

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180130\_d\_zh\_o\_01 vom 30. Januar 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-01-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20180130\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20180130_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180130\_d\_zh\_o\_01 du 30 janvier 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180130\_d\_zh\_o\_01 del 30 gennaio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 1.1**

Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem VVG. Dazu gehören auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach dem VVG (BGE 138 III 2, 558 E. 2). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Sozialversicherungsgericht, mithin ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist unstrittig gegeben; die Klägerin reichte die Klage zudem innert Monatsfrist seit Rückzug der beim Bezirksgericht Zürich eingereichten Klage ein, weshalb für den Zeitpunkt der Rechtshängigkeit gemäss Art. 63 Abs. 1 ZPO auf das Datum der Einreichung der ersten Klage abzustellen ist.

### **E. 1.2**

Das Gericht stellt den Sachverhalt unabhängig vom Streitwert von Amtes wegen fest (Untersuchungsmaxime; Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a; Mazan in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, N 9 und N 13 zu Art. 247). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1) und verleiht den Parteien keinen Anspruch, dass alle möglichen Beweise abgenommen werden, und auch keinen Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel (BGE 125 III 231; Urteil des Bundesgerichts 5C.34/2006 vom 27. Juni 2006 E. 2a). Ausserdem gilt die Dispositionsmaxime. Danach darf das Gericht einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenseite anerkannt hat (Art. 58 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A\_138/2013 vom 27. Juni 2013 E. 6)

### **E. 1.3**

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1). Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991 Nr. 230, E. 3b). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.5).

#### **E. 1.4**

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten und sich der Vertragsinhalt regelmässig nach den vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

#### **E. 1.5**

Bei der Auslegung eines (Versicherungs-)Vertrages ist zu beachten, dass Individualabreden in der Regel vorformulierten Vertragsbestimmungen vorgehen (BGE 93 II 326 E. 4b, 123 III 44 E. 2c/bb; Fuhrer, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 77ff. zu Art. 33). Im Übrigen sind vorformulierte Vertragsbestimmungen und individuell verfasste Vertragsklauseln grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen (BGE 135 III 1 E. 2, 135 III 410 E. 3.2). Somit bestimmt sich der Inhalt in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 133 III 675 E. 3.3; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 5C.271/2004 vom 12. Juli 2005 E. 2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_41/2012 vom 31. Mai 2012 E. 3.3 mit Hinweisen). Bei vorformulierten Vertragsbestimmungen gelangt zudem die Unklarheitenregel zur Anwendung, sofern die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Wendungen in vorformulierten Vertragsbedingungen im Zweifel zu Lasten jener Partei auszulegen, welche sie verfasst hat (BGE 122 III 118 E. 2a; 124 III 155 E. 1b; Urteil des Bundesgerichts 4A\_84/2012 vom 29. Juni 2012 E. 4.1).

### **E. 2.1**

Gegenstand der Klage bildet ein Rückforderungsanspruch der Klägerin in der Höhe von Fr. 27'883.-- für die von August 2014 bis Februar 2015 erbrachten Taggelder, welchen die Klägerin damit begründete, dass der Beklagte spätestens seit 1. August 2014 nicht mehr im versicherten Betrieb gearbeitet habe, weshalb der Versicherungsschutz gemäss Art 8 Abs. lit. g der Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankenversicherung für den Inhaber des Geschäfts geendet habe (Urk. 1 S. 8).

### **E. 2.2**

Der Beklagte hält dem entgegen, dass er immer noch Mieter der Geschäftslokalität an der Z.\_\_\_\_ in Zürich sei und dieses Geschäft lediglich in Untermiete weitervermietet habe, wozu er aufgrund seines Krankheitsfalls gezwungen gewesen sei. Die geschäftlichen Tätigkeiten und die damit verbundene Verantwortung gegenüber dem Vermieter und den Page 2 of 5  
Entscheid: KK.2016.00039

Behörden würden weiterhin von ihm erledigt und getragen. Auch sei er weiterhin im Handelsregister eingetragen und bei der SVA Zürich als Selbständigerwerbender gemeldet. Im Rahmen der Widerklage seien ihm alle seit Beginn der 100% igen Arbeitsfähigkeit zustehenden Taggeldentschädigungen (100 % des versicherten Lohnes) zu erbringen und es sei die Betreuung aufzuheben (Urk. 7, 11).

### **E. 3.1**

Gemäss der Vertragsübersicht zur Police Nr. O.\_\_\_\_ sind im Rahmen der zwischen der Klägerin und dem Beklagten als Inhaber des Einzelunternehmens Y.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, 8005 Zürich, abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung das gesamte Personal des versicherten Betriebs und der Beklagte versichert. Der namentlich versicherte Beklagte ist für ein Krankentaggeld von 100 % des versicherten Lohnes von Fr. 48'000.-- bei einer Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen versichert (Urk. 2/4).

### **E. 3.2**

Gemäss Art. 6 Ziff. 2 der hier anwendbaren Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2008 (Urk. 2/4), ist der Betriebsinhaber nur aufgrund einer besonderen Vereinbarung im schriftlichen Vertrag – wie zwischen den Parteien vereinbart – versichert. Gemäss Art. 8 lit. g AB erlischt der Versicherungsschutz für sämtliche für einen Betriebsinhaber versicherten Leistungen unter anderem bei Aufgabe oder Unterbruch derjenigen Tätigkeit, die bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war. Ein Anspruch auf ausnahmsweise Nachleistung besteht nicht, wenn der Versicherungsschutz gemäss Art. 8 lit. g AB endet (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB). Der Versicherungsnehmer hat der Gesellschaft innert 30 Tagen schriftlich zu melden, wenn sich ein Beendigungsgrund unter anderem gemäss Art. 8 Abs. 1 lit. g verwirklicht hat bei Personen, die mit festem Taggeld oder fixer Lohnsumme versichert sind (Art. 8 Abs. 2 AB).

### **E. 4.1**

Strittig und zu prüfen ist im Folgenden zunächst, ob der Beklagte, indem er sein Geschäftslokal an der Z.\_\_\_\_, 8005 Zürich, per 1. August 2014 untervermietet hat (vgl. Untermietvertrag vom 27. Juli 2014, Urk. 12/2), die versicherte Tätigkeit gemäss Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB aufgegeben oder unterbrochen hat und damit sein Versicherungsschutz

mangels Nachleistungsanspruch (Art. 9 Abs. 1 Ziff. 2 lit. d AB) per Ende Juli 2014 erloschen ist.

#### **E. 4.2**

Was die Tragweite von Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB anbelangt, ist zwar ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellbar, jedoch bleibt bei einer objektivierten Auslegung kein Raum für die Unklarheitenregel. Das Erlöschen des Versicherungsschutzes für den Betriebsinhaber bei Aufgabe oder Unterbruch derjenigen Tätigkeit, die bei Abschluss der Versicherung für die Beurteilung des Risikos massgebend war, als Pendant zum Erlöschen des Versicherungsschutzes bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses von Arbeitnehmer/innen ist weder ungewöhnlich noch unbillig. Auch besteht insofern kein Auslegungsbedarf, als aus dem Wesen der Taggeldversicherung hervorgeht, dass mit der Aufgabe oder dem Unterbruch der Tätigkeit als Betriebsinhaber nicht das blosses Niederlegen der Arbeit zufolge Arbeitsunfähigkeit gemeint ist. Vielmehr ist diese Formulierung ohne Weiteres dahingehend zu verstehen, dass der Versicherungsschutz für den namentlich und aufgrund einer besonderen Vereinbarung versicherten Betriebsinhaber erlischt, wenn er seine Funktion als Inhaber des versicherten Betriebs ganz oder vorübergehend aufgibt/verliert, sei es, weil der Betrieb als solcher nicht mehr existiert oder weil der Betriebsinhaber seine Funktion in demselben nicht mehr innehat.

#### **E. 4.3**

Gemäss Aktenlage vermietete der Beklagte gestützt auf einen am 27. Juli 2014 abgeschlossenen Untermietvertrag (Urk. 12/2) das Mietobjekt Y.\_\_\_\_ (Ladenlokal, Küche, WC, Lager, Parkplätze), Z.\_\_\_\_, 8005 Zürich, ab 1. August 2014 an A.\_\_\_\_. Der Mietzins wurde auf Fr. 5'500.-- monatlich zuzüglich Mehrwertsteuer festgelegt. Gemäss Ziffer 4 des Untermietvertrags verpflichtete sich der Untermieter, sämtliche Wartungs-, Unterhalts- und Reparaturkosten und/oder Auslagen, welche das Inventar betreffen, vollumfänglich zu tragen. Ebenfalls vom Untermieter zu leisten sind gemäss Ziffer 13 sämtliche anfallenden Betriebskosten (Strom, Wasser, Gas, Entsorgung, Mietnebenkosten, usw.) und die Auslagen, welche für den Betrieb getätigt werden. Auch verpflichtete sich der Untermieter zur Übernahme des Warenvorrats zum Einstandspreis und zur anteilmässigen Übernahme der Betriebsbewilligungskosten für das Jahr 2014 und der vollständigen Übernahme derselben ab Geschäftsjahr 2015 (Ziffern 14 und 15 des Untermietvertrags, Urk. 12/2). Mit Abschluss dieses pachtähnlichen Untermietvertrags übernahm der Untermieter das Tagesgeschäft und mit ihm das volle Geschäftsrisiko; Hinweise auf eine Gewinn- und/oder Verlustbeteiligung oder ein Mitspracherecht des Beklagten im Betrieb des Untermieters respektive auf seine Mitarbeit im Betrieb ab 1. August 2014 fehlen. Dass der Beklagte weiterhin im Handelregister des Kantons Zürich mit seinem Einzelunternehmen Y.\_\_\_\_, eingetragen ist und Mieter des Geschäftslokals an der Z.\_\_\_\_ sowie Eigentümer des Inventars blieb (vgl. dazu Urk. 11), mithin die Verantwortung gegenüber dem Vermieter der Liegenschaft trägt, ändert nichts am Umstand, dass er den gastgewerblichen Betrieb des Y.\_\_\_\_ zumindest vorübergehend unterbrochen hat, indem er die Räumlichkeit samt Inventar untervermietete. Die bei Abschluss der Taggeldversicherung für die Beurteilung des Risikos ausgeübte Tätigkeit als Betriebsinhaber und Betreiber des Takeaways wäre ihm somit ab 1. August 2014 gar nicht mehr möglich gewesen, respektive die hypothetische Wiederaufnahme der Tätigkeit hätte eine Kündigung des Untermietvertrags unter Einhaltung der dreimonatigen Kündigungsfrist bedingt, welche bis heute nicht geltend gemacht wurde. Damit aber stellte sich die Klägerin zu Recht auf den Standpunkt, dass der

Versicherungsschutz des Beklagten in Anwendung von Art. 8 Ziff. 1 lit. g AB per 31. Juli 2014 erloschen ist. Da der Beklagte über keinen Anspruch auf Nachleistungen verfügt (Art. 9 Ziff. 1 und Ziff. 2 lit. d AB) und keine Einzeltaggeldversicherung abgeschlossen hat (vgl. Urk. 11 S. 2), bestand ab 1. August 2014 kein Anspruch mehr auf Krankentaggelder der Klägerin. Den seither erbrachten Taggeldern in der vom Beklagten unbestritten gebliebenen Höhe von Fr. 27'883.-- fehlt es folglich an einem Rechtsgrund und es bleibt zu prüfen, ob der Beklagte der Klägerin diese zurückzuerstatten hat.

#### **E. 4.4**

In den AVB der Klägerin fehlt eine Regelung zur Pflicht zur Rückerstattung von zu viel ausgerichteten Taggeldern. Hingegen ist der Beklagte aufgrund der rechtsgrundlosen Ausrichtung der Taggelder von August 2014 bis Februar 2015 im Betrag von Fr. 27'883.-- ungerechtfertigt bereichert im Sinne von Art. 62 OR. Gemäss Art. 64 OR soll der gutgläubig Bereicherte nur das zurückerstatten müssen, um das er im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert ist (BGE 106 II 36 E. 4). Der gute Glaube des Bereicherten wird dabei vermutet (Art. 3 Page 3 of 5 Entscheid: KK.2016.00039

Abs. 1 ZGB). Er fehlt jedoch, wenn der Empfänger mit der Rückerstattung rechnen muss, weil er im Zeitpunkt der Entäusserung nach den Umständen bei gebotener Aufmerksamkeit wissen müsste, dass der erlangte Vermögensvorteil ungerechtfertigt war (Art. 3 Abs. 2 ZGB; Urteil des Bundesgerichts 4C.162/2003 vom 8. September 2003 E. 2.1; vgl. allgemein zu Art. 3 ZGB: BGE 131 III 511 E. 3.2.2). Das Mass der angesichts der Umstände verlangten Aufmerksamkeit nach Art. 3 Abs. 2 ZGB bestimmt sich nach einem objektiven Kriterium (BGE 131 III 418 E. 2.3.2). Es muss jenem entsprechen, das von einem ehrlichen Menschen oder einem durchschnittlichen Menschen in einer analogen Situation zu erwarten ist (BGE 119 II 23 E. 3c/aa mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_208/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 5.2.1). Schon eine geringfügige Nachlässigkeit genügt dabei für den Ausschluss des Gutglaubensschutzes (BGE 119 II 23 E. 3c/aa "une négligence même légère"; vgl. Sibylle Hofer, Berner Kommentar, 2012, N 120 zu Art. 3 ZGB; Heinrich Honsell, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch, 5. Auflage 2014, N 35 zu Art. 3 ZGB; Max Baumann, Zürcher Kommentar, 1998, N 59 zu Art. 3 ZGB; Alfred Koller, Der gute und der böse Glaube im allgemeinen Schuldrecht, 1985, Rz 149; a.M. Peter Jäggi, Berner Kommentar, 1962, N 127 zu Art. 3 ZGB; je mit Hinweisen). Wie die Klägerin richtig erwog (Urk. 1 S. 8), wäre der Beklagte gemäss Art. 8 Ziff. 2 AB verpflichtet gewesen, innert 30 Tagen schriftlich zu melden, dass er seine Funktion/Tätigkeit als Betreiber und Inhaber des Y.\_\_\_\_ per 31. Juli 2014 mit der Untervermietung des Geschäftslokals aufgegeben respektive unterbrochen hat. Die Unterlassung dieser Meldung stellt eine Nachlässigkeit dar, welche den Gutglaubensschutz nach der oben dargelegten Rechtsprechung entfallen lässt. Damit kann offenbleiben, ob die Bereicherung noch vorhanden ist. Die Klägerin hat nach dem Gesagten aus dem Tatbestand der ungerechtfertigten Bereicherung gegenüber dem Beklagten einen Anspruch auf Rückerstattung des Betrags von Fr. 27'883.--.

#### **E. 5**

Soweit die Klägerin auf dieser Forderung Verzugszins zu 5 % ab dem 16. April 2015 verlangt (Urk. 1 S. 2), sind ihr diese ebenfalls zuzusprechen. Bei ungerechtfertigter Bereicherung können Verzugszinsen ab Datum des Schuldnerverzugs (Art. 102 Abs. 1 OR) oder ab Datum der Rückforderungserklärung des Gläubigers (Art. 62 ff. OR) berechnet

werden (SZS 2005, 329 mit Hinweis auf das Urteil des Bundesgerichts B 77/03 vom 14. Juni 2004). Die Klägerin forderte den Beklagten mit Schreiben vom 16. April 2015 und Rechnung vom selben Tag zur Begleichung der zu viel ausbezahlten Taggelder im Betrag von Fr. 27'883.-- auf (Urk. 2/40 und 2/41). Der Beklagte schuldet der Klägerin daher ab diesem Datum die Zahlung von Verzugszins zu 5 %.

#### **E. 6**

Was die von der Klägerin ebenfalls beantragte Verpflichtung des Beklagten zur Entschädigung der Klägerin mit Fr. 500.-- für das Schlichtungsverfahren anbelangt, ist sie darauf hinzuweisen, ist ein Schlichtungsverfahren im Kanton Zürich bei Streitigkeiten im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung gemäss BGE 138 III 558 obsolet ist. Die mit Einleitung des Schlichtungsverfahrens unnötigerweise verursachten Kosten hat die Klägerin selber zu tragen. Die Klage ist diesbezüglich abzuweisen.

#### **E. 7**

Zusammenfassend ist der Beklagte in teilweiser Gutheissung der Klage zu verpflichten, der Klägerin Fr. 27'883.-- zuzüglich Zinsen von 5 % seit 16. April 2015 zu bezahlen. Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. P.\_\_\_\_ des Betreibungsamtes Q.\_\_\_\_ ist in diesem Umfang aufzuheben. Die Widerklage des Beklagten ist bei diesem Ausgang des Verfahrens ohne Weiterungen abzuweisen.

#### **E. 8**

Die Klägerin hat den Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung gestellt (Urk. 1 S. 1). Zwar ist die Prozessentschädigung an die Parteien nicht Gegenstand von Art. 114 lit. e der Zivilprozessordnung (ZPO), wonach bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen werden (vgl. Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Es gilt aber nach wie vor die Praxis des Bundesgerichts, dass dem nicht anwaltlich vertretenen Versicherungsträger grundsätzlich keine Parteientschädigung zusteht (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_109/2013 vom 27. August 2013, E. 5). Die Klägerin ist nicht durch einen externen Anwalt vertreten und hat somit für ihr (fast vollumfängliches) Obsiegen keinen Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Das Gericht erkennt:

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