

Indépendamment de la maxime inquisitoire, applicable aux litiges portant sur des assurances complémentaires à l'assurance maladie sociale en vertu des art. 243 al. 2 lit. f et 247 al. 2 CPC, le tribunal doit appliquer le droit d'office (art. 57 CPC) ; **il pouvait donc rejeter la demande sur la base de l'art. 9 LCA bien qu'aucune des parties n'ait invoqué cette disposition légale.** Le tribunal doit cependant **donner aux parties le droit d'être entendues sur l'application d'une norme à laquelle elles ne devaient pas s'attendre** (c. 3.1). En l'occurrence, le recourant ne se plaint pas d'une violation du droit d'être entendu sous cet angle et la question de la prévisibilité de l'application de l'art. 9 LCA n'est donc pas examinée (c. 3.2).

Selon l'art. 9 LCA, **le contrat d'assurance est nul si, au moment où il est conclu, le risque n'existait plus ou le sinistre était déjà survenu.** A l'ATF 127 III 21, le TF a considéré qu'une maladie même guérie ne pouvait dès lors plus être assurée, ce qui a été critiqué par la doctrine (c. 5.1) et relativisé dans l'ATF 136 III 334 : les conditions de l'art. 9 LCA ne sont pas remplies si la maladie préexistante n'a jamais causé d'incapacité de travail jusqu'à la conclusion du contrat d'assurance (c. 5.2).

La présente cause présente une particularité en ce sens que la maladie avait déjà provoqué une incapacité temporaire de travail au moment de la conclusion du contrat, mais qu'elle n'était alors pas diagnostiquée correctement et connue comme telle par l'assuré (c. 5.3). La question de savoir si de telles circonstances réalisent le cas de nullité de l'art. 9 LCA peut rester ouverte car la demande devait de toute façon être rejetée faute d'un lien de causalité entre le sinistre (l'incapacité de travail résultant de la maladie) et le risque assuré (la perte de gain) : selon les faits constatés dans la décision attaquée, le recourant ne pouvait travailler plus que dans le cadre protecteur de l'entreprise de son père en raison de la maladie préexistante ; or cette entreprise a cessé son activité et la perte de gain serait donc survenue même si l'assuré n'avait pas subi une nouvelle incapacité de travail en raison de la rechute (c. 5.4).

**Auteur : Alain Ribordy, avocat à Fribourg**

Beschwerde gegen das Urteil des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, vom 28. Mai 2015.

#### Sachverhalt:

##### A.

A. (Versicherter, Beschwerdeführer) war seit 1. April 2000 mit Unterbrüchen für die C.AG im Betrieb seines Vaters tätig. Im Rahmen dieses Arbeitsverhältnisses war er im Kollektivversicherungsvertrag bei der B.AG (Versicherung, Beschwerdegegnerin) krankentaggeldversichert. Im Zeitpunkt des erstmaligen Abschlusses des Versicherungsvertrages zwischen der Arbeitgeberin und der Beklagten im Februar 2004 wurde er davon aber noch nicht erfasst, da er seit November 2003 nicht mehr im Unternehmen arbeitete. Erst ab August 2004 stand er gemäss seinen Ausführungen vor Bundesgericht wieder in einem Anstellungsverhältnis im Betrieb seines Vaters und wurde damit vom Kollektivversicherungsvertrag erfasst. Der Vater des Versicherten hat den Betrieb (mit Ausnahme des Occasionenhandels mit den verbliebenen Fahrzeugen) altersbedingt per Ende September 2011

eingestellt und den nicht verwandten Mitarbeitern im Juni 2011 gekündigt. Gegenüber seinem Sohn sprach er die Kündigung erst mit Wirkung per Ende August 2012 aus, da er der Meinung war, zu einem früheren Zeitpunkt könne er seinem Sohn nicht künden, weil dieser wegen eines früheren Unfalls noch in Verhandlungen mit der SUVA stand. Infolge psychischer Beschwerden wurde dem Versicherten ab 1. Oktober 2011 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Mit Faxschreiben vom 29. Juli 2011 hatte der Vater des Versicherten der Versicherung einen monatlichen Gesamtlohn von Fr. 6'500.-- (Fr. 5'500.-- plus die mit einem dem Versicherten überlassenen Fahrzeug zusammenhängenden Kosten) deklariert. Am 21. Januar 2012 meldete er der Versicherung eine Änderung der Lohnsumme seines Sohnes für das Jahr 2011. Bei der Überprüfung der Krankentaggeldabrechnung sei festgestellt worden, dass die Jahreslohnsumme nicht korrekt sei. Am 4. Mai 2012 unterzeichnete er gegenüber der Versicherung eine Schuldanerkennung, wonach der angegebene Lohn unzutreffend sei und er einen zu hohen Lohn angegeben habe, um in den Genuss höherer Versicherungsleistungen zu gelangen. Im weiteren erklärte er sich damit einverstanden, Fr. 16'204.-- zurückzuerstatten.

## **B.**

Die Versicherung richtete dem Versicherten letztmals ab 14. November 2011 bis Ende Dezember 2011 Taggelder aus. Nachdem sich die Versicherung in der Folge weigerte, Taggeldleistungen auszurichten, verlangte der Versicherte vor dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, im Wesentlichen, die Versicherung zu verpflichten, ihm Taggelder ab 1. September 2012 bis zum Ablauf der Versicherungsdeckung zu bezahlen, mindestens aber bis 14. Oktober 2013 im Umfang von Fr. 81'575.05, alles nebst Zins. Mit Urteil vom 28. Mai 2015 wies das Kantonsgericht die Klage ab (Dispositivziffer 1). Es erhob keine Verfahrenskosten (Dispositivziffer 2) und verpflichtete den Versicherten, der Versicherung eine Parteientschädigung von Fr. 23'000.-- zu bezahlen (Dispositivziffer 3).

## **C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen wiederholt der Versicherte im Wesentlichen seine vor Kantonsgericht gestellten Begehren. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, während das Kantonsgericht auf Vernehmlassung verzichtet.

## **Erwägungen :**

### **1.**

Die Vorinstanz hat über den vom Beschwerdeführer gestützt auf das VVG geltend gemachten Anspruch als einzige kantonale Instanz im Sinne von Art. 7 ZPO geurteilt. Damit ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG).

**1.1.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Feststellung des Sachverhaltes kann nur gerügt werden, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht und wenn die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein kann (Art. 97 Abs. 1 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266).

**1.2.** Wer die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, kann sich nicht damit begnügen, den bestrittenen Feststellungen eigene tatsächliche Behauptungen gegenüberzustellen oder darzulegen, wie die Beweise seiner Ansicht nach zu würdigen gewesen wären. Vielmehr ist klar und substantiiert aufzuzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen offensichtlich unrichtig sind. Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254 f.; 133 III 462 E. 2.4 S. 466 f.).

## **2.**

Die Vorinstanz erkannte, in Bezug auf den Beschwerdeführer sei der Versicherungsvertrag nach Art. 9 VVG nichtig, da im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung das befürchtete Ereignis schon eingetreten gewesen sei.

**2.1.** Sie stütze sich auf ein von der IV-Stelle in Auftrag gegebenes Gutachten der psychiatrischen Klinik X. vom 9. April 2013, in dem beim Beschwerdeführer eine Persönlichkeitsstörung mit paranoiden, querulatorischen und narzistischen Zügen diagnostiziert wurde. Dass im Jahr 2002 zunächst keine psychiatrische Erkrankung mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit beziehungsweise anschliessend im Jahr 2008 eine Somatisierungsstörung sowie eine leichte bis mittelschwere depressive Episode mit einer leichten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit im Umfang von 30 % attestiert worden sei, interpretierte das Gutachten nicht als Widerspruch, sondern als Ausdruck einer Entwicklung der bisher unbehandelt gebliebenen, nunmehr diagnostizierten psychiatrischen Störung. Schon damals sei deutlich gewesen, dass der Beschwerdeführer selbst im rücksichtsvollen familiären Rahmen des väterlichen Betriebes nicht tragbar gewesen sei. Der Beschwerdeführer sei bis 2011 ausschliesslich unter quasi geschützten und sehr wohlwollenden Bedingungen im väterlichen Betrieb tätig gewesen. Deshalb sei auch weiterhin nur eine Tätigkeit im geschützten Rahmen von rund 50 % möglich. Eine Tätigkeit auf dem freien Arbeitsmarkt sei nicht zumutbar. Schon das letzte Gutachten im Jahre 2008 habe eine um 30 % reduzierte Arbeitsfähigkeit festgestellt, die sich auf die Tätigkeit im väterlichen Betrieb bezogen habe.

**2.2.** Das Gutachten deckt sich nach Auffassung der Vorinstanz mit den Einschätzungen des Bürgerspitals U. vom 5. Juli 2011 betreffend die berufliche Abklärung. Auch daraus sei ersichtlich, dass der Beschwerdeführer aufgrund einer deutlich überwertigen Krankheitswahrnehmung bereits seit längerer Zeit über nur ungenügende psychische Ressourcen verfügt habe. Auch das Bürgerspital gehe davon aus, der Beschwerdeführer habe schon seit 2003 am Arbeitsplatz des väterlichen Betriebs immer wieder Unregelmässigkeiten in der Arbeitszeit oder sonstigen Abwesenheiten zu verzeichnen gehabt. Dies decke sich auch mit den anlässlich der Parteiverhandlung vom 6. November 2014 gewonnenen Erkenntnissen. Diese zeigten, dass der Beschwerdeführer schon bei Beginn der Anstellung im Jahre 2000 an psychiatrisch bedingten Beschwerden gelitten habe. So habe der Vater des Beschwerdeführers angegeben, dass dieser schon früh "grauenhafte Probleme" geklagt habe und für die Dauer von mehreren Monaten "von heute auf morgen plötzlich verschwunden" sei, wenn ihm "mal etwas nicht gepasst" habe. Ausserdem habe er über die ganze Zeit hinweg betrachtet eine lediglich hälftige Präsenz gezeigt. Auch der behandelnde Psychiater Dr. D. habe die erneute depressive Symptomatik des Beschwerdeführers mit Verweis auf die Vorbegutachtung der Jahre 2002 und 2008 ausdrücklich mit dem Verlust des geschützten Arbeitsplatzes im väterlichen Betrieb begründet. Die gutachterliche Beurteilung der X. vom 9. April 2013 lasse daher keinen anderen Schluss zu, als dass deutlich vor Oktober 2011 nicht nur eine psychiatrische Erkrankung des Beschwerdeführers im Sinne einer sich bereits über längere Zeit hinweg entwickelnden Persönlichkeitsstörung, sondern auch schon früh eine durch diese Erkrankung bedingte erhebliche Einschränkung der Arbeitsfähigkeit vorgelegen habe. Bestätigt sah die Vorinstanz diese Annahme durch die IV-Akten.

**2.3.** Die Vorinstanz kam zum Schluss, beim Beschwerdeführer zeige sich ein Bild einer sich spätestens seit dem jungen Erwachsenenalter entwickelnden Persönlichkeitsstörung. Daran vermöge nichts zu ändern, dass die letztlich erst durch die X. im April 2013 formal diagnostizierte Persönlichkeitsstörung anlässlich der ersten Y. Begutachtung im Dezember 2002 zunächst unerkannt beziehungsweise in der Folge in der psychiatrischen Fachbegutachtung durch eine andere Gutachterstelle (die Z.) im Februar 2008 als Somatisierungsstörung und depressive Störung interpretiert worden sei. Die schleichende Entwicklung sei einer Persönlichkeitsstörung geradezu inhärent, weshalb sich die Schlussfolgerungen der X. als nachvollziehbar und schlüssig erwiesen. Wie es sich mit den Zweifeln der

Beschwerdegegnerin, ob überhaupt je ein Arbeitsverhältnis zwischen dem väterlichen Betrieb und dem Beschwerdeführer bestanden habe, verhalte, liess die Vorinstanz offen. Die Arbeit des Beschwerdeführers im väterlichen Betrieb müsse in Übereinstimmung mit den Ärzten seit Beginn weg als Arbeit im geschützten Rahmen qualifiziert werden. Da der Beschwerdeführer aufgrund seiner psychischen Erkrankung nicht in der Lage gewesen sei, seine Bedeutung im väterlichen Betrieb und mit ihr seine eigene Leistungsfähigkeit realistisch einzuschätzen, könne ihm allerdings kein Versicherungsmissbrauch vorgeworfen werden. Weil der Beschwerdeführer aber noch vor seinem erstmaligen Einschluss in die Versicherung und mithin noch vor dem Zeitpunkt des erstmaligen Vertragsschlusses zwischen seiner Arbeitgeberin und der Beschwerdegegnerin im Februar 2004 infolge der schon früh in Erscheinung getretenen Persönlichkeitsstörung in der Arbeitsfähigkeit eingeschränkt gewesen sei, seien die Folgen seiner psychischen Erkrankung für den geltend gemachten Zeitraum ab 1. September 2012 bis 14. Oktober 2013 durch die auf den 1. Januar 2011 neu abgeschlossenen Versicherungspolice zwischen dem väterlichen Betrieb und der Beschwerdegegnerin gestützt auf das in Art. 9 VVG statuierte Rückversicherungsverbot nicht gedeckt. Eine derart manifest gewordene - insbesondere auch psychische - Erkrankung könne nicht mehr versichert werden, auch wenn sie im Augenblick des Vertragsschlusses noch nicht sichtbar zutage getreten sei. Damit komme der Frage, wie es sich mit der Abgrenzung zwischen dem Erstabschluss per 2004 und einer allfälligen blossen Änderung des bestehenden Vertrages bei den nachfolgenden Neuabschlüssen der Police verhalte, keine Bedeutung zu.

### **3.**

Der Beschwerdeführer rügt zunächst, die anwaltlich vertretene Beschwerdegegnerin habe den Einwand des nach Art. 9 VVG nicht versicherbaren Risikos nicht erhoben. Er beruft sich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach auch unter Geltung der ZPO an der davor zum Umfang der sozialen Untersuchungsmaxime ergangenen Rechtsprechung festzuhalten sei (Urteil des Bundesgerichts 4A\_491/2014 vom 30. März 2015 E. 2.6.1 mit Hinweisen). Er ist der Auffassung, die Vorinstanz habe die Grenzen des Untersuchungsgrundsatzes in unzulässiger Weise ausgeweitet.

**3.1.** Gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO haben die Parteien dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben. Art. 55 Abs. 2 ZPO behält gesetzliche Bestimmungen über die Feststellung des Sachverhaltes und die Beweiserhebung von Amtes wegen ausdrücklich vor, wie sie in Art. 247 Abs. 2 i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung vorgesehen ist. Auf die Tragweite dieser Bestimmung braucht indessen nicht weiter eingegangen zu werden, denn in jedem Fall gilt, dass das Gericht das Recht von Amtes wegen anwendet (Art. 57 ZPO). Mit Blick darauf ist es nicht notwendig, dass sich die Beschwerdegegnerin auf Art. 9 VVG beruft. Das Gericht darf einer Partei zwar nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 ZPO). In diesem Rahmen konnte die Vorinstanz aber, soweit die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben waren, Art. 9 VVG von Amtes wegen anwenden, auch wenn sich keine Partei darauf berufen hat. Nur wenn die Heranziehung der Norm von den Parteien nicht hätte vorhergesehen werden können, wäre ihnen dazu vorab das rechtliche Gehör zu gewähren gewesen (vgl. BGE 130 III 35 E. 5 S. 39; 93 I 130 E. 8b S. 151).

**3.2.** Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt der Beschwerdeführer aber nur insoweit, als allein der Hinweis, die Nichtigkeit im Sinne von Art. 9 VVG sei von Amtes wegen zu prüfen, mit Blick auf die Komplexität der Rechtslage nicht genüge. Damit beanstandet er sinngemäss, der angefochtene Entscheid sei nicht rechtgenügend begründet. Er zeigt aber nicht auf, dass die Begründung nicht ausgereicht hätte, um den Entscheid in diesem Punkt sachgerecht anfechten zu können (BGE 136 I 184 E. 2.2.1 S. 188). Eine Verletzung des Gehörsanspruchs ist nicht dargetan.

### **4.**

Der Beschwerdeführer bestreitet sodann, dass die ab Oktober 2011 eingetretene Arbeitsunfähigkeit infolge der im Jahre 2013 diagnostizierten Persönlichkeitsstörung ein nicht mehr versicherbares Risiko darstelle. Massgebend für die Frage, ob eine unzulässige Rückwärtsversicherung vorlag, sei die Erkenntnis im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, also im Zeitpunkt der Wiederaufnahme der Tätigkeit des Beschwerdeführers im väterlichen Betrieb im August 2004.

**4.1.** Der Beschwerdeführer stützt sich auf das Y. Gutachten vom 9. Januar 2003, welches eine Wirbelsäulenfehlhaltung diagnostiziert habe und wonach keine nach ICD-10 diagnostizierbare psychische Erkrankung vorliege und keine Befunde ersichtlich seien, warum der Explorand nicht in der Lage sein sollte, die Tätigkeit als kaufmännischer Angestellter in der Autobranche auszuführen. Weiter beruft er sich auf einen Arztbericht vom 16. August 2004, wonach aktuell eine 100%ige Arbeitsfähigkeit bestehe und die Psyche i.O. sei. Erst im März 2007 habe der Beschwerdeführer infolge Überweisung durch den Hausarzt wegen Verdachts auf psychische Überlagerung der chronischen körperlichen Symptomatik Kontakt mit dem Psychiater Dr. D. aufgenommen, der im Arztbericht vom 24. Mai 2007 eine reaktive depressive Störung erhoben habe. Im Rahmen einer weiteren Begutachtung im Auftrag der IV-Stelle sei am 12. Februar 2008 ein psychiatrisches Fachgutachten erstellt worden. Hier sei eine Somatisierungsstörung sowie eine leichte bis mittelschwere depressive Episode mit einer aus rein psychiatrischer Sicht erstmals festgelegten Einschränkung der Arbeitsfähigkeit um 30 % diagnostiziert worden.

**4.2.** Der Beschwerdeführer macht gestützt auf diese echtzeitlichen Dokumente geltend, die im Jahre 2013 diagnostizierte Krankheit einer Persönlichkeitsstörung habe bei Vertragsschluss weder diagnostiziert, noch dem Versicherten bekannt sein können. Die Entwicklung hin zur Erwerbsunfähigkeit sei ebenfalls nicht vorhersehbar gewesen. Die Ausführungen des Vaters an der Verhandlung vom 6. November 2014 habe die Vorinstanz zum Teil aus dem Zusammenhang gerissen. Die vom Vater zitierten "grauenhaften Probleme" seien im Zusammenhang mit den Allergien formuliert worden. Die Annahme der Vorinstanz, die gutachterliche Beurteilung der X. vom 9. April 2013 lasse keinen anderen Schluss zu, als dass deutlich vor Oktober 2011 nicht nur eine psychiatrische Erkrankung des Beschwerdeführers im Sinne einer sich über bereits längere Zeit hinweg entwickelnde Persönlichkeitsstörung, sondern mit ihr auch schon früh eine durch diese Erkrankung bedingte erhebliche Arbeitsunfähigkeit vorgelegen habe, sei willkürlich.

**4.3.** Willkürlich ist ein Entscheid nach konstanter Rechtsprechung nicht schon dann, wenn eine andere Lösung ebenfalls vertretbar erscheint oder gar vorzuziehen wäre. Das Bundesgericht hebt einen kantonalen Entscheid wegen Willkür vielmehr nur auf, wenn er offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft. Dabei genügt es nicht, wenn sich nur die Begründung des angefochtenen Entscheides als unhaltbar erweist. Eine Aufhebung rechtfertigt sich nur dann, wenn der Entscheid auch im Ergebnis verfassungswidrig ist (BGE 140 III 16 E. 2.1 S. 18 f; 129 I 8 E. 2.1 S. 9).

**4.4.** Selbst wenn die Vorinstanz eine einzelne Aussage nicht korrekt gewürdigt haben sollte, genügt dies nicht, um ihre Beweiswürdigung im Ergebnis als offensichtlich unhaltbar auszuweisen. Gerade bei progredient verlaufenden Krankheiten ist durchaus denkbar, dass sie zunächst (echtzeitlich) nicht korrekt diagnostiziert werden, sondern erst in einem späteren Zeitpunkt, wenn sich die Symptomatik stärker manifestiert. Die Vorinstanz stützt ihre Auffassung nicht nur auf die gutachterliche Beurteilung der X. vom 9. April 2013, sondern hat auch darauf abgestellt, dass der Beschwerdeführer für die Dauer von mehreren Monaten "von heute auf morgen plötzlich verschwunden" sei, wenn ihm "mal etwas nicht gepasst" habe, und über die ganze Zeit hinweg betrachtet eine lediglich häftige Präsenz gezeigt habe. Von Willkür kann insoweit keine Rede sein.

**5.**

Zu prüfen bleibt, ob die Vorinstanz gestützt auf diese Feststellungen zu Recht davon ausging, Art. 9 VVG sei anzuwenden.

**5.1.** Gemäss Art. 9 VVG ist ein Versicherungsvertrag nichtig, wenn bei Vertragsschluss das befürchtete Ereignis bereits eingetreten ist. Die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, muss sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen; ist dieses bereits eingetreten, ist eine künftige Verwirklichung der Gefahr nicht möglich. Eine sogenannte Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, ist unzulässig, unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt. Ob die Vertragsparteien vom Eintritt des Ereignisses bei Vertragsschluss Kenntnis hatten, ist unerheblich (BGE 127 III 21 E. 2b/aa S. 23 f.).

**5.1.1.** Mit Blick auf die Krankenversicherung qualifizierte das Bundesgericht in BGE 127 III 21 E. 2b/bb S. 25 die Krankheit als das befürchtete Ereignis. Es erkannte, das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit sei juristisch nicht als selbständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG (BGE 127 III 21 E. 2b S. 23 ff.; vgl. für Unfallfolgen auch Urteil des Bundesgerichts 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 E. 2.1.1 f.).

**5.1.2.** Diese Rechtsprechung ist in der Literatur auf Kritik gestossen. Es wird beanstandet, der Entscheid könne zu weltfremden Ergebnissen führen, indem eine Vielzahl von Personen vom Abschluss neuer Verträge in der privaten Krankenversicherung ausgeschlossen wären (HANS PETER WALTER, Rückwärtsversicherung und Unmöglichkeit des Versicherungsfalles, in: Totalrevision VVG, [Schnyder/Weber Hrsg.], 2006, S. 53 ff. 62). Sodann wird das Ergebnis insbesondere als schockierend empfunden, wenn - wie in BGE 127 III 21 - der Versicherte seine gesundheitliche Situation der Versicherung mitgeteilt habe (VINCENT BRULHART, Droit des assurances privées, 2008, S. 189 Rz. 427). Auch wird darauf hingewiesen, die Rechtsprechung könnte gerade mit den fortschreitenden Erkenntnissen der Gentechnologie zu Problemen führen, da auf Gendefekte zurückzuführende Krankheiten, jedenfalls wenn sie bereits einmal aufgetreten sind, nicht mehr versicherbar wären (ROLAND SCHAER, "Das alte Leiden" und die "leidige" Rückwärtsversicherung, in: HAVE 2002, S. 295 ff. 297; HEINZ HAUSHEER/MANUEL JAUN, Die privatrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts im Jahre 2001, in: ZBJV 139/2003 S. 65; vgl. zum Ganzen auch: URS CH. NEF/CLEMENS VON ZEDTWITZ, in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, 2012, Ad N. 14/15 a zu Art. 9 VVG S. 73 f. mit Hinweisen).

**5.2.** In einer späteren Entscheid hat das Bundesgericht die zitierte Rechtsprechung denn auch relativiert. Es sah in Bezug auf eine Versicherung gegen krankheitsbedingten Erwerbsausfall die Voraussetzungen für die Anwendung von Art. 9 VVG nicht als gegeben, soweit die Krankheit bis zum Vertragsschluss nie zu einer krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit geführt hat. Das Bundesgericht hielt bezüglich der konkreten Umstände des dort zu beurteilenden Falles fest, die Krankheit sei bei Vertragsschluss weder diagnostiziert, noch dem Versicherten bekannt gewesen. Die Entwicklung hin zu einer Erwerbsunfähigkeit sei ungewiss gewesen. In einem derartigen Fall habe der Versicherer einfach eine Versicherung mit einem Versicherten abgeschlossen, der aus in seiner Person liegenden aber beiden Parteien unbekanntem Gründen ein schlechtes Versicherungsrisiko aufweise. Dies gestatte der Versicherung nicht, sich ihrer vertraglichen Pflichten zu entziehen. Es sei vielmehr ihre Aufgabe, dieses Risiko zu tragen, indem sie einen Ausgleich schaffe zwischen den "guten" und "schlechten" Risiken der Vielzahl der Versicherten (BGE 136 III 334 E. 3 S. 340; vgl. NEF/VON ZEDTWITZ, a.a.O., Ad N. 14/15 a zu Art. 9 VVG S.74; vgl. auch zit. Urteil 4A\_491/2014 E. 2.1 und 2.2).

**5.3.** Im zu beurteilenden Fall hatte die Krankheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses, beziehungsweise des erstmaligen Einschusses des Beschwerdeführers in die Versicherung, nach den

Feststellungen der Vorinstanz bereits zu einer Verminderung der Arbeitsfähigkeit geführt. Insoweit stellt sich die Frage, ob eine Rückwärtsversicherung vorliegt, auch wenn man für den Eintritt des versicherten Ereignisses nicht auf die Krankheit, sondern die Arbeitsunfähigkeit abstellt. Obwohl die Krankheit bei Vertragsschluss bereits bestand und zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hatte, musste in diesem Zeitpunkt aber nicht mit einer neuen vollständigen Arbeitsunfähigkeit infolge Rückfalls gerechnet werden, da die Krankheit nach den Feststellungen der Vorinstanz im Augenblick des Vertragsschlusses noch nicht sichtbar zutage getreten war und die Persönlichkeitsstörung erst mit dem X. -Gutachten vom 9. April 2013 diagnostiziert wurde - lange nach sämtlichen Vertragsschlüssen. Diese Krankheit war bei Vertragsschluss weder diagnostiziert, noch dem Versicherten bekannt (BGE 136 III 334 E. 3 S. 340), auch wenn sie (anders als in BGE 136 III 334) bereits einmal zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hatte. Dies zeigt, dass die in der Lehre vertretene Auffassung, der Versicherte habe notwendigerweise Kenntnis vom Ausbruch einer Krankheit, die bereits vor Vertragsschluss zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hat (STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheiden des Bundesgerichts, in: HAVE 2015 S. 174), nicht in allen Fällen zutrifft.

**5.4.** Auf diese Problematik braucht indessen nicht weiter eingegangen zu werden. Im Privatversicherungsrecht muss zwischen der versicherten Gefahr und dem eingetretenen Ereignis ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen. Das eingetretene Ereignis muss auf die versicherte Gefahr zurückzuführen sein. Dies bedeutet, dass die versicherte Gefahr nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass nicht auch das eingetretene Ereignis entfielen (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, S. 282 f. Rz. 11.7; WILLY KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1967, S. 263; vgl. BRULHART, a.a.O., S. 262 Rz. 574; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 1995, S. 332 f.). Das gilt auch bei mehrgliedrigen Gefahrartbeständen (FUHRER, a.a.O., S. 283 Rz. 11.10).

**5.4.1.** Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat der Beschwerdeführer seit Beginn im väterlichen Betrieb nie die volle Leistung erbracht. Nach Aussage seines Vaters ist der Beschwerdeführer für die Dauer von mehreren Monaten "von heute auf morgen plötzlich verschwunden", wenn ihm "mal etwas nicht gepasst" hat. Ausserdem habe er über die ganze Zeit hinweg betrachtet eine lediglich hälftige Präsenz gezeigt. Die Vorinstanz hat die Arbeit des Beschwerdeführers im väterlichen Betrieb seit Beginn weg als Arbeit im geschützten Rahmen qualifiziert. Der behandelnde Psychiater Dr. D. hat die erneute depressive Symptomatik des Beschwerdeführers mit Verweis auf die Vorbegutachtung der Jahre 2002 und 2008 ausdrücklich mit dem Verlust des geschützten Arbeitsplatzes im väterlichen Betrieb begründet.

**5.4.2.** Die Vorinstanz hat festgehalten, dass der Beschwerdeführer im massgebenden Zeitpunkt infolge der Betriebsaufgabe auch im Gesundheitsfall nicht mehr für seine Arbeitgeberin tätig gewesen wäre. Da der Beschwerdeführer sein Arbeitspensum aber nur im geschützten Rahmen des väterlichen Betriebs erbringen konnte, wäre der von ihm erlittene Erwerbsausfall auch ohne Krankheit eingetreten als Folge der Betriebsaufgabe, auch wenn die Kündigung mit Blick auf die Sozialversicherung nicht gleichzeitig mit der Betriebsaufgabe ausgesprochen wurde. Das Risiko der Betriebsaufgabe ist aber nicht dasjenige, das mit der Zusatzversicherung abgedeckt wurde. Unter diesem Gesichtspunkt ist es zumindest im Ergebnis nicht zu beanstanden, dass die Vorinstanz die Klage abgewiesen hat.

## **6.**

Der Beschwerdeführer beanstandet die Kostenverteilung und rügt eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör, weil ihm die Kostennote der Gegenpartei nicht zugestellt worden sei.

**6.1.** Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör dient einerseits der Sachaufklärung und stellt andererseits ein persönlichkeitsbezogenes Mitwirkungsrecht beim Erlass

eines Entscheids dar, welcher in die Rechtsstellung des Einzelnen eingreift. Dieser Anspruch ist formeller Natur, womit seine Verletzung ungeachtet der materiellen Begründetheit des Rechtsmittels zur Gutheissung der Beschwerde und zur Aufhebung des angefochtenen Entscheides führt (BGE 135 I 187 E. 2.2. S. 190 mit Hinweisen), soweit dies nicht zu einem formalistischen Leerlauf führt (BGE 132 V 387 E. 5.1 S. 390 mit Hinweis). Wird die Parteientschädigung anhand einer Honorarnote des Rechtsvertreters der Gegenpartei festgesetzt, kann es das rechtliche Gehör verletzen, wenn die Partei, die die Entschädigung zu leisten hat, sich zur Honorarnote nicht äussern kann (Urteil des Bundesgerichts 1C\_231/2009 vom 7. Mai 2010 E. 7 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4D\_64/2014 vom 20. Januar 2015 E. 5.1 f.).

**6.2.** Die Schlussabrechnung bezüglich des Anwaltshonorars datiert vom 29. Mai 2015 und ging gemäss den Akten beim Gericht am 1. Juni 2015 ein. Das Vorabdispo trägt zwar das Entscheiddatum vom 28. Mai 2015. Gemäss dem Protokoll der Parteiverhandlung vom 28. Mai 2015 forderte die Gerichtspräsidentin die Beschwerdegegnerin aber auf, ihre zusammenfassende Schlussabrechnung einzureichen, und kündigte an, das Gericht werde die Angemessenheit zu Lasten des Beschwerdeführers prüfen und das Urteil hinsichtlich der Parteientschädigung komplettieren. Versendet wurde das auf Wunsch des Beschwerdeführers erstellte Vorabdispositiv gemäss Verfahrensprotokoll am 5. Juni 2015 und damit nach Eingang der Kostennote. Mit Eingabe vom 6. August 2015 ersuchte der Beschwerdeführer um Akteneinsicht bezüglich der Kostenregelung. Daraufhin wurde ihm die Schlussabrechnung mit Schreiben vom 7. August 2015 zur Kenntnisnahme zugestellt. Das begründete Urteil wurde am 24. August 2015 an die Parteien versandt.

**6.3.** Die Vorinstanz hat die Kosten gestützt auf die Honorarnote festgesetzt, ohne dem Beschwerdeführer Gelegenheit zu geben, vorher dazu Stellung zu nehmen. Insoweit hat sie seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Auf die weiteren Vorbringen des Beschwerdeführers bezüglich der Parteientschädigung ist daher nur einzugehen, soweit er geltend macht, der Beschwerdegegnerin hätte überhaupt keine Parteientschädigung zugesprochen werden dürfen. Diesfalls käme der Kostennote nämlich keine Bedeutung zu. Ansonsten wird es Sache der Vorinstanz sein, über die Kosten nach Gewährung des rechtlichen Gehörs neu zu entscheiden.

**6.4.** Materiell beanstandet der Beschwerdeführer, die Vorinstanz habe die Prozesskosten zu Unrecht nach dem Obsiegen (Art. 106 ZPO) verteilt, ohne eine Kostenverteilung nach Ermessen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO) in Erwägung zu ziehen. Es lägen aber besondere Umstände vor, die eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen liessen. Er beruft sich insbesondere darauf, bei Klageeinreichung habe einerseits (entgegen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1) noch die Praxis bestanden, der obsiegenden Versicherung keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Vorinstanz habe nach Klageeinreichung die entsprechende Praxis des Bundesgerichts übernommen, wonach der durch einen externen Anwalt vertretene obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung habe. Andererseits habe sich die Beschwerdegegnerin hauptsächlich auf Versicherungsmissbrauch berufen und nicht auf die von der Vorinstanz (in den Augen des Beschwerdeführers zu Unrecht) herangezogene Begründung. Unter diesen Umständen verstosse die Auferlegung der Parteikosten bereits im Grundsatz gegen Art. 107 ZPO.

**6.4.1.** Gemäss Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten (d.h. Gerichtskosten und Parteientschädigung; Art. 95 Abs. 1 ZPO) der unterliegenden Partei auferlegt. Art. 107 ZPO sieht für verschiedene typisierte Fälle vor, dass das Gericht von den Verteilungsgrundsätzen gemäss Art. 106 ZPO abweichen und die Prozesskosten nach Ermessen verteilen kann (BGE 139 III 358 E. 3 S. 360 mit Hinweis). Dies ist namentlich der Fall, wenn besondere Umstände eine Verteilung nach dem Ausgang des Verfahrens als unbillig erscheinen lassen (Art. 107 Abs. 1 lit. f ZPO). Das Gesetz räumt dem Gericht den Spielraum ein, auf Billigkeitserwägungen zurückzugreifen, wenn im Einzelfall die Belastung der unterlegenen Partei mit Prozesskosten als ungerecht erscheint. Als Beispiele für



derartige besondere Umstände werden ein sehr ungleiches finanzielles Kräfteverhältnis zwischen den Parteien (vgl. die Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses durch einen Aktionär, wie sie in aArt. 706a Abs. 3 OR geregelt war) aufgeführt sowie das Verhalten der obsiegenden Partei, das entweder zur Klageerhebung Anlass bot oder zusätzlichen ungerechtfertigten Verfahrensaufwand verursachte (BGE 139 III 33 E. 4.2 S. 35 mit Hinweisen). Nach seinem klaren Wortlaut ist Art. 107 ZPO eine "Kann"-Bestimmung. Das Gericht verfügt im Anwendungsbereich dieser Norm mithin nicht nur über Ermessen, wie es die Kosten verteilen will, sondern zunächst und insbesondere bei der Frage, ob es überhaupt von den allgemeinen Verteilungsgrundsätzen nach Art. 106 ZPO abweichen will (BGE 139 III 358 E. 3 S. 360).

**6.4.2.** Ermessensentscheide überprüft das Bundesgericht an sich frei. Es übt dabei aber Zurückhaltung und schreitet nur ein, wenn die Vorinstanz grundlos von in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen abgegangen ist, wenn sie Tatsachen berücksichtigt hat, die für den Entscheid im Einzelfall keine Rolle spielen dürfen, oder wenn sie umgekehrt Umstände ausser Betracht gelassen hat, die hätten beachtet werden müssen. Es greift ausserdem in Ermessensentscheide ein, wenn sich diese als offensichtlich unbillig, als in stossender Weise ungerecht erweisen (BGE 138 III 669 E. 3.1 S. 671; 135 III 121 E. 2 S. 123 f.).

**6.4.3.** Der Beschwerdeführer macht nicht geltend, er hätte anders prozessiert, wenn er gewusst hätte, dass ihm eine Parteientschädigung an die Gegenpartei auferlegt werden könnte. Daher kann er aus einer früheren, nicht mit der bundesgerichtlichen übereinstimmenden Praxis von vornherein nichts zu seinen Gunsten ableiten. Dass die Beschwerdegegnerin vor Vorinstanz mit dem Argument des Versicherungsmissbrauchs nicht durchgekommen ist, bedeutet nicht zwingend, dass eine vom Mass des Obsiegens abweichende Kostenverteilung hätte greifen müssen, zumal der Vater des Beschwerdeführers anerkannt hat, er habe einen zu hohen Lohn angegeben, um in den Genuss höherer Versicherungsleistungen zu gelangen - so dass sich offensichtlich die Frage nach einem Versicherungsmissbrauch stellte.

**6.4.4.** Es verletzt im Grundsatz kein Bundesrecht, wenn die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin eine Parteientschädigung zuspricht. Auf die Frage, ob die Parteientschädigung in der Höhe richtig festgesetzt wurde (insbesondere auf den Einwand, die Kostenkürzung sei angesichts des notwendigen Aufwands nicht hinreichend gewesen), ist nicht einzugehen, auch nicht in Bezug auf das vom Beschwerdeführer geltend gemachte wirtschaftliche Gefälle zwischen den Parteien und den Einwand, die Kosten dürften nicht prohibitiv wirken. Denn die Vorinstanz wird über die Höhe der Parteientschädigung nach Gewährung des rechtlichen Gehörs zur Schlussabrechnung neu entscheiden müssen.

## **7.**

Damit ist die Beschwerde bezüglich der Parteientschädigung im kantonalen Verfahren teilweise gutzuheissen und die Sache insoweit zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Der Beschwerdeführer obsiegt nur in einem untergeordneten Punkt und auch in diesem Punkt nur teilweise. Es erscheint daher gerechtfertigt, ihn die vollen Kosten- und Entschädigungsfolgen tragen zu lassen.

### **Demnach erkennt das Bundesgericht :**

1. Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, Dispositivziffer 3 des angefochtenen Urteils aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung über die Parteientschädigung an die Vorinstanz zurückgewiesen. Im Übrigen wird die Beschwerde abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3. Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 4'500.-- zu entschädigen.

4. Dieses Urteil wird den Parteien und dem Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht, schriftlich mitgeteilt.