

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060712\_d\_zh\_o\_01 vom 12. Juli 2006**

FINMA Versicherungsrecht, 2006-07-12, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20060712\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20060712_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060712\_d\_zh\_o\_01 du 12 juillet 2006

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20060712\_d\_zh\_o\_01 del 12 luglio 2006

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die X AG erhob am 17. Februar 2005 Klage gegen die Y Krankenversicherung AG, (nachfolgend: Y), mit dem Antrag auf Bezahlung von Taggeldern in der Höhe von Fr. 18'986.20 (Urk. 1 S. 2). Aufforderungsgemäss (vgl. Gerichtsverfügung vom 25. Februar 2005, Urk. 4) legte die Ansprecherin am 10. März 2005 ihre Aktivlegitimation dar, welche sie auf die von der Versicherten S unterzeichnete Abtre- tungserklärung vom 9. März 2005 (vgl. Urk. 8) stützte (Urk. 6). In der Klageant- wort vom 6. April 2005 und deren Ergänzung vom 18. April 2005 beantragte die Y die Abweisung der Klage sowie die Verpflichtung der X AG zur Rückzahlung von bereits ausgerichteten Taggeldern in der Höhe von Fr. 3'356.15 (Urk. 11, Urk. 15).

#### **E. 1.1**

Gemäss § 11 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) fällt die Beurteilung der Klage mit einem Streitwert von weniger als Fr. 20'000.-- in die einzelrichterliche Zuständigkeit.

KK.2005.00008 / Seite 3 von 12 Nach § 28 GSVGer in Verbindung mit § 19 Abs. 2 der Zivilprozessordnung wird der Streitwert der Widerklage mit demjenigen der Hauptklage zusamme- rechnet, soweit sich Haupt- und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen. Angesichts der eingeklagten Forderung von Fr. 18'986.20 sowie der Widerklageforderung von Fr. 3'356.15 hat das Kollegialgericht über die vorlie- gende Streitigkeit zu entscheiden.

#### **E. 1.2**

Die Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterliegen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) den Be- stimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG). Die diesbezüglichen Streitigkeiten sind privatrechtlicher Natur und im Verfahren gemäss Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die pri- vaten Versicherungseinrichtungen (VAG, in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung) durch das von den Kantonen bezeichnete Gericht zu beurteilen. Gemäss § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer ist für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung das hiesige Gericht sachlich zuständig.

#### **E. 1.3**

Auch die örtliche Zuständigkeit ist zu bejahen. Diese richtet sich im Bereich der Zusatzversicherungen zur Krankenpflegeversicherung nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist für die Behandlung von Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig. In Anbetracht des Sitzes der Beklagten im Kanton Zürich ist das hiesige Gericht ohne

weiteres zuständig.

## **E. 2**

Mit Replik vom 11. Juli 2005 hielt die Klägerin an ihrem Antrag fest und bestritt, eine Rückzahlung zu schulden (Urk. 20). Die Y erneuerte ihrerseits mit Duplik vom 28. Juli 2005 ihre Rechtsbegehren und präziserte ihre Rückforderung (Urk. 23), welche das Gericht mit Verfügung vom 22. August 2005 als Widerklage entgegennahm (Urk. 24) und um deren Abweisung die X AG in der Widerklageantwort vom 24. Oktober 2005 nochmals ersuchte (Urk. 27). In der Widerklagereplik führte die Y aus, sie verlange nunmehr sämtliche Taggelder für die Zeit ab 18. Oktober 2002, welcher für die durch das Ganglionrezidiv verursachte Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet worden seien, zurück beziehungsweise sei vergleichsweise bereit, ihre Rückforderung auf den bereits eingeklagten Betrag von Fr. 3'365.15 zu reduzieren (Urk. 31). Nachdem die X AG am 23. Januar 2006 an ihrem Begehren um Abweisung der Widerklage festgehalten hatte (Urk. 36), wurde am 24. Januar 2006 der Schriftenwechsel geschlossen (Urk. 38). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

### **E. 2.1**

Strittig und zu prüfen ist zunächst die Aktivlegitimation der Klägerin. Die Y hat am 30. November 2001 mit der Klägerin unstreitig eine Kollektivkrankentaggeldversicherung abgeschlossen und darin die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der X AG, unter anderem S, mit einer fixen Jahreslohnsomme von Fr. 70'000.--, krankentaggeldversichert (Urk. 12/9 S. 1-2). Fraglich ist, ob die Versicherte S ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen und namentlich das daraus fliessende direkte Forderungsrecht gegen die Y rechtsgültig an ihre Arbeitgeberin abtreten konnte beziehungsweise abgetreten hat und ob diese nunmehr klageweise den Leistungsanspruch geltend machen konnte.

### **E. 2.2**

Die Klägerin brachte hiezu vor, zwar stehe nach Art. 87 VVG das Forderungsrecht gegenüber dem Kollektivtaggeldversicherer der Versicherten und nicht dem Versicherungsnehmer zu. Allerdings habe die Klägerin vorliegend der ver-

KK.2005.00008 / Seite 4 von 12 sicherten Arbeitnehmerin S trotz 100%iger Arbeitsunfähigkeit vollumfängliche Lohnfortzahlung geleistet. Die Versicherte habe daher ihre sämtlichen Forderungen gegenüber der Y mit Erklärung vom 9. März 2005 an die Arbeitgeberin, die X AG, abgetreten (vgl. Urk. 8), so dass deren Aktivlegitimation zu bejahen sei (Urk. 6). Die Lohnfortzahlung sei im Sinne eines Vorschusses im Hinblick auf die zu erbringenden Taggeldleistungen erfolgt. Es könne nicht angehen, dass sich der Taggeldversicherer seiner Leistungspflicht mit dem Hinweis entziehe, der Lohnanspruch sei bereits durch die Lohnfortzahlung gedeckt, und es sei daher mangels eines Schadens beim Versicherten gar keine rechtsgültige Zession mehr möglich. Vielmehr habe der Versicherer die vertraglich vereinbarten Taggelder auszubezahlen, sobald der Versicherte aus gesundheitlichen Gründen an der Arbeitsleistung verhindert sei (Urk. 20 S. 3 f.).

### **E. 2.3**

Die Beklagte wandte dagegen ein, die Versicherte habe von der Arbeitgeberin und Klägerin trotz ihrer Arbeitsunfähigkeit den vollständigen Lohn erhalten, so dass sie durch ihre Krankheit gar keinen Schaden erlitten habe. Daher ermangle es an einer der Abtretung zugänglichen Forderung der Versicherten gegenüber der Y, weshalb die Zession gemäss

Art. 20 des Obligationenrechts (OR) nichtig sei (Urk. 15). Die kollektive Krankentaggeldversicherung sei eine Schadenversicherung, weshalb der Schaden eine Leistungsvoraussetzung bilde. Daran fehle es vorliegend. Die Arbeitgeberin habe sich durch den Abschluss der Kollektivtaggeldversicherung vollumfänglich von der Lohnzahlungspflicht befreit und der Versicherer sei an seine Stelle getreten, weshalb die Lohnzahlung durch das direkte Forderungsrecht des Versicherten gegenüber dem Versicherer garantiert werde. Zahle die Arbeitgeberin trotzdem Löhne aus, könne sie dafür keine Leistungen beim Versicherer geltend machen (Urk. 23 S. 1 f.)

#### **E. 2.4**

Art. 87 VVG sieht vor, dass derjenigen Person aus der kollektiven Unfall- oder Krankenversicherung, zu deren Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zusteht. Dieses direkte, ausschliessliche Forderungsrecht bezweckt, die versicherte Person vor leistungsgefährdendem Verhalten des Versicherungsnehmers zu schützen; gleichzeitig will es verhindern, dass der Versicherungsnehmer die Versicherungsleistung missbräuchlich verwendet und so den Anspruch der versicherten Person gefährdet (J. Caflisch, Die Anspruchsberechtigung in der Kollektivunfallversicherung, Diss. Bern 1947, S. 35; H. Kessler, Die Rechtsstellung des Versicherten in der privaten Kollektivunfall- und Kollektivlebensversicherung, Diss. Zürich 1947, S. 40).

KK.2005.00008 / Seite 5 von 12 Weiter soll dem Versicherten die Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem Versicherer erleichtert werden (Stein, in: Kommentar vom Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, N 2 zu Art. 87). Entgegen den Vorbringen der Beklagten kann dieser Anspruch, sobald der Schadensfall eingetreten und der Anspruch somit entstanden ist, von der versicherten Person an den Versicherungsnehmer und an einen anderen abgetreten werden (Stein, a.a.O., N 16 Art. 87). Am direkten Forderungsrecht ändert der Umstand, dass die Versicherte bereits Lohnzahlungen erhalten hat, nichts, denn es bleibt festzuhalten, dass der Versicherer mit befreiender Wirkung nur an den Anspruchsberechtigten selbst, nicht aber an den Versicherungsnehmer zahlen kann (Stein, a.a.O., N 23 zu Art. 87). Die Beklagte hat sich im Übrigen weder auf eine konkrete Vertragsbestimmung berufen noch eine solche dem Gericht eingereicht, wonach sie allfällige Lohnzahlungen des Arbeitgebers mit ihren Versicherungsleistungen verrechnen könnte. Damit bleibt zu prüfen, ob die Versicherte ihre Forderung rechtsgültig an die Klägerin abgetreten hat.

#### **E. 2.5**

Der Beklagten ist insoweit beizupflichten, dass es sich bei einer Taggeldversicherung rechtsprechungsgemäss um eine Schadenversicherung handelt (Stoessel, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, N 33 Allgemeine Einleitung, S. 12 oben). Trotzdem richtet sich die Abtretung von Leistungen aus einer privaten Unfall- oder Krankenversicherung, selbst wenn sie im Einzelfall einen konkreten Schaden decken (Heilungskosten, Verdienstausschlag), nicht nach Art. 165 OR in Verbindung mit Art. 900 des Zivilgesetzbuches (ZGB), sondern nach Art. 73 VVG (Kuhn, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, N 20 zu Art. 73). Die Abtretung des Taggeldanspruches bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form und der Übergabe der Police sowie der schriftlichen Anzeige an den Versicherer (Art. 73 Abs. 1 Satz 2 VVG).

Vorliegend liegt die schriftliche, von S unterzeichnete Abtretungserklärung vom 9. März 2005 vor (Urk. 8). Gemäss Art. 11 Abs. 1 VVG steht dem Versicherungsnehmer und nicht der versicherten Person ein Recht auf die Police zu (Hasenböhler, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, N 10 zu Art. 11). Da die Klägerin als Versicherungsnehmerin (vgl. Urk. 2/2 S. 1) bereits im Besitze der Versicherungspolice ist, erübrigt sich vorliegend die Übergabe der Police als Gültigkeitserfordernis für die rechtsgültige Zession (vgl. dazu auch Kuhn, a.a.O., N 27 zu Art. 73). Mit der Klage wurde der Beklagten die erfolgte Zession schriftlich angezeigt. Die Auflage der Anzeige soll den Schuldner vor dem Risiko bewahren, dass er an den

KK.2005.00008 / Seite 6 von 12 Zessionar leistet, obwohl er bereits ohne Wissen um die Zession dem Abtreten- den geleistet hat. Nachdem die Beklagte die umstrittene Leistung noch gar nicht erbracht hat, ist die Anzeige mit der Klageerhebung ohne weiteres als hinreichend zu betrachten. Damit sind die Formvorschriften für die Abtretung erfüllt und der Klägerin kann die eingeklagte Forderung nicht bereits wegen fehlender Aktivlegitimation abgesprochen werden.

### **E. 2.6**

Nichts zu ändern vermag an diesem Ergebnis das Unterzeichnen der schriftlichen Zession nach Klageeinleitung am 9. März 2005 (Urk. 8). Die Aktivlegitimation gehört zur Begründetheit des Klagebegehrens und stellt keine Prozessvoraussetzung dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 65-66 zu § 27/28). Im Moment der Entscheidungsfindung ist die Aktivlegitimation vorliegend gestützt auf die Zession vom 9. März 2005 zu bejahen, weshalb sich die Unterzeichnung des Abtretungsvertrages erst nach Klageeinreichung nicht zu Ungunsten der Klägerin auswirkt.

### **E. 3.1**

Damit ist zu prüfen, ob die Beklagte für die eingeklagte Taggeldforderung leistungspflichtig ist. Anerkanntermassen bezahlte die Beklagte vom 8. Februar bis am 14. Mai 2002 ein Taggeld von 100 % aufgrund einer entsprechenden Arbeitsunfähigkeit wegen Schulter-/Nackenproblemen der Versicherten (Urk. 1 S. 2 f., Urk. 11 S. 1). Anschliessend war die Versicherte wieder zu 100 % arbeitsfähig, bis sie sich wegen zunehmenden Schmerzen im Handgelenk am 18. Oktober 2002 einer Ganglionoperation unterziehen musste und darauf nicht mehr arbeitsfähig war. Ab diesem Zeitpunkt bis am 2. Juli 2004 bezahlte die Beklagte ein Taggeld jeweils gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % oder 100 % (Urk. 2/10). Obwohl die Versicherte weiterhin zu 100 % arbeitsunfähig war (Urk. 2/11), stellte die Beklagte am 3. Juli 2004 ihre Leistungen ein, weil innerhalb von 900 Tagen 720 Taggelder ausgerichtet worden seien und damit die vertragliche Leistungsdauer ausgeschöpft sei (Urk. 2/9, Urk. 11 S. 2 f.). Die Klägerin rügte die Ermittlung der Leistungsdauer durch die Beklagte. Die Taggeldzahlung ab 18. Oktober 2002 beruhe anerkanntermassen auf einer anderen Krankheit als die Zahlungen ab 8. Februar 2002. Die Leistungsdauer beginne daher ab 18. Oktober 2002 neu zu laufen, weshalb noch 99 Taggelder nachzuzahlen seien (Urk. 1, Urk. 20 S. 3 unten f.).

KK.2005.00008 / Seite 7 von 12 Zu prüfen ist somit, ob eine Arbeitsunfähigkeit aufgrund einer anderen Erkrankung eine neue Leistungsdauer auslöst oder ob eine einmal ausgelöste Frist - unbesehen des Grundes der Arbeitsunfähigkeit - einfach weiterläuft.

### **E. 3.2**

Gemäss der individuellen Versicherungspolice sowie Art. 7 der hier unbestrittenen massgebenden Zusatzbedingungen für die Krankentaggeldversicherung VVG Gastrosuisse (ZVB, Ausgabe 2000) wird das Taggeld unter Anrechnung einer allfällig vereinbarten Wartefrist (von 3 Tagen; vgl. Urk. 2/10 betr. Abrechnung vom 18. bis 31. Oktober 2002) während 720 innerhalb von 900 aufeinanderfolgenden Tagen ausbezahlt (Urk. 2/2 S. 2, Urk. 2/4 S. 2). Das erneute Auftreten einer Krankheit (Rückfall) gilt hinsichtlich Leistungsdauer und Wartefrist als neue Krankheit, wenn der Versicherte während 12 Monaten ihretwegen nicht arbeitsunfähig war (Art. 19 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die kollektive Taggeldversicherung nach VVG, AVB, vgl. Urk. 12/10).

### **E. 3.3**

Aufgrund der von den Parteien aufgelegten Versicherungsbestimmungen kann vorliegend nicht von einem Rückfall ausgegangen werden, denn ein Rückfall knüpft zwingend an ein vorhergehendes Geschehen an, was hier nicht der Fall ist, nehmen doch die Parteien übereinstimmend eine neue Krankheit an. Nach dem Wortlaut von Art. 19 AVB gilt eine Krankheit selbst dann als Rückfall, wenn diese Krankheit nach einer Dauer der Arbeitsfähigkeit von 12 Monaten erneut auftritt, welcher Sachverhalt hier zweifellos nicht vorliegt. Dass bei einer neuen Krankheit während der bereits laufenden Leistungsdauer eine neue Dauer eröffnet wird, kann dem Wortlaut der Versicherungspolice (Urk. 2/2 S. 2) zwar nicht ohne weiteres entnommen werden. Die Klägerin beruft sich denn auch auf Art. 19 AVB betreffend Rückfall und legt dar, die Regelung eines solchen mache keinen Sinn, wenn nicht auch der Versicherer die Möglichkeit einer neuen Krankheit anerkennen würde. Tatsächlich gibt die Frage, ob bei mehreren Erkrankungen die Fristen jeweils neu zu laufen beginnen, auch im Rahmen des KVG immer wieder zu Streitigkeiten Anlass (vgl. Eugster, Krankenversicherung, in: Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, SBVR, Rz 372). Ist in der privaten Kollektivtaggeldversicherung die Leistungsdauer auf 720 Tage begrenzt (analog Art. 72 Abs. 3 KVG), so wird durch ein neues Schadenereignis wie weitere Erkrankung keine neue Anspruchsdauer ausgelöst, sondern die Terminierung gilt für alle Schäden gemeinsam (Stein, a.a.O., N 14 Art. 87). Anders als die hier zu beurteilende vertraglichen Bestimmungen regelt der Wortlaut von Art. 72 Abs. 3 KVG allerdings ausdrücklich, dass das Taggeld für eine oder mehrere Erkrankungen während mindestens 720 Tagen innerhalb von 900 Tagen zu leisten ist.

KK.2005.00008 / Seite 8 von 12 Vorliegend fällt ins Gewicht, dass die Beklagte mit dem Auftreten der neuen Arbeitsunfähigkeit wegen der Handgelenkoperation am 18. Oktober 2002 die Versicherte (nochmals) eine neue Wartefrist von drei Tagen bestehen liess (vgl. Urk. 2/10 1. Seite), was in Widerspruch zu ihrem Prozessstandpunkt der bereits laufenden Leistungsdauer steht. Aus dem Verhalten der Beklagten ist zu schliessen, dass sie am 18. Oktober 2002 eine neue Leistungsdauer eröffnet hat und diese daher - wie von der Klägerin postuliert - ab diesem Zeitpunkt zu berechnet ist. Daraus folgt, dass am 3. Juli 2004 die Bezugsdauer noch nicht ausgeschöpft war und dass weitere Taggelder geschuldet waren.

### **E. 3.4**

Die Klägerin bezifferte die ausstehenden Taggelder auf Fr. 18'986.20, das heisst 99 Taggelder zu Fr. 191.78. In masslicher Hinsicht blieb das klägerische Begehren unbestritten, weshalb in Gutheissung der Klage die Y zu verpflichten ist, der X AG Fr. 18'986.20 zu bezahlen.

### **E. 4.1**

Widerklageweise forderte die Beklagte und Widerklägerin von der Klägerin und Widerbeklagten die Rückerstattung von Fr. 3'356.15, weil sie in der Zeit vom 17. Mai 2004 (Untersuchung im Universitätsspital Zürich, USZ, vgl. Urk. 12/1) bis zum 2. Juli 2004 bei einer ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit von 50 % ein volles Taggeld entrichtet habe (Urk. 11 S. 4). Dem entgegnete die Widerbeklagte, Dr. med. H, Spezialarzt für Chirurgie, habe auf der massgebenden Taggeldkarte abweichend von den Ärzten des USZ in der Zeit ab 17. Mai 2004 bis Ende 2004 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert (vgl. Urk. 2/11), so dass nicht von einer irrtümlichen Taggeldzahlung gesprochen werden könne (Urk. 20 S. 6).

#### **E. 4.2**

Die von den Parteien aufgelegten Vertragsgrundlagen (Urk. 2/2-4) regeln das aus dem Sozialversicherungsbereich bekannte Recht des Versicherers auf Rück- erstattung von unrechtmässig bezogenen Leistungen (Art. 25 des Bundesgeset- zes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts, ATSG) nicht. Die Widerklägerin muss sich daher auf eine Vertragsverletzung oder subsidiär auf eine ungerechtfertigte Bereicherung der Widerbeklagten berufen können, um ihre Rückforderung durchzusetzen.

#### **E. 4.3**

Bereicherungsanspruch und vertraglicher Anspruch schliessen sich begrifflich aus, denn ein Vertrag gibt einen Rechtsgrund ab, ein Anspruch aus ungerecht- fertiger Bereicherung setzt hingegen voraus, dass kein Rechtsgrund vorliegt (BGE 126 III 119 Erw. 3b S. 121 mit zahlreichen Hinweisen auch auf die Lehre; 114 II 152 Erw. 2d S. 159; 107 II 220).

Rückerstattungsansprüche können nach

KK.2005.00008 / Seite 9 von 12 der allgemeinen Unterscheidung des Gesetzes wie andere Forderungen aus Ver- trag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung ent- stehen (BGE 114 II 152 S. 156). Solange ein Anspruch aus Vertrag geltend ge- macht werden kann, gilt das Bereicherungsrecht nicht (BGE 127 III 424 Erw. 3). Im Hinblick auf eine zu Unrecht bezogene Versicherungsleistung hat das Bundesgericht erwogen, die Rückforderung ergebe sich nicht aus Vertrag, son- dern aus ungerechtfertigter Bereicherung (BGE 127 III Erw. 3c/bb unter Hinweis auf BGE 42 II 680 Erw. 2a; Graber, in: Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, N 3 zu Art. 46).

#### **E. 4.4**

Nach Art. 64 OR kann die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Aufgrund der Abtretungserklärung vom 9. März 2005 ist erstellt und im Übri- gen unbestritten, dass die Widerbeklagte die gesamten empfangenen Taggelder der Versicherten ausbezahlt hat (vgl. Urk. 8). Damit ist nachgewiesen, dass die Widerbeklagte im Zeitpunkt der Erhebung der Widerklage am 6. April 2005 be- reits nicht mehr bereichert war, so dass eine Rückerstattung nicht mehr in Be- tracht fällt, es sei denn, die Widerbeklagte sei im Zeitpunkt der Entäusserung bösgläubig gewesen. Der gute Glaube des Bereicherten wird nach Art. 3 Abs. 1 ZGB vermutet, wobei sich dieser nur darauf berufen kann, solange er nicht wusste oder hätte wissen müssen (Art. 3 Abs. 2 ZGB), dass der erlangte Vermögensvorteil ohne Rechts- grund erfolgte (Schulin, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obli- gationenrecht I, 2. neubearbeitete Auflage, N 9 zu Art. 64). Die Widerbeklagte war im

Besitz der Taggeldkarte, mit welcher der behandelnde Arzt von S ab 9. März 2004 und jedenfalls für die von der Rückforderung beschlagene Zeit vom 17. Mai bis 2. Juli 2004 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierte (Urk. 2/11). Das Schreiben von Dr. med. B, Oberärztin am USZ, vom 24. Mai 2004, worin diese eine Arbeitsunfähigkeit von lediglich 50 % attestierte, war an den Vertrauensarzt der Widerklägerin gerichtet (Urk. 12/1). Es ist nicht erstellt und wird auch nicht behauptet, dass die Widerbeklagte von diesem Schreiben und der darin abweichend beurteilten Arbeitsunfähigkeit vor Erhebung der Widerklage Kenntnis hatte. Damit besteht kein Grund, um im Zeitpunkt der Vermögensentäusserung am guten Glauben der Widerbeklagten zu zweifeln, weshalb diese nicht zur Rückerstattung von Taggeldern weder in der widerklageweise bezifferten Höhe von Fr. 3'365.15 noch in einem anderen Betrag verpflichtet werden kann.

KK.2005.00008 Seite 10 von 12

### **E. 5.1**

Schliesslich machte die Widerklägerin geltend, die Versicherte leide bereits seit September 1994 an einem Ganglion. Diesbezüglich sei am 18. Oktober 2002 ein Rückfall eingetreten. Gestützt auf Art. 9 VVG (Rückwärtsversicherungsverbot) seien Krankheiten, bei denen nach medizinischer Erfahrung mit Rückfällen zu rechnen sei, nicht versicherbar. Daher seien die ab 18. Oktober 2002 ausgerichteten Taggelder nicht geschuldet und daher von der Widerbeklagten zurückzuerstatten (Urk. 31).

### **E. 5.2**

Gemäss Art. 9 VVG ist ein Versicherungsvertrag dann 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. In der Krankenversicherung besteht die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, in der Erkrankung der versicherten Person. Ist eine Krankheit im Sinne dieser Definition bei Vertragsschluss bereits ausgebrochen, so ist die Versicherung gegen ihre Folgen nach Art. 9 VVG ausgeschlossen, unbekümmert darum, ob sie noch andauert (BGE 127 III 23 Erw. 2b, 118 V 169 Erw. 5c).

### **E. 5.3**

Nach der Rechtsprechung (BGE 127 III 21, 124 V 121 Erw. 3b) ist kein lückenloses Auftreten von Symptomen gefordert. Auch das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit gilt nicht als selbstständige Neuerkrankung, sondern ist als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit aufzufassen, und stellt mithin einen Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG dar.

### **E. 5.4**

Befürchtetes Ereignis ist bei vorliegender im Streite stehender Taggeldversicherung die von der Klägerin geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit. Nach Lage der Akten ist davon auszugehen, dass die hier massgebende Kollektivtaggeldversicherung am 30. November 2001 abgeschlossen wurde (vgl. Urk. 2/2 S. 1). Gemäss übereinstimmender Darstellung der

Parteien war die Versicherte in jenem Zeitpunkt arbeitsfähig, wurden doch erstmals (wegen Schulter- und Nackenproblemen) ab 8. Februar 2002 Taggelder ausgerichtet. Es kann daher keine Rede davon sein, dass das befürchtete Ereignis bei Vertragsschluss bereits eingetreten und damit gemäss der zwingenden Vor-

KK.2005.00008 / Seite 11 von 12 schrift von Art. 9 VVG in Verbindung mit Art. 97 Abs. 1 VVG nicht mehr versicherbar gewesen wäre. Eine Rückforderung wegen (Teil-)Nichtigkeit des Versicherungsvertrages fällt daher ausser Betracht. Nach dem Gesagten ist die Widerklage abzuweisen.

#### **E. 6**

Die anwaltlich vertretene Klägerin und Widerbeklagte obsiegt vollumfänglich, weshalb ihr eine Prozessentschädigung zusteht (vgl. Grünig, Verfahrensfragen in der Krankenversicherung, S. 194, in: Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, herausgegeben von Hans-Jakob Mosimann). Diese bemisst sich in Anwendung von § 34 Abs. 3 GSVGer ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Masse des Obsiegens und ist vorliegend auf Fr. 2'700.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

#### **E. 7**

Nach Art. 46 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) ist in Zivilrechtsstreitigkeiten über vermögensrechtliche Ansprüche die Berufung zulässig, wenn der Streitwert nach Massgabe der Rechtsbegehren, wie sie vor der letzten kantonalen Instanz noch streitig waren, wenigstens Fr. 8'000.-- beträgt. Die Hauptklage ist auf Bezahlung von Fr. 18'986.20 (Urk. 1 S. 2) gerichtet und übersteigt die Berufungssumme, weshalb die Sache berufungsfähig ist. Der Betrag der Widerklage wird zwar nicht mit demjenigen der Hauptklage zusammengerechnet (Art. 47 Abs. 2 OG). Doch wurde die widererwägungsweise eingeklagte Rückforderung einerseits auf Fr. 3'356.15 beziffert, wobei in der Widerklagereplik diese Forderung auf über Fr. 8'000.-- erhöht wurde, denn es wurde nunmehr die Rückerstattung sämtlicher ab 18. Oktober 2002 ausbezahlter Taggelder gefordert, welche sich aufgrund der aufliegenden Taggeldabrechnungen (Urk. 2/10) auf weit über Fr. 8'000.-- beliefen. Damit unterliegt auch die Widerklage der Berufung. Das Gericht erkennt: 1. In Gutheissung der Klage wird die Y Krankenversicherung AG verpflichtet, der X AG Fr. 18'986.20 zu bezahlen.

KK.2005.00008 / Seite 12 von 12 2. Die Widerklage wird abgewiesen. 3. Die Verfahren sind kostenlos. 4. Die Y Krankenversicherung AG wird verpflichtet, der X AG eine Prozessentschädigung von Fr. 2'700.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen. 5. Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Andreas Mumenthaler - Y Krankenversicherung AG - Bundesamt für Privatversicherungen 6. 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 eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung gemäss Art. 50 OG an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden. Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtssekretärin Mosimann Fehr BM/PF/BS versandt 28. Juli 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.