neuen Versicherung aufrechtzuerhalten. Der Nachleistungsausschluss bewirkt daher – mit einer Ausnahme – zwingend eine erhebliche Lücke in der versprochenen Deckung bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit.⁵⁸⁵ Die erwähnte Ausnahme betrifft den Übertritt in die Einzelversicherung. Mit diesem können die Ansprüche erhalten werden, ohne dass eine nichtige Rückwärtsversicherung entstünde.⁵⁸⁶ Allerdings sind die Prämien dieser neu abzuschliessenden Einzelversicherung oftmals sehr viel höher als die Prämien der Kollektivversicherung.⁵⁸⁷ Die Versi-

⁵⁸⁵ GEISER, AJP 2003, S. 332; EISNER-KIEFER, Festschrift, S. 786; BGE 135 III 225 E. 1.4 m. w. H.; Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2b und 4. Diese Lücke umfasst neben den laufenden Fällen je nach konkreter Situation sowie Auslegung des Rückwärtsversicherungsverbots auch den Schutz bei Rückfällen.

⁵⁸⁶ Vgl. hierzu Art. 9 i. V. m. Art. 100 Abs. 2 aVVG sowie Art. 71 KVG; allgemein auch BGE 142 III 767 E. 7.2 m. H. auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5. Damit wird allerdings keine originäre Leistungspflicht aus der Einzelversicherung geschaffen, denn diese würde eine unzulässige Rückwärtsversicherung bedeuten (vgl. auch oben Fn. 557 zur gleich gelagerten Situation beim Freizügigkeitsabkommen unter den Krankentaggeld-Versicherungsunternehmen); vielmehr werden die aus der Kollektivversicherung geschuldeten Leistungen im Rahmen der Einzelversicherung erbracht. Somit beruht der Übertritt in die Einzelversicherung als einzige «Lösung» zum Leistungserhalt trotz Nachleistungsausschluss in der Kollektivversicherung paradoxerweise gerade darauf, dass eben doch eine Nachleistung aus der Kollektivversicherung besteht und diese dann im Ergebnis von der Einzelversicherung übernommen wird. Das typische und schlichte Institut der Nachleistung wird durch eine komplizierte Konstruktion ersetzt, die inhaltlich letztlich das Gleiche wie die Nachleistung ist, aber, wie sogleich folgt, von der Versicherten finanziell einen hohen Tribut fordert.

⁵⁸⁷ Dies liegt an der schlechten Risikostruktur der Einzelversicherungen, weshalb auch die aufsichtsrechtliche Tarifkontrolle durch die FINMA die hohen Prämien nicht verhindern kann (zur Aufsicht oben Rz. 197 ff.); FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 46; GEISER, AJP 2003, S. 330 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 342 mit Hinweis auf eine parlamentarische Anfrage von damals noch Nationalrat Paul Rechsteiner (darin wird als Beispiel eine Monatsprämie von rund 2000.– Fr. für ein Monatstaggeld von rund 6000.– Fr. genannt) und Rz. 629 m. w. H. Der Autor hat kürzlich in einem aktuellen Mandat eine Offerte für eine Einzelversicherung entdeckt, bei der für jährliche Taggelder von total 98 915.– Fr. eine Prämie von jährlich 27 455.– Fr. anfällt –

cherungsnehmerin bzw. die Versicherte muss somit eine kostspielige Anschlussversicherung abschliessen, um in deren Rahmen diejenigen Leistungen zu erhalten, die im Regelfall ohne weitere Kosten bereits aus der ersten Versicherung geschuldet sind.⁵⁸⁸ Auch hierin liegt weiterhin eine wesentliche Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Versicherungsnehmerin bzw. der Versicherten. Die dargelegte Problematik betreffend Rückwärtsversicherung besteht im Übrigen ebenso in Bezug auf das FZAKTG als Koordinationsabkommen unter den Krankentaggeldversicherungsunternehmen. Die dort vorgesehene Koordination kann nur auf Grundlage einer allgemeinen Nachleistung funktionieren und geht daher von einer

mithin ein stolzer Prämiensatz von über 25%. Dem Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons Graubünden S 17 97 vom 5. Juni 2019 E. 5.3.3 ist sogar eine FINMA-genehmigte Monatsprämie von 3425.– Fr. für ein Monatstaggeld von rund 8000.– Fr. zu entnehmen, womit die Prämie nahe bei 50% zu liegen kommt. Der Kontrast zu den Kosten der Kollektivversicherung wird noch greller, wenn man bedenkt, dass dort bei Eintritt des Versicherungsfalles regelmässig faktisch eine Prämienbefreiung besteht (dazu HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 344 ff.; Grund dafür ist die Anknüpfung an den AHV-Lohn als Prämienbasis und der Umstand, dass Krankentaggelder nicht zum AHV-Lohn zählen; damit sinkt im Leistungsfall der AHV-Lohn und damit die Prämienbasis).

⁵⁸⁸ Die Leistungen sind auch bei Übertritt in die Einzelversicherung weiterhin ursprünglich aus der Kollektivversicherung geschuldet. Es handelt sich also um Nachleistungen. Sie werden aber im Rahmen der Einzelversicherung erbracht (oben Fn. 586). Wirtschaftlich betrachtet, wird der Versicherten so bei Deckungsende die übliche, durch die Kollektivprämien bereits vorfinanzierte Nachleistung zunächst entzogen, dann aber sogleich wieder offeriert – umständlich verpackt und prämienintensiv in Form der zusätzlich abzuschliessenden Einzelversicherung. Diese ist darüber hinaus nicht nur kostspielig, sondern je nach Konstellation ohne jeden weiteren Nutzen für die Versicherungsnehmerin bzw. Versicherte; vgl. hierzu bspw. das Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau VKL.2013.47 vom 17. Oktober 2014 E. 5.3.3 m. w. H. zur Situation länger dauernder voller Arbeitsunfähigkeit. In diesem Fall bestünde an sich erst recht keine Veranlassung zum Abschluss einer Einzelversicherung. Der einzige Vorteil der Einzelversicherung ist die weiterbestehende Deckung für neue Arbeitsunfähigkeiten. Dieser Vorteil entfällt aber, wenn sich das versicherte Risiko eines erneuten krankheitsbedingten Erwerbsausfalles aufgrund der «Grundarbeitsunfähigkeit» gar nicht mehr realisieren kann (dazu auch STEPHAN FUHRER in seiner Urteilsbesprechung zum Urteil des Bundesgerichts 9C_1026/2008 vom 24. August 2009, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202009/11-2009%2008%2024-B.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023). Vgl. auch KIESER, AJP 2001, S. 709 zum unterschiedlichen Charakter von üblicher Nachleistung und Nachleistung über eine Einzelversicherung, mit besonderem Hinweis auf Haftungsrisiken der Arbeitgeberin gegenüber ihrer Arbeitnehmerin bei Nachleistungsausschlüssen (zur Haftung allgemein oben Rz. 28).

grundsätzlichen Nachleistung aus (oben Fn. 557).⁵⁸⁹ Koordinationsrechtlich fällt zuletzt auch ins Gewicht, dass der Zwang zum Übertritt in die Einzelversicherung i. d. R. die beworbene Koordination mit der beruflichen Vorsorge aushebelt.⁵⁹⁰

- 227 Vereinzelt wird in der Literatur für die Zulässigkeit von Nachleistungsausschlüssen in AVB vorgebracht, dass die Krankentaggeldversicherung die arbeitsrechtliche Lohnfortzahlungspflicht abgelte und jene keine Nachleistung kenne.⁵⁹¹ Mit dieser Argumentation wird allerdings übersehen, dass die gesetzliche Regelung zur Lohnfortzahlung (oben Rz. 10 ff.) ermöglicht, eine für die Arbeitnehmerinnen günstigere Absprache zu treffen. Eine Krankentaggeldversicherung mit einer Leistungsdauer von 720 oder 730 Tagen soll in aller Regel (auch) die Arbeitnehmerinnen schützen und ist daher eine solche Absprache.⁵⁹² Zweck einer solchen Versicherung ist es, den (schwachen) Schutz zu verbessern, den Art. 324a OR den

⁵⁸⁹ Der Umstand, dass laufende Leistungen oder die Absicherung bei Rückfällen in Fällen nach FZAKTG teilweise ohne Zusatzkosten erhalten werden können, spricht also nicht dafür, dass Nachleistungsausschlüsse in diesen Fällen unproblematisch sind. Entweder liegt im Kern gar kein Ausschluss, sondern eine Übernahme der Nachleistung vor – oder das FZAKTG greift nicht, weil es keine Nachleistung gibt, die übernommen werden könnte.

⁵⁹⁰ In aller Regel trägt die Versicherungsnehmerin bzw. frühere Versicherte die Prämie der Einzelversicherung alleine. Es liegt also keine mindestens hälftige Finanzierung durch die Arbeitgeberin mehr vor. Damit ist ein Leistungsaufschub in der beruflichen Vorsorge nach Art. 26 BVV2 nicht mehr zulässig (oben Fn. 559; Urteil des Bundesgerichts 9C_1026/2008 vom 24. August 2009 Sachverhalt A.a und E. 7.2) – entgegen bspw. der Werbung der Helsana: «Die Wahl der optimalen Leistungsdauer hängt von Ihrer beruflichen Vorsorge (BVG) ab. Wenn Sie eine Leistungsdauer von 730 Tagen wählen, ist ein Aufschub der beruflichen Vorsorge möglich. Damit entlasten Sie nicht nur Ihre Pensionskasse und sparen Risikoprämien [...]» (<<https://www.helsana.ch/de/unternehmen/unsere-angebote/krankheit.html>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023). Bisweilen bestehen dann im überobligatorischen Bereich der beruflichen Vorsorge aufschubsunabhängige Wartefristen von 24 Monaten, womit das Endergebnis für Arbeitgeberin wie Angestellte unbefriedigend ist: Mangels Aufschub der obligatorischen Leistungen verringert sich der angepriesene Spareffekt, während gleichzeitig eine Lücke bis zum Einsetzen der betragsmässig oft bedeutenden überobligatorischen Leistungen entsteht, die nur mittels der teuren Einzelversicherung überbrückt werden kann.

⁵⁹¹ So wohl HELMLE/METTLER, ius.focus 2017.

⁵⁹² BGE 127 III 318 E. 4b m. w. H. Die Versicherungsunternehmen bewerben ihre Produkte denn auch mit als «Benefit» für die Angestellten ihrer Vertragspartnerinnen, vgl. bspw. oben Fn. 581. Möchte die Arbeitgeberin dagegen strikt nur sich selber absichern, liegt es vielmehr nahe, eine Schadenexzedentenrückversicherung abzuschliessen, hierzu oben Fn. 27; Urteil des Bundesgerichts 4C.216/2005 vom 12. Juli 2006 E. 2.4.

Arbeitnehmerinnen gewährt, ganz besonders bei Personen, die bei Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit ihre Stelle verlieren.⁵⁹³ Hinzu kommt, dass die arbeitsrechtliche Lohnfortzahlung eine volle Abdeckung bedeutet und die Arbeitnehmerin nichts kostet – die typische Krankentaggeldversicherung gewährt dagegen ein reduziertes Taggeld von 80% des versicherten Lohnes und wird hälftig von der Arbeitnehmerin mitfinanziert (oben Rz. 25). Es besteht daher eine berechnete Erwartung sowohl der Arbeitgeberin wie auch der Arbeitnehmerin, dass eine Krankentaggeldversicherung den Vorteil der Absicherung längerdauernder Arbeitsunfähigkeiten tatsächlich bietet und dieser durch das Ende der Deckung nicht entfällt.⁵⁹⁴

Eine ähnliche Überlegung dürfte sodann hinter den angetroffenen Nachleistungsausschlüssen bei befristeten Arbeitsverhältnissen, Erreichen des Pensionsalters, Aufgabe der Tätigkeit aus wirtschaftlichen Gründen etc. (oben Rz. 214 ff.) stehen. Der Umstand, dass das Erwerbsverhältnis auch im Gesundheitsfall hypothetisch nach einer gewissen Zeit geendet hätte, betrifft in der Sache jedoch den Nachweis des Erwerbsausfalles als Anspruchsvoraussetzung in der Schadenversicherung (oben Rz. 46).⁵⁹⁵ Die Frage der Nachleistung hat damit nichts zu tun; eine Ver-

⁵⁹³ BGE 127 III 318 E. 4b m. H. auf deren besonderes Risiko eines krankheitsbedingten Erwerbsausfalles durch die Erschwerung oder Unmöglichkeit der Stellensuche bzw. des Bezugs von Leistungen der Arbeitslosenversicherung. Dieses Risiko kann sinnvollerweise kaum von den einzelnen Arbeitnehmerinnen mit je einer zusätzlichen privaten Einzelversicherung abgedeckt werden. Daher erachtet das Bundesgericht eine nachleistende Kollektivversicherung zu Recht als die adäquate Massnahme zur Abdeckung dieses Risikos. Dieses Risiko betrifft im Übrigen auch Personen ohne Anspruch auf arbeitsrechtliche Lohnfortzahlung, namentlich bis drei Monate befristet angestellte Personen oder üblich unbefristet angestellte Personen in der Probezeit. Diese bedürfen umso mehr einer Verbesserung des (fehlenden) Schutzes gemäss Art. 324a OR.

⁵⁹⁴ LENZIN, S. 24 weist zu Recht darauf hin, dass ein Nachleistungsausschluss auch die arbeitsrechtliche Gleichwertigkeit der Versicherungslösung gefährden kann; ebenso HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 477, CONTI MOREL, HAVE 2021, S. 159, MEIER, S. 198 und BSK VVG 2. Aufl.-FREY/FRIEDLI, Art. 95a N 47 je m. w. H. Aufgrund ihrer Interessenlage erwarten aber sowohl die Arbeitgeberin als auch die Arbeitnehmerin eine mindestens gleichwertige Lösung, oben Rz. 26 ff.; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_228/2017 vom 23. März 2018 E. 2.2 m. w. H. zur Idee der Kompensation der Nachteile einer Krankentaggeldversicherungslösung durch eine längere Leistungsdauer.

⁵⁹⁵ Die Angelegenheit liegt wie bspw. die Fälle der Arbeitsunfähigkeit nach bereits erfolgter Kündigung. Auch dort wäre das Arbeitsverhältnis krankheitsunabhängig zu Ende gegangen. Dies spricht aber nicht für einen Nachleistungsausschluss (vgl. namentlich oben Fn. 584), sondern einzig für eine Prüfung des Erwerbsausfalles nach Ende des Arbeitsverhältnisses (vgl. hierzu den von einem Kanzleikollegen und dem Autor verursachten BGE 147 III 73; der Entscheid ist nach hier weiterhin vertretener Auffassung

kettung der Befristung des Arbeitsverhältnisses etc. mit einem Nachleistungsausschluss bleibt eine sachfremde Verknüpfung.⁵⁹⁶

- 229 Gleiches lässt sich zum Ausschluss der Nachleistung ab Beginn einer Rente gemäss BVG oder entsprechender ausländischer Versicherungseinrichtungen sagen (oben Rz. 214 f.). Das Einsetzen von Drittleistungen betrifft das Thema der Koordination, bei der Schadenversicherung insbesondere die Frage einer allfälligen Überentschädigung (oben Rz. 46 ff.). Auch damit hat die Frage der Nachleistung nichts zu tun; die Verknüpfung von Nachleistung und koordinationsrelevanten Ereignissen ist ebenso sachfremd.⁵⁹⁷
- 230 Nicht massgeblich ist es schliesslich, dass Nachleistungsausschlüsse in den AVB verschiedener Versicherungsunternehmen zu finden sind. Daraus könnte zwar eine allfällige Branchenüblichkeit solcher Ausschlüsse abgeleitet werden. Allerdings schliesst auch eine uniforme, kartellhafte Handhabung in der Branche eine objektive Ungewöhnlichkeit der Regelung nicht aus (oben Rz. 104).
- 231 Vor diesem Hintergrund erscheint ein Nachleistungsausschluss durchaus objektiv ungewöhnlich. Objektive Ungewöhnlichkeit indiziert subjektive Ungewöhnlich-

allerdings zu streng; kritisch auch bspw. CONTI MOREL, HAVE 2021 und SPINNER, ius. focus 2021). Vgl. weiter das Urteil des Bundesgerichts 4A_348/2007 vom 19. Dezember 2007 E. 3.3.1, beispielhaft zur Thematik der Pensionierung.

⁵⁹⁶ Interessant ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Krankentaggeldversicherungsverträge sowohl nach den AVB AXA wie auch nach den AVB Helsana befristet abgeschlossen sind und sich nach Ablauf jeweils stillschweigend erneuern (AVB AXA Ziff. A3, AVB Helsana Ziff. 5.2). Realisiert sich die Befristung zufolge Kündigung und endet der Vertrag entsprechend per Fristende, bewirkt dies nach beiden AVB indessen keinen Nachleistungsausschluss (oben Rz. 214 ff.). Auch darin zeigt sich, dass eine Vertragsbefristung als solche und die Nachleistung nicht in einem inneren oder gar zwingenden Zusammenhang stehen. Dasselbe ergibt sich aus der Regelung der AVB AXA zu befristeten Arbeitsverhältnissen von mehr als drei Monaten – dort gilt uneingeschränkte Nachleistung. Vgl. auch die Urteilsbesprechung von STEPHAN FUHRER zum Urteil des Bundesgerichts 4A_204/2019 vom 12. September 2019, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202019/11-2019%2009%2012-Ba.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023 (u. a. mit Hinweis auf das Haftungsrisiko der Arbeitgeberin und deren berechnete Erwartung an eine Kollektivkrankentaggeldlösung, durch diese gerade nicht Haftungsrisiken ausgesetzt zu werden; zur Haftung allgemein oben Rz. 28).

⁵⁹⁷ Es bewirken denn auch nur die genannten Drittleistungen ein Ende der Nachleistung. Alle anderen Drittleistungen wie bspw. die Rente der Invalidenversicherung werden dagegen – sachlich stimmig – einzig über die normalen Koordinationsklauseln in den AVB berücksichtigt. Ausserhalb der Nachleistungskonstellation richten sich sodann auch parallele BVG-Leistungen ausschliesslich nach diesen Klauseln (oben Fn. 559).

keit (oben Rz. 106). In komplexen Materien wie dem Versicherungswesen ist Geschäfts- und Branchenerfahrung der AVB-Adressatinnen nur sehr zurückhaltend anzunehmen, selbst bei allenfalls branchenüblichen Regelungen (oben Rz. 107). Es dürften denn auch die allermeisten Versicherungsnehmerinnen und Versicherten tatsächlich von einer solchen Einschränkung des versprochenen Schutzes subjektiv überrascht sein. Die untersuchten Nachleistungsausschlüsse (oben Rz. 214 ff.) halten vor der Ungewöhnlichkeitsregel nicht stand. Der Befund der Ungewöhnlichkeit dürfte allgemein auch auf andere Nachleistungsausschlussklauseln der hier untersuchten Art zutreffen.

III. Art. 8 UWG

Soweit ersichtlich gibt es keine ausführliche Literatur zur Zulässigkeit von Nachleistungsausschlüssen im Lichte von Art. 8 UWG. Nach hier vertretener Auffassung halten Nachleistungsausschlüsse auch dieser Prüfung nicht stand. 232

Im privaten Versicherungsvertrag gilt typischerweise der Grundsatz der Nachleistung (teilweise dispositiv, teilweise als Wertung im zwingenden Recht, oben Rz. 209 ff. und 223 ff.). Deren Ausschluss ist eine Abweichung vom dispositiven Recht als Referenzsystem, das ohne AVB zum Zuge käme (oben Rz. 165 ff.). Die davon abweichenden AVB bewirken damit ein Ungleichgewicht zum Nachteil der Anspruchsberechtigten als Konsumentinnen (oben Rz. 123 ff.). 233

Der Nachleistungsausschluss beschlägt sodann die vertragliche Hauptleistung des Versicherungsunternehmens. Diese ist ein zentraler und wichtiger Vertragsinhalt, handelt es sich dabei doch um das eigentliche Interesse der Anspruchsberechtigten am Abschluss eines Versicherungsvertrages (oben Rz. 225 ff.). Die dargestellten Nachleistungsausschlüsse (oben Rz. 214 ff.) bewirken sodann regelmässig eine wesentliche Verkürzung der Leistungen von an sich 720/730 Tagen auf wenige Monate (oben Rz. 225 ff.). Damit ist die Abweichung vom Nachleistungsprinzip qualitativ wie auch quantitativ erheblich (oben Rz. 157 ff.). 234

Weiter enthalten die aufgeführten AVB (oben Rz. 214 ff.) i. S. einer Gesamtwürdigung keinerlei wirksame Kompensation für den Nachleistungsausschluss. Der Übertritt in die Einzelversicherung ist weitgehend ebenfalls ausgeschlossen. Wo er vertraglich oder gesetzlich noch möglich ist, ist der Übertritt angesichts der sehr viel höheren Prämien der Einzelversicherung für die Anspruchsberechtigten zu nachteilsbehaftet, um als effektive Kompensation gelten zu können; damit wird die erhebliche Abweichung vom Referenzsystem materiell nicht aufgewogen (oben Rz. 168 ff. und 226). 235

- 236 Ein sachliches, schutzwürdiges Interesse an der Abweichung vom Nachleistungsgrundsatz als solche ist nicht erkennbar. Das allfällige Ziel schlichter Leistungsreduktion, weil man kraft Marktmacht dazu in der Lage ist, ist nach hier vertretener Auffassung im Lichte von Treu und Glauben bei der AVB-Kontrolle kein genügendes Argument für die Zulässigkeit einer Klausel. Nur bei gewissen Konstellationen schimmern überhaupt an sich nachvollziehbare und mindestens im Grundsatz berechnete Regelungsziele durch (oben Rz. 228 f.); diese werden aber zum Nachteil der Anspruchsberechtigten mit sachfremden Konstruktionen verfolgt, obwohl sie richtigerweise in anderem Zusammenhang zu berücksichtigen wären und dort auch ohne Weiteres berücksichtigt werden könnten. Ein Interessenausgleich kann so nicht erreicht werden – unabhängig von einer allfälligen Eignung des Nachleistungsausschlusses zur Verwirklichung dieser Regelungsziele fehlt es an der Erforderlichkeit und damit auch an der Verhältnismässigkeit der Ausschlussregelung (oben Rz. 167 und 173 ff.).
- 237 Hinsichtlich der weiteren zu berücksichtigenden allgemeinen Rechtsgrundsätze ist auch an das Äquivalenzprinzip als allgemeinen versicherungsrechtlichen Grundsatz zu denken. Das Äquivalenzprinzip gebietet eine gewisse Gleichwertigkeit der Hauptleistungen im Versicherungsvertrag (Prämie und versicherte Leistung).⁵⁹⁸ Die klassische kollektive Krankentaggeldversicherung ist eine Lohnsummenversicherung ohne Nennung oder Kenntnis der einzelnen versicherten Personen (oben Rz. 52). Daher kann sie die Prämie kaum nach nachleistungsberechtigten und nachleistungsbeschränkten Versicherten differenzieren. Die Prämie muss entsprechend so berechnet werden, dass sie das Risiko der normalen Leistungsdauer von maximal 720/730 Tagen abdeckt.⁵⁹⁹ Das gilt erst recht in Bezug auf Nachleistungsausschlüsse, die bei Prämienfälligkeit noch in der Schwebe sind.⁶⁰⁰ So bezahlt die nachleistungsbeschränkte Versicherte im Ergebnis Prämien auf Basis einer wesentlich höheren Leistung als derjenigen, die sie tatsächlich erhalten kann – ein Resultat im Widerspruch zum Äquivalenzprinzip (oben Rz. 167).⁶⁰¹
- 238 Zu bedenken ist schliesslich der Grundsatz besserer Risikobeherrschung. Dieser ist mit dem Sinn und Zweck eines Versicherungsvertrages eng verbunden. Die einzelne Versicherte kann das Risiko eines krankheitsbedingten Erwerbsausfalles

⁵⁹⁸ BSK VVG 2. Aufl.-STOESSEL/STRUB, § 1 N 21 m. w. H.

⁵⁹⁹ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 630.

⁶⁰⁰ Bspw. infolge Kündigung während der Probezeit oder Beginn einer BVG-Rente.

⁶⁰¹ Vgl. für die gleiche Problematik bei Leistungskürzungen nach Arbeitsvertragsende unter dem Titel «(fehlender) Erwerbsausfall» CONTI MOREL, HAVE 2021, S. 159 m. w. H.

nach Deckungsende für sich kaum sinnvoll abdecken.⁶⁰² Oft bedürfen aber gerade Versicherte in solchen Konstellationen ganz besonders einer Absicherung – und dafür stellt eine nachleistende Versicherung eine adäquate Lösung dar (oben Fn. 593). Wie die verschiedenen Konstellationen mit Nachleistung aus Gesetz oder AVB belegen (oben Rz. 210 ff.), ist das Versicherungsunternehmen dagegen gut in der Lage, dieses Risiko zu übernehmen. Nachleistungsausschlüsse kollidieren somit auch mit dem Grundsatz besserer Risikobeherrschung (oben Rz. 167).

Zusammenfassend stehen hier somit Regelungen infrage, die

239

- zum Nachteil der Anspruchsberechtigten von der charakteristischen Nachleistung, dem dispositiven Recht und den Wertungen des zwingenden Rechts abweichen,
- dabei die Versicherungsleistungen als vertragliche Hauptleistung des Versicherungsunternehmens im Vergleich zur Referenzregelung erheblich reduzieren,
- die Anspruchsberechtigte einer Absicherungslücke aussetzen, die in keiner Weise materiell und wirksam kompensiert wird,
- nicht auf einem sachlichen, schutzwürdigen Interesse beruhen, sondern sachfremde Konstruktionen darstellen und mangels Erforderlichkeit und Verhältnismässigkeit keinen Interessenausgleich gewährleisten,
- gegen das Äquivalenzprinzip verstossen, indem sie tiefere maximale Leistungen, als in der Prämienberechnung angenommen, bewirken,
- zuletzt auch mit dem Grundsatz besserer Risikobeherrschung und dem Zweck des Versicherungsvertrages kollidieren, da sie im Ergebnis ein Risiko zurück an die Anspruchsberechtigte transferieren, das sie anders als das Versicherungsunternehmen kaum adäquat beherrschen kann, und
- die Stellung der Anspruchsberechtigten dadurch just dort beeinträchtigen, wo diese der Absicherung besonders bedarf.

Für die Gesamtwürdigung i. S. v. Art. 8 UWG ist letztlich zu prüfen, ob eine Regelung im Rahmen dessen liegt, was korrekte, loyale Parteien in einer individuell ausgehandelten Vereinbarung als faire Lösung vorgesehen hätten. Bei – wie hier – erheblichen Ungleichgewichten ist das nicht leichthin zu bejahen. Unter Berücksichtigung der vorstehenden Aspekte der Prüfung sind Nachleistungsausschlüsse nach hier vertretener Auffassung unzulässig i. S. v. Art. 8 UWG (oben Rz. 173 ff. und 225 ff.): Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine Versicherte eine derartige Be-

240

⁶⁰² Dazu bedürfte sie in der Regel einer lebenslangen privaten «Basis-Einzelversicherung» in Ergänzung zu den jeweiligen Kollektivversicherungen ihres Erwerbslebens; ein kostspieliges Unterfangen (oben Rz. 226 f., insb. Fn. 593).

schränkung der typischen Leistungsgestaltung in einer echten Verhandlung unkompensiert akzeptieren würde.

- 241 Aus den Materialien und der Lehre existieren Kataloge mit Beispielen von (potentiell) unzulässigen Regeln, die bei der Konkretisierung von Art. 8 UWG helfen können (oben Rz. 178). Mit Blick auf diese Kataloge erfüllen Nachleistungsausschlüsse die Merkmale folgender Klauseln, die ihre Unzulässigkeit indizieren:
- Klauseln, die das Leistungsversprechen weitreichend einschränken,
 - Vertragsklauseln, nach denen sich Leistungen unabhängig vom Zutun bzw. Einverständnis der Anspruchsberechtigten durch Dritte reduzieren,
 - Kündigungsstrafen,
 - Leistungseinschränkungen just für diejenigen Fälle, in denen die andere Partei besonders auf die Leistungen angewiesen ist, und
 - Klauseln, die betreffend Vertragshauptleistung erheblich vom Referenzsystem abweichen.

Auch unter diesen Gesichtspunkten ist folglich davon auszugehen, dass die untersuchten Nachleistungsausschlüsse (oben Rz. 214 ff.) wie auch Nachleistungsausschlüsse ganz allgemein i. S. v. Art. 8 UWG unzulässig sind.

§ 18. Neurechtliche Verträge

I. Laufende Fälle

- 242 Bei neurechtlichen Verträgen steht für die Frage eines Nachleistungsausschlusses Art. 35c VVG im Vordergrund. Die Bestimmung hat eine lange Entstehungsgeschichte: Ursprünglich geht sie auf den Vorentwurf der Expertenkommission Totalrevision VVG vom 31. Juli 2006 zurück (dort als Art. 47 mit fast gleichem Wortlaut). Mit kleinen Änderungen war sie dann Teil der Vorlage zur Totalrevision (zuletzt als Art. 56 im Entwurf von 2011). Nach dem Scheitern der Totalrevision figurierte die Norm als Art. 35d in der neuerlichen Vernehmlassungsvorlage (zur Teilrevision VVG), nunmehr zusätzlich inspiriert durch die Wertungen des im Jahre 2009 ergangenen BGE 135 III 225.⁶⁰³ Das Bundesgericht hatte in jenem Entscheid im Wesentlichen erwogen, die Versicherungsnehmerin müsse bei Abschluss des Vertrages vernünftigerweise nicht damit rechnen, dass der Versi-

⁶⁰³ Erläuternder Bericht VVG Teilrevision, S. 36.

cherungsschutz gegen Ende der Versicherungsdeckung abnehme. Dasselbe gelte für eine Regelung, mit der sich eine bestehende Leistungspflicht ohne Zutun der Versicherungsnehmerin durch einseitige Willenserklärung des Versicherungsunternehmens reduziere. Der Nachleistungsausschluss hätte nämlich zur Folge, dass die Anspruchsberechtigte bei einem Versicherungsfall gegen Ende der Versicherungsdeckung die Leistungsdauer zufolge der Ungewissheit über die weitere Deckung nicht abschätzen könne. Zudem würde sie die durch den Ausschluss entstandene Lücke auch nicht durch einen anschliessenden neuen Versicherungsvertrag schliessen können (aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbotens gemäss Art. 9 aVVG).⁶⁰⁴

Entsprechend bezweckte der im Vorentwurf vorgeschlagene Art. 35d gemäss dem Erläuternden Bericht sicherzustellen, dass das Versicherungsunternehmen jene Leistungen erbringt, zu welchen es sich vertraglich verpflichtet hat, unabhängig davon, ob der Versicherungsvertrag vorzeitig endet.⁶⁰⁵ Klauseln, die bei Beendigung des Vertrages die Leistungspflicht beschränken oder aufheben, sollten nichtig sein.⁶⁰⁶ Aufgrund der Ergebnisse der Vernehmlassung wurde die Bestimmung dann aber im Entwurf gestrichen und vorerst durch eine blosser Aufklärungspflicht über Nachleistungsausschlüsse ersetzt.⁶⁰⁷

Die neuerliche Wende kam in der parlamentarischen Beratung im Nationalrat. Die Voten, welche für die Norm eine Lanze brachen, zielten primär auf die Krankentaggeldversicherung als Anwendungsfall und die Verhinderung eines Leistungsabbruchs im laufenden Krankheitsfall als Folge fehlender Nachleistung.⁶⁰⁸

⁶⁰⁴ BGE 135 III 225 E. 1.4 m. w. H.

⁶⁰⁵ Erläuternder Bericht VVG Teilrevision, S. 36; praktisch gleichlautend war schon die Begründung im Erläuternden Bericht VVG Totalrevision, S. 51, noch etwas ergänzt um den Hinweis, dass die verbotenen Klauseln die Versicherungsnehmerin abweichend von der an sich vorgesehenen Versicherungsdeckung benachteiligen würden. Ähnliches gilt für die Botschaft VVG Totalrevision 2011, S. 7716 f. und 7767.

⁶⁰⁶ Botschaft VVG Totalrevision 2011, S. 7716 f. zum damaligen Art. 56 im Entwurf.

⁶⁰⁷ Botschaft VVG Teilrevision 2017, S. 5099 und 5111.

⁶⁰⁸ Votum von Nationalrätin Regula Rytz, AB 2019 N 731 («Was für uns zweitens auch wichtig ist, ist eine Korrektur bei den Krankentaggeldversicherungen. Diese müssen kundenfreundlicher geregelt werden. Es kann ja nicht sein, dass Leistungen bei laufendem Krankheitsfall einfach eingestellt werden oder dass die Arbeitnehmenden beim Übertritt von einer Kollektiv- in eine Einzeltaggeldversicherung grosse Prämien-sprünge hinnehmen müssen.»); Votum von Nationalrätin Kathrin Bertschy, AB 2019 N 742 («Es darf nicht sein, dass man die Leistungen bei hängigen Versicherungsfällen einstellen kann»); Krankentaggeldansprüche nach VVG dürften tatsächlich die häufigsten periodischen Leistungspflichten als Folge von Unfall oder Krankheit sein; es

Interessant ist, dass sich die Gegnerinnen der Bestimmung diesbezüglich nicht für die Zulassung eines Nachleistungsausschlusses aussprachen; vielmehr wurde umgekehrt die Auffassung vertreten, dass entgegen den Sorgen der Kommissionsminderheit im Bereich Kranken- und Unfalltaggeld der Erhalt der Erwerbsersatzleistungen «garantiert» sei und daher schlicht gar keine gesetzgeberische Intervention nötig sei.⁶⁰⁹ Trotzdem fand die Bestimmung schliesslich erneut Eingang in den Gesetzestext.⁶¹⁰ Im Ständerat als Zweitrat wurde die Norm diskussionslos übernommen und um den zweiten Absatz erweitert.⁶¹¹ Dem stimmte der Nationalrat in der zweiten Runde schliesslich ebenfalls diskussionslos zu.⁶¹²

- 245 In der Literatur kam die Frage auf, ob Art. 35c VVG nur anwendbar sei, wenn der Versicherungsvertrag auf Veranlassung des Versicherungsunternehmens endet.⁶¹³ Die Materialien und die parlamentarische Debatte zeigen, dass dem nicht so ist: Zunächst enthalten die Materialien keine Differenzierung danach, durch

ist klar, dass die Norm primär auf diesen Versicherungszweig zielt (ähnlich CR LCA-GABUS/BONAZ, Art. 35c N 19 f. sowie BSK VVG 2. Aufl.-STÄUBLI, Art. 35c N 4).

⁶⁰⁹ Sehr illustrativ das Votum von Nationalrätin Céline Amaudruz als Sprecherin der Kommission, AB 2019 N 744: «La minorité Rytz Regula propose d'interdire de limiter les prestations en cas de maladie ou d'accident. [...] La préoccupation concerne le maintien des indemnités de maladie en cas de maladie et d'accident. Dans les deux domaines, le maintien du salaire est garanti, aucune intervention du législateur n'est nécessaire. [...] une telle assurance prévoit généralement une indemnité de 720 jours. En cas de changement d'assureur ou de poste et de passage à l'assurance du nouvel employeur, le nouvel assureur assumera l'obligation de payer et les demandes en suspens. A la fin des rapports de travail, sans nouveau poste, un paiement supplémentaire pour la demande en suspens, jusqu'à la durée de la prestation convenue dans la police collective, est usuel.»; ähnliche Äusserungen machten weitere Votanten im Zusammenhang mit den Kündigungsrechten bei der kollektiven Krankentaggeldversicherung, so Ständerat Alex Kuprecht, AB 2019 S 763 («dann besteht für das Versicherungsunternehmen die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen. Das heisst nicht, dass die bereits laufenden Schadenzahlungen jetzt gestoppt würden; diese Fälle würden weiter bezahlt.») und Nationalrat Thomas Aeschi, AB 2019 N 2355 («Die Situation der [...] Arbeitnehmenden, die zum Zeitpunkt der Beendigung eines Kollektivvertrags Taggeld beziehen, ist von der Kündigung des Vertragsverhältnisses zu unterscheiden. Sie bleiben in ihrem Anspruch auf Taggeld bis zum Ablauf der maximal vereinbarten Taggelddauer, in der Regel 730 Tage, geschützt. Dies ist neu in Artikel 35d auch so gesetzlich festgehalten.»).

⁶¹⁰ AB 2019 N 748.

⁶¹¹ AB 2019 S 766; auch die Regelung des zweiten Absatzes zum Versicherungswechsel geht ursprünglich auf den Vorentwurf der Expertenkommission Totalrevision VVG vom 31. Juli 2006 zurück.

⁶¹² AB 2019 N 2358, damals immer noch Art. 35d VVG.

⁶¹³ So CR LCA-GABUS/BONAZ, Art. 35c N 39 ff. Diese leiten diesen Schluss aus dem Wortlaut «Leistungsverpflichtungen [...] *einseitig* zu beschränken oder aufzuheben» her.

wen oder aus welchem Anlass der Vertrag endet. Insbesondere findet sich keine Einschränkung bloss auf den Fall, dass das Versicherungsunternehmen den Vertrag auflöst (oben Rz. 243 f.).⁶¹⁴ Sodann lässt sich auch den parlamentarischen Voten keine solche Beschränkung entnehmen (oben Rz. 244). Zuletzt spricht der Wortlaut selber nur allgemein von einer «Beendigung des Vertrages»; die Beendigung «durch das Versicherungsunternehmen» o. Ä. ist nicht vorausgesetzt.⁶¹⁵ Die Bedeutung der «Einseitigkeit» gemäss Wortlaut der Norm ist eine andere (unten Rz. 247). Die gegenteilige Sichtweise führt darüber hinaus zu Anwendungsschwierigkeiten: Eine Klausel mit einem Nachleistungsausschluss bei Vertragsende müsste gleichzeitig als zulässig, aber auch als nichtig qualifiziert werden, wenn sowohl die Versicherungsnehmerin als auch das Versicherungsunternehmen das Vertragsende bewirken können (was nach Art. 35a Abs. 4 VVG der Standard ist).

Weiter zeigen die parlamentarischen Voten, dass der Wortlaut von Art. 35c VVG, 246 genau betrachtet, zu eng gefasst ist. Es ging im Wesentlichen nie bloss um die Beendigung des Versicherungsvertrages; vielmehr bezog sich die Diskussion auf hängige Versicherungsfälle sowie deren Schicksal bei Beendigung der Deckung generell (oben Rz. 244).⁶¹⁶ In der Sache macht das auch Sinn: Die Problematik von Nachleistungsausschlüssen besteht auch bei Deckungsende aus anderen Gründen als dem Ende des Versicherungsvertrages (oben Rz. 225 ff.).⁶¹⁷ Es gibt keine sach-

⁶¹⁴ Man darf dabei den isolierten Hinweis auf BGE 135 III 225 im Erläuternden Bericht Teilrevision VVG nicht überbewerten. Dieser Entscheid betrifft zwar gerade den Fall der Vertragsauflösung durch das Versicherungsunternehmen. Er war aber weder ausschlaggebend für die Norm noch die dazugehörigen Erläuterungen. Diese finden sich fast wortgleich schon in den Materialien aus der Zeit vor diesem Entscheid.

⁶¹⁵ Ebenso BSK VVG 2. Aufl.-STÄUBLI, Art. 35c N 10.

⁶¹⁶ Siehe namentlich die Voten Rytz und Amaudruz explizit zum Problemkreis Nachleistung bei Deckungsende durch das Ende des Arbeitsverhältnisses/Möglichkeit des Übertritts in die (teure) Einzelversicherung. In diesen Fällen endet nur die Deckung für die einzelne Versicherte – der Versicherungsvertrag an sich bleibt bestehen.

⁶¹⁷ Man kann sich hier auch sinngemäss an BGE 135 III 1 E. 3.3 anlehnen (Ungewöhnlichkeit des Ausschlusses eines Kündigungsrechts bei behördlich veranlassten Änderungen der AVB): Auch bei Nachleistungsausschlüssen ist unabhängig vom Anlass des konkreten Deckungsendes zur Zeit des Vertragsabschlusses regelmässig unklar, wann und wie sich die Deckung sowie daran geknüpfte Leistungspflichten ändern werden. Der potentielle Verlust von Ansprüchen zufolge Deckungsende kann damit nicht auf eine einigermaßen zuverlässig vorhersehbare Entwicklung zurückgeführt werden. Vielmehr sind mögliche Ansprüche gewissermaßen in einem unsicheren Schwebezustand, was der allgemeinen Erwartungshaltung an eine Versicherung klar widerspricht. Das gilt für ein Ende der Deckung zufolge Vertragsbeendigung ebenso wie für ein Ende der Deckung bspw. zufolge Ende des Arbeitsverhältnisses (dazu ähnlich auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 5.1).

lichen Gründe für eine Differenzierung nach dem Grund für das Deckungsende.⁶¹⁸ Konsequenterweise findet sich in den Materialien kein Hinweis auf eine bewusste Differenzierung nach verschiedenen Deckungsenden. Vielmehr ergibt sich auch aus dem Bericht zur Regulierungsfolgenabschätzung im Rahmen der VVG-Totalrevision ein gesetzgeberischer Wille für eine zwingende allgemeine Nachleistung: Demnach sollte der damalige Art. 58 eine als stossend empfundene Leistungsbefreiung des Versicherungsunternehmens verhindern und entsprechend den Versicherungsschutz aufrechterhalten; dabei betreffe die Norm im Zusammenhang mit der kollektiven Krankentaggeldversicherung auch den Fall der Beendigung des Arbeitsvertrags zwischen Arbeitnehmerin und Arbeitgeberin.⁶¹⁹ Aus diesen Gründen gilt nach hier vertretener Auffassung auch der per 1. Januar 2022 in Kraft gesetzte Art. 35c VVG generell für alle Konstellationen des Deckungsendes, trotz seines rein grammatikalisch etwas unscharfen Wortlauts («Beendigung des Vertrages»).

- 247 Ein Teil des Parlaments wollte folglich mit Art. 35c VVG eine Leistungseinstellung zufolge Deckungsende bei «hängigen Versicherungsfällen» u. a. in der Krankentaggeldversicherung explizit ausschliessen. Ein anderer Teil hielt die Bestimmung dagegen für überflüssig, weil der Taggeldanspruch insbesondere in der (kollektiven) Krankentaggeldversicherung ohnehin nicht von der Deckung abhängt und damit eine Nachleistung auch ohne gesetzgeberische Intervention «garantiert» sei (oben Rz. 244). Unabhängig von der Richtigkeit dieser Annahme (zur bisherigen Rechtsprechung unten Rz. 251 ff.) geht die Gesetzgeberin somit gesamthaft klar von einer allgemeinen und zwingenden Nachleistung in der Krankentaggeldversicherung aus. Nachleistungsbeschränkungen sind nach Art. 35c VVG nur noch zulässig, wenn sie nicht einseitig bestimmt werden. Notwendig ist somit vertragsrechtliche Zweiseitigkeit, d. h. der Konsens in Form der Zustimmung der anderen Partei im jeweiligen Einzelfall.⁶²⁰ Je nach infrage stehender

⁶¹⁸ HÄBERLI/HUSMANN, Fn. 114.

⁶¹⁹ Bericht Regulierungsfolgenabschätzung VVG Totalrevision, S. 270 und 274.

⁶²⁰ Damit ist diese Konstellation strenger reguliert als bspw. einseitige Bedingungs- oder Prämienanpassungsklauseln als verwandte Thematik im Versicherungsvertragsrecht. Solche sind unter gewissen Voraussetzungen mindestens als Individualvereinbarungen zulässig (vgl. hierzu BGE 135 III 1 E. 2.4 ff. m. w. H.). Vgl. zur Thematik weiter bspw. die in der jüngsten Teilrevision vorgeschlagene Neuformulierung von Art. 35 VVG zur Zulässigkeit einer «Vertragsbestimmung, wonach das Versicherungsunternehmen die allgemeinen Versicherungsbedingungen einseitig anpassen kann». Die stark umstrittene Änderung zugunsten der Versicherungsunternehmen vermochte sich am Ende jedoch nicht durchzusetzen.

Leistungsbeziehung ist das die Versicherungsnehmerin oder die Anspruchsberechtigte (Art. 97 f. VVG). Es erscheint allerdings fraglich, ob diese Konstellation grosse praktische Bedeutung hat. Der am ehesten denkbare praktische Fall eines Nachleistungsausschlusses auf Initiative oder mindestens mit Zustimmung der Versicherungsnehmerin bzw. Anspruchsberechtigten wäre der Wechsel des Versicherungsunternehmens und die Übernahme der Leistungspflichten durch das neue Versicherungsunternehmen. Der Ständerat hat diese Konstellation aber bereits durch den neuen Abs. 2 gesondert geregelt und so die erste Fassung der Bestimmung abgeändert (oben Rz. 244).⁶²¹ Somit dürften Vertragsbestimmungen, die ein Versicherungsunternehmen berechtigen, die laufenden Leistungen bei Deckungsende zu reduzieren oder einzustellen, meistens nichtig i. S. v. Art. 35c VVG sein.

Für neurechtliche Verträge und laufende Fälle ist eine andauernde Versicherungsdeckung nach Eintritt des Versicherungsfalls folglich nicht notwendig. Dies ergibt sich direkt aus dem zwingenden Art. 35c VVG. Ein Rückgriff auf die Inhaltskontrolle erübrigt sich. 248

II. Rückfälle

Art. 35c VVG bezieht sich seinem Wortlaut nach auf bei Deckungsende «bestehende» Leistungsverpflichtungen. Bei Deckungsende bloss schwebende Leistungsverpflichtungen für spätere Rückfälle sind vom Wortlaut nicht eindeutig mit umfasst.⁶²² Die Argumente der Gesetzgeberin für Nachleistung bei laufenden Fällen (oben Rz. 242 ff.) gelten indessen genauso für Rückfälle. Den Materialien ist 249

⁶²¹ Die Bestimmung bezweckt, die Fälle nach FZAKTG von der zwingenden Nachleistung auszunehmen, WYSSBROD/HÄNSLI, HAVE 2022, S. 217. Dabei handelt es sich, genau besehen, gar nicht um einen Nachleistungsausschluss, sondern gerade umgekehrt um die Bestätigung und Übernahme der Nachleistung durch ein anderes Versicherungsunternehmen (oben Fn. 557). Andere einigermaßen regelmässige Konstellationen von «bilateralen» Beschränkungen sind nicht ersichtlich. Daher hätte man den Abs. 1 gegenüber der Originalfassung sprachlich wohl etwas entladen können (durch Streichung des nun eher symbolischen Hinweises auf Einseitigkeit); das ging in den Irrungen und Wirrungen der ganzen Debatte um die VVG-Revision möglicherweise vergessen.

⁶²² Zumindest in den Fällen, in denen bei Deckungsende keine Leistungspflichten mehr bestehen (bspw. infolge Genesung). Bestehen bei Deckungsende dagegen noch laufende Ansprüche und werden diese durch Ausschluss späterer Verschlechterungen im Grundsatz eingeschränkt, dürfte dies noch ohne Weiteres unter Art. 35c VVG fallen. Diesfalls geht es gerade nicht um einen Rückfall nach Genesung, sondern um die Verschlechterung einer laufenden Arbeitsunfähigkeit.

denn auch weder ein sachlicher Grund für noch ein Hinweis auf eine bewusste Differenzierung zu entnehmen. Entsprechend gilt Art. 35c VVG nach hier vertretener Auffassung trotz seines grammatikalisch zu engen Wortlauts auch für Rückfallkonstellationen.

- 250 Unabhängig davon greift auch bei neurechtlichen Versicherungsverträgen die Inhaltskontrolle, soweit das zwingende Recht keine Vorgaben macht. Ein Nachleistungsausschluss bei Rückfällen in AVB ist diesfalls nach hier vertretener Auffassung ohnehin ungewöhnlich und unzulässig (oben Rz. 223 ff.).

§ 19. Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Nachleistungsausschlüssen

I. Vorbemerkung

- 251 Der folgende Teil beschreibt Urteile zu Nachleistungsausschlüssen aus der Optik der Inhaltskontrolle kurz und würdigt diese anschliessend. Die Gerichte haben mehrheitlich nur Ausschlussklauseln für besondere Konstellationen und nicht Nachleistungsausschlüsse bei Vertrags- bzw. Deckungsende im Allgemeinen beurteilt. Die Rechtsprechung ist daher thematisch geordnet. Der Fokus liegt dabei auf Urteilen des Bundesgerichts. Erwägungen kantonaler Instanzen, deren Entscheide elektronisch frei zugänglich sind, sind ebenfalls berücksichtigt. Bei einer Mehrzahl von Urteilen zur selben Rechtsfrage werden die jeweils ausführlichsten Entscheide beleuchtet und punktuell mit Hinweisen auf die anderen Urteile ergänzt. Entscheide, die Nachleistungsbeschränkungen ohne Bezug zur Inhaltskontrolle i. S. der Ungewöhnlichkeitsregel und des Art. 8 UWG beurteilen, werden aufgrund der Thematik dieser Arbeit ausgeklammert.

II. Ungewöhnlichkeitsregel

A. Nachleistungsausschluss allgemein bei Ende des Versicherungsvertrages oder der Versicherungsdeckung

- 252 Im Urteil 4A_120/2008 beurteilte das Bundesgericht eine Klausel, wonach mit Ende des Versicherungsvertrages oder der Versicherungsdeckung auch der Leistungsanspruch endet. Dem Entscheid lag eine besondere Konstellation zugrunde: Die Versicherte hatte zwei Taggeldversicherungen abgeschlossen, davon eine als

Summen- und die andere als Schadenversicherung. In einem ersten Prozess bestätigte das Bundesgericht den kantonalen Entscheid, dass die Schadenversicherung aufgrund ihrer AVB und ZB erst leistungspflichtig wird, wenn die Leistungen aus der Summenversicherung erschöpft sind.⁶²³ Der Schadenversicherungsvertrag endete in der Folge vor Ausschöpfung des Summenversicherungsanspruchs. Nach dessen Ausschöpfung ersuchte die Versicherte erneut um Leistungen aus der Schadenversicherung.⁶²⁴

Das Bundesgericht erwog, dass der Leistungsanspruch aus der Schadenversicherung einen Erwerbsausfall voraussetze; ein solcher und damit der Anspruch überhaupt wäre erst nach Ausschöpfung der Summenversicherungsleistungen entstanden, wenn dann noch eine Deckung bestanden hätte. Infolge Vertragsende vor diesem Zeitpunkt habe dann aber gar keine Deckung mehr bestanden und stelle sich eigentlich gar keine Frage der Nachleistung.⁶²⁵ Als Eventualbegründung führte das Bundesgericht aber weiter aus, dass selbst bei einer Nachleistungskonstellation wegen der Ausschlussklausel kein Anspruch bestanden hätte. Die strittige Ausschlussklausel sei nämlich nicht irreführend i. S. v. Art. 8 aUWG.⁶²⁶ Ebenso fehle es «offensichtlich» an einer objektiven Ungewöhnlichkeit: Zwar gelte im Privatversicherungsrecht der Grundsatz der Nachleistung. Die Rechtsprechung habe aber gegenteilige Vertragsbestimmungen vorbehalten. Eine solche Klausel,

⁶²³ Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008 Sachverhalt A.b (entgegen der Grundregel, dass bei der Bestimmung des Schadens im Rahmen einer Schadenversicherung Leistungen einer Summenversicherung nicht berücksichtigt werden; daher hierzu zu Recht kritisch HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 820 f. m. w. H.).

⁶²⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008 Sachverhalt A.c.

⁶²⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008 E. 2.1.2. Dieser Überlegung liegt allerdings eine Vermischung von Schaden und Schadendeckung zugrunde: Wie das Bundesgericht kurz darauf in BGE 133 III 527 E. 3.2.2 f. richtig festgehalten hat, wird in einer solchen Konstellation der Schaden als solcher durch den Bezug von Drittleistungen nicht vermindert (weshalb auch keine Frage der Schadenminderung vorliege). Es gesellt sich schlicht eine weitere Leistungspflichtige zur Deckung des Schadens hinzu; dies ist einzig im Rahmen der Koordination zu berücksichtigen (HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 820 f. m. w. H.). Richtig besehen, ist damit der Erwerbsausfall bzw. Anspruch als solcher trotz der Summenversicherungsleistungen eingetreten bzw. entstanden; die Leistungspflicht aus der Schadenversicherung ruhte aber koordinationsbedingt bis zum Ende der Drittleistungen (wobei eine solche Koordination nicht unumstritten ist, vgl. HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 820 f. m. w. H.). Damit bestand bei Eintritt des Versicherungsfalles noch Deckung und stellt sich die Frage nach der Nachleistung eben doch.

⁶²⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008 E. 2.1.2.

deren Gültigkeit das Bundesgericht anerkannt habe, erscheine daher nicht als geschäftsfremd i. S. der Ungewöhnlichkeitsregel.⁶²⁷

- 254 Der Nachleistungsgrundsatz ist – mit Ausnahmen (oben Rz. 210 ff.) – dispositiver Natur. Die Parteien können daher prinzipiell durch Individualvereinbarung tatsächlich davon abweichen (oben Rz. 221).⁶²⁸ Die Frage, ob sie davon auch in AVB abweichen können, ist jedoch eine andere. Das Bundesgericht bejaht die «Gewöhnlichkeit» einer Abweichung vom üblichen Nachleistungsgrundsatz einzig mit der grundsätzlichen vertragsrechtlichen Zulässigkeit einer solchen Abweichung. Im Ergebnis soll damit schon der blossе dispositive Charakter einer rechtlichen Grundregel bewirken, dass jede Abweichung oder Verdrängung in AVB «gewöhnlich» erscheint. Konsequent fortgedacht, bedeutet dies, dass eine Abweichung vom dispositiven Recht – da an sich immer zulässig – nie geschäftsfremd i. S. der Ungewöhnlichkeitsregel sein könnte. Die Ungewöhnlichkeitsregel käme somit nur ausserhalb des dispositiven Rechts zur Anwendung. Nur: In Bezug auf das zwingende Recht hat sie keine selbstständige Bedeutung, da Abweichungen vom zwingenden Recht ohnehin ungültig sind. Folglich wäre die Ungewöhnlichkeitsregel letztlich obsolet.
- 255 Diese Überlegung zeigt, dass die Begründung im fraglichen Urteil zu kurz greift. Dieser Entscheid und die spätere Rechtsprechung haben die Ungewöhnlichkeitsregel denn auch nicht aufgegeben, sondern vielmehr (immer wieder) thematisiert.⁶²⁹ Folglich darf man behaupten, dass diesem Institut weiterhin eine eigene Bedeutung und ein relevanter Anwendungsbereich zukommen müssen. Der reine

⁶²⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_120/2008 vom 19. Mai 2008 E. 2.2 m. H. auf BGE 127 III 106 E. 3b f.; kommentarlos wiederholt bspw. im Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/4/2017 vom 5. September 2017 E. 19 (interessanterweise eines von gleich mehreren fast identischen Gerichtsverfahren in Genf, in denen die SWICA ihren eigenen Nachleistungsausschluss in der umfangreichen vorprozessualen Korrespondenz offenbar «vergessen» hat; dieser entscheidungswesentliche Punkt wurde jeweils erst im Prozess vorgebracht. Es fragt sich daher, ob wohl der Nachleistungsausschluss sogar für das eigene Personal der SWICA unerwartet kam, zumindest ausserhalb des Rechtsdienstes).

⁶²⁸ BGE 127 III 106 E. 3b f., auf den das Urteil in der Begründung verweist, spricht betreffend die Möglichkeit von Abweichungen denn auch nur von «clauses conventionnelles», also Vertragsklauseln im Allgemeinen (und nicht spezifisch von Regelungen in AVB).

⁶²⁹ Wenige Monate später ist bspw. mit BGE 135 III 1 ein publizierter Leitentscheid zur Ungewöhnlichkeitsregel ergangen. Das Bundesgericht hält dort in E. 2.6 passenderweise wortwörtlich fest: «Nicht jede zulässige – inhaltlich bestimmte oder bestimmbar – Anpassungsklausel ist üblich im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel.»

dispositive Charakter einer Rechtsregel kann die Abweichung davon in AVB nicht automatisch «geschäftseigen» bzw. «gewöhnlich» machen. Im Gegenteil: Nach hier vertretener Auffassung sind Abweichungen vom dispositiven Recht prinzipiell gerade objektiv ungewöhnlich (oben Rz. 105).

Darüber hinaus ist konkret ein Nachleistungsausschluss in AVB nach Ansicht des Autors aus weiteren Gründen ungewöhnlich und unzulässig (oben Rz. 225 ff.). Mit diesen Argumenten hat sich das Bundesgericht (noch) nicht auseinandergesetzt. Die tieferen Gründe, die gegen die Zulässigkeit von Nachleistungsausschlussklauseln sprechen, wurden also noch gar nicht vom Bundesgericht diskutiert. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang aber, dass das Bundesgericht im jüngeren Urteil 4A_238/2019 offenbar doch von der grundsätzlichen Ungewöhnlichkeit eines Nachleistungsausschlusses ausgeht (allerdings unter Vorbehalt eines gewissermassen kompensatorischen Übertrittsrechts in die Einzelversicherung, unten Rz. 275; zur Einzelversicherung auch unten Rz. 267 f.).

Eine allgemeine Nachleistungsbeschränkung war sodann Gegenstand des Leitentscheides BGE 135 III 225. Darin ging es um eine Klausel, wonach der Versicherungsschutz bei Vertragsende erlischt. Daran gekoppelt war eine weitere Regelung, nach der in diesem Fall für laufende Arbeitsunfähigkeiten (nur) noch während höchstens 180 Tagen Leistungen erbracht werden. Im konkreten Fall hatte das Versicherungsunternehmen den Versicherungsvertrag nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit gekündigt und in der Folge nur noch die zeitlich auf 180 Tage beschränkte Nachleistung erbracht (statt der maximal 720 Taggelder gemäss Police, die aufgrund der dauerhaften vollen Arbeitsunfähigkeit wohl ausgeschöpft worden wären).⁶³⁰

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich erachtete diese Regelung als klar und wies die Klage der Versicherten ab.⁶³¹ Das Bundesgericht hob dagegen zunächst den systematisch unpassenden Standort der Regelung hervor.⁶³² Weiter erwog es, dass diese Klausel es dem Versicherungsunternehmen ermögliche, durch die Kündigung die Leistungsdauer abzukürzen und so das vereinbarte Maximum von 720 Tagen nicht zur Anwendung kommen zu lassen. Eine derartige Möglichkeit des Versicherungsunternehmens, durch einseitige Willenserklärung nach Eintritt des Versicherungsfalles auf den zeitlichen Umfang der geschuldeten

⁶³⁰ BGE 135 III 225 Sachverhalt A. und E. 1.

⁶³¹ BGE 135 III 225 E. 1.1.

⁶³² BGE 135 III 225 E. 1.4, nämlich im Kapitel über die Dauer des Versicherungsschutzes statt im Abschnitt zum Umfang der Leistungen.

Leistungen Einfluss zu nehmen, sei dem Wesen des Versicherungsvertrages und generell dem Grundsatz «pacta sunt servanda» fremd. Bei Abschluss des Vertrages müsse die Versicherungsnehmerin vernünftigerweise weder damit rechnen, dass der Versicherungsschutz gegen Ende der Vertragsdauer abnehme, noch damit, dass das Versicherungsunternehmen nach Belieben eine bereits entstandene Leistungspflicht durch Kündigung des Vertrages reduzieren könne. Die Klausel habe also zur Folge, dass die Versicherte beim Eintritt eines Schadens gegen Ende der ursprünglich vereinbarten Vertragsdauer die Leistungsdauer zufolge der Ungewissheit über den Fortbestand des Versicherungsvertrages nicht abschätzen könne. Die Deckungslücken, die durch die Kürzung der Leistungen infolge Kündigung entstünden, blieben aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbots auch beim Abschluss eines neuen, an den beendigten anschliessenden Versicherungsvertrages offen. Vor diesem Hintergrund sei die Regelung ungewöhnlich.⁶³³

- 259 Dieser Leitentscheid ist nach hier vertretener Auffassung richtig und korrigierte ein kantonales Urteil, das einen zentralen Grundsatz des Vertragsrechts, die Vertragstreue, aushöhlte. Zudem nennt das Bundesgericht in diesem Leitentscheid wichtige und grundsätzliche Aspekte, die – über den konkret besonders stossenden Fall hinaus – für die Ungewöhnlichkeit von Nachleistungsausschlüssen allgemein sprechen (oben Rz. 224 ff.). Erstaunlich ist hier der Kontrast zum vorstehend beleuchteten Urteil 4A_120/2008 (oben Rz. 252 ff.): Obwohl nur ein gutes halbes Jahr früher ergangen und von drei Richterinnen gefällt, die auch an BGE 135 III 225 beteiligt waren, thematisiert jenes Urteil zum gleichen Problemkreis keine dieser bedenkenswerten Überlegungen aus dem späteren BGE 135 III 225. Stattdessen verneinte der Entscheid die Ungewöhnlichkeit der Klausel ohne Auseinandersetzung mit der Problematik in kürzester und nach Ansicht des Autors nicht überzeugender Begründung.
- 260 Die grundsätzlichen Erwägungen von BGE 135 III 225 sind leider auch in der späteren kantonalen und bundesgerichtlichen Rechtsprechung zur Thematik überraschend wenig präsent (unten Rz. 261 ff.). Nur ein Entscheid des Bundesgerichts nimmt inhaltlich näher Bezug auf eine der Überlegungen des Leiturteils: Im Urteil 4A_472/2018 hielt das Bundesgericht fest, es sei bei einem Nachleistungsausschluss unerheblich, ob das Leistungsende durch Ende des Versicherungsvertrages oder eines anderen Vertrages bewirkt werde (betroffen war die Kündigung eines Agenturvertrages). Jede Möglichkeit Dritter, die Leistungen nachträglich einseitig zu beeinflussen, widerspreche grundsätzlich dem Wesen des Versicherungsvertrages, weil sie für die Versicherte eine unkalkulierbare Unsicherheit darstelle.

⁶³³ BGE 135 III 225 E. 1.4.

Dies laufe dem Zweck des Versicherungsvertrages zuwider.⁶³⁴ Allerdings war der Versicherte ein «Kenner des Versicherungsvertrags», womit die Ungewöhnlichkeitsregel von vornherein nicht zur Anwendung gelangen könne.⁶³⁵ Ansonsten findet sich in der späteren Rechtsprechung keine Brücke zu den Gedanken in BGE 135 III 225.

B. Nachleistungsausschluss in besonderen Konstellationen

1. Ablauf der Aufenthaltsbewilligung

Im Urteil 4A_329/2016 befasste sich das Bundesgericht im Nachgang an den Entscheid des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2014.00033 mit einer Klausel, wonach der Versicherungsschutz endet, sobald die Aufenthaltsbewilligung, die zur Erwerbstätigkeit berechtigt, abläuft. Damit verknüpft war ein Nachleistungsausschluss (mit einer Ausnahme für Grenzgängerinnen). Das kantonale Gericht verwies in diesem Zusammenhang auf die Vertragsfreiheit und das Territorialitätsprinzip; nach Letzterem würden Leistungen an Versicherte im Ausland nur unter bestimmten Voraussetzungen erbracht. Dieses Prinzip begründe die Zulässigkeit des Nachleistungsausschlusses.⁶³⁶ 261

Das in der Folge angerufene Bundesgericht erwog, die von der Versicherten dagegen erhobene Kritik setze sich nicht rechtsgenügend mit den Kriterien der Ungewöhnlichkeit auseinander. Eine genügende Rüge liege nicht vor. Entsprechend bestätigte das Bundesgericht den kantonalen Entscheid in der Folge ohne weitere inhaltliche Erwägungen.⁶³⁷ 262

⁶³⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 5.1. Zum Themenkreis dieses Entscheides unten Rz. 274 ff.

⁶³⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 4.

⁶³⁶ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2014.00033 vom 31. März 2016 E. 4.5. Daneben tätigte das kantonale Gericht noch verschiedene Erwägungen zur Beschränkung der Ausnahme auf Grenzgängerinnen im ausländerinnenrechtlichen Sinn. Diese sind aber für die hier interessierende Frage des Nachleistungsausschlusses als solchen nicht von Belang. Ähnlich ist die Begründung im Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2008.00018 vom 22. März 2010 zur Klausel, dass der Versicherungsschutz unterbrochen werde, wenn die Versicherte die Schweiz bzw. das Grenzgebiet zur Schweiz verlasse (E. 5.4.3). Nach Ansicht des Autors hätte man hier aufgrund der Formulierung allerdings gar nicht erst einen klaren Nachleistungsausschluss annehmen dürfen. «Versicherungsschutz» meint viel eher die Deckung für neue Fälle (oben Rz. 207).

⁶³⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_329/2016 vom 20. September 2016 E. 5.1.3.

- 263 Nach hier vertretener Auffassung ist bereits ein Nachleistungsausschluss als solcher ungewöhnlich und unzulässig (oben Rz. 225 ff.) – unabhängig von einer Verknüpfung mit Aspekten wie dem Aufenthaltsstatus der Versicherten etc. Weder das kantonale Gericht noch das Bundesgericht haben sich mit dem Grundproblem eines Nachleistungsausschlusses an sich und den dazugehörigen Argumenten inhaltlich auseinandergesetzt – mutmasslich aufgrund fehlender Rügen seitens der Versicherten. Die eigentliche Problematik wird nach Ansicht des Autors so in den Entscheiden gar nicht thematisiert.
- 264 Der einzig beurteilte konkrete Nachleistungsausschluss lässt sich nach den Erwägungen des kantonalen Gerichts weiter auf die Vertragsfreiheit sowie das Territorialitätsprinzip stützen. Allerdings ist es nicht nachvollziehbar, inwiefern die Vertragsfreiheit ein Kriterium sein kann, um eine AVB-Klausel hinsichtlich Ungewöhnlichkeit oder Unzulässigkeit i. S. des UWG zu beurteilen bzw. zu «rechtfertigen» – die AGB-Kontrolle soll ja just die Vertragsfreiheit der AGB-Verwenderin begrenzen (oben Rz. 85).
- 265 Auch der Hinweis auf ein Territorialitätsprinzip ist nach hier vertretener Auffassung zu kurz gegriffen. Ein solches Prinzip mag im Krankentaggeldbereich allenfalls verbreitet sein. Das macht eine Regelung aber nicht automatisch objektiv gewöhnlich im Rechtssinne (oben Rz. 104). Ins Gewicht fällt hier, dass ein solches Prinzip im Gesetz keine Stütze findet und rein vertraglicher Natur ist – ganz im Gegensatz zum Nachleistungsgrundsatz (oben Rz. 209 ff.). Die hier interessierende Regelung fällt also klar aus dem gesetzlichen Rahmen. Entsprechend bedürfte es mehr als eines Verweises auf ein bloss (allenfalls) branchenübliches Prinzip ohne Gesetzesgrundlage, um die Gewöhnlichkeit bzw. Zulässigkeit der Regelung zu bejahen.
- 266 Interessant ist hier zuletzt, dass die neuere Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auch die Berechtigung eines Territorialitätsprinzips an sich verneint. So musste das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt im Urteil BV.2017.10 im Rahmen einer Erwerbsunfähigkeitsversicherung der Säule 3a eine AVB-Klausel beurteilen, wonach die Versicherung bei Umzug ins Ausland grundsätzlich erlischt und Nachleistungen nur noch während zwölf Monaten erbracht werden. Nach den Erwägungen des Gerichts hätte das Versicherungsunternehmen davon ausgehen müssen, dass die Versicherte einer solchen Bestimmung nicht zugestimmt hätte, wenn sie bei Vertragsabschluss auf die Tragweite dieser Bestimmung hingewiesen worden wäre. Denn in der Regel wolle niemand Prognosen treffen, wie und vor allem wo sie später, möglicherweise erst in vielen Jahren, werde leben wollen, insbesondere bei Vorliegen einer Krankheit. Die Ver-

sicherungsnehmerin werde im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses gleichsam gezwungen, sich für ein Verbleiben im Land zu entscheiden. Doch kaum jemand werde sich bei Abschluss einer Erwerbsunfähigkeitsrente derart in seiner weiteren Lebensgestaltung einschränken wollen. Die strittige Bestimmung beeinträchtige damit die Rechtsstellung der Versicherungsnehmerin ausserordentlich stark. Eine solche Einschränkung sei zudem im heutigen Mobilitätszeitalter nicht zeitgemäss. Sie bedeute darüber hinaus, unter Umständen jahrelang Versicherungsbeiträge gezahlt zu haben und einen allfälligen, aufgrund der Verwirklichung des versicherten Risikos bereits zustehenden Rentenanspruch bei einem Umzug ins Ausland sodann zu verlieren, während man diesen bei einem Verbleib in der Schweiz behalte. Damit liege auch eine Ungleichbehandlung vor zwischen Rentenbezügern der Invalidenversicherung, die in der Schweiz verbleiben, und solchen, die ins Ausland ziehen würden. Es sei dem Versicherungsunternehmen möglich, bei Bedarf eine Überprüfung der Invalidität im Ausland vorzunehmen. Zusammenfassend sei eine Wohnsitzklausel für den Fall, dass bereits eine Rente geleistet werde, ein Eingriff in persönliche Freiheitsrechte, für den sich keine Rechtfertigung finde. Entsprechend bejahte das Gericht die Ungewöhnlichkeit der Klausel.⁶³⁸ Das überzeugt (vgl. zur Auslandsthematik weiter auch unten Rz. 293 ff.).

2. Abschluss einer Einzelversicherung/Recht auf Freizügigkeit

Im Urteil 5C.74/2002 befasste sich das Bundesgericht mit einem Nachleistungsausschluss bei Erhalt der Deckung durch Übertritt in die Einzelversicherung. Die AVB sahen generelle Nachleistung über das Ende der Deckung aus der Kollektivversicherung hinaus vor (längstens bis zur Erschöpfung des Taggeldanspruchs oder bis zum Beginn des Anspruchs auf eine Rente nach BVG). Aus-

267

⁶³⁸ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt BV.2017.10 vom 19. März 2018 E. 4.9 ff., insb. 4.9 und 4.16; vgl. auch das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/650/2010 vom 8. März 2011 E. 12 zur Ungewöhnlichkeit einer Auslandsklausel aufgrund ihres Standortes in den AVB (Leistungseinstellung während eines Auslandsaufenthaltes ohne Zustimmung des Versicherungsunternehmens): Die Klausel befinde sich im Kapitel über den Umfang der Versicherung, obwohl sie offensichtlich in das Kapitel über die Verhaltenspflichten im Schadenfall gehöre. Der Versicherte ohne Qualifikation und Erfahrung in der Versicherungsbranche habe ohne besonderen Hinweis nicht mit einer so platzierten Ausschlussklausel rechnen müssen. Das kantonale Gericht erachtete eine Leistungsbeschränkung im Ausland somit als grundsätzlich überraschend und verneint damit ebenfalls ein allgemeines Territorialitätsprinzip; gäbe es berechtigterweise ein solches Prinzip, wäre die Einschränkung von den Versicherten ohnehin zu erwarten und damit nicht überraschend, unabhängig davon, ob die konkrete Klausel dann systematisch stimmig eingeordnet ist oder nicht.

genommen war der Fall des Erhalts der Deckung im Rahmen eines Übertritts in die Einzelversicherung.⁶³⁹ Die Vorinstanz erachtete diese Regelung als zulässig, sprach dem Versicherten aber Taggelder gestützt auf die Einzelversicherung zu.⁶⁴⁰

268 Das Bundesgericht wies einleitend auf die unpräzise Terminologie der AVB hin: Was die AVB fälschlicherweise als Verlängerung der Deckung betiteln würden, sei tatsächlich eine Nachleistung; diese sei eine Selbstverständlichkeit im System der Privatversicherung.⁶⁴¹ Weiter erwog es, dass die AVB offenbar die Nachleistung ausschlossen, wenn die Deckung durch Übertritt in die Einzelversicherung erhalten werde. Dies führe entgegen aller Logik zum Ergebnis, dass die Versicherte ihren laufenden Anspruch erhalte, wenn sie nicht in die Einzelversicherung übertrete, ihn dagegen verliere, wenn sie durch Übertritt eine neue Einzelversicherung abschliesse, aus der aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbots kein Anspruch auf Taggelder für eine vor Vertragsschluss eingetretene Arbeitsunfähigkeit entstehen könne.⁶⁴² Diese Regelung sei eindeutig ungewöhnlich, gerade weil sie die Rechtsposition derjenigen Versicherten beträchtlich schwäche, die sich mit dem Übertritt in die Einzelversicherung bemühten, ihren Schutz bestmöglich zu sichern. Entsprechend könne der Nachleistungsausschluss dem Versicherten nicht entgegengehalten werden, sodass dieser Anspruch auf Nachleistung aus der Kollektivversicherung habe.⁶⁴³

269 Das Bundesgericht spricht in diesem Entscheid zu Recht die koordinationsrechtliche Problematik von Nachleistungsausschlüssen an (oben Rz. 226). Weiter hebt es den selbstverständlichen Charakter der Nachleistung im Privatversicherungsrecht hervor (oben Rz. 209 ff.). Dieser Charakter zeigt sich schon darin, dass auch die «Lösung» jener koordinationsrechtlichen Problematik im Zusammenhang mit dem Übertritt in die Einzelversicherung auf Nachleistung beruht: Die Einzelversicherung kann aufgrund Art. 9 aVVG nie originär Leistungen für

⁶³⁹ Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2b.

⁶⁴⁰ Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2a. Betroffen war dabei eine Arbeitsunfähigkeit, die bereits während der Kollektivdeckung eingetreten war, vgl. den Sachverhalt A.

⁶⁴¹ Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2b. «Verlängerung der Deckung» ist gerade nicht der Inhalt der Nachleistung (oben Rz. 207).

⁶⁴² Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2b und 4.

⁶⁴³ Urteil des Bundesgerichts 5C.74/2002 vom 7. Mai 2002 E. 2c, bestätigt im Urteil des Bundesgerichts 4A_39/2009 vom 7. April 2009 E. 3.5.1; ebenso das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 731 14 195 vom 24. Oktober 2014 E. 6.3 zu einer ähnlichen Klausel sowie weiterführend auch zum Ausschluss des Übertrittsrechts in die Einzelversicherung während laufender Nachleistung.

bereits eingetretene Versicherungsfälle erbringen, sondern nur die Nachleistung aus der Vorversicherung übernehmen (oben Rz. 226, insb. Fn. 586). Die beurteilte Regelung weicht komplett von einer «Selbstverständlichkeit» des Privatversicherungsrechts ab. Darüber hinaus entzieht sie der Versicherten, die eine zusätzliche Deckung einkauft, kontralogisch die ohne Zusatzdeckung bestehenden Ansprüche. Eine solche Klausel ist gemäss dem Bundesgericht und auch nach Auffassung des Autors eindeutig ungewöhnlich. Der Autor kann sich den gegenteiligen Schluss der Vorinstanz nur damit erklären, dass diese die koordinationsrechtliche Problematik der Regelung verkannt und daher Leistungen statt aus der Kollektiv- unzulässigerweise originär aus der Einzelversicherung zugesprochen hat. Die Frage der Ungewöhnlichkeit ist allerdings nach hier vertretener Auffassung auch bei Wahl dieser «Lösung» nicht von vornherein hinfällig, selbst wenn sie in der koordinationsrechtlich möglichen Form ergeht (Übernahme der Nachleistung durch die Einzelversicherung, unten Rz. 275 ff.).

Der Cour de Justice des Kantons Genf befasste sich einige Jahre später im Urteil A/1054/2006 mit einer ähnlichen Klausel. Danach erlischt die «Verlängerung der Versicherung», wenn die Versicherte das Recht auf Freizügigkeit habe oder vom Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung Gebrauch mache. Das kantonale Gericht hob zunächst die unpräzise Terminologie sowie unverständliche Formulierung hervor.⁶⁴⁴ In der Sache erachtete es die Regelung unter Hinweis auf das bundesgerichtliche Urteil 5C.74/2002 als ungewöhnlich.⁶⁴⁵

⁶⁴⁴ Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1054/2006 vom 5. Februar 2007 E. 6c (zunächst bedeute «Verlängerung der Versicherung» korrekterweise Nachleistung; weiter sei der Fall der Ausübung des Übertrittsrechts notwendigerweise bereits vom Fall des blossen Rechts auf Freizügigkeit erfasst und unklar, weshalb eine separate Nennung erfolge). Nach hier vertretener Auffassung ist angesichts der Begrifflichkeiten schon unklar, ob «Verlängerung der Versicherung» tatsächlich auf die Nachleistung gemünzt ist. Denkbar wäre es ebenso, dass die Deckung bei Nachleistung verlängert wird bzw. andauert; das würde auch gut zum Erlöschen dieser Verlängerung bei Recht auf Freizügigkeit bzw. Übertritt in die Einzelversicherung passen, denn diese zwei Punkte betreffen im Kern die Deckungs- und nicht die Nachleistungsfrage (oben Rz. 207 ff., unten 292 sowie das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZV.2018.12 vom 19. Februar 2019 E. 5.2 m.w.H.). Was die Nennung zweier Erlöschenstatbestände anbelangt, könnte das Recht auf Freizügigkeit allenfalls Situationen neben dem Übertritt in die Einzelversicherung meinen, bspw. das Recht auf Übertritt in die Kollektivversicherung einer neuen Arbeitgeberin (Freizügigkeit nach FZAKTG) – dann hätte der tatsächliche Übertritt in die Einzelversicherung selbstständige Bedeutung. Diesbezüglich bleibt es unklar, ob das kantonale Gericht diese mögliche Leseart erwogen und ggf. verworfen hat.

⁶⁴⁵ Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1054/2006 vom 5. Februar 2007 E. 6c unter Hinweis auf die ähnliche Problematik im bundesgerichtlichen Entscheid. Die Re-

- 271 Der Entscheid ist nach hier vertretener Auffassung – wie auch das Urteil 5C.74/2002 – richtig. Die Nachleistung ist eine «Selbstverständlichkeit» des Privatversicherungsrechts (oben Rz. 269); danach sind die Leistungen einzig durch die vereinbarte Dauer und nicht das Ende der Deckung begrenzt. Eine Verbindung von Leistungsdauer für eingetretene Versicherungsfälle mit der Deckung für neue Versicherungsfälle weicht in sachfremder Weise von dieser Selbstverständlichkeit ab. Die zwei konkreten Erlöschenstatbestände in diesem Fall, das Recht auf Freizügigkeit bzw. der Übertritt in die Einzelversicherung, betreffen sachlich just nur die Deckung (oben Fn. 644) – mit der Leistungsdauer haben sie nichts zu tun. Darüber hinaus würde sogar eine allfällige Übernahme laufender Leistungen im Freizügigkeitsfall durch eine neue Kollektiv- oder Einzelversicherung eben gerade Nachleistung aus der Vorversicherung voraussetzen; das zeigt zum einen nochmals die Bedeutung dieses Prinzips auf und macht zum anderen den Nachleistungsausschluss auch koordinationsrechtlich problematisch (oben Rz. 269 sowie unten 272).
- 272 Weiter beurteilte der Cour de justice des Kantons Genf im Urteil A/1086/2012 eine Klausel, wonach laufende Taggelder auch über das Ende der Deckung hinaus erbracht werden, sofern nicht ein anderes Versicherungsunternehmen die Deckung übernimmt. Das kantonale Gericht wies zunächst auf die koordinationsrechtliche Problematik von Nachleistungsausschlüssen hin (oben Rz. 269), mit besonderem Fokus auf die konkrete Freizügigkeitskonstellation.⁶⁴⁶ Die Klausel bewirke den Verlust der Nachleistung bei Übernahme der Versicherungsdeckung durch ein anderes Versicherungsunternehmen, ohne dass diese neue Deckung irgendwelche

gelung führe sodann zum unverständlichen Resultat, dass nur diejenigen Versicherten in den Genuss einer Nachleistung kämen, denen der Übertritt in die Einzelversicherung verwehrt sei (bspw. zufolge Wohnsitz im Ausland, Erreichen des Pensionsalters etc.). In einer Eventualbegründung hielt das kantonale Gericht weiter fest, dass ohnehin keiner der Erlöschenstatbestände erfüllt sei; zum einen sei die versicherte Person gar nicht in die Einzelversicherung übergetreten, zum anderen könne ihr ein allfälliges Recht auf Freizügigkeit mangels hinreichender Information darüber nicht entgegengehalten werden.

⁶⁴⁶ Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1086/2012 vom 5. Juni 2013 E. 14b (der Versicherte war im Rahmen eines Arbeitsversuches für einige Tage bei einer neuen Arbeitgeberin krankentaggeldversichert gewesen). Angesichts von Art. 9 aVVG sei es nicht ersichtlich, wie die Übernahme der Deckung (für neue Versicherungsfälle) durch die Krankentaggeldversicherung einer neuen Arbeitgeberin zu einer Leistungsübernahme derselben für einen bestehenden Versicherungsfall führen könne. Das zeige sich auch an den AVB des Versicherungsunternehmens selbst, wonach die Deckung für neu eintretende Versicherte erst beginne, wenn diese voll arbeitsfähig seien.

Ansprüche für den bereits eingetretenen Versicherungsfall begründen würde bzw. angesichts des Rückwärtsversicherungsverbots überhaupt begründen könnte. Es handle sich um eine offensichtlich ungewöhnliche Regelung. Darüber hinaus wäre es unverständlich und rechtsmissbräuchlich, einem Versicherten, der in Nachachtung seiner Schadenminderungspflicht einen Arbeitsversuch unternommen habe und dabei kurzzeitig bei einem anderen Versicherungsunternehmen krankentagsgeldversichert gewesen sei, diese Deckungsübernahme entgegenzuhalten, um die Nachleistung erlöschen zu lassen.⁶⁴⁷

Das Urteil beschlägt im Wesentlichen eine Variante der Problematik gemäss den 273 vorstehend dargestellten früheren zwei Entscheiden (oben Rz. 267 ff., Nachleistungsausschluss bei Übertritt in die Einzelversicherung und bei Recht auf Freizügigkeit): Betroffen ist hier der Nachleistungsausschluss bei tatsächlicher Freizügigkeit in Form des Übertritts in eine neue Kollektivversicherung. Insofern gelten die obigen Anmerkungen auch hier. Interessant ist darüber hinaus der zutreffende Hinweis des kantonalen Gerichts auf die Kollision von Nachleistungsausschluss und Schadenminderungspflicht der Versicherten (derselbe Gedanke findet sich auch im Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 zu einer Selbstständigerwerbenden, unten Rz. 274): Die Versicherte wird in ein unlösbares Dilemma manövriert, bei Erfüllung ihrer Schadenminderungspflicht gleichsam dafür bestraft und umgekehrt von sinnvollen Massnahmen im Interesse aller Beteiligten abgehalten, wenn sie ihren Leistungsanspruch wahren will (ausführlich am Beispiel von Selbstständigerwerbenden unten Rz. 278 ff.). Eine solche Regelung behindert die berufliche Reintegration wie auch allgemein die berufliche Mobilität der Versicherten. Das trägt als erheblicher Eingriff in Freiheit und Rechtsposition derselben wiederum zusätzlich zur Ungewöhnlichkeit der Regelung bei.

3. Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit/Betriebsaufgabe

In den Urteilen KK.2017.00045 sowie 4A_238/2019 befassten sich zunächst das 274 Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich und im Anschluss daran das Bundesgericht mit einer Klausel, gemäss welcher die Deckung mit der Aufgabe der selbstständigen Erwerbstätigkeit endet, sowie einem daran geknüpften Nachleistungsausschluss. Das kantonale Gericht erachtete das Deckungsende als gerechtfertigt.⁶⁴⁸ Für den damit verbundenen Nachleistungsausschluss sei allerdings kein

⁶⁴⁷ Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/1086/2012 vom 5. Juni 2013 E. 15.

⁶⁴⁸ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.4; gleich bspw. auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00039 vom 30. Januar 2018 E. 4.2. Das leuchtet ein.

vernünftiger Grund ersichtlich. Der Ausschluss sei nach Erfahrung des Gerichts nicht branchenüblich,⁶⁴⁹ habe Ausnahmecharakter und kollidiere mit der Schadenminderungspflicht⁶⁵⁰ der Versicherten.⁶⁵¹ Er stelle einen erheblichen Eingriff in die Rechtsstellung der Versicherten dar (sowohl hinsichtlich der rechtsprechungs-gemäss vertragstypischen Leistungen als auch ihrer unternehmerischen Freiheit); das Versicherungsunternehmen habe dagegen «kein zwingendes Interesse» an dieser Regelung.⁶⁵² Folglich seien die berechtigten Deckungserwartungen der Versicherten zu schützen und der Nachleistungsausschluss sei als ungewöhnlich zu qualifizieren.⁶⁵³

- 275 Das daraufhin vom Versicherungsunternehmen angerufene Bundesgericht scheint den vollständigen Nachleistungsausschluss ebenfalls als wesentliche Änderung

⁶⁴⁹ Solches habe das Versicherungsunternehmen auch nicht behauptet. Die Erwägung ist allerdings irreführend: Branchenüblichkeit ist kein Kriterium für die (Un-)Gewöhnlichkeit einer Klausel (oben Rz. 230); trotzdem finden sich immer wieder solche Ausführungen, vgl. bspw. das thematisch gleich gelagerte Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00023 vom 29. Juni 2018, wiedergegeben im Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 2.2.4 (fehlende Ungewöhnlichkeit, weil auch andere Versicherungsunternehmen analoge Klauseln verwenden würden).

⁶⁵⁰ Die Versicherte sei nach Gesetz und AVB verpflichtet, nach Möglichkeit eine gesundheitlich besser angepasste Tätigkeit zu suchen. Ebenso sehe sie sich bei längerer Arbeitsunfähigkeit allenfalls mit hohen Fixkosten und einem Wertzerfall ihres Unternehmens konfrontiert, dem sie sich durch rasche Auflösung des Betriebs verständlicher- und vernünftigerweise entgegenstelle. Durch Aufgabe der bisherigen Tätigkeit bewirke sie indessen den sofortigen Verlust der Nachleistung, womit sie ihre Ansprüche aus einer bereits eingetretenen Arbeitsunfähigkeit kaum sinnvoll wahren könne.

⁶⁵¹ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.8.

⁶⁵² Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.8. Nicht ganz präzise ist hier allerdings das Argument, dass die Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens bei Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit endet, unabhängig davon, ob die Stelle bzw. der Betrieb noch existiert. Die praxisgemässe Übergangsfrist bis zur Leistungseinstellung dient nicht nur der Umschulung, sondern vielmehr generell der Anpassung und Stellensuche. Sie ist also auch dann zu gewähren, wenn eine neue Stelle im angestammten Beruf gesucht bzw. ein solcher Betrieb wieder aktiviert oder aufgebaut werden muss (Urteil des Bundesgerichts 4A_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.3.3 m. w. H., insb. auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_111/2010 vom 12. Juli 2010 E. 3.2; Urteil des Bundesgerichts 9C_177/2022 vom 18. August 2022 E. 4.1 und 6).

⁶⁵³ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.8 und 5.

des Vertragscharakters einer Krankentaggeldversicherung erachtet zu haben. Allerdings habe das kantonale Gericht der Regelung zur Übertrittsmöglichkeit in die Einzelversicherung überhaupt keine Rechnung getragen. Mit dem Übertrittsrecht bei Betriebsaufgabe werde eine Alternative zum Wegfall der Nachleistung geschaffen; die ineinandergreifende Regelung von Nachleistung bzw. Übertrittsrecht wahre den Charakter der Krankentaggeldversicherung ohne Weiteres.⁶⁵⁴

Das Bundesgericht erblickt in der Nachleistungsausschlussklausel somit zwar eine wesentliche Änderung des Vertragscharakters sowie eine Beeinträchtigung der Rechtsstellung der Versicherten, sieht den Nachleistungsausschluss aber durch das Übertrittsrecht kompensiert bzw. zumindest auf ein «gewöhnliches» Mass reduziert. Die Erhaltung der Leistungen durch Übertritt in die Einzelversicherung ist allerdings bloss eine anders beschriftete Nachleistung, welche die Versicherte im Gegensatz zur üblichen Nachleistung ziemlich teuer zu stehen kommt; die «normale» Nachleistung – eine «Selbstverständlichkeit» des Privatversicherungsrechts

⁶⁵⁴ Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.4.2 (später offenbar wörtlich wiederholt im Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau VKL.2019.25 vom 17. August 2020, vgl. den Hinweis im Urteil des Bundesgerichts 4A_502/2020 vom 15. Februar 2021 E. 4.1; das Bundesgericht ging mangels hinreichender Rügen dann aber nicht mehr näher auf die Thematik ein, E. 4.2). Dabei sei es unerheblich, ob das Übertrittsrecht im Einzelfall ausgeübt worden sei oder nicht, denn bei der Ungewöhnlichkeit gehe es um die generelle Wirkung einer Klausel über den Einzelfall hinaus. Dies führte schliesslich zur Abweisung der Klage der Versicherten; gleichzeitig wurde die Widerklage des Versicherungsunternehmens gutgeheissen (Rückforderung von nach Deckungsende geleisteten Taggeldern), vgl. das Folgeurteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2019.00052 vom 10. März 2020. Die Rückforderung stützte sich dabei auf das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung nach Art. 62 ff. OR. Hier verneinte das kantonale Gericht schliesslich den guten Glauben der Versicherten, weil sie dem Versicherungsunternehmen die Betriebsaufgabe nicht mitgeteilt habe (E. 5.2 f.; ähnlich auch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00039 vom 30. Januar 2018 E. 4.4). Nach hier vertretener Auffassung ist damit aber die eigentliche Frage betreffend die Gutgläubigkeit gar nicht beantwortet: Massgebend ist, ob die Versicherte bei gebotener Sorgfalt mit einer Rückerstattungspflicht hätte rechnen müssen; konkret, dass eine wohl unbestritten sinnvolle Schadenbegrenzungsmassnahme als Geschäftsaufgabe/-unterbruch qualifiziert wird, dies zum Anspruchsverlust führt und deswegen weiterhin erhaltene Taggelder ungerechtfertigt sind. Das erscheint angesichts der kantonalen und bundesgerichtlichen Erwägungen zur Ungewöhnlichkeit der Regelung sowie zur Fraglichkeit der Annahme einer Geschäftsaufgabe/-unterbruch als recht zweifelhaft und hätte einer eingehenderen Prüfung bedurft. Die unterlassene Meldung ist ein blosses Verhalten und sagt zum Wissen, zur Frage des «Kennenmüssens» der Konsequenzen, nichts aus; allenfalls ist das Unterlassen der Meldung ja gerade darauf zurückzuführen, dass ihre Relevanz trotz aller Sorgfalt nicht erkennbar war.

(oben Rz. 269) – erfordert keinen Abschluss einer zusätzlichen Versicherung mit entsprechenden Prämien (oben Rz. 226).

- 277 Nach Auffassung des Autors darf eine Versicherte ohne gegenteilige Erläuterung davon ausgehen, dass sie die zu erwartende und für das Privatversicherungsrecht charakteristische Nachleistung im Schadenfall nicht nachträglich einkaufen muss.⁶⁵⁵ Umgekehrt kann das Versicherungsunternehmen nach dem Vertrauensprinzip nicht erwarten, dass die Versicherte einer solch nachteiligen Regelung bei deren Kenntnisnahme zugestimmt hätte. Das Bundesgericht trägt diesem Aspekt nach hier vertretener Auffassung zu wenig Rechnung. Daher vermag das Übertrittsrecht allein die Ungewöhnlichkeit des Nachleistungsausschlusses nicht zu beseitigen.⁶⁵⁶ Hinzu kommt, dass die Nachleistung im zu beurteilenden Fall einzig für die Betriebsinhaberin ausgeschlossen wurde. Die Angestellten wären dagegen in den Genuss der Nachleistung gekommen.⁶⁵⁷ Ein sachlicher Grund für diese Ungleichbehandlung konnte bereits im kantonalen Verfahren nicht ausgemacht werden (oben Rz. 274) und ist auch dem bundesgerichtlichen Urteil nicht zu entnehmen. Somit besteht ein weiterer Umstand, der zur Ungewöhnlichkeit der besagten Klausel beitrug (oben Rz. 104), aber im Urteil nicht thematisiert wurde.
- 278 Die Entscheide enthalten darüber hinaus Erwägungen zur Vorfrage der Auslegung von «Betriebsaufgabe» bzw. «Betriebsunterbruch», die zu einer näheren Betrachtung einladen. Die Urteile beruhen diesbezüglich auf einleuchtenden Grundlagen, ziehen daraus aber nach hier vertretener Auffassung zu kurz gegriffene Schlüsse. Den Überlegungen in den kantonalen Entscheiden zum Zweck des Deckungs-

⁶⁵⁵ Ebenso STEPHAN FUHRER in seiner Urteilsbesprechung, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202019/11-2019%2012%2002-Ba.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023. FUHRER macht dabei auch interessante Querbezüge bspw. zur Nachleistung bei einer lebenslänglichen Rente an die Geschädigte aus einer Haftpflichtversicherung oder zur Ausrichtung der Taggelder in Kapitalform (was bei klar dauerhafter Arbeitsunfähigkeit an sich eine denkbare Modalität wäre; diesfalls käme das Kapital trotz Nachleistungsausschluss zur vollen Auszahlung, während die Auszahlung in Taggeldform nach Deckungsende enden würde – die blosse Zahlungsmodalität würde den Umfang der geschuldeten Leistung erheblich beeinflussen, was kaum als nachvollziehbare und sachgerechte Regelung gelten kann).

⁶⁵⁶ Auch FRIEDLI, ius.focus 2021, weist darauf hin, dass das Bundesgericht weder die Kosten noch die weiteren Voraussetzungen thematisiert, die ein solches Übertrittsrecht erfüllen müsste, damit effektiv von einer Wahrung des Vertragscharakters gesprochen werden kann.

⁶⁵⁷ Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.4.1 m. H. auf das thematisch gleich gelagerte Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 4.2.4.

endes bei Betriebsaufgabe kann man gut folgen: Taggelder sollten das laufende Einkommen ersetzen, das die Versicherte infolge Arbeitsunfähigkeit nicht mehr erzielen könne. Habe die Versicherte schon vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit auf die Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit verzichtet, seien die Anspruchsvoraussetzungen von vornherein nicht erfüllt. Aus dem Wesen der Taggeldversicherung gehe somit hervor, dass mit der Aufgabe oder dem Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaberin nicht schon das blosses Niederlegen der Arbeit zufolge Arbeitsunfähigkeit gemeint sei.⁶⁵⁸ Auch das Bundesgericht griff diese Erwägungen auf und hielt zu Recht fest, dass bei einer Einzelunternehmung der Betrieb zwar zwangsläufig eingestellt werde, wenn die Inhaberin ihre Arbeit krankheitsbedingt niederlege. Das sei aber weder eine Aufgabe noch ein Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaberin, sondern vielmehr schlichte Konsequenz des Risikoeintritts bei diesem Betriebsmodell. «Betriebsaufgabe» bzw. «Betriebsunterbruch» i. S. der AVB ziele dagegen nur auf die Fälle, in denen die Inhaberin auch dann keinen Verdienst mehr erzielen würde, wenn sie gesund würde. Dann wäre der durch die Einstellung der Tätigkeit entstehende Verlust insoweit nicht krankheitsbedingt. Dies sei nur der Fall, wenn eine Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit im Leis-

⁶⁵⁸ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.3 f. m. w. H. Das Gericht hat dann in der Folge aber trotzdem auf eine Betriebsaufgabe geschlossen; dies vermag nach Ansicht des Autors aus den unten dargelegten Gründen (unten Rz. 279 ff.) jedoch nicht zu überzeugen. Vgl. weiter auch das thematisch gleich gelagerte Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00023 vom 29. Juni 2018, wiedergegeben im Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 2.2.1: Eine Betriebsaufgabe/-unterbruch sei erst dann zu bejahen, wenn die Inhaberin ihre Funktion ganz oder vorübergehend nicht mehr ausübe, weil der Betrieb als solcher nicht mehr existiere oder weil die Inhaberin ihre Funktion in demselben nicht mehr innehave (ebenso das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00039 vom 30. Januar 2018 E. 4.2). Die AVB der Allianz waren auch Gegenstand des Urteils des Cour de justice des Kantons Genf A/3751/2010 vom 7. Februar 2012: Dieser erwog, dass bei Einzel- und vergleichbaren Unternehmen mit wenigen Angestellten die Nachleistungsbeschränkung bei Betriebsunterbruch generell nicht anwendbar sei, wenn der Betrieb zufolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit der unentbehrlichen Betriebsinhaberin unterbrochen werde. Andernfalls käme die Betriebsinhaberin, die ihre Tätigkeit krankheitsbedingt unterbreche, zufolge Deckungsende und Nachleistungsbeschränkung nie in den Genuss der nach Police versicherten 730 Taggelder. Damit würde die Versicherung ihrer Substanz entleert, was dem Willen der Parteien nicht entsprechen könne. Erschwerend kam für das Versicherungsunternehmen hinzu, dass es den Versicherungsvertrag trotz Kenntnis des Betriebsunterbruchs später erneuert hatte. Damit habe es ohnehin die Weiterexistenz des Betriebs anerkannt sowie zusätzlich die fraglichen AVB-Bestimmungen durch die neue Police als Individualabrede verdrängt (E. 9).

tungszeitraum tatsächlich möglich sei und zudem Dispositionen getroffen würden, die klar erkennen liessen, dass die Wiederaufnahme des Betriebs selbst dann nicht mehr geplant oder gar unmöglich sei.⁶⁵⁹

- 279 Die «Betriebsaufgabe» bzw. der «Betriebsunterbruch» sowie der damit verbundene Nachleistungsausschluss stehen damit im Zusammenhang mit der Anspruchsvoraussetzung des krankheitsbedingten Erwerbsausfalles (dazu auch oben Rz. 228).⁶⁶⁰ Wie die Urteile zu Recht ausführen, muss dieser Erwerbsausfall von einem unversicherten Erwerbsausfall ohne Krankheitsbezug abgegrenzt werden. Mit diesem Hintergrund vor Augen bezieht sich die «Betriebsaufgabe» bzw. der «Betriebsunterbruch» teleologisch nur auf Konstellationen, in denen aus krankheitsfremden Gründen ohnehin kein Erwerbsausfall mehr bestünde, selbst wenn keine Arbeitsunfähigkeit eingetreten wäre.⁶⁶¹ Wie die Urteile ebenfalls zu Recht ausführen, ist dagegen die blossе äusserliche Tatsache des Betriebsunterbruchs zufolge Arbeitsunfähigkeit nicht ausreichend.

⁶⁵⁹ Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.5.1 ff. Es erachtete daher die vorinstanzliche Feststellung einer Betriebsaufgabe als problematisch, ging aber schliesslich aus formellen Gründen nicht weiter auf das Thema ein (fehlende hinreichende Beanstandung dieser Feststellung durch die Versicherte im bundesgerichtlichen Verfahren).

⁶⁶⁰ Das zeigt sich auch im früheren, thematisch gleich gelagerten Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 4.2.3 f.: Der Krankentaggeldversicherungsvertrag versichere Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall sowie allenfalls Niederkunft und Tod. Das Risiko der Betriebsaufgabe sei nicht versichert bzw. überhaupt versicherbar. Nach Aufgabe des Betriebes würde der bisherige Inhaber als solcher auch dann keinen Verdienst mehr erzielen, wenn er gesund wäre. Der durch die Einstellung der Tätigkeit für den Inhaber entstehende Verlust sei insoweit nicht krankheitsbedingt. Krankheitsbedingt könne lediglich der Ausfall sein, der dadurch entstehe, dass der versicherte Betriebsinhaber nach (freiwilliger oder unfreiwilliger) Aufgabe seiner Tätigkeit im versicherten Betrieb infolge der Krankheit keine andere Tätigkeit aufnehmen könne. Dieses Risiko werde aber gemäss AVB beim Betriebsinhaber nicht in Form einer Nachleistung abgedeckt.

⁶⁶¹ Zu denken ist bspw. an die Betriebsinhaberin, welche die Betriebsaufgabe zufolge baldiger Pensionierung bereits aufgegleast hat und dann vorher krankheitsbedingt arbeitsunfähig wird. Nach dem Datum der geplanten Betriebsaufgabe hätte sie auch im hypothetischen Gesundheitsfall unabhängig von ihrer tatsächlichen Arbeits(un)fähigkeit kein Einkommen mehr erzielt. Das wäre das Risiko der primären Betriebsaufgabe, das gemäss Bundesgericht in der Krankentaggeldversicherung nicht versichert und versicherbar ist (oben Fn. 660). So verstanden leuchtet die Erwägung ohne Weiteres ein. Der Erwerbsausfall zufolge Betriebsaufgabe auch im Fall durchgehender Gesundheit ist keine Folge einer dann eintretenden und an sich versicherten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit.

Die «Betriebsaufgabe» bzw. der «Betriebsunterbruch» im Einzelnen ist folglich sachgerecht mit Rücksicht auf diesen Hintergrund auszulegen.⁶⁶² Der Nachleistungsausschluss im Zusammenhang mit einer «Betriebsaufgabe» bzw. einem «Betriebsunterbruch» nach Eintritt des Versicherungsfalles bezweckt, Leistungen auf Fälle von krankheitsbedingtem Erwerbsausfall zu beschränken und umgekehrt unversicherten krankheitsfremden Erwerbsausfall auszuschliessen. Die Auslegung muss dieser Abgrenzung konsequenterweise folgen. Analog zur allgemeinen Rechtsprechung zur Anspruchsvoraussetzung «Erwerbsausfall» kann man bei unbefristet erscheinender Erwerbstätigkeit vermutungsweise davon ausgehen, dass sie ohne krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit fortgeführt worden wäre. Eine Beendigung oder Unterbrechung der Tätigkeit nach Eintritt des Versicherungsfalles ist somit vermutungsweise krankheitsbedingt. Eine solche risikobedingte Aufgabe bzw. Unterbrechung des Betriebs ist keine abzugrenzende unversicherte Konstellation, weshalb sie teleologisch auch keine «Betriebsaufgabe» bzw. keinen «Betriebsunterbruch» im hier interessierenden Sinn darstellen kann. Nur bei konkreten Hinweisen darauf, dass schon vor Eintritt des Versicherungsfalles eine Beendigung oder Unterbrechung der Tätigkeit feststand, liegt somit eine «Betriebsaufgabe» bzw. ein «Betriebsunterbruch» in diesem Sinn vor.⁶⁶³

Aus diesem Grund kann dem Bundesgericht nach hier vertretener Auffassung nicht gefolgt werden, wenn es auch bei irreversiblen Dispositionen im Rahmen der krankheitsbedingten Beendigung oder Unterbrechung der Tätigkeit allgemein eine «Betriebsaufgabe» bzw. einen «Betriebsunterbruch» bejaht. Ohne Arbeitsunfähigkeit wäre es vermutungsweise gar nie zur Beendigung oder Unterbrechung der Tätigkeit und zu solchen Dispositionen gekommen.⁶⁶⁴ Dasselbe gilt auch in

⁶⁶² Es ist nicht anzunehmen, dass die Parteien eine nicht sachgerechte und unangemessene Lösung gewollt haben, vgl. dazu sowie zur Vertragsauslegung generell oben Rz. 62.

⁶⁶³ Siehe zur Rechtsprechung zur Leistungsvoraussetzung «Erwerbsausfall» BGE 147 III 73 E. 3.2 m. w. H. (zu diesem Urteil auch oben Fn. 595; vgl. für ein Beispiel oben Fn. 661).

⁶⁶⁴ Zu denken ist an eine genesene Versicherte, die ihre Tätigkeit aufgrund einer irreversiblen Disposition nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit trotz wiedererlangter Arbeitsfähigkeit voraussichtlich bis zum Lebensende nicht mehr aufnehmen kann (ein Beispiel solcher Dispositionen ist allerdings schwierig, unten Fn. 667). Mit ihrer Arbeitsfähigkeit könnte sie rein aus dieser Optik ein Erwerbseinkommen erzielen. Da sie die frühere Tätigkeit aber aufgrund der krankheitsbedingten Disposition nicht wieder aufnehmen kann, erleidet sie dennoch einen Erwerbsausfall. Das ist jedoch kein krankheitsunabhängiger Ausfall, da sie dieser Tätigkeit ohne frühere Arbeitsunfähigkeit vermutungsweise ununterbrochen nachgegangen wäre und folglich aktuell daraus ein Einkommen erzielen würde. Die Arbeitsunfähigkeit ist mittelbare, aber unverzichtbare Ursache des Erwerbsausfalles.

Fällen, in denen Dispositionen demonstrieren, dass die Wiederaufnahme des Betriebs selbst bei Genesung nicht mehr geplant ist.⁶⁶⁵ In diesen Konstellationen handelt es sich nicht automatisch um das unversicherte und abzugrenzende Risiko einer primären Aufgabe oder Unterbrechung der Tätigkeit.⁶⁶⁶ Vielmehr treten auch bei Genesung und wiedererlangter Arbeitsfähigkeit die Konsequenzen einer sekundären Betriebsaufgabe rein infolge einer primären Arbeitsunfähigkeit zutage, letzten Endes also die mittelbaren wirtschaftlichen Folgen dieser initialen Arbeitsunfähigkeit.

- 282 Die soeben dargelegte Sichtweise entspricht nach Auffassung des Autors zudem auch aus Praktikabilitätsoptik einer sachgerechten Auslegung. Die Grenze

⁶⁶⁵ Das Bundesgericht nennt im Urteil kein Beispiel einer solchen Disposition, weshalb dieser Tatbestand kaum fassbar ist. Wie auch bei den «irreversiblen» Dispositionen handelt es sich um eine relativ unbestimmte Kategorie (unten Rz. 282). Je nach Optik lässt sich die Kategorie «demonstrativer» Dispositionen sehr weit oder eng fassen. Entscheidend ist aber auch hier letztlich die Auslegung nach Sinn und Zweck. Damit kann eine «Betriebsaufgabe» bzw. ein «Betriebsunterbruch» nur vorliegen, wenn auch im Falle (hypothetischer) durchgehender Arbeitsfähigkeit kein Erwerbseinkommen mehr erzielt worden wäre. Wenn nun die Versicherte nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bspw. aufgrund ihrer Schadenminderungspflicht eine gesundheitlich besser angepasste, bis zum Ende der Taggeldberechtigung aber nicht kündbare Stelle antritt, so demonstriert sie damit wohl, dass sie die frühere Tätigkeit selbst bei Genesung nicht mehr aufnehmen würde. Zum entscheidenden hypothetischen Erwerbsverlauf im Gesundheitsfall sagt eine solche Disposition aber grundsätzlich nichts aus; insbesondere lässt sich daraus nicht ableiten, dass der Stellenwechsel bei völliger Gesundheit ebenfalls und zu gleicher Zeit geschehen wäre. Nur und soweit das tatsächliche Verhalten konkret und hinreichend belegt, dass der Betrieb auch im hypothetischen Gesundheitsfall ebenso aufgegeben oder unterbrochen worden wäre, liegt ein Erwerbsausfall ohne Krankheitsbezug vor. In allen anderen Fällen gilt nach hier vertretener Auslegung das oben in Fn. 664 Ausgeführte sinngemäss, womit weiterhin ein krankheitsbedingter Erwerbsausfall besteht.

⁶⁶⁶ Für ein Beispiel dieses unversicherten Risikos oben Fn. 661. Die Wendung des «unversicherten Risikos Betriebsaufgabe» ist dem Urteil des Bundesgerichts 4A_472/2018 vom 5. April 2019 E. 4.2.3 f. entnommen. Nach hier vertretener Auffassung zogen das Bundesgericht wie auch der Versicherte in diesem Verfahren aus einleuchtenden Grundlagen nicht überzeugende Schlüsse bei der Auslegung. Entsprechend kann es entgegen den Vorbringen des Versicherten in diesem Urteil nicht relevant sein, ob die Betriebsaufgabe «freiwillig» erfolgte oder nicht. Entgegen den Erwägungen des Bundesgerichts kann es teleologisch aber auch nicht massgebend sein, ob die Betriebsaufgabe durch das Versicherungsunternehmen zur Vereitelung von Versicherungsansprüchen bewirkt wurde. Diese Aspekte gehen nach Ansicht des Autors am Kern der Sache vorbei.

zwischen reversiblen und irreversiblen sowie «aussagelosen» und demonstrativen Dispositionen ist weitgehend eine Wertungsfrage.⁶⁶⁷ Eine Versicherte, die

⁶⁶⁷ Absolut irreversibel dürften die wenigsten Handlungen sein. Sogar ein verkaufter oder aufgelöster Betrieb lässt sich zurückkaufen oder neu aufbauen, je nach Komplexität des Betriebs und Verfügbarkeit der nötigen Mittel schneller oder langfristiger. Insofern liegt keine strikt irreversible Disposition vor, was allerdings im kantonalen Urteil anders gesehen wurde (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.5). Das Bundesgericht ging dann wiederum entgegen der Vorinstanz zu Recht davon aus, dass ein Rückkaufsrecht oder auch der Neukauf der zum Betrieb notwendigen Gegenstände (hier ein Taxi), der aus dem Erlös verkaufter Betriebsobjekte finanziert wird, probate Mittel zur Fortführung des Betriebs darstellen können. Auch eine anderweitige Nutzung der für den Betrieb notwendigen Objekte durch die Inhaberin oder einen Dritten sei denkbar; vorausgesetzt sei einzig, dass die Möglichkeit einer Wiederaufnahme der selbstständigen Tätigkeit bei Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit bestehe (womit umgekehrt nur die Möglichkeit einer Anstellung als Taxifahrerin nicht genüge, da dies dem bisherigen Betrieb nicht entspreche; Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.5.2 f.; zur Drittnutzung wiederum anders dagegen noch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00039 vom 30. Januar 2018 E. 4.3 [Drittnutzung während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit als Geschäftsunterbruch, trotz Kündigungsmöglichkeit dieser Drittnutzung]). Folgt man dem Bundesgericht, ist es je nach zugestandenem Zeitraum für die Wiederaufnahme der Tätigkeit fraglich, ob es praktisch wirklich «irreversible Dispositionen» gibt, von extremen Ausnahmefällen abgesehen. Das gilt insbesondere für alle Tätigkeiten mit wenig Bedarf nach grossen Sachinvestitionen – so kann das Gewerbe des Autors bspw. jederzeit mit einem blossen Eintrag im kantonalen Anwaltsregister aus dem Homeoffice heraus gestartet werden. Umgekehrt könnte «reversibel» auch mit den kantonalen Urteilen sehr streng dahin gehend verstanden werden, dass der Betrieb bei erster Arbeitsfähigkeit sofort wieder im bisherigen Zustand aufgenommen werden kann (in diese Richtung geht das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.5: Es sei unerheblich, dass die Versicherte – die finanziellen Mittel vorausgesetzt – jederzeit in der Lage wäre, sich ein neues Taxiunternehmen aufzubauen oder ihr altes zurückzukaufen). Das Bundesgericht hat diese Sichtweise zu Recht als problematisch bezeichnet, denn eine solche Auslegung zwingt die Versicherte zu wirtschaftlich unsinnigen Handlungen, vgl. sogleich. Allerdings hat es sich im späteren Urteil 4A_8/2022 vom 1. April 2022 E. 3.4 dieser Sichtweise (möglicherweise) wieder angenähert und die Veräusserung aller Inhaberaktien und den Austritt aus dem Unternehmen als Betriebsaufgabe qualifiziert, ohne sich zur Frage eines möglichen Wiederkaufs etc. des Unternehmens i. S. des vorgenannten Urteils 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 zu äussern. Im Urteil 4A_8/2022 war das Unternehmen aber kurz nach dem Verkauf Konkurs gegangen und das Konkursverfahren dann mangels Aktiven eingestellt worden. Somit hätte der Versicherte gemäss Bundesgericht auch dann keinen Verdienst mehr erzielen können, wenn er gesund gewesen wäre. Das Bundesgericht ging somit wohl davon aus, dass den Betrieb dasselbe Schicksal auch im hypo-

im Krankheitsfall entscheiden muss, wie sie mit ihrem Geschäft fortfährt, wird angesichts der durch die widersprüchlichen Entscheide illustrierten Wertungsmöglichkeiten kaum abschätzen können, ob eine konkrete Entscheidung als «Betriebsaufgabe» bzw. «Betriebsunterbruch» gilt und entsprechende negative Folgen auslöst. Das führt zu erheblicher Unsicherheit, was dem Zweck einer Versicherung widerspricht und deshalb nicht den mutmasslichen Parteiwillen i. S. einer sachgerechten Auslegung darstellen kann (oben Rz. 94).⁶⁶⁸ Die Versicherte müsste bei dieser Ausgangslage aus Vorsicht wirtschaftlich allenfalls sehr schädliche Entscheidungen treffen, was ebenfalls nicht dem Sinn einer Versicherung entspricht, die Schutz vor den wirtschaftlichen Folgen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit bieten soll.⁶⁶⁹ Diese Überlegungen gelten dabei umso mehr auch für die kan-

thetischen Gesundheitsfall ereilt hätte (wobei diesbezüglich künftig bei neurechtlichen Versicherungsverträgen bedacht werden muss, dass diese nach Art. 46a VVG auch den Konkurs der Versicherungsnehmerin unbeschadet überstehen); insofern bleibt es offen, ob der Entscheid wirklich eine Annäherung an eine strenge Optik beabsichtigte. Die beschriebenen Wertungsmöglichkeiten bestehen schliesslich auch bei Dispositionen, die allenfalls ausdrücken könnten, dass auch bei Genesung keine Wiederaufnahme der Tätigkeit geplant ist (oder die zumindest so verstanden werden könnten).

⁶⁶⁸ Danach gilt im Wesentlichen das als Vertragswille, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen Umständen durch die Verwendung der auszuliegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, oben Rz. 62.

⁶⁶⁹ Das Bundesgericht unterstreicht denn auch grundsätzlich die unternehmerische Freiheit der Betriebsinhaberin, den Betrieb während der Arbeitsunfähigkeit geschlossen zu halten oder bspw. mit einer Vertretung in geändertem Modell weiterzuführen, wenn das wirtschaftlich sinnvoll ist, ohne dass sie aber dazu verpflichtet sein könne, um ihre Versicherungsansprüche zu wahren; sie habe die Versicherung beim bestehenden Betriebsmodell abgeschlossen, weshalb der Unterbruch des Betriebs als solcher nicht zu Leistungskürzungen berechtige (Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.5.2). Aufgrund der grossen Unsicherheit hinsichtlich des Vorliegens einer «Betriebsaufgabe» bzw. eines «Betriebsunterbruchs» wäre aber jeder Versicherten trotz Freiheit vorsichtshalber anzuraten, den Betrieb so zu erhalten, dass er jederzeit wieder aufgenommen werden kann – selbst wenn das wirtschaftlich wenig Sinn macht und «das Beibehalten der zum Betrieb notwendigen Mittel während der Arbeitsunfähigkeit nicht tunlich erscheint (beispielsweise wegen der Gefahr von Standschäden am Taxi, wenn es nicht genutzt wird)» (Urteil des Bundesgerichts 4A_238/2019 vom 2. Dezember 2019 E. 3.5.3). Weitere Risiken sind – aus dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2017.00045 vom 29. März 2019 E. 4.8 – bestehende Fixkosten sowie der Wertzerfall des Unternehmens. Je nach Betrieb ist neben konstantem auch noch zusätzlich variables Kapital nötig, womit konkret bspw. Angestellte in echter Arbeit auf Abruf und mit entsprechenden Kostenfolgen bereitgehalten werden müssten. Viele solcher vorsichtsbedingten Vorkehren

tonalen Urteile, die «Betriebsaufgabe» bzw. «Betriebsunterbruch» noch weiter als das Bundesgericht verstehen.

4. Erhöhung des Arbeitsunfähigkeitsgrades nach Deckungsende (Verschlechterung einer laufenden Arbeitsunfähigkeit oder Rückfall nach zwischenzeitlich weggefallener Arbeitsunfähigkeit)

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich beurteilte im Entscheid 283 KK.2016.00043 eine Nachleistungsklausel, wonach Nachleistungen nur erbracht werden, wenn die Arbeitsunfähigkeit aus gleicher Ursache und höchstens im bisherigen Grad ununterbrochen andauert.⁶⁷⁰ Diese Regelung erweise sich als weder ungewöhnlich noch unklar.⁶⁷¹

Nach Auffassung des Autors ist es mindestens diskutabel, ob die Klausel tatsäch- 284 lich so klar i. S. des kantonalen Gerichts zu verstehen ist. Eine Beschränkung der

dürften oft wirtschaftlich wenig Sinn machen; ohne Damoklesschwert der eventuellen Leistungskürzung zufolge «Betriebsaufgabe» bzw. «Betriebsunterbruch» würde daher auch jede Versicherte (in den Worten des kantonalen Gerichts) «verständlicher- und vernünftigerweise» versuchen, solche Risiken, Schäden und Kosten zu vermeiden (bspw. eben durch rasche Auflösung des Betriebs). Eine Auslegung, die verständliche und vernünftige Massnahmen verhindert, kann dem mutmasslichen Interesse der Parteien an einer sachgerechten Regelung nicht entsprechen. Auch hinsichtlich «demonstrativer» Dispositionen müsste sich wohl jede Versicherte zusätzlich selbst für den Wiedereinsatz in Bereitschaft halten. Das dürfte oft in Konflikt mit ihrer Pflicht stehen, den Schaden nach Art. 38a VVG «tunlichst» zu mindern (klassischerweise bspw. durch Wechsel in ein gesundheitlich angepasstes Tätigkeitsfeld, vgl. dazu auch oben Fn. 650). Ist ein solcher Wechsel tatsächlich möglich und zukunftsträchtig, wäre es auch aus Sicht des Versicherungsunternehmens oft nicht sinnvoll, wenn die Versicherte diese Option aus Vorsichtsgründen weglassen müsste, weil sie ansonsten riskiert, den Versicherungsanspruch zu verlieren.

⁶⁷⁰ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00043 vom 31. Januar 2018 E. 2.4. Die Arbeitsunfähigkeit bei Deckungsende betrug 40 %, strittig war u. a. eine Verschlechterung nach Deckungsende mit Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit auf 100 % (E. 5.3.2). Neben dieser Klausel führte die Allianz als beklagtes Versicherungsunternehmen noch diverse weitere Einwendungen ins Feld, so das Rückwärtsversicherungsverbot (E. 4) sowie eine behauptete Verletzung der Schadenminderungspflicht (E. 5.4). Diese wurden vom Gericht aber verworfen.

⁶⁷¹ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00043 vom 31. Januar 2018 E. 5.4. Zur fehlenden Ungewöhnlichkeit enthält der Entscheid keine nähere Begründung. Zur fehlenden Unklarheit verweist der Entscheid darauf, dass eine Mitberücksichtigung vor Beendigung des Vertrages vorgelegener auch höherer Arbeitsunfähigkeitsgrade ohne Weiteres mit der Formulierung «in den bisherigen Graden» hätte erfolgen können.

Nachleistung auf den «bisherigen Grad» der Arbeitsunfähigkeit dürfte vom Gedanken getragen sein, dass aus Nachleistung keine höheren Leistungen resultieren sollen, als früher während der Deckung erbracht wurden. Das würde für die Berücksichtigung früherer höherer Arbeitsunfähigkeiten sprechen. Die Anknüpfung einzig an den Arbeitsunfähigkeitsgrad am letzten Tag der Deckung erscheint dagegen relativ zufällig, insbesondere bei Beschwerdebildern mit schwankendem Verlauf. Sprachlich betrachtet, entspricht der «bisherige Grad» der Arbeitsunfähigkeit sodann nicht eindeutig nur dem Arbeitsunfähigkeitsgrad am letzten Tag der Deckung. Vielmehr fällt auch ein allfälliger früher bestehender und höherer Grad der Arbeitsunfähigkeit in die Kategorie des bisherigen Arbeitsunfähigkeitsgrades.

- 285 Stärker ins Gewicht fällt aber ohnehin die Frage der Ungewöhnlichkeit. Das Nachleistungsprinzip im Privatversicherungsrecht umfasst auch Verschlechterungen laufender Arbeitsunfähigkeiten und sogar Rückfälle sowie Spätfolgen nach zwischenzeitlicher voller Erholung (oben Rz. 209).⁶⁷² Die hier beurteilte Beschränkung der Nachleistung bei Verschlechterung ist nach Auffassung des Autors wie Nachleistungsbeschränkungen ganz allgemein aus verschiedenen Gründen ungewöhnlich (oben Rz. 225 ff.). Der kantonale Entscheid enthält zu diesem Punkt keine Begründung und setzt sich mit dem Grundproblem folglich nicht auseinander; die eigentliche Problematik wird aus Sicht des Autors letztlich nicht thematisiert.
- 286 Interessanterweise gelangte ein anderes kantonales Gericht, das Kantonsgericht des Kantons Basel-Landschaft, im Urteil 731 14 195 zum Schluss der Ungewöhnlichkeit eines Nachleistungsausschlusses für Rückfälle. Es wies dabei auf die Problematik des Rückwärtsversicherungsverbot hin und erwog, dass eine Nachleistungsbeschränkung nicht sachgerecht sei.⁶⁷³ Das trifft zu und muss umso mehr für eine Nachleistungsbeschränkung bei Verschlechterung einer laufenden Arbeitsunfähigkeit gelten.

5. Fehlende Versicherungsdeckung nach Ablauf der Wartefrist

- 287 Das Bundesgericht war im Urteil 4A_498/2010 mit einem Entscheid des Kantonsgerichts des Kantons Jura zu einer Klausel befasst, wonach keine Nachleistung

⁶⁷² Ebenso zu den AVB der Allianz das Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 731 14 195 vom 24. Oktober 2014 E. 5.2 m. w. H.

⁶⁷³ Urteil des Kantonsgerichts des Kantons Basel-Landschaft 731 14 195 vom 24. Oktober 2014 E. 5.6 als Eventualbegründung (in der Hauptbegründung erwies sich die Klausel als unklar).

erbracht wird, wenn die Deckung vor Ablauf der Wartefrist⁶⁷⁴ endet, weil die Versicherte nicht mehr zum Versichertenkollektiv gehört (im konkreten Fall infolge Kündigung des Arbeitsverhältnisses). Nach Auffassung des kantonalen Gerichts war die Vereinbarung einer Wartefrist nicht zu beanstanden, womit es aus Sicht des in der Folge angerufenen Bundesgerichts implizit eine Ungewöhnlichkeit der Klausel verneint habe.⁶⁷⁵ Im Übrigen trat das Bundesgericht auf die Beschwerde zufolge ungenügenden Streitwerts sowie ungenügender Begründung gar nicht ein.⁶⁷⁶

Wie bereits im Zusammenhang mit anderen Nachleistungsausschlüssen haben die Gerichte auch hier das Grundproblem des Nachleistungsausschlusses an sich und die dazugehörigen Argumente nicht inhaltlich thematisiert – mutmasslich aufgrund fehlender Rügen seitens der Versicherten. Nach Auffassung des Autors sind Nachleistungsausschlüsse ganz allgemein aus verschiedenen Gründen ungewöhnlich (oben Rz. 225 ff.). 288

Konkret überzeugt es sodann nicht, wenn das kantonale Gericht die Ungewöhnlichkeit des fraglichen Nachleistungsausschlusses offenbar mit Hinweis auf die praxismässige Zulässigkeit der in casu 14-tägigen Wartefrist verneint.⁶⁷⁷ Die Lehre äussert sich denn auch kritisch zu diesem Entscheid.⁶⁷⁸ Die Versicherte müsse nicht damit rechnen, dass ein Austritt aus dem versicherten Betrieb zwischen Beginn der Arbeitsunfähigkeit und Ablauf der Wartefrist den Verlust der Versicherungsleistungen nach sich ziehe. Die vertragliche Regelung höhle zudem den Versicherungsschutz aus, da die Leistungen selbst durch einen Übertritt in die Einzelversicherung nicht erhalten werden könnten.⁶⁷⁹ Konsequenterweise müsste 289

⁶⁷⁴ Krankentaggeldversicherungen beinhalten typischerweise eine Wartefrist bis zum Beginn der Taggeldleistungen, HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 300. Die Wartefrist beginnt i. d. R. mit Eintritt der Arbeitsunfähigkeit und beträgt oft zwischen 30 und 90 Tagen.

⁶⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 4A_498/2010 vom 4. Januar 2011 E. 3 zur Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs infolge unzureichender Begründung des kantonalen Entscheides.

⁶⁷⁶ Urteil des Bundesgerichts 4A_498/2010 vom 4. Januar 2011 E. 1 und 4.

⁶⁷⁷ Siehe das Urteil des Bundesgerichts 4A_498/2010 vom 4. Januar 2011 E. 3.

⁶⁷⁸ FUHRER, Kollektive Krankentaggeldversicherung, Rz. 43 sowie HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 632.

⁶⁷⁹ Ist die Arbeitsunfähigkeit vor Abschluss der Einzelversicherung eingetreten, kann keine originäre Leistungspflicht aus der Einzelversicherung bestehen (weil dies eine unzulässige Rückwärtsversicherung bedeuten würde). Die Einzelversicherung kann einzig die Nachleistung aus einer früheren Versicherung übernehmen (oben Rz. 209, insb. Fn. 552). Resultieren wie hier aus der früheren Versicherung gar keine Leis-

jede Versicherte mit Eintritt ins Erwerbsleben präventiv stets zusätzlich zur Kollektivdeckung noch eine permanente Einzelversicherung abschliessen, um sicher versichert zu sein.⁶⁸⁰

- 290 Diese Kritik verdient Zustimmung. Die grundsätzliche koordinationsrechtliche Problematik von Nachleistungsausschlüssen (oben Rz. 226) zeigt sich hier in aller Schärfe. Nach hier vertretener Auffassung ist bereits ein Nachleistungsausschluss mit weniger dramatischen Konsequenzen ungewöhnlich und unzulässig (oben Rz. 225 ff.) – das muss erst recht für den hier interessierenden Fall gelten. Kann die mit der Kollektivversicherung bezweckte Absicherung nur durch den zusätzlichen Abschluss einer kostspieligen und eigentlich unnötigen Doppelversicherung erreicht werden, sind die berechtigten Deckungserwartungen gegenüber einer Kollektivversicherung nicht erfüllt.

6. Vollständige, definitive Arbeitsunfähigkeit

- 291 Das Versicherungsgericht des Kantons Aargau beurteilte im Entscheid VKL.2013.47 eine Klausel, welcher nach die «Nachdeckung» bei Beendigung des Versicherungsvertrages entfällt (grundsätzlich war in den AVB eine Nachleistung vorgesehen), bezogen auf den Fall einer vollständig und definitiv arbeitsunfähigen Person. Das Gericht zog zunächst eine Parallele zu BGE 135 III 225 (oben Rz. 257 ff.) und dem Grundsatz der Nachleistung im Privatversicherungsrecht. Der Nachleistungsausschluss aufgrund Auflösung des Versicherungsvertrages verstosse gegen die berechnete Erwartung der Arbeitgeberin, dass ihre Angestellten in Erfüllung der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungspflicht den Verdienstausschlag während der vertraglich zugesagten Leistungsdauer gedeckt erhielten. Der Übertritt in die Einzelversicherung sei hier zwar eine Möglichkeit, den Anspruch zu wahren. Für eine vollständig und definitiv arbeitsunfähige Versicherte bestehe aber kein Grund zum Übertritt: Der bereits eingetretene Fall sei durch die Kollektivversicherung abgedeckt; ein Anspruch aus der Einzelversicherung bedinge eine Wiedererlangung der Erwerbsfähigkeit, was im konkreten Fall ausgeschlossen sei. Das in der Einzelversicherung zu versichernde Risiko könne sich gar nicht mehr verwirklichen. Mangels Erwerbsfähigkeit bestehe kein Interesse am Abschluss

tungen, können sie auch nicht im Rahmen der Einzelversicherung übernommen und erbracht werden; vgl. die Urteilsbesprechung von STEPHAN FUHRER, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202011/11-2011%2001%2004-B.pdf>>, zuletzt besucht am 30. Juni 2023.

⁶⁸⁰ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 632.

einer Einzelversicherung, der Nachleistungsausschluss sei deswegen als ungewöhnlich zu qualifizieren.⁶⁸¹

Der Entscheid zeigt die grundlegende Systematik des Privatversicherungsrechts 292 in aller Kürze gut auf: Während der Kollektivdeckung erstmals eingetretene Versicherungsfälle werden aus der Kollektivversicherung entschädigt. Die Einzelversicherung deckt dagegen neue Versicherungsfälle nach Ende der Kollektivdeckung. Die beiden Versicherungen haben klar abgegrenzte und voneinander unabhängige Wirkungsbereiche. Der Übertritt in die Einzelversicherung hängt also nicht mit bereits eingetretenen Versicherungsfällen zusammen, sondern bezweckt einzig den Schutz vor neuen, erst künftigen Versicherungsfällen (oben Rz. 207 ff. und 271). Die Erwägungen des kantonalen Gerichts zum konkreten Fall gelten darüber hinaus ganz allgemein: Im Umfang der bestehenden Arbeitsunfähigkeit hat sich das Risiko bereits verwirklicht – entsprechend kann die Einzelversicherung ihren Zweck, die weitere Abdeckung dieses Risikos, gar nicht mehr erfüllen. Es besteht so kein Interesse an einem Übertritt und erscheint zweckwidrig, die Weiterleistung von Taggeldern an den Abschluss einer letztlich gegenstandslosen (und teuren) Anschlussversicherung zu koppeln. Das kantonale Gericht hat die Ungewöhnlichkeit des Nachleistungsausschlusses nach Auffassung des Autors zu Recht bejaht.

7. Wohnsitz im Ausland

Das Sozialversicherungsgericht des Kantons Basel-Stadt befasste sich im Ent- 293 scheid ZV.2018.12 mit dem Fall eines Wechsels des Versicherungsunternehmens während eines laufenden Versicherungsfalles. Das neue Versicherungsunternehmen berief sich auf eine Klausel seiner AVB, welche die Nachleistung bei Personen mit Wohnsitz im Ausland auf 180 Tage beschränkt. Das Gericht kam zum Schluss, dass diese AVB gar nicht anwendbar seien. Vielmehr liege eine Freizügigkeitskonstellation gemäss FZAKTG vor, womit weiterhin die Deckung gemäss AVB des früheren Versicherungsunternehmens bestehen würde.⁶⁸² Allerdings sei es mit Blick auf die Ungewöhnlichkeitsregel sowie die staatsvertraglichen Regelungen im Zusammenhang mit der europäischen Freizügigkeit ohnehin

⁶⁸¹ Urteil des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau VKL.2013.47 vom 17. Oktober 2014 E. 5.3.3 m. w. H.

⁶⁸² Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZV.2018.12 vom 19. Februar 2019 E. 4; dass sich das neue Versicherungsunternehmen trotzdem auf seine AVB berufen würde, sei «geradezu unverständlich».

fraglich, ob die Nachleistungsbeschränkung gemäss der erwähnten Klausel überhaupt gültig wäre.⁶⁸³

- 294 Nach hier vertretener Auffassung ist ein Nachleistungsausschluss allgemein ungewöhnlich und unzulässig (oben Rz. 225 ff.) – unabhängig von einer Verknüpfung mit Aspekten wie dem Wohnsitz der Versicherten. Entsprechend ist der kritische Blick des kantonalen Gerichts auf die konkret infrage stehende Nachleistungsbeschränkung nach Ansicht des Autors berechtigt. Ins Gewicht fällt hier zunächst, dass Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund ungewöhnlich sind (oben Rz. 104). Soweit die staatsvertraglichen Regelungen zur europäischen Freizügigkeit und das darin enthaltene Gleichbehandlungsgebot auf die Krankentaggeldversicherung nach VVG nicht direkt anwendbar sind,⁶⁸⁴ zeigt die Existenz eines Gleichbehandlungsgebots in diesen wirtschaftlich und politisch gewichtigen staatsvertraglichen Regelungen doch, dass es keine sachlichen Gründe für eine Ungleichbehandlung gibt und eine Ungleichbehandlung offensichtlich nicht gewollt ist. Weiter zahlen namentlich die Sozialversicherungsträgerinnen Versicherungsleistungen ins Ausland aus, gegenüber denen ein Nachleistungsexport aus einer Krankentaggeldversicherung volumenmässig und zeitlich verblasst – der Export ist ganz praktisch offenbar möglich und somit wohl kaum unzumutbar.⁶⁸⁵ Im konkreten Fall bestätigt dies sogar die fragliche AVB-Regelung selbst, denn sie schliesst die Nachleistung nicht komplett aus, sondern beendet sie lediglich nach 180 Tagen ohne Angabe von Gründen. Zu guter Letzt kann auch eine Begründung

⁶⁸³ Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Basel-Stadt ZV.2018.12 vom 19. Februar 2019 E. 4.5, mit besonderem Hinweis auf das staatsvertragliche Gleichbehandlungsgebot. Dasselbe gelte für den Ausschluss des Übertrittsrechts in die Einzelversicherung für Personen ohne Wohnsitz in der Schweiz (der ebenfalls in den neuen AVB enthalten war, E. 5.4). Diesbezüglich müsse sich das Versicherungsunternehmen zudem die eigenen AVB entgegenhalten lassen: Es sei nachvollziehbar, dass die Arbeitgeberin angesichts dieser AVB gar nicht erst über ein Übertrittsrecht informiert habe. Entsprechend sei eine Berufung auf die Informationspflicht der Arbeitgeberin rechtsmissbräuchlich und treffe vielmehr das Versicherungsunternehmen eine entsprechende Informationspflicht (E. 5.3 ff.; vgl. zur Informationspflicht auch das Urteil des Cour de justice des Kantons Genf A/560/2004 vom 21. Dezember 2004 E. 7).

⁶⁸⁴ So argumentierte bspw. das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich im wesentlich weniger kritischen Urteil KK.2014.00033 vom 31. März 2016 E. 3.1 (oben Rz. 261 ff.). Zum staatsvertraglichen Aspekt vgl. unten Rz. 295.

⁶⁸⁵ Zu denken ist bspw. an lebenslängliche Renten nach UVG in Höhe von 80% oder mehr des versicherten Verdienstes (Art. 19 f. UVG). Hinzu kommt, dass viele Versicherungsunternehmen sowohl im UVG-Geschäft wie auch im Bereich Krankentaggeld nach VVG tätig sind, letzterer Bereich somit sogar in derselben Organisation betrieben wird, die unter anderer Flagge Leistungen ins Ausland ausrichtet.

mit einem allfälligen vertraglichen Territorialitätsprinzip die «Gewöhnlichkeit» bzw. Zulässigkeit der Nachleistungsbeschränkung nicht stützen (oben Rz. 265 f.). Daher verdient der Entscheid Zustimmung.

Unabhängig von der Ungewöhnlichkeitsregel ist sodann auch die Frage des kantonalen Gerichts bedenkenswert, ob eine solche Nachleistungsbeschränkung mit den staatsvertraglichen Regelungen im Zusammenhang mit der europäischen Freizügigkeit vereinbar ist. Das Bundesgericht hat die Frage bisher offengelassen.⁶⁸⁶ Die Lehre subsumiert die Krankentaggeldversicherung nach VVG unter die Kategorien «Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen», «soziale Vergünstigung» und «Kollektivvereinbarungen betreffend die Beschäftigung und alle übrigen Arbeitsbedingungen» i. S. v. Art. 9 Abs. 1, 2 und 4 Anhang I FZA bzw. Art. 9 Abs. 1, 2 und 4 Anhang K Anlage 1 EFTA.⁶⁸⁷ Für diese Kategorien gilt ein Verbot der direkten oder indirekten Diskriminierung (nach Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz).⁶⁸⁸ Klauseln, die gegen dieses Verbot verstossen, sind nach Art. 9 Abs. 4 Anhang I FZA bzw. Art. 9 Abs. 4 Anhang K Anlage 1 EFTA nichtig.⁶⁸⁹ Ebenso entfaltet das Diskriminierungsverbot rechtsprechungsgemäss eine Drittwirkung gegenüber Privaten.⁶⁹⁰ Dadurch entsteht bei Diskriminierung als Folge des Anspruchs auf Nicht-Diskriminierung zum einen ein Anspruch der Arbeitnehmerin gegenüber der Arbeitgeberin auf Schadenersatz.⁶⁹¹ Angesichts des direkten Forderungsrechts in der Kollektivversicherung nach Art. 95a VVG seitens der Versicherten gegenüber dem Versicherungsunternehmen wirken die erwähnten Bestimmungen

⁶⁸⁶ Ausdrücklich offengelassen im Urteil des Bundesgerichts 4A_98/2014 vom 10. Oktober 2014 E. 4.7; aufgrund einer besonderen Konstellation offengelassen im Urteil des Bundesgerichts 4A_230/2016 vom 6. September 2016 E. 6 (der Versicherte war auch Schweizer Staatsbürger, weshalb er in der Schweiz gar nicht in Genuss der Freizügigkeit gemäss FZA komme, da dieses eine «umgekehrte» Diskriminierung zum Nachteil von Schweizer Staatsbürgerinnen nicht verbiete).

⁶⁸⁷ Ausführlich SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 255 f. und 262 f. m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 944 f. m. w. H.; JUNGHANSS, Rz. 640 m. w. H.; PERRENOUD, S. 1261; PÄRLI/BAUMGARTNER/DEMIR/JUNGHANSS/LICCI/UEBE, Rz. 1215.

⁶⁸⁸ HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 944 und 946 nennen als Beispiele das Deckungsende bei Verlassen der Schweiz oder eine verkürzte Leistungsdauer bei Wohnsitz im Ausland; SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 258 ff.; JUNGHANSS, Rz. 640 m. w. H.; PÄRLI/BAUMGARTNER/DEMIR/JUNGHANSS/LICCI/UEBE, Rz. 1215; PERRENOUD, S. 1261.

⁶⁸⁹ SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 262 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 947; JUNGHANSS, Rz. 642 m. w. H.

⁶⁹⁰ SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 263 ff. m. w. H.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 947.

⁶⁹¹ SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 266 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 947.

zum anderen auch direkt gegenüber dem Versicherungsunternehmen.⁶⁹² Dasselbe gilt bei unmittelbarer Vertragsbeziehung im Rahmen einer Einzelversicherung.⁶⁹³ Folglich sind Nachleistungsbeschränkungen bei Wohnsitz im Ausland und FZA/EFTA-Bezug nicht mit den staatsvertraglichen Regelungen zur europäischen Freizügigkeit vereinbar. Mit Blick auf die Vorgaben des Versicherungsaufsichtsrechts obläge es dabei eigentlich auch der FINMA, gegen solche freizügigkeitswidrige AVB-Klauseln einzuschreiten.⁶⁹⁴

III. Art. 8 UWG

- 296 Soweit ersichtlich gibt es ebenso wenig wie Literatur (oben Rz. 232) spezifische Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Nachleistungsausschlüssen aus der Optik von Art. 8 UWG.

IV. Art. 35c VVG

- 297 Soweit ersichtlich gibt es bis Mitte 2023 noch keine Rechtsprechung zu Art. 35c VVG. Das wird aufgrund des Übergangsrechts zum aktuellen VVG wahrscheinlich noch längere Zeit so bleiben (oben Rz. 222).

V. Fazit

- 298 Die Auswertung der Rechtsprechung zu Nachleistungsausschlüssen aus der Optik der Inhaltskontrolle von AVB zeigt, dass solche Klauseln im Vertragsalltag in verschiedenen Konstellationen immer wieder Anlass zu gerichtlichen Streitigkeiten geben. Dabei hat die Ungewöhnlichkeitsregel eine dominante Stellung inne: Ur-

⁶⁹² SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 268 ff.; es spricht auch einiges dafür, Versicherungsunternehmen als «intermediäre Gewalten» einzustufen, die das Diskriminierungsverbot wegen ihrer parastaatlichen Stellung gegenüber allen Personen beachten müssen (unabhängig davon, ob eine Forderungsbeziehung besteht), dazu näher SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 270 f.; JUNGHANSS, Rz. 641 m. w. H.; PÄRLI/BAUMGARTNER/DEMIR/JUNGHANSS/LICCI/UEBE, Rz. 1215; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 947.

⁶⁹³ Sei es als Arbeitnehmerin oder Selbstständigerwerbende, da das Diskriminierungsverbot auch für Letztere sinngemäss anwendbar ist, Art. 15 Abs. 2 Anhang I FZA bzw. Art. 14 Abs. 2 Anhang K Anlage I EFTA; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 948.

⁶⁹⁴ SCHNEIDER/TROILLET, SZS 2013, S. 273 f.; HÄBERLI/HUSMANN, Rz. 949; zur tatsächlichen Tragweite der Versicherungsaufsicht aber oben Rz. 197 ff., insb. 202.

teile zu Art. 8 UWG sowie Art. 35c VVG finden sich keine. Das überrascht in Bezug auf Art. 35c VVG nicht besonders, wenn man das restriktive Übergangsrecht bedenkt (oben Rz. 222). Für Art. 8 UWG lässt sich dies dagegen nicht rettend in die Waagschale werfen. Wie schon beim allgemeinen Fazit zu dieser Bestimmung geschrieben, steht sie generell am Scheideweg und droht wie ihre Vorgängerin als toter Buchstabe zu enden (oben Rz. 194 ff.). Dies bestätigt sich auch hier.

Die Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeit von Nachleistungsausschlüssen ist 299 vielfältig und eher uneinheitlich. Kantonale Gerichte haben ähnliche Konstellationen teils gegenteilig beurteilt. Auch das Bundesgericht hat insbesondere im Grundsatzentscheid BGE 135 III 225 Grundlegendes erwogen, das in späteren Urteilen nicht mehr erscheint. Auffallend ist, dass die Gerichte die an sich vielschichtige Problematik von Nachleistungsausschlüssen regelmässig nur sehr punktuell behandelt haben. So findet sich kein Entscheid, der Nachleistungsausschlüsse stützt und dafür eine umfassende Diskussion derjenigen Überlegungen enthält, die den Autor zum Schluss der Unzulässigkeit bzw. Ungewöhnlichkeit solcher Ausschlüsse gebracht haben (oben Rz. 225 ff.). Auf Stufe des Bundesgerichts haben sodann immer wieder formelle Gründe eine vertiefte Auseinandersetzung verhindert (vor allem der Vorhalt unzureichender Rügen seitens der Versicherten). So bleibt als Fazit, dass die Problematik von Nachleistungsausschlüssen in ihrer Gesamtheit weitgehend nach wie vor einer gerichtlichen Aufarbeitung harret. Eine ausführlichere Befassung mit der Thematik liest man vor allem in jenen Urteilen, die zum selben Schluss wie der Autor kommen. Das wirft abschliessend die Frage auf, ob die gerichtliche Zulassung von Nachleistungsausschlüssen allenfalls auch darin gründet, dass die Tiefe der Problematik nicht vollständig ausgeleuchtet worden ist.

4. Kapitel: Fazit

Das Konzept der Nachleistung ist ein elementarer Grundsatz des Privatversicherungsrechts; in den Worten des Bundesgerichts eine «Selbstverständlichkeit». Das zeigt sich auch darin, dass schon das bisherige VVG diesen Grundsatz in verschiedenen Bestimmungen zwingend festgehalten hat. Im revidierten VVG gesellt sich zu diesen Normen neu noch Art. 35c VVG dazu. Dieser Artikel schreibt für periodische Leistungsverpflichtungen zufolge Krankheit oder Unfall allgemein und zwingend eine Nachleistung vor. 300

Gleichwohl ist das Nachleistungsprinzip nicht durchwegs zwingendes Recht. Ausserhalb der zwingenden Bestimmungen handelt es sich um dispositives Recht und ist eine vertragliche Abweichung an sich möglich. Die analysierten aktuellen AVB für die Krankentaggeldversicherung der AXA und der Helsana enthalten denn auch verschiedene Nachleistungsausschlüsse. 301

Allerdings sind solche Abweichungen vom Nachleistungsgrundsatz in AVB aus der Optik der Inhaltskontrolle von AVB problematisch. Nach hier vertretener Auffassung sind sie sowohl ungewöhnlich wie auch unzulässig i. S. v. Art. 8 UWG. Das ist insbesondere für die altrechtlichen Versicherungsverträge von Bedeutung. Für die neurechtlichen Verträge untersagt aus Sicht des Autors im Bereich der Krankentaggeldversicherung bereits der neue Art. 35c VVG Ausschlüsse der Nachleistung. 302

Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Nachleistungsausschlüssen aus der Optik der Inhaltskontrolle von AVB existiert nur im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel. Dabei ist die Praxis auf kantonaler wie auch auf bundesgerichtlicher Ebene eher uneinheitlich. Auffallend ist bei den analysierten Urteilen im Allgemeinen, dass die Auseinandersetzung mit der Thematik der Nachleistung und von deren Ausschluss immer wieder sehr punktuell ausfällt. So thematisieren zahlreiche Entscheide die Problematik nach hier vertretener Auffassung nicht in ihrer ganzen Tiefe. Hinzu kommt, dass das Bundesgericht viele kantonale Entscheide nicht letztinstanzlich überprüft hat, weil die unterlegene Partei sie entweder nicht angefochten hat oder weil eine inhaltliche Auseinandersetzung trotz Anfechtung aus formellen Gründen entfiel (vorab aufgrund unzureichender Rügen vor Bundesgericht). Insofern harrt die Problematik nach hier vertretener Auffassung noch weitgehend einer gesamthaften gerichtlichen Aufarbeitung. 303

3. Teil:

Fazit

«Es zeigt einfach einmal mehr, wie schlecht Angestellte in der Schweiz geschützt sind, wenn sie krank werden. [...] Wenn es nach einem Arbeitgeber geht, der keine Versicherung hat, hat man nach ein paar Wochen keinen Lohn mehr. Aber auch wenn er eine Versicherung hat, das zeigt das Beispiel hier, die Versicherungen nutzen ihren maximalen Spielraum aus in ihren allgemeinen Versicherungsbedingungen, die ich als Angestellte ja gar nicht kenne, wenn ich irgendwo arbeite, und gestalten diese Bedingungen so, dass sie Leistungen kürzen oder ganz einstellen können. Und für Betroffene ist das ein Riesen-Stress, diese sind krank, können nicht arbeiten, ohne Anwalt, ohne Rechtsschutzversicherung ist das immer schwierig.»⁶⁹⁵

Der Zufall will es, dass zeitgleich zur Niederschrift dieses Fazits über die ganze Arbeit im Schweizer Fernsehen obige Worte fielen. Sie bringen viele Grundlagen des ersten Teils dieser Arbeit prägnant auf den Punkt: Im Gefüge der obligatorischen Sozialversicherungen klafft im Bereich des vergleichsweise häufigen Risikos «kurzfristiger Lohnausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit» eine Lücke. Einzig Angestellte verfügen (mit wenigen Ausnahmen) überhaupt über eine zwingende Absicherung und dies (wieder mit wenigen Ausnahmen) bloss im Rahmen der arbeitsrechtlichen Lohnfortzahlungspflicht. Dieses System ist sowohl für die Arbeitnehmerinnen wie auch für die Arbeitgeberinnen mit bedeutenden Nachteilen behaftet. Daher hat sich in der Praxis zu grossen Teilen eine Ersatzregelung auf Basis freiwilliger, privatrechtlicher Krankentaggeldversicherungen durchgesetzt. Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Versicherungen richtet sich als Folge ihrer privatrechtlichen Basis aber weitgehend nicht nach einem Gesetz, sondern nach den (allgemeinen) Versicherungsbedingungen der Versicherungsunternehmen – womit diese in der Praxis den Vertragsinhalt über weite Strecken einseitig festlegen. 304

Einseitige Gestaltungsmacht birgt das Risiko, dass Spielräume einseitig zu eigenen Gunsten ausgereizt werden und Vertragsbestimmungen resultieren, die in Verhandlung auf Augenhöhe nicht akzeptiert worden wären. Daher haben Lehre und Rechtsprechung Korrektive entwickelt, welche die einseitige Regelungsfreiheit in AGB beschränken. Das mehrteilige Instrumentarium dieser sog. «AGB-Kontrolle» beinhaltet insbesondere auch eine materielle Beurteilung des Inhaltes, die Inhaltskontrolle von AGB. 305

Das Ziel dieser Arbeit ist die Untersuchung der Frage, welche Grenzen die AGB-Inhaltskontrolle der Gestaltungsfreiheit in Versicherungsbedingungen setzt. 306

⁶⁹⁵ GABRIELA BAUMGARTNER im Kassensturz vom 3. Oktober 2023, «Krank und arbeitslos, Krankentaggeldversicherung – ein Auffangnetz mit Lücken?», <<https://www.srf.ch/sendungen/kassensturz-espresso/kassensturz/krank-und-arbeitslos-krankentaggeldversicherung-ein-auffangnetz-mit-luecken>>, zuletzt besucht am 6. Oktober 2023.

Dazu greift die Arbeit im zweiten Teil aus den vielfältigen Regelungsthemen in der Krankentaggeldversicherung ein Thema exemplarisch heraus: die Frage der Nachleistung nach Ende der Deckung. In der Praxis steht dabei die Ungewöhnlichkeitsregel als langjähriges und grundsätzlich anerkanntes Korrektiv im Vordergrund. Der erste Teil dieser Arbeit zeigt, dass die theoretischen Konturen für die Anwendung dieser (verdeckten) Inhaltskontrolle durch die weit zurückreichende Gerichtspraxis zu grossen Teilen geklärt sind. Ihre konkrete Anwendung beruht allerdings in erheblichem Ausmass auf Ermessen und Wertungen der Richterinnen. Der Beurteilungsspielraum ist somit gross. Dabei zeigt die Analyse der Rechtsprechung im zweiten Teil dieser Arbeit exemplarisch auf, dass die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel in Urteilen teilweise auf nicht einleuchtenden theoretischen Grundlagen beruht oder zumindest auf Prämissen fusst, die im Entscheid nicht ganz offengelegt werden. Das erschwert bisweilen die Nachvollziehbarkeit von Urteilen wie auch die Entwicklung einer vorhersehbaren Praxis zur Ungewöhnlichkeitsregel. Zudem bestehen dogmatische und methodische Ungereimtheiten, welche die Ungewöhnlichkeitsregel zumindest in ihrer aktuellen Ausprägung grundsätzlich infrage stellen. Insbesondere bestehen entgegen dem Zweck wie auch den theoretischen Grundlagen dieses Korrektivs derzeit einfache Möglichkeiten, seine Anwendung auszuhebeln. Insofern sieht der Autor zusammen mit verschiedenen Lehrmeinungen noch Raum zur konsequenten Weiterentwicklung und damit Stärkung der Ungewöhnlichkeitsregel durch die Praxis, entweder auf dem bestehenden Fundament oder in Richtung einer allgemeinen offenen Inhaltskontrolle. Ebenso erschiene es ihm begrüssenswert, wenn die Rechtsprechung den Rechtsuchenden durch ausführliche Subsumption hier zu mehr Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit verhelfen würde.

- 307 Die Gesetzgeberin hat die Idee einer offenen Inhaltskontrolle immerhin im beschränkten Rahmen von Art. 8 UWG in Gesetzesform gegossen. Dieses weitere Instrument der Inhaltskontrolle sollte durch eine Gesetzesrevision vor rund zehn Jahren aus dem bisherigen Dornröschenschlaf erweckt werden und wird im ersten Teil dieser Arbeit neben der Ungewöhnlichkeitsregel ebenfalls näher beleuchtet. Allerdings sorgt die (weiterhin) verunglückte Formulierung der Norm für weitgehende Unklarheit über die Anwendungsvoraussetzungen dieses Korrektivs. Die Lehre vertritt hierzu unterschiedlichste Auffassungen und die Rechtsprechung ist auch nach rund zehn Jahren relativ dünn gesät. Zudem zeigt sich auch hier teilweise das Phänomen, dass Urteile auf unklaren oder unbekannten Prämissen beruhen und offenbar von sehr restriktiven Voraussetzungen ausgehen, ohne diese Festlegung zu erklären. Damit droht der Norm das Schicksal ihrer Vorversion und ein Ende als «toter Buchstabe» – entgegen der Revisionsintention hin zu einer

griffigeren Inhaltskontrolle. Mangels bundesgerichtlicher Klärung vieler Fragen ist dieses Ende allerdings noch nicht in Stein gemeisselt. Der Tenor der (wenigen) ausführlicheren und transparenten kantonalen Urteile deckt sich immerhin in den groben Zügen mit dem hier sowie von einem bedeutenden Teil der Lehre vertretenen wirksamen Verständnis von Art. 8 UWG. Damit sind ein anderes Ende der Geschichte und eine Verwirklichung des Ziels der Revision von Art. 8 UWG an sich noch möglich. Die Gerichte haben es an diesem Punkt in der Hand, die entsprechende Weichenstellung vorzunehmen. In diesem Zusammenhang erschiene es dem Autor auch hier begrüssenswert, wenn die Rechtsprechung den Rechtssuchenden den Zugang zu diesem Institut durch bedachte und ausführliche Subsumption mit entsprechender Anwendungsvorhersehbarkeit erleichtern würde.

Schliesslich ist im Bereich des Versicherungswesens das Versicherungsaufsichtsrecht eine mögliche weitere Quelle einer Inhaltskontrolle von AVB. Der entsprechende Bewertungsmassstab ähnelt sprachlich demjenigen von Art. 8 UWG. Eine aktuelle Anfrage an die Aufsichtsbehörde ergab allerdings, dass es in den letzten zehn Jahren wie bereits zuvor kein einziges strittiges Verfahren einer solchen aufsichtsrechtlichen Inhaltskontrolle gegeben hat. Damit hat dieser flankierende Ansatz bedauerlicherweise keine erkennbare praktische Bedeutung.

Der zweite Teil dieser Arbeit wendet die Grundlagen des ersten Teils auf ein exemplarisches Regelungsthema in der Krankentaggeldversicherung an: die Frage der Nachleistung nach Ende der Deckung. Dabei zeigt sich, dass die Nachleistung ein grundlegendes Prinzip des Privatversicherungsrechts darstellt. Die Gesetzgeberin hat den Stellenwert dieses Grundsatzes mit dem neuen Art. 35c VVG jüngst bekräftigt. Gleichwohl enthalten die beispielhaft analysierten AVB der AXA sowie der Helsana neben Nachleistungskonstellationen auch diverse Nachleistungsausschlüsse. Deren inhaltliche Zulässigkeit beurteilt sich nach der allgemeinen Inhaltskontrolle, soweit es sich um altrechtliche Verträge handelt (der neue Art. 35c VVG ist nur auf neurechtliche Verträge anwendbar). Nach hier vertretener Auffassung und auch h. L. ergibt eine genaue Analyse, dass Nachleistungsausschlüsse eine Abweichung von einem grundlegenden Prinzip des Privatversicherungsrechts darstellen und in verschiedener Hinsicht grosse Probleme aufwerfen. Sie erfüllen damit die Anwendungsvoraussetzungen der Ungewöhnlichkeitsregel in jeder Hinsicht und entfalten als ungewöhnliche Regeln keine Wirkung gegenüber der Versicherungsnehmerin bzw. Versicherten. Dasselbe gilt aus der Optik von Art. 8 UWG: Im Ergebnis sind Nachleistungsausschlüsse nach Auffassung des Autors keine Regeln, die korrekte, loyale Parteien in einer individuell ausgehandelten Vereinbarung als faire Lösung vorgesehen hätten. Auch aus diesem Grund sind Nachleistungsausschlüsse unzulässig.

- 310 Bei den neuerechtlichen Verträgen steht der neue Art. 35c VVG im Vordergrund. Unter Berücksichtigung seiner (langen) Vorgeschichte und der Gesetzgebungsmaterialien kommt der Autor zum Schluss, dass damit u. a. in der Krankentaggeldversicherung nun ein ausdrückliches gesetzliches Verbot von Nachleistungsausschlüssen besteht. Damit ist ein Rückgriff auf die Instrumente der AGB-Inhaltskontrolle entbehrlich.
- 311 Die Rechtsprechung zur Zulässigkeit von Nachleistungsausschlüssen in AVB beschränkt sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel. Zu Art. 8 UWG und Art. 35c VVG gibt es in diesem Zusammenhang bis zum Abschluss dieser Arbeit noch keine Urteile. Das ist betreffend Art. 35c VVG angesichts des Übergangsrechts verständlich, betreffend Art. 8 UWG dagegen eher Zeugnis des drohenden Endes als «toter Buchstabe». Die Analyse der Rechtsprechung zeigt schliesslich ein sehr heterogenes Ergebnis auf. Sowohl das Bundesgericht wie auch die kantonalen Gerichte bejahen die Ungewöhnlichkeit bisweilen und verneinen sie in anderen Fällen. Auf kantonaler Ebene fällt teilweise auch die Beurteilung vergleichbarer Konstellationen unterschiedlich aus. Die Gegenüberstellung der gerichtlichen Erwägungen mit den vorangehenden Überlegungen dieser Arbeit zeigt somit bisweilen Übereinstimmung, lädt aber auch immer wieder zu kritischen Kommentaren ein. Wie bereits im Fazit zum ersten Teil erwähnt, zeigt sich hier exemplarisch, dass die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel in Urteilen teilweise auf nicht einleuchtenden theoretischen Grundlagen beruht oder zumindest auf Prämissen fusst, die im Entscheid nicht ganz offengelegt werden. Das führt bisweilen zu relativ kurzen Urteilen, die schwer nachvollziehbar sind und viele der nach Auffassung des Autors relevanten Aspekte nicht thematisieren. So ergibt sich im Ergebnis das Fazit, dass die Grenzen der Gestaltungsfreiheit in AVB im Bereich der Nachleistung in der Rechtsprechung – im Gegensatz zur Lehre – noch eher unbestimmt sind und ausführlicher Klärung harren.

**SCHRIFTEN ZUM ARBEITS- UND SOZIALVERSICHERUNGSRECHT
ETUDES EN DROIT DU TRAVAIL ET DES ASSURANCES SOCIALES
SERIES IN LABOUR AND SOCIAL SECURITY LAW**

Cette collection a pour vocation de rassembler des écrits scientifiques de haute qualité dans les domaines du droit du travail et du droit des assurances sociales. Plurilingue, elle participe à la richesse des échanges académiques dans toute la Suisse, et au partage des connaissances dans les domaines dont elle traite.

In dieser Reihe werden qualitativ hochwertige wissenschaftliche Schriften zu arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Themen veröffentlicht. Dank der Mehrsprachigkeit trägt die Reihe zum akademischen Austausch in der ganzen Schweiz bei und fördert das Disziplinen übergreifende Verständnis für das Arbeits- und Sozialversicherungsrecht.

Nachleistungsausschlüsse in der Krankentaggeldversicherung nach VVG im Lichte der Inhaltskontrolle von AVB

Der kurzfristige Lohnausfall infolge krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ist in der Schweiz grundsätzlich nur freiwillig und privatrechtsversicherungsrechtlich abgedeckt. Diese Krankentaggeldversicherungen sind gesetzlich wenig geregelt. Ihr Inhalt richtet sich v.a. nach den Versicherungsbedingungen. Dabei gilt einerseits grundsätzlich Vertragsfreiheit. Andererseits handelt es sich um ein sozial sensibles Risiko mit hohem Absicherungsbedarf. Bei wenig gesetzlichen Vorgaben und grossem Machtgefälle zwischen den Parteien haben die Versicherungsunternehmen über ihre AVB indessen faktisch die einseitige Gestaltungsmacht über den Vertragsinhalt. Dies birgt Gefahren, zu deren Ausgleich die sog. «AGB-Kontrolle» dient. Dieses Buch beleuchtet aus dieser Optik anhand des exemplarischen Regelungsthemas der Nachleistung nach Ende der Deckung die Frage, wo die Gestaltungsfreiheit in AVB endet.

ISBN 978-3-03891-780-9

