

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060127\_d\_zh\_o\_01 vom 27. Januar 2006**

FINMA Versicherungsrecht, 2006-01-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20060127\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20060127_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060127\_d\_zh\_o\_01 du 27 janvier 2006

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060127\_d\_zh\_o\_01 del 27 gennaio 2006

## **Erwägungen**

### **E. 1**

November 1999 bis zum 31. März 2000 eine ganze Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 100 % und ab dem 1. April 2000 bis zum 28. Februar 2001 eine halbe Invalidenrente bei einem Invaliditätsgrad von 54 % zu, und legte fest, dass die Auszahlung der Nachzahlungsbeträge an den Versicherten erfolge (Urk. 2/6; vgl. auch die Verfügung vom 5. März 2001 über den laufenden Rentenanspruch ab 1. März 2001, Urk. 2/24). Die Y forderte daraufhin die Fr. 15'125.-- direkt beim Versicherten ein (Urk. 10/7). Anfang 2002 korrespondierten die Parteien erneut über die Begründetheit dieser geltend gemachten Rückforderung (Urk. 10/3, 10/8, 10/4, 2/9, 2/10). Im Schreiben vom 24. Juni 2002 (Urk. 2/11) machte die Y erstmals geltend, ihr lägen die Einkommenszahlen des Versicherten des Jahres 2000 vor. Trotz der für das Jahr 2000 medizinisch ausgewiesenen Arbeitsunfähigkeit von 50 % habe der Versicherte mehr verdient als im Jahr 1998. Damit sei davon

KK.2003.00005 / Seite 3 von 14 auszugehen, dass der Versicherte im Jahr 2000 keinen Einkommensausfall erlitten habe. Die im Jahr 2000 ausbezahlten Taggeldleistungen von Fr. 29'570.40 seien damit insgesamt zu Unrecht erbracht worden. In der Folge kam es zwischen den Parteien zu keiner Einigung über eine teilweise Rückzahlung der erbrachten Taggeldzahlungen (vgl. Urk. 2/12, 2/14).

### **E. 1.1**

Bei der vom Beklagten mit der Klägerin abgeschlossenen Taggeldversicherung handelt es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung im Sinne von Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG), welche dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) untersteht (vgl. Urk. 2/1 Art. 29, 2/3 und 1 S. 2). Diese Variante einer Taggeldversicherung besteht neben der Möglichkeit der sozialversicherungsrechtlichen Taggeldversicherung, welche in den Art. 67 ff. KVG geordnet ist (vgl. Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes in Sachen Z. vom 3. Juli 2001, 5C.41/2001, Erw. 2b/bb). 1..2 Nach Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) sehen die Kantone für Streitigkeiten aus

KK.2003.00005 / Seite 4 von 14 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt.

### **E. 1.3**

Vorbehältlich der im VVG enthaltenen zwingenden und halbzwingenden Bestimmungen richtet sich das Vertragsverhältnis nach den konkreten Abmachungen der Parteien und den für anwendbar erklärten allgemeinen Versicherungsbedingungen (vgl. Art. 3 VVG; Stoessel und Fuhrer, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, S. 12 N 34 f., S. 76 N 6 ff. und S. 474 N 39; Entscheid des Schweizerischen Bundesgerichtes in Sachen Z. vom 3. Juli 2001, 5C.41/2001, Erw. 2b/bb).

#### **E. 1.4**

Die allgemeinen Versicherungsbedingungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. So erfolgt denn auch bei den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensgrundsatz. Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Schliesslich und subsidiär müssen mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 122 III 121 Erw. 2a mit Hinweisen). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn, wobei aber auch der Vertragszweck zu berücksichtigen ist (vgl. Stoessel, a.a.O., S. 25 Rz 24). Bei der Interpretation breit angelegter Vertragsbestimmungen muss der systematischen Auslegung zudem erhebliches Gewicht beigemessen werden (BGE 122 III 122 Erw. 2b; vgl. auch Stoessel, a.a.O., S. 25 ff. Rz 23 ff.). 2. Die Klägerin begründet ihren Rückforderungsanspruch im Wesentlichen damit, dass anlässlich der erneuten Prüfung der ersten geltend gemachten Rückforderung von Fr. 15'125.-- das ganze Dossier am 28. Mai 2002 an die Fachstelle Krankentaggeld übergeben worden sei. Diese habe festgestellt, dass der Beklagte trotz der 50 %igen Arbeitsunfähigkeit im Jahr 2000 mehr verdient habe als im gesamten Jahr 1998 (Urk. 1 S. 5). Damit fehle es an dem für Taggeldausrichtungen erforderlichen Einkommensausfall und die im Jahr 2000 entrichteten Taggelder im Betrag von Fr. 29'570.40 seien gestützt auf Art. 62 ff. des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR) in Verbindung mit Art. 1 und 42 der anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die F Kollektiv-

KK.2003.00005 / Seite 5 von 14 Taggeldversicherungen (AVB) zurückzuerstatten (Urk. 1 S. 8). Der Beklagte stütze sich zum Nachweis des Einkommensausfalles zu Unrecht auf das im Vorbescheid der Schweizerischen Invalidenversicherung erwähnte Valideneinkommen von Fr. 153'000.--, welches in der Folge in den Rentenverfügungen reduziert worden sei (Urk. 9 S. 5). Der Beklagte habe eine feste Lohnsumme von Fr. 81'250.-- versichert. Wenn er in einem Schadenfall auf Grund eines höheren Einkommens mehr Leistungen verlange, so hätte er die versicherte Lohnsumme entsprechend erhöhen müssen (Urk. 9 S. 6). Die geltend gemachte Rückforderung unterliege der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 67 OR. Da erst nach der nochmaligen Überprüfung nach dem 28. Mai 2002 festgestellt worden sei, dass der Beklagte im Jahr 2000 mehr verdient gehabt habe als im Jahr 1998, habe die einjährige Verjährungsfrist nach Art. 67 OR in diesem Zeitpunkt beziehungsweise mit dem an den Beschwerdeführer gerichteten Schreiben vom 24. Juni 2002 zu laufen begonnen (Urk. 9 S. 3 f., 19 S. 2 f.). Der Beklagte lässt dagegen ausführen, die geltend gemachte Rückforderung sei verjährt. Das letzte Taggeld sei am 28. November 2000 ausbezahlt worden. Im Zeitpunkt der Klageerhebung am 25. Februar 2003 sei die in

Art. 46 VVG fest- gesetzte zweijährige Verjährung damit bereits eingetreten gewesen. Auch wenn die einjährige Verjährungsfrist gemäss Art. 67 OR gelte, sei die Verjährung bei Klageerhebung bereits eingetreten gewesen. Denn bereits am 14. Februar 2001 habe die Klägerin ihm erstmals mitgeteilt, dass eine Überentschädigung vorliege (Urk. 6 S. 2, 14 S. 2 und 32). Angesichts der erheblichen Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit habe er grundsätzlich Anspruch auf die ausgerichteten Tag- geldleistungen (Urk. 6 S. 3 f.). Da auch unter Einrechnung der Taggeldleistun- gen keine Überentschädigung resultiere, könnten die Taggelder nicht zurückge- fordert werden. Als Erwerbsausfall sei das von der Schweizerischen Invaliden- versicherung ermittelte Valideneinkommen von Fr. 153'000.-- anzunehmen (Urk. 6 S. 3 f., 14 S. 3). Er habe 1998 gestützt auf die damaligen Einkommens- verhältnisse nur eine Lohnsumme von Fr. 81'250.-- versichert. Der Umstand, dass er trotz der eingeschränkten Arbeitsfähigkeit im Jahr 2000 das vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erzielte Einkommen nach wie vor zu erzielen vermocht habe, stehe unter anderem damit im Zusammenhang, dass das Geschäft im Auf- bau begriffen gewesen sei und die Einkommenszahlen eine stark steigende Ten- denz aufgewiesen hätten. Nach Eintritt des Versicherungsfalles wäre die Erhö- hung der abrechnungspflichtigen Lohnsumme von der Klägerin zudem abge- lehnt worden (Urk. 6 S. 5, 14 S. 3 f.). Die Klägerin verkenne, dass ihre Leis- tungspflicht sich auf Grund der Situation bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit be- urteile. Allfällige nachfolgend eintretende Entwicklungen seien im Zusammen-

KK.2003.00005 Seite 6 von 14 hang mit einer korrekten Überentschädigungsberechnung zu berücksichtigen (Urk. 6 S. 7). 3. 3.1 Strittig und zu prüfen ist vorerst, ob die in der Zeit vom 1. Januar bis 28. No- vember 2000 ausbezahlten Taggelder im Betrag von Fr. 29'570.40 auf Grund des anwendbaren Taggeldvertrages geschuldet sind und mithin zu Recht er- bracht wurden. Kann dies bejaht werden, so entfällt der geltend gemachte Rück- forderungsanspruch, ohne dass geprüft werden müsste, ob der Rückforderungs- anspruch vertraglicher oder bereicherungsrechtlicher Natur und ob er wegen eingetretener Verjährung erloschen ist (vgl. BGE 127 III 424 Erw. 3). Strittig ist dabei insbesondere das Vorliegen eines Einkommensausfalles im Jahr 2000. 3.2 In Art. 1 AVB (Urk. 2/1) wird der Gegenstand der verschiedenen F Tag- geldversicherungen folgendermassen umschrieben: Die F Taggeldversiche- rungen übernehmen bis zur Höhe des versicherten Taggeldes den nachgewiese- nen Lohnausfall der Arbeitnehmer infolge Krankheit und Unfall und schützen Betriebsinhaber, Selbständigerwerbende und im Betrieb arbeitende Familienan- gehörige vor nachgewiesenen Einkommensausfällen wegen Krankheit und Un- fall (vgl. Art. 42 Abs. 2 AVB). Nach Art. 42 Abs. 1 AVB deckt die vom Beklag- ten mit der Klägerin abgeschlossene F Taggeldversicherung für Selbstän- dige und Kleinunternehmen (Ziffer 3 AVB; vgl. Urk. 1 S. 3) den nachgewiesenen Einkommensausfall, der durch eine krankheitsbedingte oder, sofern mitversi- chert, unfallbedingte Arbeitsunfähigkeit entsteht. Bei den Arbeitnehmern ist der effektive Lohn beziehungsweise ein Prozentsatz davon versichert (Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 Satz 1 AVB). Bei den namentlich bezeichneten Personen erfolgt der Versicherungsabschluss mit fest versicherten Jahreslohnsummen. Versichert werden können maximal Fr. 200'000.-- Jahreslohnsumme. Die Versicherungsdeckung darf dabei das nachweisbare Einkommen nicht übersteigen (keine Überentschädigung; Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 2 und 3 AVB). Gemäss Art. 28 AVB (Überentschädigung/Versicherungsgewinn; vgl. Art. 42 Abs. 2 AVB) besteht Anspruch auf die Taggeldleistungen nur in dem Masse, als der versicherten Person kein Versicherungsgewinn erwächst (Abs. 1). Als Versi- cherungsgewinn gelten alle Leistungen, welche die volle Deckung des Er- werbsausfalles der versicherten Person

übersteigen (Abs. 2). Die versicherte Person hat den Nachweis von ungedecktem Einkommensausfall zu erbringen, ansonsten kein Anspruch auf Taggeldleistungen besteht (Abs. 3).

KK.2003.00005 Seite 7 von 14 3.3 Die vorliegende Taggeldversicherung ist unbestrittenermassen als Schadensversicherung und nicht als Summenversicherung konzipiert (vgl. Graber, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, S. 1126 f. Rz 4 ff., vgl. auch S. 1128 Rz 11; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes vom 7. November 2003, 5C.106/2003). Wesensmerkmal der Schadensversicherung ist das Entschädigungsprinzip. Danach ist die Leistungspflicht des Versicherers auf den wirtschaftlichen Schaden beschränkt, der dem Anspruchsberechtigten durch das schädigende Ereignis entstanden ist; der Anspruchsberechtigte soll aus dem Schadensereignis keinen wirtschaftlichen Vorteil ziehen können (Boll, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, S. 765 Rz 2). Eine Schadensversicherung liegt namentlich dann vor, wenn wie vorliegend die Leistungen des Versicherers an den Einkommensausfall des Versicherten anknüpfen, nicht jedoch dann, wenn weder Leistungsgrund noch Leistungshöhe vom Schaden abhängen (vgl. Graber, a.a.O., S. 1129 Rz 11).

3.4 Die anwendbaren AVB definieren nicht weiter, was unter dem Einkommensausfall oder dem Erwerbsausfall gemäss den Art. 1, 28, 34 Abs. 3 und 42 AVB zu verstehen ist respektive wie der entsprechende Nachweis erbracht werden kann (vgl. Urk. 2/1). Auch die freiwillige Taggeldversicherung nach den Art. 67 ff. KVG setzt indes für den Taggeldanspruch neben einer Arbeitsunfähigkeit einen Verdienst- oder Erwerbsausfall voraus (vgl. RKUV 1998 KV Nr. 43 S. 421 f.). Zudem darf nach Art. 69 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG; in Kraft seit 1. Januar 2003) das Zusammentreffen von Leistungen verschiedener Sozialversicherungen nicht zu einer Übererschädigung der berechtigten Person führen. Eine Übererschädigung liegt in dem Masse vor, als die gesetzlichen Sozialversicherungsleistungen den wegen des Versicherungsfalls mutmasslich entgangenen Verdienst zuzüglich der durch den Versicherungsfall verursachten Mehrkosten und allfälliger Einkommenseinbussen von Angehörigen übersteigen (Art. 69 Abs. 2 ATSG; vgl. auch Art. 122 Abs. 1 und 2 der Verordnung über die Krankenversicherung in der bis zum 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung). Der Verdienst- oder Erwerbsausfall beziehungsweise der mutmasslich entgangene Verdienst beurteilt sich dabei nach der krankheitsbedingten Erwerbseinbusse während der Arbeitsunfähigkeitsperiode, für die Taggeld beansprucht wird. Es kommt mithin darauf an, was die versicherte Person verdient hätte, wenn sie nicht krank und arbeitsunfähig geworden wäre. Der vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erzielte Lohn ist für den Umfang der Einbusse in der Regel ein entscheidendes Indiz. Bei Selbständigerwerbenden kommt den Geschäftsergebnis-

KK.2003.00005 / Seite 8 von 14 sen in den Monaten oder Rechnungsjahren vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit in der Regel vorrangige Bedeutung zu, da sich darauf hinsichtlich Erwerbseinkommen bestimmte betriebliche Durchschnittswerte ermitteln lassen (Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG, in: LAMa1-KVG, Recueil de travaux en l'honneur de la Société suisse de droit des assurances, Lausanne 1997, S. 539 mit zahlreichen Hinweisen auf die Rechtsprechung). Auch das von der Invalidenversicherung im Rahmen der Invaliditätsbemessung ermittelte Valideneinkommen kann ein Indiz darstellen (Eugster, a.a.O., S. 540 Fn 76; Kieser,

ATSG-Kommentar, S. 706, Rz 12 zu Art. 69 ATSG). Unter dem Validen- einkommen ist nämlich ebenfalls jenes Einkommen zu verstehen, welches die versicherte Person als Gesunde tatsächlich erzielen würde. Die Einkommens- mittlung hat auch hier so konkret wie möglich zu erfolgen (vgl. ZAK 1992 S. 92 Erw. 4a, 1961 S. 367; Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichtes in Sa- chen E. vom 20. Juni 2003, I 344/02, Erw. 5.2.2; vgl. auch Art. 16 ATSG und Art. 28 Abs. 2 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG] in der bis zum 31. Dezember 2002 in Kraft gestandenen Fassung).

3.5 3.5.1 Der Versicherte war in der Zeit vom 1. Januar 2000 bis zum 28. November 2000 unbestrittenermassen zu 50 % arbeitsunfähig und hatte damit nach Art. 47 Abs. 2 AVB grundsätzlich Anspruch auf das ausgerichtete anteilmässige Tag- geld von Fr. 88.80 pro Tag (80 % von Fr. 81'250.-- / 366 / 2 = Fr. 88.80; vgl. Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 36 AVB, Urk. 2/1; vgl. Urk. 2/16). Zu prüfen ist, ob er für diese Zeit auch einen Einkommensausfall nachweisen kann.

3.5.2 Dabei kann entgegen den Ausführungen des Beklagten auf Grund der anwend- baren AVB nicht angenommen werden, dass die Leistungsvoraussetzung des "nachgewiesenen Einkommensausfalles" lediglich bei Beginn der Taggeldzah- lungen vorzuliegen hat und im Anschluss jeweils nur noch das Vorliegen einer Überentschädigung zu prüfen ist. Einziger Gegenstand der vorliegenden Tag- geldversicherung ist der nachgewiesene Einkommensausfall; ein solcher muss nach Art. 28 Abs. 3 und 42 Abs. 1 AVB vorliegen, damit überhaupt Anspruch auf Taggeldleistungen besteht (vgl. Urk. 6 S. 7; vgl. RKUV 1998 KV Nr. 43 S. 421 f.). Auch der Klägerin kann, soweit sie ausführt, massgebend für die Bestimmung des Erwerbsausfalles sei der vom Versicherten selbst angegebene und von ihm versicherte Lohn, nicht gefolgt werden (Urk. 9 S. 6). Der versicherte Verdienst ist nicht grundsätzlich mit dem Einkommens- oder Erwerbsausfall gleichzuset- zen. Bei Arbeitnehmern, bei denen auf Grund des anwendbaren Taggeldvertra-

KK.2003.00005 / Seite 9 von 14 ges der vor Beginn des Versicherungsfalles bezogene Lohn Grundlage für die Bemessung der Taggelder (vgl. Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 1 AVB) bildet, gibt der versicherte Verdienst einen gewichtigen Hinweis auf den nach Eintritt des Versicherungsfalles bestehenden Einkommensausfall, aber auch nur dann, wenn nicht lediglich ein Prozentsatz des Lohnes versichert ist und nicht auf Grund konkreter Umstände anzunehmen ist, die Einkommensver- hältnisse hätten sich zwischenzeitlich verändert. Anders verhält es sich beim Beklagten, welcher als Geschäftsinhaber über eine im Voraus vereinbarte feste Lohnsumme bei der Klägerin versichert ist. Die anwendbaren AVB halten dies- bezüglich einzig fest, dass die Versicherungsdeckung das nachweisbare Ein- kommen nicht übersteigen darf, um im Krankheitsfall eine Überentschädigung und notwendige Kürzung des Taggeldes zu vermeiden (vgl. Art. 42 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 34 Abs. 2 und 3 AVB). Die Versicherung eines geringeren als des nachweisbaren Einkommens ist aber auf Grund der AVB ohne weiteres möglich. Bei Selbständigerwerbenden ist es denn auch üblich, nur einen be- stimmten Jahreslohn - auf Grund einer Bedarfsschätzung im Krankheitsfall - und nicht den gesamten Verdienst zu versichern. Beim Beklagten kann da- mit auf Grund des versicherten Einkommens von Fr. 65'000.-- (80 % von Fr. 81'250.--) nicht ohne weiteres auf die Höhe des Einkommensausfalles ge- schlossen werden. Soweit die Klägerin zudem das Fehlen eines Erwerbsausfalles mit den in den Verfügungen der IV-Stelle aufgeführten massgebenden durchschnittlichen Jah- reseinkommen von Fr. 48'240.-- und Fr. 49'440.-- belegt (vgl. Urk. 2/6, 2/24; vgl. auch Urk. 1 S. 7 und 9 S. 5), ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei diesen Einkommenszahlen entgegen der Ansicht der Klägerin nicht um das

Valideneinkommen, das zur Ermittlung des Invaliditätsgrades von 100 % beziehungsweise von 54 % herangezogen worden war, handelt, sondern um eine Komponente, die der Berechnung des Betrages der Invalidenrente dient (vgl. Art. 36 Abs. 2 NG in Verbindung mit Art. 29quater des Bundesgesetzes über die Alters- unter Hinterlassenenversicherung [AHVG]). Das durchschnittliche Jahreseinkommen wird an Hand einer aufgewerteten Summe aller vom Beklagten in die AHV einbezahlten Beträge ermittelt (vgl. Art. 29quater ff. und Art. 30 AHVG, Art. 36 Abs. 3 IVG) und stimmt mit dem im Jahr 2000 eingetretenen Einkommensausfall nicht überein (vgl. auch Eugster, a.a.O., S. 539 f. Fn 76). 3.5.3 Der Versicherte hatte die selbständige Erwerbstätigkeit im Dezember 1995 aufgenommen. Dabei waren gemäss den Betriebsrechnungen des Beklagten und den Angaben im Abklärungsbericht für Selbständigerwerbende vom 11. September 2000 folgende Einnahmen,

KK.2003.00005 / Seite 10 von 14 Ausgaben/Abschreibungen und Gewinne zu verzeichnen (Urk. 23/28 S. 2, 23/22 S. 3 und 5 und 2/23): Jahr Einnahmen Ausgaben Reingewinn nur effektiv verbuchte Einnahmen, vgl. Urk. 23/15 S. 3, 23/28 S. 2, 2/23 1996 Fr. 89'800.-- Fr. 40'700.-- Fr. 49'100.-- 1997 Fr. 80'900.-- Fr. 32'600.-- Fr. 48'300.-- 1998 Fr. 94'200.-- Fr. 24'800.-- Fr. 69'400.-- 1999 Fr. 18'700.-- = diverse Verlust Honorare 1998 2000 Fr. 91'848.-- Fr. 25'892.-- Fr. 65'956.-- bzw. Fr. 107'598.75, vgl. Urk. 2/23, unter Berücksichtigung der erst 2001 bezahlten Rechnungen Strittig ist wegen des im Jahr 2000 mit einem 50%-Pensum erzielten Erwerbseinkommens von mindestens Fr. 65'956.-- das Vorliegen eines Einkommensausfalles im Jahr 2000. 3.5.4 Die Invalidenversicherung ermittelte im Rahmen der Invaliditätsbemessung ein Valideneinkommen von Fr. 153'000.-- (Urk. 23/5, 23/7). Gemäss den von der Invalidenversicherung durchgeführten Abklärungen (vgl. Abklärungsbericht für Selbständigerwerbende vom 11. September 2000, Urk. 23/28) zeigte die Ertragskraft des seit Dezember 1995 bestehenden Unternehmens des Versicherten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 30. November 1998 nach oben. Der Versicherte hatte sein Pensum nach seiner Rückkehr von einem zweimonatigen Sprachaufenthalt in Barcelona im Frühsommer 1998 (vgl. Urk. 23/28 S. 2) sukzessive steigern, und ein wesentliches, neues Mandat akquirieren können (Urk. 23/28 S. 3). Im Zeitpunkt der Erkrankung Ende November 1998 verrechnete er seinen Kunden 161,5 Stunden im Monat (Urk. 23/28 S. 3). Auf Grund dieser Auslastung habe er Aufträge ablehnen müssen (vgl. Urk. 23/28 S. 2). Dabei stellte er in der Regel Fr. 105.-- pro Stunde in Rechnung (Urk. 23/28 S. 2). Die im November 1998 verrechneten 161,5 Stunden im Monat stellen nach der Beurteilung des abklärenden Mitarbeiters der IV-Stelle, K, die Grenze des allein bewältigbaren monatlichen Pensums dar. Ausgehend vom Umsatz im November 1998 von Fr. 19'000.-- und bei der Annahme von rund einem Monat Ferien pro Jahr sowie von Weiterbildung/Krankheit von ebenfalls rund einem Monat pro Jahr ging er von einem Jahresumsatz von Fr. 190'000.- (10 x Fr. 19'000.--) aus. Unter Berücksichtigung der Ausgaben resultierte dabei ein Valideneinkommen von Fr. 153'000.-- (Urk. 23/28 S. 3 f.). Die IV-Stelle ging somit davon aus, der Versicherte hätte im Jahr 1999 und danach als Gesunder ein Einkommen von Fr. 153'000.-- erzielt (vgl. Erw. 3.4).

KK.2003.00005 Seite 11 von 14 3.5.5 Der Beklagte lässt dementsprechend für das Jahr 2000 einen Erwerbsausfall von Fr. 153'000.-- geltend machen. Auch die Klägerin erachtet es gemäss ihren Ausführungen - und zu Recht - nicht für unrichtig, das von der Invalidenversicherung ermittelte Valideneinkommen als Einkommensbeziehungsweise Erwerbsausfall zu berücksichtigen (vgl. Urk. 1 S. 7 f. und 9 S. 5; vgl. vorne: Erw. 3.4). Sie

verzichtete darauf, zu den vom Sozialversicherungsgericht beigezogenen Akten der Schweizerischen Invalidenversicherung Stellung zu nehmen und erhob damit keine konkreten Einwendungen gegen die Feststellungen der IV-Stelle und die Bemessung des Valideneinkommens (Urk. 28). Auch für das Sozialversicherungsgericht besteht kein Anlass, an den nachvollziehbaren Feststellungen der Invalidenversicherung zu zweifeln und weitere Abklärungen zu veranlassen. Grundlage für die Bemessung des Valideneinkommens durch die IV-Stelle waren die in den Monaten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit konkret verrechneten Stunden und der dabei erzielte Umsatz. Die Auslastung des Betriebs konnte 1998 in den Monaten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit sukzessive bis hin zu einer vollen Auslastung von 161,5 verrechenbaren Stunden gesteigert werden (vgl. Urk. 23/28 S. 3). Dass 1998 tatsächlich eine Verbesserung der Auftragslage eingetreten war, ist auch aus den vom Beklagten verbuchten Einnahmen ersichtlich, welche sich trotz zweimonatiger Abwesenheit wegen eines Sprachaufenthalts und der ab 30. November 1998 bestandenen Arbeitsunfähigkeit erhöht hatten (vgl. Urk. 23/28 S. 2 und Erw. 3.5.3). Unter Einrechnung der erst im Jahr 1999 eingegangenen Honorare für 1998 waren erstmals Einnahmen von Fr. 112'900.-- zu verzeichnen. Angesichts des noch jungen Unternehmens des Versicherten erscheint die Annahme der IV-Stelle, der Versicherte hätte die im Laufe des Jahres 1998, insbesondere im November 1998 erzielte Verbesserung der Auslastung in den Folgejahren halten können, gerechtfertigt. Bei 161,5 verrechenbaren Stunden im Monat und einem Stundenansatz von Fr. 105.-- resultiert ein Umsatz von Fr. 16'957.50 und im Jahr von Fr. 169'575.-- (10 x Fr. 16'957.50; vgl. Urk. 23/28 S. 3). Die Invalidenversicherung demgegenüber rechnete den konkreten Umsatz von November 1998 (Fr. 19'000.--) auf ein Jahr hoch und ermittelte einen Jahresumsatz von Fr. 190'000 (10 x Fr. 19'000.--). Damit ist unter Berücksichtigung von circa Fr. 37'000.-- an Aufwendungen/Abschreibungen von einem Erwerbsausfall von mindestens Fr. 132'575.-- beziehungsweise - bei der Berechnung wie sie die Invalidenversicherung vorgenommen hat - von einem Erwerbsausfall von Fr. 153'000.-- für das Jahr 2000 auszugehen.

KK.2003.00005 / Seite 12 von 14 3.5.6 Damit lag im Jahr 2000 trotz des erzielten Reingewinnes von Fr. 65'956.-- (vgl. Urk. 23/22 S. 3) respektive von Fr. 81'706.75 (vgl. Urk. 2/23; Einnahmen von Fr. 107'598.75 abzüglich Ausgaben und Abschreibungen von Fr. 25'892.--, vgl. Urk. 23/22 S. 3) mindestens ein Einkommensausfall im Umfange von Fr. 66'619.-- beziehungsweise von Fr. 50'868.25 (Fr. 132'575.-- abzüglich Fr. 65'956.-- beziehungsweise abzüglich Fr. 81'706.75) vor. Dies ergibt einen Einkommensausfall von Fr. 182.-- (Fr. 66'619.-- / 366) respektive von Fr. 139.-- (Fr. 50'868.25 / 366) pro Tag. Dieser liegt über den für diesen Zeitraum zur Auszahlung gelangten Taggeldern von Fr. 88.80 pro Tag. Damit wurden die Taggeldleistungen in dieser Höhe grundsätzlich zu Recht erbracht. 3.6 Festzuhalten bleibt, dass auch unter zusätzlicher Berücksichtigung der Leistungen der Invalidenversicherung in der Zeit vom 1. Januar bis 28. November 2000 keine Überentschädigung nach Art. 28 Abs. 2 AVB resultiert. Die Leistungen der Invalidenversicherung betragen vom 1. Januar bis 30. November 2000 Fr. 11'816.-- (3 x Fr. 1'688.-- = Fr. 5'064.-- und 8 x Fr. 844.-- = 6'752.--; Urk. 2/6); pro Tag mithin Fr. 35.30 (Fr. 11'816.-- / 335 Tage). Die Taggeldleistungen der Klägerin und die Invalidenrenten (Fr. 88.80 und Fr. 35.30 = Fr. 124.10) vermochten damit den Erwerbsausfall des Beklagten nicht vollständig auszugleichen. Dasselbe gilt zudem ohne weiteres auch, wenn die gesamte Taggeldbezugsperiode ab 30. November 1998 bis 28. November 2000 in die Abrechnung einbezogen wird. Insgesamt ist dann von einem Erwerbsausfall von mindestens Fr. 194'491.15 (Basis: Fr. 132'575.-- im Jahr; 1998 1 Monat: Fr. 11'047.90,

1999: Fr. 132'575.--, 2000: Fr. 50'868.25 [vgl. Erw. 3.5.6]) auszugehen. Bei zu berücksichtigenden Taggeldleistungen von Fr. 89'583.40 (1998 und 1999: 337 x Fr. 178.08 = Fr. 60'012.96 zuzüglich im Jahr 2000 333 x Fr. 88.80 = 29'570.40) und im selben Zeitraum ausbezahlten Invalidenrenten von Fr. 15'192.-- (5 x Fr. 1'688.-- = Fr. 8'440.-- und 8 x Fr. 844.-- = 6'752.--) resultiert ein ungedeckter Erwerbsausfall von mindestens Fr. 89'715.80. Eine Überentschädigung nach Art. 28 Abs. 2 AVB liegt damit auch bei Anwendung der Globalmethode nicht vor. 3.7 Damit kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Taggelder für das Jahr 2000 ohne Schuldpflicht geleistet worden sind. Vielmehr war die Klägerin auf Grund des Taggeldvertrages zur Zahlung derselben verpflichtet. Die geltend gemachte Rückforderung von Fr. 29'570.40 ist damit nicht begründet (vgl. Schulin, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 3. Auflage, Basel 2003, S. 441 f., Rz 3 ff. zu Art. 63 OR).

KK.2003.00005 / Seite 13 von 14 Die von der Klägerin ursprünglich wegen der nachträglich zur Auszahlung gelangten Invalidenrenten gestützt auf Art. 23 Abs. 1 AVB geltend gemachte Rückforderung von Fr. 15'125.-- will sie im vorliegenden Verfahren zudem ausdrücklich nicht beurteilt wissen (vgl. Urk. 1 S. 4 und 2/11 S. 2). Das Gericht hat somit im vorliegenden Verfahren nicht von sich aus die auf andere Tatsachen und rechtliche Umstände gestützte Rückforderung von Fr. 15'150.-- zu überprüfen (Frank/Sträuli/Messmer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Auflage, Zürich 1997, S. 253 und S. 257, Rz 2 und 16 zu § 57; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichtes in Sachen B. vom 7. November 2001, 5C./207/2001, Erw. 3a mit Hinweisen). Die Klage ist damit abzuweisen. 4. Ausgangsgemäss steht dem Beklagten eine Prozessentschädigung zu, welche auf Fr. 3'100.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen ist (vgl. § 34 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Gericht erkennt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 3'100.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: - Y Versicherungen AG - Rechtsanwalt Dr. Ueli Kieser - Bundesamt für Privatversicherungen

## **E. 2**

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Beklagten." Der Beklagte liess am 10. April 2003 auf Abweisung der Klage schliessen (Urk. 6). In der Replik vom 15. Mai 2003 (Urk. 9) und der Duplik vom 1. Juli 2003 (Urk. 14) hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest. Mit Verfügung vom 21. Juli 2003 schloss das Gericht den Schriftenwechsel (Urk. 15). Unter anderem mit Verfügung vom 28. Juli 2005 forderte das Sozialversicherungsgericht weitere Unterlagen bei der Y an und holte zudem die Akten der Schweizerischen Invalidenversicherung ein (Urk. 20 und 23/1-29; vgl. auch Urk. 16 und 26). In den weiteren Stellungnahmen der Parteien vom

## **E. 5**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne von Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Rechtspflege (OG) durch

KK.2003.00005 / Seite 14 von 14 eine dem Art. 55 OG entsprechend Eingabe Berufung gemäss Art. 50 OG an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Spitz Die Gerichtssekretärin Tanner Imfeld SP/TI/LR versandt

**E. 10**

Feb. 2006 Die Frist steht während folgender Zeiten still: Vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August, vom 18. Dezember bis und mit dem 1. Januar.

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