

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20070521\_d\_zh\_o\_01 vom 21. Mai 2007**

FINMA Versicherungsrecht, 2007-05-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20070521\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20070521_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20070521\_d\_zh\_o\_01 du 21 mai 2007

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20070521\_d\_zh\_o\_01 del 21 maggio 2007

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1 X, geboren 1964, war ab dem 1. Februar 2000 als selbständige Kosmetikerin tätig (vgl. die Angaben vom 13. August 2003 im Abklärungsbericht der Invalidenversicherung für Selbständigerwerbende, Urk. 2/15 = Urk. 27/18). In dieser Eigenschaft hatte sie mit der Y Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend "Y") eine Kollektivversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen Erwerbsausfall bei Krankheit mit Vertragsbeginn am 6. März 2000 abgeschlossen; sie war darin als einzige versicherte Person bezeichnet, und vereinbart war ein Taggeld auf der Basis von 100 % des versicherten Jahreslohnes von Fr. 60'000.00, das nach einer Wartefrist von 30 Tagen auszurichten war (Vertrag Nr. XXX; Versicherungspolice vom 9. März 2000, Urk. 2/2, und Vertragsbedingungen zur Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, Ausgabe 1997 [nachfolgend AVB KV], Urk. 13/1). Zudem hatte sich X bei der "Y" mit einer weiteren Kollektivversicherung nach VVG mit Vertragsbeginn am 21. März 2000 unter anderem gegen Erwerbsausfall bei Unfall (einschliesslich Nichtberufsunfall) versichert, auch hier war für sie als einzige versicherte Person ein Taggeld auf der Basis von 100 % des versicherten Jahreslohnes von Fr. 60'000.00 vereinbart, zahlbar ab dem 1. Tag. Daneben umfasste diese Versicherung die Entrichtung eines Todesfallkapitals in der Höhe des dreifachen versicherten Jahreslohnes und eines Invaliditätskapitals in der Höhe des einfachen versicherten Jahreslohnes (Vertrag Nr. YYY; Versicherungspolice vom 27. März 2000, Urk. 2/3, und Vertragsbedingungen zur Kollektiv-Unfallversicherung für nicht UVG-unterstellte Personen, Ausgabe 1999 [nachfolgend AVB UV], Urk. 13/3).

### **E. 1.1**

Aufgrund der eingereichten Taggeldabrechnungen und der Vorbringen der Parteien steht fest, dass die Beklagte der Klägerin zunächst für die Zeit ab dem 5. Oktober 2001 bis zum 31. Dezember 2002 Taggelder aus der Unfallversicherung bezahlt hatte, dass sie im Nachhinein zum Schluss gelangte, die Klägerin hätte richtigerweise nur bis zum 4. Januar 2002 Anspruch auf Unfalltaggelder gehabt, und dass sie daraufhin die ab dem 5. Januar 2002 ausgerichteten Unfalltaggelder nachträglich als Krankentaggelder qualifizierte und der Klägerin an ihren Gesamtanspruch von 730 Taggeldern anrechnete. Materiell betrachtet bedeutet dieser von der Beklagten als "Umbuchung" bezeichnete Vorgang, wie die Klägerin in der Replik zutreffend bemerken liess (vgl. Urk. 17 S. 4; vgl. auch die Ausführungen der Beklagten in der Duplik, Urk. 23 S. 4), dass die Beklagte die Taggelder, die sie ab dem 5. Januar 2002 bis Ende 2002 aus der Unfallversicherung ausgerichtet hatte, von der Klägerin zurückforderte und mit deren Nachforderung von Taggeldern aus der Krankentaggeldversicherung für denselben Zeitraum verrechnete. Die eingeklagte Forderung basiert zur Hauptsache darauf, dass die Klägerin diese Rückforderung von

Unfalltaggeldern, die mit einer Gewährung von Taggeldern aus der Krankentaggeldversicherung bereits ab dem 5. Januar 2002 verbunden wurde und auf diese Weise zur Ausschöpfung der Krankentaggelder bereits am 3. Februar 2004 führte, nicht einverstanden ist. Mit dieser Begründung zielt die Forderung der Klägerin auf die Ausrichtung weiterer Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung über den 3. Februar 2004 hinaus ab (vgl. Urk. 1 S. 12 f.); zudem erachtet die Klägerin die Anrechnung ihrer Invalidenrente an die (Kranken)Taggelder der Zeit ab Oktober 2002 und die zusätzliche Reduktion des Krankentaggeldes aufgrund einer Rest-erwerbsfähigkeit von 20 % ab November 2003 als unzulässig und fordert für diese Zeit entsprechende Nachzahlungen (vgl. Urk. 1 S. 7 ff. und S. 11 f., Urk. 17 S. 5 ff.).

### **E. 1.2**

Mit der eingeklagten Forderung verlangt die Klägerin somit primär weitere Taggelder aus ihrer Krankentaggeldversicherung, wobei als Vorfrage die Rechtmässigkeit der Rückforderung der Taggelder aus der Unfallversicherung zu beantworten ist. Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte des Kantons Zürich ergibt sich damit aus Art. G12 AVB KV, wo als Wahlgerichtsstand das Gericht am Wohnort der versicherten Person statuiert ist (Urk. 13/1 S. 4); ausserdem ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, wozu auch Taggeldversicherungsverträge zählen, in Art. 22 Abs. 1 lit. a des Gerichtsstandsgesetzes (GestG) für Klagen des Konsumenten oder der Konsumentin ebenfalls der Wahlgerichtsstand

KK.2005.00025 Seite 7 von 22 an dessen/deren Wohnsitz vorgesehen (vgl. Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], GestG-Kommentar, 2. Auflage, Bern 2005, Art. 22 Rz 37; Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], GestG-Kommentar, Basel 2001, Art. 22 Rz 16). Sodann hat das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in einem Grundsatzentscheid befunden, dass als "Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach Art. 47 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG)" (heute Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [VAG]) im Sinne der Zuständigkeitsregelung in § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) auch die Krankentaggeldversicherungen nach VVG zu betrachten seien, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherungsträger daneben über die Bewilligung zur Durchführung der sozialen Krankenversicherung (Art. 13 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG]) verfüge (Beschluss des Sozialversicherungsgerichts in Sachen S. vom 17. November 2004, KK.2002.00016). Diese Auffassung hat unterdessen auch das Kassationsgericht des Kantons Zürich anlässlich einer Nichtigkeitsbeschwerde gegen einen Nichteintretensentscheid eines zürcherischen Bezirksgerichts beziehungsweise gegen den bestätigenden Rekursentscheid des Obergerichts des Kantons Zürich geteilt (Zirkulationsbeschluss vom 23. Juni 2006, Kass.-Nr. AA060029). Damit ist auch die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben. Die sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich zur Beurteilung der Rechtmässigkeit der Rückforderung der Taggelder aus der Unfallversicherung sodann ergibt sich schon daraus, dass diese Rechtmässigkeit lediglich vorfrageweise, im Rahmen der Beurteilung der geltend gemachten Ansprüche auf weitere Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung, zu prüfen ist (vgl. hierzu Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung [ZPO], 3. Auflage, Zürich 1997, § 25 Rz 6 und § 59 Rz 18).

### E. 1.3

Damit ist auf die Klage einzutreten. Aufgrund der Höhe der eingeklagten Forderung beträgt der Streitwert Fr. 83'538.15. 2. 2.1 Bei der vorfrageweisen Prüfung der Rechtmässigkeit der Rückforderung der Taggelder aus der Unfallversicherung stellt sich zunächst die Frage, ob und bis zu welchem Zeitpunkt die Klägerin tatsächlich Anspruch auf derartige Tag- gelder hatte.

KK.2005.00025 I Seite 8 von 22 2.2 2.2.1 Gemäss Art. U1 AVB UV (Urk. 13/3 S. 3) sind die Leistungen bei Berufsunfällen und Berufskrankheiten zu erbringen; aufgrund besonderer Vereinbarung sind gemäss Art. U2 AVB UV auch Nichtberufsunfälle versichert. Art. U3 AVB UV erklärt die Bestimmungen und die Anwendungspraxis des Bundesgesetzes über die Unfallversicherung (UVG) zu den Leistungsvoraussetzungen sowie zu den Leistungskürzungen und -verweigerung für sinngemäss anwendbar. Nach Art. L 1 AVB UV ist das vereinbarte Taggeld proportional zum Grad der Arbeitsunfähigkeit zu erbringen. 2.2.2 Ein Unfall ist gemäss Art. 4 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG), welches gestützt auf Art. 1 Abs. 1 UVG auf die Unfallversicherung nach UVG anwendbar ist, die plötzliche, nicht beabsich- tigte schädigende Einwirkung eines ungewöhnlichen äusseren Faktors auf den menschlichen Körper, die eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit oder den Tod zur Folge hat. Die Leistungspflicht eines Unfallversicherers gemäss UVG setzt demnach zu- nächst voraus, dass zwischen dem Unfallereignis und dem eingetretenen Scha- den (Krankheit, Invalidität, Tod) ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht. Ursachen im Sinne des natürlichen Kausalzusammenhangs sind alle Umstände, ohne deren Vorhandensein der eingetretene Erfolg nicht als eingetreten oder nicht als in der gleichen Weise beziehungsweise nicht zur gleichen Zeit einge- treten gedacht werden kann. Entsprechend dieser Umschreibung ist für die Be- jahung des natürlichen Kausalzusammenhangs nicht erforderlich, dass ein Un- fall die alleinige oder unmittelbare Ursache gesundheitlicher Störungen ist; es genügt, dass das schädigende Ereignis zusammen mit anderen Bedingungen die körperliche oder geistige Integrität der versicherten Person beeinträchtigt hat, dass der Unfall mit anderen Worten nicht weggedacht werden kann, ohne dass auch die eingetretene gesundheitliche Störung entfielen (BGE 129 V 181 Erw. 3.1, 406 Erw. 4.3.1, 123 V 45 Erw. 2b, 119 V 337 Erw. 1, 118 V 289 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Wird durch den Unfall ein krankhafter Vorzustand verschlimmert oder über- haupt erst manifest, fällt der natürliche Kausalzusammenhang nach der Recht- sprechung zum UVG dahin, wenn und sobald der Gesundheitsschaden nur noch und ausschliesslich auf unfallfremden Ursachen beruht. Dies trifft dann zu, wenn entweder der Gesundheitszustand, wie er unmittelbar vor dem Unfall be- standen hat (status quo ante) oder aber derjenige Zustand, wie er sich nach dem schicksalsmässigen Verlauf eines krankhaften Vorzustandes auch ohne Unfall

KK.2005.00025 / Seite 9 von 22 früher oder später eingestellt hätte (status quo sine), erreicht ist (RKUV 1992 Nr. U 142 S. 75 Erw. 4b mit Hinweisen; nicht publiziertes Urteil des Eidgenössi- schen Versicherungsgerichtes in Sachen A. vom 26. April 1995, U 172/94). 2.2.3 Ob zwischen einem schädigenden Ereignis und einer gesundheitlichen Störung ein natürlicher Kausalzusammenhang besteht, ist eine Tatfrage, für die nach der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung der im Sozialversicherungsrecht übliche Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit massgebend ist (BGE 129 V 181 Erw. 3.1, 119 V 338 Erw. 1, 118 V 289 Erw. 1b, je mit Hinweisen). Auch das Dahinfallen jeder

kausalen Bedeutung von unfallbedingten Ursachen eines Gesundheitsschadens muss im Unfallversicherungsrecht nach UVG mit dem im Sozialversicherungsrecht üblichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen sein (RKUV 2000 Nr. U 363 S. 45; BGE 119 V 9 Erw. 3c/aa). Da es sich hierbei um eine anspruchsaufhebende Tatfrage handelt, liegt aber die entsprechende Beweislast - anders als bei der Frage, ob ein leistungsbegründender natürlicher Kausalzusammenhang gegeben ist - nicht bei der versicherten Person, sondern beim Unfallversicherer (RKUV 1994 Nr. U 206 S. 328 f. Erw. 3b, 1992 Nr. U 142 S. 76).

2.2.4 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen, für die gestützt auf Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) der Anspruchsberechtigte beweisen muss, ebenfalls lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 Erw. 3.5; Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen X. vom 11. Juni 2002, 5C.225/2001, Erw. 4.1). Ferner hat die Rechtsprechung erkannt, dass auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt, nur der Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erforderlich ist (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. Erw. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

2.3 2.3.1 Dass sich der Sturz vom 4. Oktober 2001 tatsächlich zugetragen hatte und dass er die Kriterien des oben definierten Unfallbegriffes erfüllt, steht ausser Zweifel. Es ist auch nicht anzuzweifeln, dass die Klägerin, wie dem Bericht des Stadtspitals Triemli vom 6. Oktober 2001 zu entnehmen ist (Urk. 9/1/B2), im Anschluss an diesen Sturz starke Schmerzen im Beckenbereich und im Bereich der unteren Lendenwirbel verspürte, und die Diagnose einer Kontusion des Ileosakralgelenks und des Steissbeins leuchtet dementsprechend ebenfalls ein. Auch wenn somit

KK.2005.00025 / Seite 10 von 22 Dr. K bereits im Formularzeugnis vom 26. November 2001 auf die Unfallfremdheit einer Spondylolisthesis des fünften Lendenwirbelkörpers hinwies (Urk. 9/1/B3), so ist doch mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass der Sturz für das Schmerzbild, das sich unmittelbar danach zeigte, auf jeden Fall im Sinne einer Teilursache verantwortlich war. Aufgrund der zitierten Bestimmungen der AVB UV, der aufgeführten Gesetzesbestimmungen und der dargelegten Rechtsprechung ist die Leistungspflicht der Beklagten aus der Unfallversicherung somit solange gegeben, als nicht mit dem auch hierfür massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachgewiesen ist, dass der Sturz vom 4. Oktober 2001 als Ursache für das persistierende Beschwerdebild weggefallen ist.

2.3.2 Wie die Beklagte in der Klageantwort zutreffend ausführen liess (vgl. Urk. 8 S. 3), muss die Spondylolisthesis, die sich bei der unmittelbar nach dem Unfall angefertigten Röntgenaufnahme zeigte (vgl. die Hinweise im Bericht des Stadtspitals Triemli vom 6. Oktober 2001, Urk. 9/1/B2, und im Bericht der Klinik Balgrist vom 7. Januar 2002, Urk. 18/1 S. 1) und später durch Magnetresonanztomographie- und Computertomographieaufnahmen sowie durch Funktionsaufnahmen vom 22. Februar 2002 beziehungsweise vom 14. Januar 2003 bestätigt werden konnte (vgl. den Bericht der Klinik Balgrist vom 25. Februar 2002, Urk. 18/2, den Überweisungsbericht von PD Dr. L vom 6. Mai 2002, Urk. 18/3 S. 2, und den Bericht von Dr. B vom 22. Januar 2003, Urk. 18/5), als unfallfremd eingestuft werden. Denn zur entsprechenden Angabe von Dr. K im Formularzeugnis vom 26. November 2001 (Urk. 9/1/B3 S. 2) findet sich in den übrigen medizinischen Unterlagen nirgendwo eine gegenteilige Auffassung, und in der medizinischen Literatur wird darauf hingewiesen, dass der Gleitprozess einer Spondylolisthesis selten durch ein einmaliges Trauma

verursacht werde (vgl. Debrunner, Orthopädie/Orthopädische Chirurgie, 4. Auflage, Bern 2002, S. 843). Allerdings erscheint die unfallfremde Spondylolisthesis aufgrund der weiteren Angaben in den medizinischen Unterlagen nur als Teilursache des persistierenden Beschwerdebildes. Denn bei der MRI-Untersuchung vom 22. Februar 2002 in der Klinik Balgrist zeigte sich auch eine mediane bis linksparamediane Diskusprotrusion im Bereich L4/5 und zusätzlich ein enger Spinalkanal in diesem Segment, und die Ärzte führten im Bericht vom 25. Februar 2002 hierzu aus, dass die festgestellte Diskopathie im Segment L4/5 durch den zusätzlich engen Spinalkanal symptomatisch werde und beidseits eine Kompression der Wurzel L5 bewirke (Urk. 18/2). PD Dr. L und Dr. K teilten diese Beurteilung in ihren Berichten vom 6. und vom 28. Mai 2002 (Urk. 18/3 S. 2 und

KK.2005.00025 / Seite 11 von 22 Urk. 9/1/B33/2) beziehungsweise vom 13. Mai 2003 (Urk. 9/B33/3) im Wesentlichen und äusserten gleichermassen den Verdacht auf eine gewisse Wurzelreizung, und Dr. B bestätigte in seinem Bericht vom 22. Januar 2003 ebenfalls, dass die Diskushernie bei dem schon vorbestandenem engen Spinalkanal vermehrt störe (Urk. 18/5). Der Befund des engen Spinalkanals ist indessen zweifellos ebenfalls als unfallfremd zu beurteilen. Denn zum einen wurde er von Dr. B im Bericht vom 22. Januar 2003 ausdrücklich als vorbestanden bezeichnet (Urk. 18/5) und zum andern werden in der medizinischen Literatur als mögliche Ursachen für diesen Befund neben der Konstitution die oben erwähnte (degenerative) Spondylolisthesis und weitere degenerative Veränderungen, nicht aber Unfälle genannt (vgl. Debrunner, a.a.O., S. 889). Beim Befund an der Bandscheibe L4/5 sodann handelt es sich gemäss den Ausführungen im Bericht der Klinik Balgrist vom 25. Februar 2002 (Urk. 18/2) nicht um eine eigentliche Diskushernie, sondern lediglich um eine Diskusprotrusion. Sodann wurde die Bandscheibe in diesem Bericht als deutlich dehydriert bezeichnet und die Ärzte sprachen von einer Segmentdegeneration im Bereich L4/5. Demnach erscheint auch die festgestellte Bandscheibenveränderung grundsätzlich als degenerativer Natur. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin aufgrund einer Angabe im Bericht von Dr. A vom August 2001 schon vor dem Sturz vom Oktober 2001 an Rückenschmerzen gelitten hatte (vgl. Urk. 27/9 S. 5) und als auch im Bericht des Stadtspitals Triemli vom April 2004 von gelegentlichen lumbalen Rückenschmerzen vor dem Sturz die Rede ist (vgl. Urk. 18/6 S. 1). 2.3.3 Angesichts der dargelegten Kombination verschiedener unfallfremder Befunde leuchtet die Beurteilung von Dr. W in seinen Stellungnahmen vom 16. Februar und vom 30. März 2003 (Urk. 9/1/B31 und Urk. 9/1/B36) ein, dass der Sturz von Anfang Oktober 2001 nur dazu geeignet war, die vorgeschädigte Wirbelsäule vorübergehend in ein - zusätzlich - schmerzhaftes Stadium zu versetzen, dass sie hingegen für die Entwicklung eines persistierenden chronischen Schmerzbildes, wie es im Bericht des Stadtspitals Triemli vom 4. April 2004 (Urk. 18/6) geschildert wird, nicht verantwortlich gemacht werden kann. Dieser Betrachtungsweise stimmte grundsätzlich auch die Klägerin zu. Sie stellte sich aber auf den Standpunkt, der Sturz sei erst gegen Ende des Jahres 2002 als Teilursache für die geklagten Beschwerden weggefallen (Urk. 1 S. 12, Urk. 17 S. 3 f. und S. 8 f.), und berief sich dabei auf die Angabe von Dr. K in seinen Berichten vom 6. März 2006 (Urk. 18/7 und Urk. 20), wonach zur Zeit der Beurteilung von Dr. W noch die lumboradikulären Schmerzen im Vordergrund gestanden hätten und sich erst ab Januar 2003 ein generalisiertes Schmerzsyndrom zu entwickeln begonnen habe. Wie dargelegt, sind jedoch bereits die in der Lendenwirbelsäule lokalisierten Schmerzen nicht allein auf den Sturz zurückzuführen, sondern dem Sturz kommt auch für diese lokalen Schmerzen nur

die Rolle eines schmerzauslösenden beziehungsweise schmerzverstärkenden Elementes zu. Dabei liess die Beklagte zutreffend darauf hinweisen (vgl. Urk. 8 S. 3, Urk. 23 S. 3), dass das Stadtpital Triemli im Bericht vom 6. Oktober 2001 (Urk. 9/1/B2) nicht die Lendenwirbelsäule, sondern die Bereiche des Steissbeins und des Iliosakralgelenks als kontusioniert bezeichnet hatte und dass der erstbehandelnde Arzt offenbar den Verdacht auf einen Hexenschuss geäussert hatte. Hexenschussartige Beschwerden, wie sie bei vorgeschädigten Bandscheiben bereits nach unkontrollierten Bewegungen auftreten können (vgl. Debrunner, a. a.O., S. 880), klingen jedoch nach der medizinischen Lehrmeinung in der Regel nach wenigen Stunden, Tagen oder Wochen wieder ab (vgl. Debrunner, a. a.O., S. 860). Mit diesen allgemeinen Erfahrungswerten stimmt überein, dass die Klägerin bei ihrer ersten Vorsprache in der Klinik Balgrist von Mitte Dezember 2001 von zurückgegangenen Beschwerden gesprochen hatte (vgl. Urk. 18/1 S. 2). Damit hat zwar der Sturz vom Oktober 2001 entgegen der Auffassung der Beklagten im vorliegenden Verfahren (vgl. Urk. 8 S. 4, Urk. 23 S. 4) nicht bereits nach drei Wochen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit die ursächliche Bedeutung für das geklagte Beschwerdebild verloren; hingegen ist der Ansicht der Beklagten zuzustimmen, dass die Beschwerden in der Lendenwirbelsäule auf jeden Fall drei Monate nach dem Sturz mit grosser Wahrscheinlichkeit nicht mehr vom Sturzereignis beeinflusst waren.

2.4 2.4.1 Hatte die Klägerin somit, wie die Beklagte gestützt auf die Beurteilung von Dr. W richtig erkannte, ab dem 5. Januar 2002 keinen Anspruch mehr auf Taggelder aus der Unfallversicherung, so stellt sich die weitere Frage, ob die Beklagte die zu viel ausgerichteten Taggelder aus der Unfallversicherung im Sinne ihres oben dargestellten Vorgehens von der Klägerin zurückfordern durfte.

2.4.2 Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt für Fragen, die das VVG nicht regelt, die Bestimmungen des Schweizerischen Obligationenrechts (OR) für anwendbar. Nach Art. 62 Abs. 1 OR hat diejenige Person, die in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, diese Bereicherung zurückzuerstatten, was gemäss Art. 62 Abs. 2 OR insbesondere dann der Fall ist, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat.

KK.2005.00025 / Seite 13 von 22 Dabei kann derjenige, der eine Nichtschuld freiwillig bezahlt hat, das Geleistete gemäss Art. 63 Abs. 1 OR nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.

2.4.3 Mit dem Wegfallen der Unfallkausalität war auch der Rechtsgrund für die Taggeldzahlungen aus der Unfallversicherung entfallen, sodass die Klägerin durch die Taggelder, welche sie aus dieser Versicherung für den Zeitraum vom 5. Januar bis zum 31. Dezember 2002 bezog, ungerechtfertigt bereichert im Sinne von Art. 62 OR wurde. Da die Beklagte diese Taggelder zweifellos freiwillig, also nicht aufgrund einer Drohung oder einer Notlage (vgl. Schulin, in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR [nachfolgend Basler Kommentar zum OR], Art. 63 Rz 4), erbracht hatte, ist die Zulässigkeit der Rückforderung indessen davon abhängig, dass sie sich bei deren Bezahlung in einem Irrtum über ihre Schuldpflicht befunden hatte. Dieser Irrtum braucht kein wesentlicher Irrtum im Sinne von Art. 23 ff. OR zu sein und muss auch nicht unverschuldet sein; zur Zeit der Leistungserbringung dürfen aber noch keine (effektiven) Zweifel am Rechtsgrund bestanden haben (vgl. BGE 129 III 650 Erw. 3.2; Schulin, in: Basler Kommentar zum OR, Art. 63 Rz 4).

2.4.4 Sind aufgrund eines Unfalles vorerst Leistungen aus einer Unfallversicherung geschuldet, so kann naturgemäss ein gewisser Zeitraum verstreichen,

bis durch ausreichende Abklärungen zuverlässig festgestellt ist, ob und ab wann der Unfall seine Bedeutung als Ursache beziehungsweise als Teilursache für fortbestehende gesundheitliche Beeinträchtigungen verloren hat. Dort, wo ein Unfallversicherter in einem solchen Fall trotz laufender medizinischer Erhebungen vorüberhaltlos weiterhin Leistungen erbringt, kann daher nicht leichthin angenommen werden, er habe sich bei dieser Leistungserbringung in einem Irrtum befunden. Vorliegendenfalls hatte zwar Dr. K schon im Formularzeugnis vom 26. November 2001 auf die unfallfremde Komponente der Spondylolisthesis hingewiesen (Urk. 9/1/B3 S. 2), in den allermeisten nachfolgenden Zeugnissen bezeichnete er jedoch die bescheinigte Arbeitsunfähigkeit als unfallbedingt (Urk. 9/1/B12-17, Urk. 9/1/B19, Urk. 9/1/B23+24 und Urk. 9/1/B26) und noch im Zwischenbericht vom 12. Dezember 2002 (Urk. 9/1/B/27/2) verneinte er die Frage, ob im Heilungsverlauf unfallfremde Faktoren eine Rolle spielten. Als Dr. W die Unfallkausalität dann in seinem ersten Bericht vom 16. Februar 2003 schon ab Januar 2002 verneinte, stellte die Beklagte ihre Taggeldzahlungen - nach einer letztmaligen Zahlung vom 16. Januar 2003 für die Monate September bis Dezember 2002 (Urk. 9/2/UTG9) - sofort ein und erbrachte während der nachfolgenden Abklärungen keine Taggelder mehr (vgl. den Hinweis in

KK.2005.00025 / Seite 14 von 22 der Anfrage an Dr. W vom März 2003, Urk. 9/1/B35). Genauere Informationen über das Ausmass des Vorzustandes und vor allem über die Auswirkungen des engen Spinalkanals auf die Symptomatik gelangten sodann erst mit den Berichten über die MRI-Untersuchung vom Februar 2002 zu den Akten, also erst im Zuge der Abklärungen der Beklagten nach der ersten Berichterstattung durch Dr. W vom 16. Februar 2003 und teilweise auch erst im Laufe des vorliegenden Verfahrens. Erst während des vorliegenden Verfahrens wurde zudem durch die Angaben im Bericht von Dr. A vom 8. August 2001 (Urk. 27/9 S. 5) und im Bericht des Stadtspitals Triemli vom April 2004 (Urk. 18/6) bekannt, dass die Klägerin schon vor dem Sturz vom Oktober 2001 zumindest gelegentlich Rückenschmerzen gehabt hatte; bei der Besprechung mit dem Schadeninspektor der Beklagten vom Oktober 2002 hatte die Klägerin noch angegeben, vor dem Unfall keine Beschwerden im verletzten Bereich verspürt zu haben (vgl. Urk. 9/1/B21/1). In dieser gesamten Konstellation muss als erstellt gelten, dass die Beklagte, wäre sie sich bereits im Dezember 2001 /Januar 2002 über die massgebende Rolle des Vorzustandes für die Persistenz des Beschwerdebildes im Klaren gewesen, ihre Leistungen von Anfang an auf die ersten drei Monate nach dem Unfall begrenzt hätte. 2.4.5 Damit ist ein relevanter, zu einer Rückforderung berechtigender Irrtum im Sinne von Art. 63 OR erwiesen. Die Rückforderung der Taggelder, welche die Beklagte für die Zeit vom 5. Januar bis zum 31. Dezember 2002 aus der Unfallversicherung ausgerichtet hatte, ist demnach als rechtmässig zu beurteilen. Dass die Beklagte der Klägerin am 9. April 2003 (Urk. 9/1/B37) noch mitgeteilt hatte, sie verzichte auf eine Rückforderung der zu viel bezahlten Taggelder, vermag entgegen der Sichtweise in der Klageschrift und in der Replik (Urk. 1 S. 12, Urk. 17 S. 4 f.) noch keinen definitiven Verzicht auf die Rückerstattung zu begründen. Denn im Kontext mit dem nur zwei Tage später mitgeteilten Hinweis, es werde intern eine Umbuchung veranlasst (Urk. 9/3/KTG1), musste es der Klägerin entsprechend der Darstellung der Beklagten (vgl. Urk. 8 S. 9) klar werden, dass die Beklagte lediglich von einer reellen, nicht durch Verrechnung vollziehbaren Rückforderung absehen wollte. Von den 453 Taggeldern, die ihr die Beklagte für die Zeit vom 5. Oktober 2001 bis zum 31. Dezember 2002 aus der Unfallversicherung ausgerichtet hatte (vgl. Urk. 9/2/UTG1-9), hatte die Klägerin somit nach Abzug der 92 Taggelder für die Zeit vom 5. Oktober 2001 bis zum

4. Januar 2002 deren 361 zurückzuerstatten.

KK.2005.00025 / Seite 15 von 22 2.5 Umgekehrt steht daher fest, dass die Klägerin ab dem 5. Januar 2002 Anspruch auf Taggelder aus ihrer Krankentaggeldversicherung hatte. Die Beklagte richtete ihr zusätzlich zu den 361, als Krankentaggelder umqualifizierten, bereits ausgerichteten Taggelder bis zum 3. Februar 2004 noch 369 weitere Taggelder aus (vgl. Urk. 9/3/KTG1-11), womit der Gesamtanspruch von 730 Krankentaggeldern gemäss ihrer zutreffenden Berechnungsweise ausgeschöpft war. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass sie die vereinbarten 30 Wartetage zu Recht nicht an den Gesamtanspruch angerechnet hat, da eine solche Anrechnung gemäss den massgebenden AVB KV nur bei der BVG-Koordinationsdeckung, nicht aber bei der Volldeckung vorgesehen ist (vgl. Urk. 13/1 S. 2). Damit hat die Klägerin über den 3. Februar 2004 hinaus keinen Anspruch auf weitere Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung. 3.3.1 Weiter zu prüfen ist, ob die Klägerin, wie sie geltend machen liess (Urk. 1 S. 7 ff.), innerhalb des Zeitraumes bis zum 3. Februar 2004 Anspruch auf höhere als die geleisteten Zahlungen hat. 3.2 Was zunächst die Bemessung der Taggelder aus der Krankentaggeldversicherung generell anbelangt, so sehen die massgebenden AVB KV vor, dass bei einer ärztlich bestätigten, krankheitsbedingten Erwerbsunfähigkeit von mindestens 50 % das versicherte Taggeld proportional zum Grad der Erwerbsunfähigkeit geleistet wird (Urk. 13/1 S. 2). Die Klägerin hatte als Selbstständigerwerbende einen Jahreslohn von Fr. 60'000.00 versichert, woraus bei vollständiger Erwerbsunfähigkeit ein Taggeld in der Höhe von gerundet Fr. 164.40 resultiert (Fr. 60'000.00 : 365; vgl. Art. G8 AVB KV, Urk. 13/1 S. 4). Dass die Beklagte die Krankentaggelder ab dem 5. Januar 2002 - entsprechend dem Vorgehen bei der Bemessung der Taggelder aus der Unfallversicherung, wo das vereinbarte Taggeld nicht proportional zum Grad der Erwerbsunfähigkeit, sondern proportional zum Grad der Arbeitsunfähigkeit festzulegen ist (vgl. Art. Li AVB W, Urk. 13/3 S. 3) - anhand der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeiten bemass, ist nicht zu beanstanden. Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass sich das Einkommen aus der Tätigkeit als selbständige Kosmetikerin etwa proportional zur verminderten Leistungsfähigkeit reduziert.

KK.2005.00025 / Seite 16 von 22 3.3 Nicht richtig ist hingegen, dass die Beklagte die 30 zu bestehenden Wartetage erst in der Zeit vom 1. bis zum 30. Januar 2003 angerechnet hat (vgl. Urk. 9/3/KTG1 S. 1). Korrekterweise wären diese Tage vielmehr zu Beginn der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit, also in der Zeit vom 5. Januar bis zum 3. Februar 2002, zu bestehen gewesen. Da die Taggelder aus der Unfallversicherung, die der Klägerin vom 5. bis zum 20. Januar 2002 ausgerichtet worden waren, jedoch auf einer lediglich 50%igen Arbeitsunfähigkeit basiert und damit nur Fr. 82.20 betragen hatten, wogegen sich die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin im Januar 2003 auf durchgehend 100% belaufen und das Taggeld daher die Höhe von Fr. 164.40 erreicht hatte, steht der Rückforderung von Fr. 1'315.20 (16 x Fr. 82.20) für zu Unrecht ausgerichtete Taggelder in der Zeit vom 5. bis zum 20. Januar 2002 eine Nachforderung von Fr. 2'630.40 (16 x Fr. 164.40) für zu Unrecht nicht ausgerichtete Taggelder vom Januar 2003 gegenüber. Damit schuldet die Beklagte der Klägerin für die Zeit bis zum 3. Februar 2004 als erstes noch eine Taggeldsumme von Fr. 1'315.20, wie dies von der Klägerin zwar nicht explizit geltend gemacht worden ist, jedoch im Rahmen der Sachverhaltsfeststellung von Amtes wegen (vgl. Art. 85 Abs. 2 VAG) festzulegen ist. 3.4 3.4.1 Zur Hauptsache gründet aber die Forderung der Klägerin für zusätzliches Taggeld in der Zeit bis zum 3. Februar 2004 auf ihrer Auffassung, dass die Anrechnung ihrer Invalidenrente an die Krankentaggelder der

Zeit ab Oktober 2002 nicht rechtmässig sei (vgl. Urk. 1 S. 7 ff., Urk. 17 S. 5 ff.). 3.4.2 In den AVB KV figuriert unter dem Titel "Leistungseinschränkungen und -ausschlüsse" die Regelung: "Wenn eine andere Versicherung während der gleichen Zeitdauer verdienstabhängige Leistungen erbringt, so ergänzen wir diese bis zum Lohn, der für unsere Taggeldberechnung massgebend ist" (Urk. 13/1 S. 2). Auf diese Bestimmung stützte sich die Beklagte bei der Anrechnung der Invalidenrente. Demgegenüber stellte sich die Klägerin auf den Standpunkt, die Rente der Invalidenversicherung sei nicht als verdienstabhängige Leistung im Sinne dieser AVB-Bestimmung zu qualifizieren (vgl. Urk. 1 S. 8 f., Urk. 17 S. 5 f.). 3.4.3 Bei der Auslegung vorformulierter Vertragsbestimmungen ist der mutmassliche Parteiwille nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln, und es ist demnach danach zu fragen, wie eine solche Bestimmung vom Adressaten unter Berücksichtigung der gesamten erkennbaren Umstände vernünftigerweise verstanden werden durfte und musste. Auszugehen ist vom Wortlaut der Bestimmung, wobei der allgemeine Sprachgebrauch massgebend ist und fachtechnische Ausdrücke

KK.2005.00025 Seite 17 von 22 so auszulegen sind, wie sie ein Laie versteht (vgl. Stoessel, in: Honsell et al. [Hrsg.], Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001 [nachfolgend VVG-Kommentar], Vorbemerkungen zu Art. 1-3 VVG, S. 24 f. Rz 22 und 23). 3.4.4 Invalidität ist nach Art. 8 Abs. 1 ATSG die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit. Im Invalidenversicherungsrecht gelten zudem diejenigen Versicherten als invalid, die vor der Beeinträchtigung ihrer körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit nicht erwerbstätig waren und denen eine Erwerbstätigkeit nicht zugemutet werden kann, soweit für sie eine Unmöglichkeit vorliegt, sich im bisherigen Aufgabenbereich zu betätigen (Art. 8 Abs. 3 ATSG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [NG]). Bei erwerbstätigen Versicherten ist der Invaliditätsgrad gemäss Art. 16 ATSG (seit 1. Januar 2004 in Verbindung mit Art. 28 Abs. 2 NG) aufgrund eines Einkommensvergleichs zu bestimmen. Dazu wird das Erwerbseinkommen, das die versicherte Person nach Eintritt der Invalidität und nach Durchführung der medizinischen Behandlung und allfälliger Eingliederungsmassnahmen durch eine ihr zumutbare Tätigkeit bei ausgeglichener Arbeitsmarktlage erzielen könnte, in Beziehung gesetzt zum Erwerbseinkommen, das sie erzielen könnte, wenn sie nicht invalid geworden wäre. Rechtsprechungsgemäss hat der Einkommensvergleich auch bei Selbständigerwerbenden in der Regel in der Weise zu erfolgen, dass die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen ziffernmässig möglichst genau ermittelt und einander gegenübergestellt werden. Lassen sich aber die beiden hypothetischen Erwerbseinkommen nicht zuverlässig ermitteln oder schätzen, so ist ein Betätigungsvergleich anzustellen und der Invaliditätsgrad nach Massgabe der erwerblichen Auswirkungen der verminderten Leistungsfähigkeit in der konkreten erwerblichen Situation zu bestimmen (vgl. BGE 128 V 30 f. Erw. 1). Aus diesen Definitionen ergibt sich mit Deutlichkeit, dass der Anspruch auf eine Invalidenrente auch bei Selbständigerwerbenden von der Höhe einer krankheitsbedingten Einbusse in der Erwerbsfähigkeit und damit von einer Einkommenseinbusse abhängt. Dass der Betrag der Invalidenrente nicht allein vom Umfang der erlittenen Einkommenseinbusse abhängt, sondern zusätzlich von der Höhe und der Dauer der geleisteten Beiträge bestimmt wird, ändert daran entgegen den Vorbringen der Klägerin (Urk. 1 S. 8 f., Urk. 17 S. 6) nichts. Gleichermaßen unerheblich ist in Abweichung von der Auffassung der Klägerin (vgl. Urk. 1 S. 9), dass die SVA, IV-Stelle, den Invaliditätsgrad gemäss dem Abklärungsbericht vom 13. August 2003 anhand eines Betätigungsvergleichs er-

KK.2005.00025 / Seite 18 von 22 mittelt hat (Urk. 2/15 S. 6 = Urk. 27/18 S. 6), denn der Betätigungsvergleich bei Selbständigerwerbenden ist keine von den Einkommensverhältnissen losgelöste Methode, sondern er stellt lediglich eine besondere Vorgehensweise zur Ermittlung der Erwerbseinbusse für diejenigen Fälle dar, wo die alleinige Gegenüberstellung der Geschäftsergebnisse keine zuverlässigen Schlüsse auf die invaliditätsbedingte Erwerbseinbusse erlaubt, weil diese Ergebnisse auch von invaliditätsfremden Faktoren beeinflusst sind (vgl. AHI 1998 S. 254 Erw. 4a). Die Invalidenrente ist somit gerade auch für das Verständnis eines juristischen Laien eine verdienstabhängige Leistung im Sinne der zitierten AVB-Bestimmung. Für einen erwerbstätigen oder erwerbstätig gewesenen Laien, der sich zum Bezug einer Invalidenrente anmeldet, ist nämlich zunächst, wie die Beklagte richtig ausführen liess (vgl. Urk. 8 S. 7), nicht die exakte Berechnungsweise der Rente von Bedeutung, sondern es steht für ihn vielmehr im Vordergrund, dass er aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr in der Lage ist, im bisherigen Mass ein Einkommen, einen Verdienst, zu erzielen, und sich als Ersatz dafür die Gewährung von Versicherungsleistungen verspricht. Dass der Rentenanspruch von einer Veränderung im Einkommen abhängt, wird denn auch aus den Angaben über die Berufstätigkeit deutlich, welche die versicherte Person dem Versicherungsträger der Invalidenversicherung bereits im Anmeldeformular zu machen hat (vgl. Urk. 27/1 S. 4 f.). Damit ist der Ausdruck der verdienstabhängigen Leistung auch nicht als unklar im Sinne der sogenannten Unklarheitenregel einzustufen (so die Vorbringen in der Klageschrift, Urk. 1 S. 9), wonach mehrdeutige oder unklare Klauseln zum Nachteil ihres Verfassers auszulegen sind (vgl. Stoessel, in: VVG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 VVG, S. 27 Rz 28). Ebenso wenig handelt es sich bei der Statuierung der Anrechenbarkeit von verdienstabhängigen Leistungen um eine ungewöhnliche Bestimmung, welche rechtsprechungsgemäss nur gälte, wenn die versicherte Person speziell auf sie aufmerksam gemacht worden wäre (vgl. Stoessel, in: VVG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 VVG, S. 28 Rz 31). Denn es ist durchaus üblich, dass private Taggeldversicherer ihre Leistungen nur im Nachgang zu den Leistungen anderer Versicherungsträger, insbesondere zu den Leistungen von Sozialversicherungsträgern, erbringen. 3.4.5 Die Beklagte hat somit entsprechend ihrer Berechnung vom 19. November 2003 (Urk. 9/1/B48/2) korrekterweise die Invalidenrenten, welche die Klägerin für den Zeitraum von Oktober 2002 bis Oktober 2003 erhalten hatte, von den für diesen Zeitraum ausgerichteten Taggeldern aus der Krankentaggeldversicherung abgezogen. Da die jeweilige Taggeldsumme in jedem einzelnen Monat und Tag hö-

KK.2005.00025 / Seite 19 von 22 her war als der jeweilige Betrag der Invalidenrente, sind die ganzen für Oktober 2002 bis Oktober 2003 ausgerichteten Rentenleistungen anrechenbar. Die Beklagte war sodann auch zur Rückforderung der anrechenbaren Rentenleistungen berechtigt; der Rechtsgrund für die Erhebung der Rückforderung ist hier ein vertraglicher und ergibt sich aus der zitierten AVB-Bestimmung, auf welche die Beklagte die Klägerin im Schreiben vom 23. Mai 2003 (Urk. 9/1/B45) zudem ausdrücklich aufmerksam gemacht hatte. Ob die Vollstreckung der Rückforderung durch direkte Verrechnung mit der Rentennachzahlung zulässig war, was die Klägerin mit dem Hinweis auf die Ungültigkeit ihrer Erklärung vom

#### **E. 1.4**

Am 30. Oktober 2002 hatte sich X auch bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug angemeldet (Urk. 27/1). Die "Y" informierte die Versicherte in der Folge

mit Schreiben vom 23. Mai 2003 darüber, dass all-

KK.2005.00025 Seite 4 von 22 fällige Rentenleistungen zu einer Kürzung der Krankentaggelder führen könnten, und ersuchte sie um Unterzeichnung einer Ermächtigung, eine daraus resultierende Rückforderung direkt mit den Ansprüchen gegenüber der Invalidenversicherung zu verrechnen (Urk. 9/1/B45). Nach nochmaliger Aufforderung vom

### **E. 1.5**

Für die Zeit ab dem 1. November 2003 richtete die "Y" der Versicherten nunmehr ein unter Berücksichtigung der Rente vermindertes Taggeld aus, wobei sie zusätzlich bereits das Ausgangstaggeld - das Taggeld vor der Anrechnung der Invalidenrente - entsprechend dem Invaliditätsgrad von 80 % auf 80 % des vollen Taggeldes reduzierte (vgl. den Hinweis in Urk. 9/1/B48/2 und die Taggeldabrechnungen in Urk. 9/3/KTG9-11). Mit Schreiben vom 26. Januar 2004 (Urk. 9/1/B44) teilte die "Y" der Versicherten mit, dass sie ihren Maximalanspruch auf 730 Taggelder mit einer Bezugsdauer vom 5. Januar 2002 bis zum 3. Februar 2004 ausgeschöpft habe und somit aus dem Kollektivversicherungsvertrag ausscheide. 2. Am 5. September 2005 liess X, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Felix Rüegg, gegen die "Y" Klage erheben (Urk. 1) mit dem Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2): "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 83'538.15 zuzüglich Zins von 5 % seit Einreichung der vorliegenden Klage zu bezahlen. 2. Es seien die Kosten des vorliegenden Verfahrens nach dem Veranlassungsprinzip der Beklagten aufzuerlegen und diese in gleicher Weise zur Bezahlung einer vollen Prozessentschädigung an die Beklagte (richtig: Klägerin) zu verpflichten."

KK.2005.00025 / Seite 5 von 22 Die "Y", vertreten durch Rechtsanwalt Adelrich Friedli, beantragte in der Klageantwort vom 16. November 2005 (Urk. 8 S. 2): "Die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Klägerin." Die Versicherte liess in der Replik vom 31. März 2006 (Urk. 17) an ihren Standpunkten festhalten und zu deren Belegung, wie mit Schreiben vom 6. März 2006 (Urk. 16) bereits angekündigt, einen bei Dr. K eingeholten Bericht vom

### **E. 6**

Mai 2002 (Urk. 18/3), einem Bericht von Dr. med. B, Spezialarzt für Neurochirurgie, vom 22. Januar 2003 über die Möglichkeiten einer operativen Behandlung des Wirbelsäulenleidens (Urk. 18/5) und einem Bericht des Stadtspitals Triemli vom 5. April 2004 über ambulante rheumatologische Untersuchungen vom 8. März und vom 5. April 2004 (Urk. 18/6). Ausserdem liess sie mit Eingabe vom 4. April 2006 (Urk. 19) Ergänzungen von Dr. K zu seinem Bericht vom 6. März 2006 nachreichen (Urk. 20). Die "Y" blieb in der Duplik vom 11. Mai 2006 (Urk. 23) bei ihrem Antrag auf Klageabweisung, worauf der Schriftenwechsel mit Verfügung vom 15. Mai 2006 geschlossen wurde (Urk. 24). In der Folge zog das Gericht mit Verfügung vom 27. Februar 2007 (Urk. 25) die Akten der Invalidenversicherung in Sachen der Versicherten bei (Urk. 27/1-49), in denen sich als neue medizinische Unterlagen insbesondere ein Bericht von PD Dr. L vom 21. November 2002 (Urk. 27/8 S. 1-4), zwei Berichte von Dr. med. A, Facharzt für Neurologie, an den jeweiligen Hausarzt vom

### **E. 8**

August 2001 (Urk. 27/9 S. 5-6) und vom 20. März 2002 (Urk. 27/9 S. 3-4), die Krankengeschichte-Einträge der Klinik Balgrist vom 29. Januar und vom 22. Februar 2002 (Urk. 27/11 S. 7 und S. 6) und ein Bericht von Dr. K vom 23. Dezember 2002 (Urk. 27/12 S. 1-4) finden. Die Versicherte und die "Y" verzichteten mit den Schreiben vom 22. März beziehungsweise vom 3. April 2007 (Urk. 30 und Urk. 33) auf eine Stellungnahme zu diesen beigezogenen Akten. Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

KK.2005.00025 Seite 6 von 22 Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 10**

Oktober 2003 (Urk. 9/1/B47) in Abrede stellen liess (vgl. Urk. 1 S. 10, Urk. 17 S. 7), ist demgegenüber nicht im vorliegenden Verfahren zu entscheiden, sondern hätte mittels Anfechtung der entsprechenden Verfügung der SVA, IV-Stelle, vom 2. Dezember 2003 (Urk. 2/6 = Urk. 27/31) geltend gemacht werden müssen. Hingegen ergibt sich aus den beigezogenen Akten der Invalidenversicherung, dass die Invalidenrente der Klägerin im Nachhinein rückwirkend von Fr. 1'582.00 auf Fr. 1'566.00 für die Monate Oktober bis Dezember 2002 und von Fr. 1'620.00 auf Fr. 1'604.00 im Monat für die Jahre 2003 und 2004 herabgesetzt worden ist (vgl. die Rückforderungsverfügung vom 11. Februar 2005, Urk. 27/42 und Urk. 27/43). Demgemäss reduziert sich der Betrag von Fr. 20'946.00, den die Beklagte als Summe der Renten für die Zeit von Oktober 2002 bis Oktober 2003 von der Klägerin zurückgefordert hatte, um einen Betrag von Fr. 208.00 (3 x Fr. 16.00 [Fr. 1'582.00 - Fr. 1'566.00] + 10 x Fr. 16.00 [Fr. 1'620.00 - Fr. 1'604.00]). Die Beklagte schuldet der Klägerin somit eine weitere Taggeldsumme von Fr. 208.00. 3.5 3.5.1 Die Anrechenbarkeit der Invalidenrente gilt sodann auch für den weiteren Taggeldanspruch der Klägerin für die restliche Zeit vom 1. November 2003 bis zum 3. Februar 2004. Hingegen erscheint die Herabsetzung des vollen, auf einer 100%igen Arbeits beziehungsweise Erwerbsunfähigkeit basierenden Taggeldes von Fr. 164.38 beziehungsweise von gerundet Fr. 164.40 um die von der Invalidenversicherung ermittelte Resterwerbsfähigkeit von 20 % auf Fr. 131.51 (vgl. Urk. 9/1/B48/2) unter den gegebenen Verhältnissen nicht als angebracht. Es trifft zwar zu, dass das Krankentaggeld gemäss den AVB KV nicht nach Massgabe der Arbeits- sondern nach Massgabe der Erwerbsunfähigkeit zu bemessen ist (vgl. Urk. 13/1

KK.2005,00025 / Seite 20 von 22 S. 2). Der von der SVA, IV-Stelle, ermittelte Invaliditätsgrad von 80 % wurde indessen, wie aus dem Abklärungsbericht vom 13. August 2003 (Urk. 2/15 = Urk. 27/18) hervorgeht, anhand eines erwerblich gewichteten Betätigungsvergleichs unter Berücksichtigung der spezifischen Gegebenheiten im Kosmetikstudio der Klägerin ermittelt. Aus diesem Wert lässt sich daher entsprechend der zutreffenden Auffassung in der Klageschrift (Urk. 1 S. 11, Urk. 17 S. 7 f.) nicht ohne weiteres auf eine reelle Resterwerbsfähigkeit von 20% schliessen, zumal das Geschäft seit November 2002 gar nicht mehr existiert (vgl. Urk. 2/15 S. 2 = Urk. 27/18 S. 2). Zudem hat es die SVA, IV-Stelle, bis anhin unterlassen, die Resterwerbsfähigkeit der Klägerin auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt zu ermitteln. Es erscheint daher angesichts der verbleibenden kurzen Leistungsdauer von rund drei Monaten als angemessen, das Taggeld - wie bis anhin (vgl. vorstehende Erw. 3.2) - anhand der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zu bemessen, die gemäss den Angaben von Dr. K im Bericht vom 6. März 2006 weiterhin 100 % betrug (vgl. Urk. 20). Dies gilt insbesondere deshalb, weil die von der Klägerin abgeschlossene Taggeldversicherung ausdrücklich eine Versicherung für

Selbständigerwerbende darstellt und in den AVB keine Bestimmung über eine Schadenminderungspflicht durch Aufnahme einer unselbständigen Tätigkeit enthalten ist.

3.5.2 Damit beträgt das Taggeld vor Anrechnung der Invalidenrente, das der Klägerin ab dem 1. November 2003 zusteht, Fr. 164.38. Davon abzuziehen ist der auf den Tag umgerechnete Anteil der Invalidenrente, die aufgrund der Neuberechnung vom 11. Februar 2005 Fr. 1'604.00 im Monat betrug (Urk. 27/42). Daraus ergibt sich ein anrechenbares Rentenbetreffnis von Fr. 52.73 (12 x Fr. 1'604.00: 365), und das Taggeld ab dem 1. November 2003 beträgt Fr. 111.65 (Fr. 164.38 - Fr. 52.73). Die Differenz zum bereits ausgerichteten Taggeld von Fr. 78.25 beläuft sich auf Fr. 33.40, sodass der Klägerin für die verbleibenden 95 Tage vom 1. November 2003 bis zum 3. Februar 2004 (vgl. Urk. 9/3/KTG9-11) noch ein Betrag von Fr. 3'173.00 zusteht.

3.6 Zusammengefasst hat die Beklagte der Klägerin für die Zeit bis zum 3. Februar 2004 noch Taggelder in den Beträgen von Fr. 1'315.20 (Erw. 3.3), von Fr. 208.00 (Erw. 3.4.5) und von Fr. 3'173.00 (Erw. 3.5.2) zu bezahlen, mithin eine Taggeldsumme von Fr. 4'696.20. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen.

KK.2005.00025 / Seite 21 von 22 4. Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR (vgl. Hasenböhler, in: VVG-Kommentar, Art. 20 VVG, S. 328 Rz 81) sind auf dem Betrag von Fr. 4'696.20 sodann die eingeklagten Verzugszinsen zu 5 % seit dem 5. September 2005, dem Zeitpunkt der Klageerhebung, geschuldet.

5. 5.1 Stellt die obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag oder ist dies von andern Gesetzen so vorgesehen, so verpflichtet das Gericht die unterliegende Partei gemäss § 34 Abs. 1 GSVGer zum Ersatz der Parteikosten. Die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung bemisst sich gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert. Die Klägerin, die zum kleineren Teil obsiegt, hat daher Anspruch auf eine reduzierte Prozessentschädigung, die ermessensweise auf Fr. 400.00 festzusetzen ist.

5.2 Nach § 34 Abs. 2 GSVGer steht den Versicherungsträgern und den Gemeinwesen der Anspruch auf eine Parteientschädigung nur zu, soweit er von anderen Gesetzen nicht ausgeschlossen ist. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Regelung in Art. 85 Abs. 3 VAG (beziehungsweise die identische Regelung im früheren Art. 47 Abs. 3 VAG) keine Vorschrift dar, welche den Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung ausschliesst, sondern ein solcher Anspruch besteht unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen E. vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, Erw. 5 mit Hinweisen). Der Beklagten, die zum grösseren Teil obsiegt und anwaltschaftlich vertreten ist, ist somit eine reduzierte Prozessentschädigung im ermessensweise festgesetzten Umfang von Fr. 2'600.00 zuzusprechen.

KK.2005.00025 / Seite 22 von 22 Das Gericht erkennt:

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