

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20120731\_d\_zh\_o\_02 vom 31. Juli 2012**

FINMA Versicherungsrecht, 2012-07-31, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20120731\\_d\\_zh\\_o\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20120731_d_zh_o_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20120731\_d\_zh\_o\_02 du 31 juillet 2012

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20120731\_d\_zh\_o\_02 del 31 luglio 2012

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Die X.\_\_\_\_ schloss im Jahr 2001 mit der Helsana Zusatzversicherungen AG, vertreten durch die Helsana Versicherungen AG (nachfolgend: Helsana), mit Wirkung ab 1. August 2003 eine Kollektiv-Taggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) unter Gültigkeit der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (Ausgabe 1. Januar 1999/2000) ab. Damit wurden die Angestellten der X.\_\_\_\_ bei Krankheit mit einem Taggeld von 80 % des effektiven Lohnes, zahlbar ab dem 31. Tag während 730 Tagen pro Fall, versichert (Urk. 2/2, Urk. 23/1). Mit Formular vom 3. Oktober 2005 meldete die X.\_\_\_\_ der Helsana, dass ihr Angestellter Y.\_\_\_\_ seit dem 8. September 2005 wegen Krankheit arbeitsunfähig sei (Urk. 2/3). Die Helsana leistete nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen während 700 Tagen vom 8. Oktober 2005 bis zum 7. September 2007 ausgehend von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit Taggelder von 80 % eines Stundenlohnes von Fr. 33.36 (inklusive Ferienentschädigung) respektive ab dem 181. Tag (7. März 2006) von Fr. 30.05 (exklusive Ferienentschädigung; Urk. 2/2, Urk. 2/14). 1.2 Im April 2008 sandte die Helsana der X.\_\_\_\_ neue Taggeldabrechnungen betreffend die für Y.\_\_\_\_ erbrachten Leistungen und einen Einzahlungsschein über den Betrag von Fr. 37'473.50 mit der Bitte um Rückerstattung dieses Betrages zu (Urk. 2/6). Auf Verlangen hin (Schreiben des Rechtsvertreters der X.\_\_\_\_ vom 29. April 2008, Urk. 2/7) orientierte die Helsana die X.\_\_\_\_ mit Schreiben vom 26. Mai 2008 darüber, dass zufolge der Meldung ihrer Revisionsstelle als Grundlage bei der Taggeldbemessung von einem anderen Einkommen für Y.\_\_\_\_ auszugehen sei, als ursprünglich angenommen (Urk. 2/8). Mit Schreiben vom 13. Oktober 2008 (Urk. 2/12) und vom 2. Oktober 2009 (Urk. 2/13) verzichtete die X.\_\_\_\_ auf die Einrede der Verjährung bis zum 13. Oktober 2010 in Bezug auf den geforderten Betrag von Fr. 37'473.50 (Urk. 2/23). 2. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2010 erhob die Helsana Klage gegen die X.\_\_\_\_ und beantragte, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 37'473.50 an zuviel erbrachten Taggeldleistungen für die Zeit vom 8. September 2005 bis 7. September 2007 zurückzuerstatten (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte ersuchte in der Klageantwort vom 12. Januar 2010 um Abweisung der Klage (Urk. 8 S. 2). In der Replik vom 10. März 2011 erhöhte die Klägerin ihre Forderung gegen die Beklagte auf Fr. 42'890.70 (Urk. 12 S. 2). Die Beklagte hielt in der Duplik vom 29. Juni 2011 an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest (Urk. 19 S. 2). Mit Verfügung vom 29. Februar 2012 wurde die Beklagte unter anderem zur Einreichung verschiedener Urkunden verpflichtet (Urk. 21 S. 3), welche sie mit Eingaben vom

### **E. 2**

2.1 Die Klägerin begründet ihre Klage damit, dass die Beklagte um den Betrag von Fr. 42'890.70 ungerechtfertigt bereichert sei, weil sie, die Klägerin, ihr wegen falscher Angaben in der Krankmeldung (Urk. 2/3) während des krankheitsbedingten Ausfalls des ehemaligen Angestellten Y. \_\_\_ vom 8. September 2005 bis 7. September 2007 zu hohe Taggelder geleistet habe. Und zwar habe es sich beim Verdienst von Y. \_\_\_ nicht wie angegeben um ein regelmässiges Einkommen von 45 Stunden pro Woche à Fr. 25.50 zuzüglich Ferien-, Feiertagsentschädigung und 13. Monatslohn sowie Zulagen gehandelt, sondern um ein unregelmässiges Einkommen. Bei einem solchen sei gemäss Ziff. 6.1 AVB für die Helsana Business Salary Kollektiv- Taggeldversicherung nach VVG (Ausgabe 1. Januar 1999/2000, Urk. 2/2) der Durchschnitt des Einkommens der letzten zwölf Monate als Grundlage zur Bemessung des Taggeldes massgeblich (Urk. 12 S. 3 ff.). 2.2 Die Beklagte stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die Tätigkeit von Y. \_\_\_ sei regelmässig gewesen und habe einem vollen Pensum, teilweise mit Überstunden entsprochen. Die Lohnausfälle seien aufgrund gewährter unbezahlter Urlaube von monatsübergreifend im November bis Dezember 2003, von Dezember 2004 bis Februar 2005, während zweier Wochen im März und zweieinhalb Tagen im August 2005 entstanden, die bei der Berechnung des Taggeldes ausser Acht zu lassen seien, wobei in dieser Zeit teilweise Ferienguthaben ausbezahlt worden seien (Urk. 8 S. 2 ff., Urk. 19 S. 3 ff., Urk. 25 S. 2, Urk. 34 S. 2 f.). 2.3 Strittig und zu prüfen ist, ob das vom 8. Oktober 2005 bis zum 7. September 2007 von der Klägerin an die Beklagte geleistete Taggeld in dieser Höhe geschuldet war und ob die Klägerin Anspruch auf Rückerstattung eines Teils davon durch die Beklagte hat.

### E. 3

3.1 Unstrittig ist, dass die Klägerin aufgrund des Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrages nach VVG mit der Beklagten und zufolge der krankheitsbedingten 100%igen Arbeitsunfähigkeit des damaligen Angestellten der Beklagten, Y. \_\_\_, seit dem 8. September 2005 dieser das Taggeld vom 8. Oktober 2005 bis zum 7. September 2007 schuldete und ein solches auch leistete. Die Klägerin ging in der Replik unter Verweis auf die Kopien der monatlichen Abrechnungen (Urk. 2/4) von einer Leistung von Fr. 119'887.80 aus (Urk. 12 S. 7), was von der Beklagten nicht bestritten wird. Aus den genannten Urkunden ergibt sich jedoch folgendes Bild (Urk. 2/4):

Zeitraum	Stunden	Betrag/Std. in Fr.	Leistung in Fr.
(80% von 33.36 resp. 30.05) 08.09.-07.10.05		(Wartefrist)	
0	0	08.10.-30.11.05	342
26.688	9'127.30	01.-31.12.05	198
26.688	5'284.25	01.-31.01.06	198
26.688	5'284.25	01.-28.02.06	180
26.688	4'803.85	01.-06.03.06	36
26.688	960.75	07.-31.03.06	171
24.040	4'110.85	01.-30.04.06	180
24.040	4'327.20	01.-31.05.06	207
24.040	4'976.30	01.-30.06.06	198
24.040	4'759.90	01.-31.07.06	189
24.040	4'543.55	01.-31.08.06	207
24.040	4'976.30	01.-30.09.06	189
24.040	4'543.55	01.-31.10.06	198

24.040	4'759.90 01.-30.11.06	198
24.040	4'759.90 01.-31.12.06	189
24.040	4'543.55 01.-31.01.07	198
24.040	4'759.90 01.-28.02.07	180
24.040	4'327.20 01.-31.03.07	198
24.040	4'759.90 01.-30.04.07	171
24.040	4'110.85 01.-31.05.07	189
24.040	4'543.55 01.-30.06.07	189
24.040	4'543.55 01.-31.07.07	198
24.040	4'759.90 01.-31.08.07	198
24.040	4'759.90 01.-07.09.07	45
24.040	1'081.80 Total	

4446

Fr. 109'407.95 Es ist somit von einer

Taggeldleistung der Klägerin an die Beklagte für Y.\_\_\_\_ von Fr. 109'407.95 auszugehen.

3.2 Bei der Bemessung des vertraglich geschuldeten Taggeldes gilt gemäss Ziff. 6.1 AVB Folgendes: Bei Arbeitnehmern ist, vorbehaltlich anderer vertraglicher Vereinbarung, der AHV-Lohn beziehungsweise ein Prozentsatz davon versichert. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der letzte vor Beginn des Versicherungsfalls bezogene Lohn. Bei unregelmässigem Einkommen wird der Durchschnitt seit Anstellungsbeginn, höchstens jedoch der letzten 12 Monate, berücksichtigt (Urk. 2/2 S. 2). In der Police zur Kollektiv-Taggeldversicherung wurde vorgesehen, dass im Versicherungsfall von 80 % des effektiven Lohnes auszugehen sei (Urk. 23/1 S. 2). Eine weitere vertragliche Vereinbarung bestand nicht. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die Vertragsparteien unter dem Begriff "unregelmässig" etwas anderes verstanden haben als das, was er nach der umgangssprachlichen Alltagsbedeutung meint. Eine weiterführende Auslegung der Bedeutung des Wortes unregelmässig im Kontext des Vertrages ist nicht notwendig und drängt sich denn auch von den Ausführungen der Parteien her nicht auf. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist mit der Klägerin davon auszugehen, dass das von Y.\_\_\_\_ vor Eintritt des Versicherungsfalls erzielte Einkommen als unregelmässig im Sinne von Ziff. 6.1 AVB zu gelten hat. Denn das effektiv erzielte, AHV-pflichtige Einkommen von Y.\_\_\_\_ war seit Anfang 2003 unabhängig davon, ob man die von der Beklagten als unbezahlten Urlaub bezeichneten Zeiten (monatsübergreifend im November bis Dezember 2003, von Dezember 2004 bis Februar 2005, während zweier Wochen im März und zweieinhalb Tagen im August 2005, Urk. 19 S. 4 f.) ausser Acht lässt oder nicht, in keinem Monat gleich hoch. Und zwar ist ausgewiesen, dass Y.\_\_\_\_ vor Eintritt seiner vollständigen Arbeitsunfähigkeit am 8. September 2005 (Urk. 10/7 S. 30) entsprechend seinem Arbeitsvertrag vom 28. August 2002 (Urk. 23/2 S. 2) stets mit einem Stundenlohn für seine Tätigkeit als Bauarbeiter entlohnt worden war und zufolge der unterschiedlichen monatlich gearbeiteten Stundenanzahl in jedem Monat seit Anfang 2003 unterschiedlich hohe Einkommen erzielt hatte, und zwar auch in den Monaten

ohne Ferien- oder Freitage (Urk. 10/7.1-8, Urk. 10/7.15-24, Urk. 23/3.1-5, Urk. 26).

Unbeachtlich ist bei dieser Sachlage, aus welchen Gründen Y.\_\_\_\_ unterschiedlich viele Stunden gearbeitet und ein unregelmässiges Einkommen erzielt hat. Die betreffende AVB-Regelung sieht keine Differenzierung bezüglich der Gründe für ein unregelmässiges Einkommen vor. Hinzu kommt, dass Y.\_\_\_\_ - wie in der Baubranche nicht unüblich - in allen drei Jahren von 2003 bis 2005 in den Wintermonaten jeweils deutlich weniger Einkommen erzielt respektive weniger Stunden als in den Sommermonaten gearbeitet hat

(Urk. 10/7.2-3, Urk. 10/7.5-6, Urk. 10/7.8, Urk. 23/3.-5, Urk. 26) und somit keine ungewöhnliche Unregelmässigkeit in den letzten zwölf Monaten vor Beginn des Versicherungsfalles bestand. Um die (Halb-)Tage ohne Arbeitseinsatz bei der Lohnbestimmung ausser Acht lassen zu können, wie es die Beklagte vorbringt (Urk. 19 S. 6), fehlt es an einer rechtlichen beziehungsweise vertraglichen Grundlage. Es erübrigen sich daher weitere Ausführungen zu den Konsequenzen beim Bezug eines unbezahlten Urlaubs durch einen Arbeitnehmer in privat- und sozialversicherungsrechtlicher Hinsicht, zumal bei gegebener Sachlage auch kein Anlass zur richterlichen Vertragsergänzung besteht. Ein Anspruch auf Vergütung des Erwerbsausfalls auf der Basis des höchsten Einkommens der letzten Monate oder Jahre, besteht nach dem von den Parteien geschlossenen Vertrag jedenfalls nicht. Die Vorbringen der Beklagten vermögen das Gesagte nicht in Zweifel zu ziehen. Auch sind von weiteren Beweismassnahmen, namentlich den beantragten Zeugeneinvernahmen (Urk. 8 S. 3, Urk. 19 S. 5) keine anderen entscheiderelevanten Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist (antizipierte Beweiswürdigung; vgl. BGE 124 V 90 E. 4b; 122 V 157 E. 1d).

3.3 Das massgebliche Einkommen stellt damit der in den letzten 12 Monaten vor Beginn des Versicherungsfalles vom 8. September 2005 effektiv bezogene AHV-pflichtige Lohn der Monate September 2004 bis August 2005 dar. Die gemäss den Lohnabrechnungen von der Beklagten an Y.\_\_\_\_ entrichteten Mittagsentschädigungen von je Fr. 11.-- unterliegen als Unkostenentschädigung beziehungsweise Spesenersatz nicht der AHV-Beitragspflicht (Art. 7 [Ingress] der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, AHVV in der bis Ende 2008 gültig gewesenen Fassung; Urteil des Bundesgerichts I 756/06 vom 14. Mai 2007 E. 3) und sind somit von der Berechnung auszuklammern. Aus den Lohnabrechnungen für Y.\_\_\_\_ ergibt sich Folgendes:

Bruttolohn in Fr.	Urk. (inkl. Stunden für Ferien- und Feiertage)	Std.	Std.-Lohn in Fr.	mtl.
200	25	5'000	23/5.2	Okt. 04
196	25	4'900	23/5.3	Nov. 04
210	25	5'250	23/5.4	Dez. 04
119	25	2'975	23/5.5	Jan. 05
48	25.50	1'224	10/7.17	Feb. 05
40	25.50	1'020	10/7.18	März 05
119	25.50	3'034.50	10/7.19	April 05
187	25.50	4'768.50	10/7.20	Mai 05
180.5	25.50	4'602.75	10/7.21	Juni 05
196	25.50	4'998	10/7.22	Juli 05
193	25.50	4'921.50	10/7.23	Aug. 05
147	25.50	3'748.50	10/7.24	Total

1'835.5 Fr. 46'442.75 Zum Betrag von Fr. 46'442.75 ist anteilmässig ein 13. Monatslohn von 8,33 % hinzuzurechnen, was das massgebliche AHV-pflichtige Jahreseinkommen von Fr. 50'311.45 (Fr. 46'442.75 + Fr. 3'868.70) ergibt. Daraus resultiert ein Taggeld von Fr. 110.27 (Fr. 50'311.45 x 0,8 : 365) und ein Taggeldanspruch für den versicherten Zeitraum vom 8. September 2005 bis 7. September 2007 von insgesamt Fr. 77'189.-- (700 x Fr. 110.27). Die Klägerin hat folglich Fr. 32'218.95 (Fr. 109'407.95 - Fr. 77'189.--) zu viel an Taggeldern an die Beklagte geleistet. Es handelt sich in diesem Umfang um die Erbringung einer Nichtschuld.

#### E. 4

4.1 Bei einer zu Unrecht bezogenen Versicherungsleistung - wie der vorliegenden - ergibt sich die Rückforderung nicht aus Vertrag, sondern aus ungerechtfertigter Bereicherung nach Art. 62 ff. OR (Urteil des Bundesgerichts 5C.52/2001 vom 14. Juni 2001 E. 3c/bb mit Hinweis). Und zwar hat gemäss Art. 62 Abs. 1 OR, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Abs. 2). Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR).

4.2 Die Beklagte bringt vor, sie sei nicht bereichert, da sie die von der Klägerin erhaltenen Taggelder korrekt

abgerechnet und an Y.\_\_\_\_ ausbezahlt habe. Wenn schon müsse sich die Klägerin an den tatsächlich Begünstigten, nämlich Y.\_\_\_\_, halten (Urk. 8 S. 5). Damit beruft sich die Beklagte auf Art. 64 OR. Danach kann 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 hierbei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Eine Bereicherung besteht in der Differenz zwischen dem jetzigen Vermögensstand und demjenigen, der ohne das bereichernde Ereignis vorläge. Dies kann eine Zunahme der Aktiven oder eine Abnahme der Passiven oder eine sog. Ersparnisbereicherung sein (BGE 129 III 652; Urteil des Bundesgerichts B 93/06 vom 22. Januar 2007 E. 4.7 mit Hinweisen). Mit der Überweisung eines grösseren als des geschuldeten Taggeldbetrages durch die Klägerin an die Beklagte ohne entsprechenden Anspruch der Beklagten wurde diese bereichert. Selbst wenn davon ausgegangen würde, die Auszahlung des gegebenenfalls gesamten erhaltenen Taggeldbetrages an Y.\_\_\_\_ habe nicht eine Schuld der Beklagten (aus Arbeitsvertrag) beglichen und so ihre Passiven reduziert, könnte sich die Beklagte jedenfalls nicht auf ihren guten Glauben berufen. Denn sie hätte bei gegebener Sachlage mit einer Rückerstattung rechnen müssen. Denn die Höhe der monatlich erfolgten Taggeldleistungen (Urk. 2/4) lagen jeweils im oberen Bereich und oft über den Einkommen, die Y.\_\_\_\_ in den letzten Jahren und insbesondere im letzten Monat vor Beginn des Versicherungsfalles im August 2005 mit Fr. 3'748.50 (Urk. 10/7.24) erzielt hatte (Urk. 10/7.3, Urk. 10/7.5, Urk. 10/7.8), dies obwohl gemäss Police nur eine Leistung von 80 % des effektiven Lohnes vereinbart war (Urk. 23/1 S. 2).

4.3 Auch ist mit dem hier geltenden Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt, dass sich die Klägerin bei der Leistung der Taggelder im Irrtum über den von der Beklagten an Y.\_\_\_\_ geleisteten Lohn befand und die Leistung von zu hohen Taggeldern Folge dieser falschen Annahme war. Denn es ist erwiesen und insofern unstrittig, dass die Klägerin ausgehend von den Angaben in der Krankmeldung der Beklagten vom 3. Oktober 2005 (Urk. 2/3) fälschlicherweise von einer regelmässigen Arbeitszeit von 9 Stunden pro Tag und 45 Stunden pro Woche bei einem Stundenlohn von Fr. 25.50 [zuzüglich Anteil 13. Monatslohn und Lohnzulagen] ausging, obwohl Y.\_\_\_\_ kaum je genau 45 Stunden pro Woche gearbeitet hatte. Dies führte zum Irrtum der Klägerin über den Umfang ihrer Leistungspflicht. Unerheblich ist hierbei, ob die Klägerin den Irrtum hätte erkennen können oder müssen respektive ob sie ihn selbst zu verantworten hatte (vgl. Schulin in: Honsell/Vogt/Wiegand [Hrsg.], Obligationenrecht I, Art. 1-529, 3. Auflage, Basel 2003, Art. 63 Rz 4).

4.4 Die Klägerin hat nach dem Gesagten einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber der Beklagten im Umfang von Fr. 32'218.95.

Die Klage, welche den Betrag von Fr. 42'890.70 (Urk. 12 S. 2) beinhaltet, ist folglich teilweise gutzuheissen und die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von Fr. 32'218.95 zu bezahlen. Im Mehrbetrag von Fr. 10'671.75 ist die Klage abzuweisen.

## **E. 5**

5.1 Stellt die obsiegende Partei einen entsprechenden Antrag oder ist dies von andern Gesetzen so vorgesehen, verpflichtet das Gericht gemäss § 34 Abs. 1 GSVGer die unterliegende Partei 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. 5.2 Beide Parteien stellen den Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung (Urk. 1 S. 2, Urk. 8 S. 2). Da die Klägerin vorliegend nicht anwaltlich vertreten ist, steht ihr keine Parteientschädigung zu (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5 mit Hinweisen). Die Beklagte obsiegt gemessen am eingeklagten Betrag von Fr. 42'890.70 zu rund einem Viertel. Unter Berücksichtigung der dargelegten Kriterien rechtfertigt es sich, der Beklagten eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung von Fr. 800.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Das Gericht erkennt:

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