

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00049**

## **vom 15. März 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-03-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2020.00049](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2020.00049)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00049 du 15 mars 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2020.00049 del 15 marzo 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) zuständig (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO).

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist unstrittig gegeben. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- nicht übersteigt, fällt die Beurteilung der Klage in die einzelrichterliche Zuständigkeit (§ 11 Abs. 1 GSVGer).

#### **E. 1.2**

Im vereinfachten Verfahren betreffend die Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO), und neue Tatsachen und Beweismittel sind bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Das Gericht ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Stoff selbst beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei anwaltlich vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1-2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1).

#### **E. 1.3**

AVB; Urk. 2/2).

#### **E. 2**

.

#### **E. 2.1**

Das Gericht hat nach Eingang der ausführlichen Klageschrift (Urk. 1) eine schriftliche Klageantwort mit dem Antrag auf Klageabweisung eingeholt (Urk. 5). Auf den darin gestellten prozessleitenden Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung (Urk. 5 S. 2) kam der durch Rechtsanwalt Bühlmann

vertretene Beklagte am 16. Oktober 2020 zurück und verzichtete darauf (Urk. 7), woraufhin das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel anordnete (Art. 246 Abs. 2 ZPO). Nach Eingang der Replik (Urk. 12) und Duplik (Urk. 18) führte das Gericht am 25. Oktober 2022 eine Vergleichsverhandlung durch (Art. 226 Abs. 2 ZPO i.V.m. Art. 219 ZPO; Prot. S. 5 und 6). Nachdem eine vergleichsweise Erledigung des Verfahrens durch den Widerruf des Vergleichs gescheitert war, lud das Gericht zur Instruktionsverhandlung vor. Anlässlich dieser äusserte sich der Beklagte erneut zur Klage und beantragte deren Abweisung, eventualiter sei die Forderung der Klägerin mit der Forderung des Beklagten zu verrechnen (Plädoyernotizen, Urk. 57).

## **E. 2.2**

Dadurch, dass die Klägerin auf die Teilnahme an der Instruktionsverhandlung verzichtet hat, treten die Säumnisfolgen, wie in der Vorladung angedroht (Urk. 53), ein. Die vom Beklagten an der Verhandlung gemachten Sachverhaltsdarstellungen und geltend gemachten Noven sind zu berücksichtigen (Art. 229 Abs. 3 ZPO). Dies gilt auch für die erhobene Verrechnungseinrede. Die von der Klägerin

bis anhin ordnungsgemäss eingereichten Akten und gemachten Vorbringen werden für den Entscheid berücksichtigt (vgl. Art. 234 Abs. 1 ZPO), ansonsten hat sie auf eine weitere Stellungnahme, die anlässlich der Instruktionsverhandlung zu machen gewesen wäre, verzichtet.

## **E. 3**

Am 28. August 2020 machte die Sympany eine Klage am Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich anhängig mit folgendem Rechtsbegehren:

«Es sei der Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 27'292.50 nebst Zins zu 5 % seit 16. Juni 2017 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten.»

In der Klageantwort vom 16. März 2020 liess der Beklagte, vertreten durch Rechtsanwalt Andreas Bühlmann, Zürich, den Antrag auf Abweisung der Klage, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, stellen

(Urk. 5). In der Replik vom 3. Februar 2021 hielt die Klägerin an ihrem Rechtsbegehren fest (Urk. 12), und auch der Beklagte erneuerte in der Duplik vom 7. April 2021 den Antrag auf Abweisung der Klage (Urk. 18). Am 25. Oktober 2022 fand eine Vergleichsverhandlung statt, zu welcher

die Klägerin und der mittlerweile unvertretene

Beklagte erschienen (Urk. 23; Prot. S.

### **E. 3.1.1**

Der strittigen Rückforderung liegt die Lohnausfallversicherung für Unternehmen (VVG), Versicherungspolice Nr. 1009197, zu Grunde, die die Y.\_\_\_\_ mit der Klägerin abgeschlossen hatte (Urk. 2/1).

Für den Beklagten war dabei für Krankheit eine Versicherungsdeckung von 90 % des versicherten Lohnes mit einer Leistungsdauer von 720 Tagen in 900 Tagen

abgeschlossen ( Urk. 2/1 S. 2). Das Vertragsverhältnis der Lohnausfallversicherung wird dabei durch die Police, den in der Police aufgeführten Besonderen Bedingungen (BB) und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB; Ausgabe 2011 s ) ausgestaltet und geregelt ( Ziff.

### **E. 3.1.2**

Bei der Auslegung von vorformulierten Vertragsbestimmungen nach dem Vertrauensprinzip hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss (vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn (vgl. Stoessel, in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz zum VVG, 2001, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 Rz 24).

### **E. 3.2**

Der Irrtum des Leistenden muss sich auf die Schuldpflicht beziehen, das heisst auf den Rechtsgrund der Leistung. Für die Annahme eines relevanten Irrtums ist es nicht nötig, dass der Irrtum entschuldbar ist. Ein Irrtum liegt selbst dann vor, wenn der Leistende den Irrtum hätte erkennen müssen. Wenn ein Irrtum über die Schuldpflicht vorhanden ist, gleich welcher Art, ob grob- oder leichtfahrlässig, ist er dennoch vorhanden und damit beachtlich. Die leistende Person darf ihn einfach nicht erkannt haben. Ein Irrtum ist in der Regel anzunehmen, wenn aus den Umständen des Falles ausgeschlossen werden kann, dass die leistende Person eine Schenkung beabsichtigte, was im Rahmen der Geschäftsbeziehung in der Regel der Fall sein wird (BGE 64 II 129; Basler Kommentar, Obligationenrecht I (nachfolgend BSK OR I)

7. A., Hermann Schulin/ Annaig L. Vogt, Art. 63 N 4). 6.3.3

Es ist zwar richtig, dass die Klägerin zunächst am 8. April 2016 eine Leistungspflicht für die gemeldete erhöhte Arbeitsunfähigkeit verneinte und sich mit der Ausrichtung von Leistungen wenige Monate später dazu in Widerspruch setzte. Doch dazwischen lag eine Zeit, in der der Beklagte weiter Arbeitsunfähigkeitsnachweise einreichte, so im Besonderen auch denjenigen vom 29. September 2016 für die Zeit ab 1. Oktober 2016 (Urk. 2/15). Dass mit den Leistungen ab Oktober 2016 eine Schenkungsabsicht verbunden gewesen wäre, dafür bestehen keine Hinweise, zumal es sich um eine reine Geschäftsbeziehung gehandelt hat.

Vielmehr ist von einem zwar fahrlässigen Fehler der Klägerin auszugehen, der bei grösserer Aufmerksamkeit vermeidbar gewesen wäre, gleichzeitig jedoch auch von einem Irrtum über die Schuldpflicht gegenüber dem Beklagten hinsichtlich der Leistungspflicht aus dem Vertrag. Die Klägerin kann sich somit auch auf einen relevanten Irrtum im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR berufen. 6.4 6.4.1

Gemäss

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.

Grundsätzlich ist die Bereicherung vollständig in dem Umfang auszugleichen, in dem sie beim Bereicherten eingetreten ist. Der gute Glaube wird vermutet. Aber darauf kann sich nur berufen, solange der Betroffene nicht wusste oder hätte wissen müssen ( Art. 3 Abs. 2 ZGB), dass der erlangte Vermögensvorteil ohne Rechtsgrund erfolgte ( BSK OR I, a.a.O.,

Art. 64

N

1 und 9). 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 S. 27 mit Hinweisen; Urteil 4A\_208/2014 vom 9. Oktober 2014 E. 5.2.1). Schon eine geringfügige Nachlässigkeit genügt dabei für den Ausschluss des Gutgläubensschutzes (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, BSK Zivilgesetzbuch, 5. Auflage 2014, Art. 3 N 35; Max Baumann, Zürcher Kommentar, 1998, N. 59 zu Art. 3 ZGB). Was dies im Einzelfall bedeutet, ist weitgehend eine Ermessensfrage ( Art. 4 ZGB; BGE 139 III 305 E. 3.2.2; 131 III 418 E. 2.3.2; 122 III 1 E. 2a/ aa; zum Ganzen: Urteil des Bundesgerichts 4A\_600/2014 vom 12. März 2015 E. 4.2.2 ).

Der Bereicherte hat die Umstände, die seine Rückerstattungspflicht ausschliessen oder mindern, zu beweisen ( BSK OR I, a.a.O.,

Art. 64

N 24 ). 6.4.2

Der Beklagte macht geltend, bereits im Zeitpunkt der brieflichen Rückforderung durch die Klägerin am 29. Mai 2017 nicht mehr bereichert gewesen zu sein.

Er habe immer alles aufgebraucht, weil er am Rande bzw. unter dem Existenzminimum gelebt habe. Dabei sei er immer gutgläubig gewesen, dass die erhaltenen Krankentaggelder rechtmässig ausbezahlt worden seien; deshalb habe er sich einen höheren Lebensstandard geleistet, als er sich ohne diese Gelder hätte leisten können ( Urk. 5 S. 9). Ohne diese Gelder hätte er den Standard reduzieren müssen oder sich eine neue Einkommensquelle eröffnen müssen. Er habe die grundlos erhaltenen Leistungen für etwas, das er ohne das Erhaltene nicht vorgenommen hätte, verwendet, so dass keine Ersparnisbereicherung vorliege. Sollte eine Bereicherung angenommen werden, wären die wegen der Taggeldzahlungen unterlassenen Vermögensdispositionen (Bezug von Sozialhilfe, höhere Arbeitslosengelder) von der Rückzahlungsforderung in Abzug zu bringen ( Urk. 5 S. 10).

Für das Mass des guten Glaubens sei Art. 25 Abs. 1 ATSG analog anzuwenden, was bedeute, dass eine nur leichte Schuld nicht schade ( Urk. 5 S. 12). Vorliegend sei ein komplexer Fall vorhanden, er, der Beklagte, habe verschiedene gesundheitliche Probleme gehabt, es hätten verschiedene Versicherungen bestanden, er habe darauf vertrauen dürfen, dass Versicherungen ihre Arbeit schon richtig machen würden ( Urk. 5 S. 13). Als rechts- und buchhaltungsunkundiger Bauarbeiter habe er alle Sorgfalt aufgewendet, die nötig gewesen sei ( Urk. 5 S. 14).

Die Klägerin bestreitet die Gutgläubigkeit des Beklagten. Denn wenn der Bereicherter beim Empfang der Leistung oder später um deren Grundlosigkeit gewusst habe oder diese hätte kennen

müssen, könne nicht von einem guten Glauben ausgegangen werden. Der Beklagte habe das Schreiben vom 8. April 2016 erhalten, mit dem die Nichtzahlung von Taggeldern für den gemeldeten Rückfall angekündigt worden sei ( Urk. 2/11). 6.4.3

Entgegen der Ansicht des Beklagten schadet wie gezeigt - anders als im Sozialversicherungsrecht nach Art. 25 Abs. 1 ATSG, der hier im Zivilrecht nicht massgebend ist - eine bereits geringfügige Nachlässigkeit beim Empfang der Leistungen durch den Bereicherter. Vorliegend steht fest, dass der Beklagte ein Jahr lang nach der - zwar zu Unrecht verfrühten - Einstellung der Taggeldleistungen durch die Klägerin ab 2. Oktober 2015 keine Leistungen mehr ausbezahlt erhalten hatte. Auf seine Meldung der erhöhten Arbeitsunfähigkeit im März 2016 bekam er von der Klägerin - wie gezeigt - einzig eine abschlägige Antwort für erneute Leistungen. Unter diesen Umständen hätte die gebotene Aufmerksamkeit verlangt, dass sich der Beklagte nach der

für ihn doch überraschenden neu aufgenommenen Auszahlung von immerhin gut

Fr. 5'000.- für den Oktober 2016, die offenbar ohne jede Vorankündigung erfolgt war, bei der Klägerin hätte erkundigen müssen über eine allenfalls geänderte Ansicht, die zur neuerlichen Auszahlung von Taggeldern geführt habe. Es ist zwar richtig, dass die Klägerin ihn im Zusammenhang mit der Einstellung der Leistungen im Schreiben vom 2. Juli 2015 bei der Aufforderung zur Suche einer angepassten Tätigkeit aufgefordert hatte, weiterhin ärztliche Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen einzureichen ( Urk. 2/6). Dies war jedoch im Zusammenhang mit der Ansetzung der Übergangsfrist zu sehen, während der eine anhaltende Arbeitsunfähigkeit nachzuweisen ist. Im Schreiben vom 15. Oktober 2015 war diese Aufforderung nicht mehr aufgeführt ( Urk. 2/8).

In der erwähnten Aufforderung eine von der Klägerin gesetzte Vertrauensgrundlage zu sehen, die zu einer gänzlich unbedenklichen Entgegennahme der Taggelder führen durfte, nachdem ein Jahr lang keine Taggelder mehr geflossen waren und ein abschlägiger Entscheid hinsichtlich einer erneuten Leistungspflicht vorlag, geht fehl. Dies gilt umso mehr, als abweichend vom Arztzeugnis für diesen Zeitraum, das einzig eine Arbeitsunfähigkeit von 80 und nicht von 100 % bescheinigte, ihm der Taggeldansatz einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausbezahlt wurde, gleich wie im Monat darauf ( Urk. 2/15/2+3; Urk. 2/9/2).

Die Tatsache, wie der Beklagte vorbringt ( Urk. 5 S. 12), dass er schon jahrelang und mit verschiedenen Versicherungen aufgrund seiner vielen Leiden und mit durchgezogenen Erfahrungen hinsichtlich der Verlässlichkeit der ausgerichteten Leistungen zu tun gehabt hatte und sein Fall doch eine gewisse Komplexität aufgewiesen hat, ändert an diesem

gegenüber dem vorliegenden Taggeldversicherer anzuwendenden Mass der Sorgfalt nach den beschriebenen Umständen nichts; eher ist das Gegenteil der Fall, indem komplexere Verhältnisse eine grössere Aufmerksamkeit und Kontrolle verlangen. Aus dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts geht zudem hervor, dass der Beklagte seit Mai 2007 bei der Ausgleichskasse im Rahmen einer Tätigkeit als Notstromgruppen-Installateur als nebenberuflich Selbständiger angemeldet war

und Einkünfte als Beiträge abrechnete (Urk. 2/23 S. 2), was immerhin auf ein gewisses kaufmännisches Verständnis für Einnahmen - und Ausgaben kontrollieren

schliessen lässt, und dies selbst dann, wenn der Beklagte seine Buchhaltung nicht selber gemacht haben sollte. 6.4.4

Nach dem Gesagten muss auf eine zumindest leichte Fahrlässigkeit im Zusammenhang mit dem Erhalt der vorliegenden Taggeldzahlungen erkannt werden, was den Beklagten als bösgläubig im Sinne von Art. 3 Abs. 2 ZGB und im Sinne von Art. 64 OR macht, was zur gänzlichen Rückerstattungspflicht des Erhaltenen führt. 7. 7.1

Zuletzt erhebt der Beklagte die Verjährungseinrede bezüglich der Rückforderung der Taggelder (Urk. 5 S. 14). Die Beweislast für die Verjährung der Rückforderung liegt bei ihm. 7.2

Seit 1. Januar 2020 verjährt der Bereicherungsanspruch nach Art. 67 Abs. 1 OR mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs. Davor betrug die relative Verjährungsfrist ein Jahr (Art. 67 Abs. 1 OR in der bis 31. Dezember 2019 gültig gewesenen Fassung).

Gemäss

Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB gilt das neue Recht mit der längeren Frist, wenn die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist.

Der Fristenlauf für die relative einjährige Verjährungsfrist beginnt, sobald der Berechtigte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (BGE 119 II 22 E. 2b). Diese Kenntnis ist dann gegeben, wenn der Gläubiger alle tatsächlichen Umstände wahrgenommen hat, welche geeignet sind, ihn mit Aussicht auf Erfolg den Anspruch geltend machen zu lassen. Gewissheit hinsichtlich des Bereicherungsanspruchs setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Entreicherung, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus

(BSK, Bruno Huwiler, Art. 67 N 9). 7.3

Der Beklagte wendet gegen die Rückforderung ein, die Forderung sei bereits unter dem alten Recht verjährt (Urk. 5 S. 14). Für das Mass der Kenntnis sei auf die analoge Anwendung von Art. 25 Abs. 2 ATSG verwiesen, wonach keine tatsächliche Kenntnisnahme nötig sei, sondern es reiche bereits, wenn der Versicherungsträger bei Beachtung der zumutbaren Aufmerksamkeit hätte erkennen müssen, dass die Voraussetzungen der Rückerstattung bestünden (Urk. 5 S. 14).

Diese Ansicht geht fehl. Im Bereich des hier anwendbaren Art. 67 OR sind die tatsächlichen den Anspruch betreffenden Kenntnisse massgebend. Es genügt also nicht, dass der Gläubiger von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können.

Und angesichts der kurzen Dauer der Verjährungsfrist darf nicht leichthin angenommen werden, dem Gläubiger habe hinsichtlich der massgebenden Tatsachen ein genügendes Wissen für die Aussicht auf Durchsetzung des Anspruchs zur Verfügung gestanden (BSK OR I, a.a.O., Art. 67 N 9 mit Hinweisen). 7.4.7.4.1

Gemäss Klägerin zahlte sie ab 3. Oktober 2016 bis 25. November 2016 Taggelder für eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit und für die Zeit zwischen 26. November 2016 bis 31. März 2017 für eine solche von 80 % aus. Erst am 23. Mai 2017 habe sie ihren Fehler realisiert und daraufhin am 24. Mai 2017 von der B.\_\_\_\_ Arbeitslosenkasse das Dossier betreffend den Beklagten verlangt. Mit Schreiben vom 29. Mai 2017 habe sie daraufhin den Beklagten zur Rückerstattung der fraglichen Taggelder in der nun eingeklagten Höhe aufgefordert (Urk. 2/17).

Tatsächliche Kenntnis über das Bezahlen der Nichtschuld hatte die Klägerin nach ihrer Darstellung mithin am 23. Mai 2017. Der erste Zahlungsbefehl erging am 15. Mai 2018, zugestellt am 18. Mai 2018 (Urk. 2/18), der zweite am 10. Mai 2019, zugestellt am 13. Mai 2019 (Urk. 2/19), und der dritte am 29. April 2020, zugestellt am 4. Mai 2020 (Urk. 2/20), gegen welche der Beklagte jeweils Rechtsvorschlag erhob. Am 28. August 2020 (Eingang am 31. August 2020; Urk. 1) erhob sie Klage am Gericht. Wenn als fristauslösendes Ereignis erst der 23. Mai 2017 angesehen werden kann, wäre die einjährige Verjährung nach altem Recht nicht eingetreten, weshalb ab 1. Januar 2020 die dreijährige Verjährungsfrist gilt, die ebenfalls eingehalten wäre (Art. 135 Ziff. 2 OR; Art. 137 Abs. 1 OR, Art. 138 Abs. 1 und 2 OR). 7.4.2

Der Beklagte macht geltend, ihm sei bekannt, dass der Klägerin am 19. Juni 2015 und am 21. Dezember 2016 Einsicht in die Verfahrensakten gewährt worden sei (Urk. 5 S. 14) und zumindest eine der zahlreichen zuständigen Versicherungen habe von Beginn weg Kenntnis von den in Frage stehenden Anspruchsvoraussetzungen gehabt, welches Wissen der Klägerin anzurechnen sei. Das Wissen der UVG-Zahlungen der Suva sei bereits zu diesem Zeitpunkt aktenkundig gewesen und der Klägerin anzurechnen. Zumindest hätte die Klägerin spätestens ab dem 21. Dezember 2016 von den UVG-Zahlungen in zumutbarer Weise Kenntnis haben müssen. Es werde beantragt, sämtliche Akteneinsichtsgesuche der Klägerin sowie (auch unaufgefordert) empfangene Akten bei der Klägerin zu editieren (Urk. 5 S. 15).

Die vom Beklagten gemachten Vorbringen und Anträge zu Akteneditionen zielen darauf hin, die von ihm vertretene Auffassung, relevant sei, in welchem Zeitpunkt der Versicherungsträger bei zumutbarer Aufmerksamkeit den Fehler und die Anspruchsvoraussetzungen der Rückforderung hätte erkennen können, zu klären. Dies ist - wie bereits dargetan (E. 7.3)

- jedoch vorliegend nicht massgebend. Entgegen seiner Auffassung ist sodann eine Wissensanrechnung Dritter im Rahmen von Art. 67 OR nur insoweit möglich, als der Wissenserwerb des Vertreters im Rahmen einer von der Vollmacht gedeckten Rechtshandlung stattfand (BSK OR I, a.a.O., Art. 67 N 9). Damit reicht es nicht aus und ist unter Art. 67 OR nicht relevant, wenn zumindest eine der zahlreichen zuständigen Versicherungen, wie vom Beklagten unsubstantiiert behauptet, von Beginn weg Kenntnis von sämtlichen hier in Frage stehenden Anspruchsvoraussetzungen gehabt hätte (Urk. 5 S. 15); erneut ist der Hinweis des Beklagten auf die Bedingungen unter Art. 25 Abs. 2 ATSG (Urk. 5 S. 14) nicht zielführend für den vorliegenden Fall. Im Sinne einer antizipierten

Beweiswürdigung kann auf den Bezug sämtlicher Akteneinsichtsgesuche und empfangener Akten der Klägerin verzichtet werden. Es ist nicht einzusehen, wie damit eine vom Beklagten zu beweisende, frühere als am 23. Mai 2017 vorhandene tatsächliche Kenntnis des Fehlers bei der Klägerin, dass die Taggelder, die ab Oktober 2016 ausbezahlt wurden, ohne Grund erfolgt waren, bewiesen werden soll. Aus einem allfällig früheren Wissen, dass auch UVG-Leistungen, Arbeitslosenentschädigung und zunächst auch noch eine Invalidenrente dem Beklagten ausgerichtet wurden, ergäbe sich für die zu beweisende Frage nichts. 7.4.3

Damit ist von der entscheidenden Kenntnis des eigenen Fehlers der Ausrichtung der Taggelder frühestens am 23. Mai 2017 auszugehen, in welchem Moment auch das Ausmass der Entreichung und Rückforderung gegen den Beklagten bekannt waren. Die Rückforderung ist daher nicht verjährt.

Es ist sodann der Darlegung der Klägerin zu folgen, dass sie keine Zahlungen anderer Versicherer im relevanten Zeitraum ab 3. Oktober 2015 bis zur Aussteuerung erhalten hat, die von der Forderung abzuziehen wären. Es ist belegt, dass die seitens der Invalidenversicherung an sie im Rahmen der Verrechnung zuvor überwiesenen Rentenbeträge des Zeitraums zwischen 1. September 2015 und 31. März 2017 im Betrag von Fr. 6'927.90 (Urk. 2/21) nach Aufhebung des Rentenanspruchs durch das Urteil des Sozialversicherungsgerichts von der Invalidenversicherung von ihr am 11. Februar 2020 zurückgefordert wurden (Urk. 2/22). Weitere Leistungen wurden vom Beklagten nicht substantiiert vorgebracht. 7.5

Damit ist die Rückforderung der Klägerin von Fr. 27'292.50 ausgewiesen.

Der Verzug des Beklagten trat nach der Aufforderung der Klägerin mit Schreiben vom 29. Mai 2017, ihr den Rückforderungsbetrag bis am 15. Juni 2017

zu bezahlen

(Urk. 2/17), am 16. Juni 2017

ein (Art. 104 Abs. 1 OR i.V.m.

Art. 100 Abs. 1 VVG). 8. 8.1

Gegen die Rückforderung der Klägerin von Fr. 27'292.50, die am 29. Mai 2017 geltend gemacht wurde (Urk. 2/17),

wurde anlässlich der Instruktionsverhandlung Verrechnung mit den ausstehenden Taggeldforderungen des Beklagten des Zeitraums zwischen 3. Oktober 2015 bis 28. November 2016

erklärt. Unbestritten ist (Urk. 57 S. 4), dass hinsichtlich der Taggelder die zweijährige Verjährungsfrist

mittlerweile eingetreten ist (vgl. Art. 46 Abs. 1 VVG in der hier anwendbaren, bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung i.V.m. mit Art 103a VVG; vgl. auch Ziff. 7.6.4 AVB; BGE 139 III 418 E. 3 und 4), selbst wenn es sich vorliegend um einen sogenannten „atypischen“ Fall der Verjährung von Taggeldern aufgrund der nachträglich (nämlich erst 2017, oben E. 5.4.2) festgelegten Arbeitsunfähigkeit handeln sollte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_471/2014 vom 2. Februar 2015 E. 4.2).

Dennoch kann gemäss

Art. 120 Abs. 3 OR eine verjährte Forderung zur Verrechnung gebracht werden, standen sich die beiden Forderungen

doch am 29. Mai 2017 unverjährt gegenüber; das Erlöschen der Forderung findet diesfalls rückwirkend auf diesen Zeitpunkt statt (BSK OR I, Müller, Art. 124 N 5). Die Verrechnungseinrede ist gutzuheissen. 8.2

Die Verrechnungsforderung des Beklagten von Fr. 37'287.45 übersteigt im Verrechnungszeitpunkt die vorliegend eingeklagte Rückforderung der Klägerin von Fr. 27'292.50; die Klage ist somit abzuweisen. 9.

### **E. 3.2.1**

Gemäss Ziff. 7.2.1 AVB bemessen sich die Leistungen nach dem vereinbarten Versicherungsumfang und den Vertragsbedingungen. Das versicherte Taggeld wird für die Dauer der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartezeit ausgerichtet. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit wird das Taggeld entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet.

### **E. 3.2.2**

Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge Krankheit, Unfall oder Geburt ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 Prozent besteht (Ziff. 7.1.4).

Taggeldleistungen setzen eine ärztliche Bescheinigung über die Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person voraus (Ziff. 7.1.5).

### **E. 3.2.3**

Im Rahmen der Schadenminderung hat die versicherte Person alles zu tun, was zur Leistungsminderung beitragen kann. Die versicherte Person, welche in

ihrem ursprünglichen Beruf voraussichtlich voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ist verpflichtet, ihre verbleibende Erwerbstätigkeit in

einem anderen Beruf oder

Aufgabebereich zu verwerten resp. sie hat sich bei der Arbeitslosenversicherung anzumelden.

Symppany fordert die versicherte Person unter Ansetzung einer angemessenen Frist auf, die bisherige Tätigkeit anzupassen oder einen Stellen- resp. Berufswechsel vorzunehmen (Ziff. 8.2 AVB).

### **E. 5**

).

Der dort von den Parteien unter Vorbehalt geschlossene Vergleich (Urk. 36) wurde am 31. Oktober 2022 widerrufen (Urk. 37). Am 10. November 2022 zeigte Rechtsanwältin Regula Aeschlimann Wirz, Küssnacht, dem Gericht die künftige Vertretung von X. an (Urk. 43) und beantragte die Sistierung des Verfahrens (Urk. 43). Am 26. Januar 2023 erfolgte eine Instruktionsverhandlung, auf deren Teilnahme die Klägerin im Vorfeld mit Schreiben vom 20. Januar 2023 verzichtet hatte (Urk. 56). Anlässlich der Verhandlung zog

der Beklagte den Sistierungsantrag zurück (Prot. S.

### **E. 5.1**

Es ist zwischen den Parteien unbestritten, dass nach der Beendigung des Arbeitsverhältnisses des Beklagten bei der Y.\_\_\_\_

am 2. September 2015 und damit mit dem Ausscheiden aus dem Versichertenkreis der Versicherungsschutz des Beklagten endete ( Ziff.

### **E. 5.2**

lit. a AVB). Wegen de n

zuvor diagnostizierten lumbalen Rückenbeschwerden aufgrund der Diskushernie L4/L5 war er unter anderem durch Dr. A.\_\_\_\_ für schwere Tätigkeiten als bleibend arbeitsunfähig erachtet worden . Unbestritten ist auch, dass die vom Beklagten ausgeübten Tätigkeiten bei der Y.\_\_\_\_

im Tiefbau als Baumaschinenführer, aber auch als Arbeiter im Magazin und als Chauffeur als nicht mehr zumutbar erachtet wurde n ( Urk. 2/4 ) , weshalb er als arbeitsunfähig im Sinne von Ziff. 7.1.4 AVB anzusehen ist . Unbestritten ist sodann auch, dass der Beklagte jedoch in einer leichteren Tätigkeit nicht gänzlich arbeitsunfähig war .

Strittig hingegen ist, in welchem Umfang dem Beklagten

im Rahmen der vertraglichen Schadenminderungspflicht (oben E. 3.2.3) eine andere leidensangepasste Tätigkeit ausserhalb des ausgeübten Schwerarbeitsbereichs zumutbar war ( Urk. 5 S. 5). Während die Klägerin von einer solchen 100%igen Arbeitsfähigkeit sicher ab Juli 2015 ausgeht ( Urk. 2/6), beruft sich

der Beklagte auf die Arztberichte des behandelnden Hausarztes Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 23. April 2015 und vom 21. Mai 2015 und von Dr. med. D.\_\_\_\_

von der IV-Stelle vom 22. April 2016. Gestützt auf diese Berichte geht der Beklagte in der Klageantwort von einer angepassten Tätigkeit aus, bei der er jedoch mindestens zu 40 – 50 % arbeitsunfähig gewesen sei

( Urk. 5 S. 7) .

Ebenfalls strittig ist sodann, wie hoch schlussendlich diese Taggeldleistungen, die die Klägerin zu Unrecht vorzeitig eingestellt hat, sind. Während die Klägerin von keiner Restschuld ausgeht wegen einer vorzunehmenden Überentschädigungsberechnung ( Urk. 1 S. 5), geht der Beklagte von einer Forderung von Fr. 34'663.30 aus ( Urk. 57).

### **E. 5.2.1**

Beweispflichtig für einen versicherten Gesundheitsschaden und die damit verbundene Arbeitsunfähigkeit ist der Beklagte, leitet er doch daraus eine weiterführende Leistungspflicht der Klägerin ab (oben E. 1.3) .

Es obliegt der versicherten Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat, wenn die Versicherung zunächst Taggelder ausbezahlt hat und sodann geltend macht, die Umstände hätten sich geändert und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig (vgl. BGE 141 III 241 E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts A\_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2). Dabei gilt das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (BGE 148 III 105 E. 3.3.1). Dem Versicherer steht gemäss Art. 8 ZGB

das Recht auf Gegenbeweis zu, etwa indem er die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nachweist; dabei handelt es sich jedoch nicht um einen von ihm zu erbringenden Hauptbeweis (Urteil des Bundesgerichts 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2). Für das Gelingen des Gegenbeweises ist nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A\_592/2015 vom 18. März 2016 E. 3 mit Hinweisen).

Diese Beweislastverteilung gilt rechtsprechungsgemäss nicht nur für die Arbeitsfähigkeit in der bisherigen, sondern auch diejenige in einer angepassten Tätigkeit (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_592/2015 vom 18. März 2016 E. 4.2).

### **E. 5.2.2**

Der Beweis gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts grundsätzlich dann als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist (Regelbeweismass der vollen Überzeugung). Dabei wird keine absolute Gewissheit verlangt, sondern es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1, 148 III 134 E. 3.4.1, je mit Hinweisen). 5.3.5.3.1

Vorab festzuhalten ist, dass der Versicherungsvertrag gemäss Police nur für Krankheits- und nicht für Unfallfolgen abgeschlossen wurde (Urk. 2/1). Neben dem unbestrittenermassen versicherten lumbalen Gesundheitsschaden, der krankheitsbedingt ist, sind beim Beklagten jedoch auch noch Beschwerden an der linken und rechten Schulter vorhanden. Die gesundheitlichen Einschränkungen an der rechten Schulter sind auf einen Skiunfall von 2007 zurückzuführen; für diese bezieht er die Rente der Unfallversicherung im Umfang einer Invalidität von 17%. Sodann war seine linke Schulter am 1. Dezember 2014 von einem Schultertrauma durch eine fallende Leiter betroffen, für welche ebenfalls die Suva zuständig war (Urk. 13/5; Urteil des Sozialversicherungsgerichts vom 26. Juni 2019, Urk. 2/23).

Massgebend für die vorliegend strittige Frage der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit sind deshalb diejenigen Arztzeugnisse, die sich auf die Festlegung der Arbeitsfähigkeit in einer angepassten Tätigkeit unter Berücksichtigung der lumbalen Problematik beziehen.

### **5.3.2**

Aus dem

Bericht von Dr. C.\_\_\_\_ vom 23. April 2015 ergibt sich daraus nichts, er äusserte sich nicht zu einer dem Leiden angepassten Tätigkeit (Urk. 6/5). Im ebenfalls vom Beklagten eingereichten Bericht von Dr. C.\_\_\_\_ vom 21. Mai 2015, den dieser der IV-Stelle im Rahmen der Invalidenrentenabklärung eingereicht hatte, befand der Arzt, dass für eine leichtgradige wirbelsäulenbelastende Tätigkeit ohne Heben von Lasten und ohne vermehrte Rotationen und Bücken, der Beklagte prinzipiell zu 50% arbeitsfähig mit Steigerung im weiteren Verlauf sei. Gleichzeitig wies er darauf hin, dass aufgrund der komplexen Situation eine Begutachtung mit einer konkreten Testung der funktionellen Belastungsfähigkeit notwendig sei (Urk. 6/6).

### **5.3.3**

Seitens der Invalidenversicherung wurde der Beklagte am 21. April 2016 von Dr. med. D.\_\_\_\_, Facharzt für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie vom Regionalen

Ärztlichen Dienst (RAD), untersucht. Der Arzt stellte zum einen eine schmerzhafteste Bewegungs- und Belastungseinschränkung beider Schultergelenke fest. Daneben diagnostizierte er eine chronische, belastungsabhängig verstärkte Lumbalgie und Lumboischialgie links bei

kernspintomographisch nachgewiesener flacher Diskushernie L4/5 und einer Nervenwurzelreizung ohne radikuläre Ausfälle.

Dr. D.\_\_\_\_ erachtete die frühere Tätigkeit als Baumaschinenführer auf grund der Notwendigkeit zu häufigen Arbeiten über Schulterhöhe oder darüber und den unvermeidbaren Vibrationen, Erschütterungen und Schlägen als seit Dezember 2014 nicht mehr zumutbar. Wegen der limitierenden LWS-Problematik sei auch in einer angepassten Tätigkeit lediglich eine 50-60%ige Arbeitsfähigkeit gegeben, welche in 2 Blöcken von jeweils 2-3 h mit einer dazwischenliegenden Pause von mindestens 1 Stunde umzusetzen sei. Die zeitliche Begrenzung ergebe sich durch die bei langem Sitzen oder Stehen auftretende Schmerzausstrahlung von der LWS ins linke Bein, welche aufgrund des MRI-Befundes der LWS nach vollziehbar sei ( Urk. 6/11). 5. 3. 4

Die Klägerin stützt sich für ihre Darlegung der 100%igen Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit auf die erwähnten (oben E. 3.4 ) Arztberichte von Dr. A.\_\_\_\_ vom 22. Mai 2015 ( Urk. 2/4) und Dr. Z.\_\_\_\_ vom 1. Juli 2015 ( Urk. 2/5). Zu letzterem ist zu sagen, dass dieser als beratender Arzt der Klägerin aufgetreten ist, weshalb dem Bericht keine Beweiskraft zukommt , sondern er nur als Parteibehauptung gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_571/2016 vom 23. März 2017 E.

### **E. 5.8**

Damit ist festzustellen, dass dem Beklagten im Sinne der Nachdeckung für den Zeitraum vom 3. Oktober 2015 bis zum Ablauf der Restdauer von 423 Taggeldern am 28. November 2016 aufgrund einer verbleibenden Einschränkung auch in einer angepassten leichteren Tätigkeit von durchwegs 30 %

ein halbes Taggeld und damit bei einem Taggeldansatz von Fr. 88.15 eine Forderung aus dem Versicherungsvertrag von gesamthaft Fr. 37'287.45 verblieb. 6 . 6.1

Die von der Klägerin

ab 3. Oktober 2016 monatlich ausgerichteten Taggeldzahlungen an den Beklagten waren durchwegs höher (Arbeitsunfähigkeitsgrad zunächst 100 % und ab 26. November 2016 80 % ) und wurden vor allem über die Restlaufzeit des Vertrages hinaus bis am 31. März 2017 ausgerichtet ( Urk. 2/9/2). Für diese Taggeldzahlungen bestand jedoch nach dem Dargestellten in der Tat keine vertragliche Verpflichtung . Sie wurden nach Darstellung der Klägerin denn auch nicht als (auch nur Teil-)Erfüllung der erwähnten Restforderung vorgenommen . Ein diesbezüglicher Schuldzusammenhang wurde nicht geltend gemacht und fehlte bei der Ausrichtung der Taggeldzahlungen

somit gänzlich. 6.2

Vielmehr wurden

die Taggelder

geleistet , nachdem übersehen worden war, dass für die am 29. März 2016 vom Beklagten neu gemeldete 100%ige Arbeitsunfähigkeit für einen „Rückfall der Diskushernie“ ( Urk.

2/10/1) mit Schreiben vom 8. April 2016 eine Leistungspflicht abgelehnt worden war, dies unter Hinweis darauf, dass mit dem Austritt am 2. September 2015 aus der Unternehmung im Rahmen der Nachdeckung gemäss

#### Art. 7.3.3 AVB

für eine erneute Arbeitsunfähigkeit sowie Rückfälle kein weiterer Anspruch bestehe (Urk. 2/11). Zur Anwendung dieser AVB-Bestimmung im geltend gemachten Sinn und damit zum dargelegten Vertragsinhalt durch die Klägerin äusserte sich der Beklagte nicht abweichend, weshalb es damit sein Bewenden hat. Es bestand somit auch keine neue oder höhere Leistungspflicht unter dem bestehenden Lohnausfallsvertrag. Nachdem der Beklagte nach unbestritten gebliebener Darstellung der Klägerin dennoch weiterhin Arbeitsunfähigkeitszeugnisse eingereicht hatte (vgl. Urk. 2/10/2, 2/10/3, 2/15/1), richtete die Klägerin wieder Taggelder aus.

Daraus ergibt sich, dass für diese Taggeldleistungen vom 3. Oktober 2016 bis 31. März 2017 im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR eine vertragliche Verpflichtung im Zeitpunkt der Zahlungen fehlte, diese aber unbestrittenermassen freiwillig erfolgt waren. 6.3 6.3.1

Der Beklagte wendet zusammengefasst ein, die Klägerin habe sich nicht im Irrtum über die Schuldpflicht befunden (Urk. 5 S. 8). Den Beweis über den Irrtum hat die Klägerin zu erbringen (oben E. 4.2.2).

Zu den Hintergründen der Zahlung macht die Klägerin geltend, sie habe im Dossier der Suva, das sie am 19. Juni 2015 erhalten habe, gesehen, dass der Beklagte seit dem 1. Juli 2011 eine Suva-Rente in der Höhe von Fr. 907.15 monatlich erhalte. Ausserdem habe die B.\_\_\_\_

Arbeitslosenkasse der Klägerin am 1. April 2016 mitgeteilt, dass der Beklagte Taggelder der Arbeitslosenkasse erhalte. Mit Vorbescheid vom 17. Juni 2016 habe die SVA Zürich festgestellt, dass der Beklagte aufgrund einer Einschränkung der Erwerbsfähigkeit um 52 % ab 1. September 2015 Anspruch auf eine halbe IV-Rente habe. Wegen der vom Beklagten eingereichten Arztzeugnisse habe sie versehentlich trotzdem Taggelder in der Höhe von total Fr. 27'292.50 an den Beklagten geleistet. Erst am 23. Mai 2017 habe sie den Fehler realisiert und am folgenden Tag das Dossier von der B.\_\_\_\_ Arbeitslosenkasse verlangt (Urk. 1 S. 4). Auch wenn es sich um einen vermeidbaren Fehler gehandelt habe, schliesse das einen relevanten Irrtum nicht aus. Sie habe nicht in Schenkungsabsicht bezahlt, sondern aus Versehen über die Schuldpflicht (Urk. 12 S. 7).

Der Beklagte bestreitet dies. Die Klägerin habe ohne genau zu substantiieren dargetan, sie habe aufgrund der eingereichten Arztzeugnisse versehentlich die Taggelder geleistet. Im Widerspruch dazu gebe sie aber in der Klageschrift an, dass sie ihre Leistungspflicht mit Schreiben vom 8. April 2016 aufgrund von Art. 7.3.3 AVB gegenüber dem Beklagten ablehne. Damit sei klar, dass sie bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis über die fehlende Leistungspflicht gehabt habe und sie sich somit nicht in einem späteren Zeitpunkt auf einen Irrtum berufen könne. Durch die Meldung am 31. Oktober 2015 über den Austritt aus der Y.\_\_\_\_ per 2. September 2015 an die Klägerin habe diese spätestens dann die Möglichkeit gehabt, sich Gewissheit über den Umfang der gegenüber dem Beklagten bestehenden Schuldpflicht zu verschaffen. Rund sechs Monate vor den angeblich versehentlich geleisteten Taggeldern sei sich die Klägerin im Klaren gewesen, dass keine Leistungspflicht diesbezüglich bestehe. Sie habe ihm denn auch am 8. April 2016 Kenntnis darüber gegeben,

dass keine Leistungspflicht bestehe ; ein beachtenswerter Irrtum liege also nicht vor ( Urk. 5 S. 8, Urk.

## **E. 9**

). Über die anlässlich der Instruktionsverhandlung gemachten Ausführungen des Beklagten wurde die Klägerin am 7. März 2023 in Kenntnis gesetzt ( Urk. 58).

Die Einzelrichterin zieht in Erwägung: 1.

### **E. 9.1**

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO) . Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47).

### **E. 9.2**

Die Parteientschädigung umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung , wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist ( Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen ( Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbaren Tarifbestimmungen (vgl. 7. Titel des GOG). Dasselbe gilt für die zürcherische Verordnung über die Anwaltsgebühren. Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht ( GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

### **E. 9.3**

Der obsiegende Beklagte hat Anspruch auf eine Parteientschädigung , die die Klägerin zu bezahlen hat . Dabei ist zu berücksichtigen, dass er dadurch, dass er seinen ersten Rechtsvertreter mitten im Verfahren gewechselt hat und eine neue Rechtsvertreterin engagierte, den Aufwand erheblich erhöhte, welcher somit nicht gänzlich zu entschädigen ist. Es verbleibt der Aufwand für zwei Rechtschriften ( Urk. 5 und 8), ein Plädoyer anlässlich der Instruktionsverhandlung ( Urk. 57) und die Tagfahrt sowie das Aktenstudium durch eine Rechtsvertretung zu berücksichtigen, welcher zusammen mit den übrigen Kriterien und bei einem gerichtlichen Ansatz von Fr. 220.— (zuzüglich 7.7 % Mehrwertsteuer) eine Parteientschädigung von Fr. 4'700.—

(inkl. Barauslagen und 7.7 %

Mehrwertsteuer ) ergibt. Die Einzelrichterin erkennt:

## **E. 12**

#### S. 7). 4.3.4

##### Duplicando

hielt der Beklagte zusammengefasst im Besonderen daran fest, dass im fraglichen Zeitraum der anerkannten Nachleistungspflicht der Klägerin nur eine angepasste Tätigkeit im Umfang von 50 % bis 60 % zumutbar gewesen sei und eine Übergangsfrist von fünf statt drei Monaten hätte eingeräumt werden sollen ( Urk. 18 S. 3).

##### In der Verhandlung

brachte er vor, der anzurechnende Restschaden betrage nicht – wie von der Klägerin vorgebracht - 29 % sondern 38 % . Dies ergebe sich daraus, dass bei einem versicherten Verdienst des Klägers von Fr. 80'436.90 und davon ausgehend, dass vom im Urteil des Sozialversicherungsgerichts ermittelten Einkommen in einer angepassten Tätigkeit von Fr. 66'632.75 nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ein Abzug von 25 % zu machen sei, ein Restschaden bzw. eine anzurechnende Arbeitsunfähigkeit von 38 % resultiere. Dies ergebe ein Taggeld von Fr. 67.--; bei einem Restanspruch von 543 Taggeldern (vom 3. Oktober 2015 bis 28. März 2017) à Fr. 67.-- ergebe dies einen Nachzahlungsanspruch von Fr. 36'381.--, auf den ab 16. Oktober 2015 ein Verzugszins von 5 % zu bezahlen sei, woraus sich bis zum Verhandlungszeitpunkt ein aufgelaufener Zins von Fr. 11'990.80 und deshalb eine Gesamtforderung von Fr. 48'371.80 ergebe.

Abzüglich der während des Zeitraums von Oktober 2016 bis 31. März 2017 erhaltenen Arbeitslosenentschädigung von Fr. 13'708.50 ergebe sich eine Restforderung des Beklagten von Fr. 34'663.30, die mit einer Rückforderung der Klägerin eventualiter verrechnet werde ( Urk. 57). 5.

#### **E. 15**

gegeben. Dies ergibt für den fraglichen Zeitraum einen Taggeldanspruch von Fr. 37'287.45 ( Fr. 176.30 : 2 = Fr. 88.15 x 423). 5. 7 5. 7 . 1

Die Klägerin will – ohne sich genau festzulegen - unter Hinweis auf Ziff. 10.1.1 (Koordination mit Leistungen Dritter) und Ziff. 10.2.1 AVB (Überentschädigung Arbeitnehmende) von der Taggeldrestforderung dieses Zeitraums die unbestritten massen gleichzeitig bezogene Rente der Unfallversicherung von Fr. 12'790.82 und die Taggelder der Arbeitslosenversicherung von Fr. 35'529.35 abziehen, so dass keine Restforderung gegeben sei ( Urk. 1 S. 5) . 5. 7 . 2

Hat die versicherte Person für einen Versicherungsfall, bei dem eine Leistungspflicht von Sympany besteht, auch einen gesetzlichen oder vertraglichen Anspruch auf Leistungen von Sozialversicherungen, ergänzt Sympany diese Leistungen im Rahmen ihrer eigenen Leistungspflicht bis zur Höhe des versicherten Taggeldes. Im Umfang der Leistungsansprüche gegenüber Dritten besteht keine Leistungspflicht von Sympany nach diesen AVB ( Ziff. 10.1.1 AVB). 5. 7 . 3

Das Zusammentreffen mit Leistungen von Dritten darf nicht zu einer Überentschädigung der versicherten Person oder des Versicherungsnehmers führen. Die Überentschädigungsgrenze liegt bei der Höhe des versicherten Taggeldes. Sympany kürzt ihre Leistungen bis zur Überentschädigungsgrenze (...) ( Ziff. 10.2.1 AVB). 5. 7 . 4

Die Rente der Unfallversicherung Suva, die dem Beklagten für Einschränkungen der rechten Schulter nach dem Unfallereignis von 2007 für eine Erwerbseinbusse von 17 % seit

1. Juli 2011 ausbezahlt wird, betrifft ein nicht bei der Klägerin versichertes Ereignis. Gemäss dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts waren das Pensum des Beklagten und sein Lohn bei der Y.\_\_\_\_ ab 2012 entsprechend dieser Rente auf 83 % angepasst worden und war en damit gar nicht Teil des ver sicherten Lohnes bei der Y.\_\_\_\_

( Urk. 2/23 S. 19). Damit entfällt jegliche Koordi nation diese Rente mit den Taggeldleistungen der Klägerin, und es kann k eine Überentschädigung im Sinne von Ziff. 10.2.1 vorliegen. 5.7.5

Arbeitslosigkeit und Arbeitsunfähigkeit sind zwei unterschiedliche Risiken mit entsprechenden Leistungsfolgen. Es kann somit nicht gesagt werden, dass diese beiden unterschiedlichen Risiken unter die Regelung von Ziff. 10.1.1 AVB fallen.

Hinsichtlich der Frage nach dem Vorliegen einer unzulässigen Überentschädi gung ist Art. 28 AVIG zu berücksichtigen. Nach Art. 28 Abs. 2 AVIG werden Tag gelder der Kranken- oder Unfallversicherung, die Erwerbsersatz darstellen, von der Arbeitslosenentschädigung abgezogen. Nach der bundesgerichtlichen Recht sprechung statuiert dieser Artikel ein Überentschädigungsverbot im Rahmen der Arbeitslosenversicherung und der Krankenversicherung im Sinne einer Subsidia rität der Arbeitslosen- gegenüber der Krankenversicherung. Dabei hat das oberste Gericht unter Bezugnahme auf Art. 100 Abs. 2 VVG klargestellt, dass unter „Taggeldern der Krankenversicherung“ im Sinne von Art. 2 8. Abs. 2 AVIG auch die Taggelder der freiwilligen Krankenversicherung nach VVG zu verstehen sind (BGE 144 III 136 E. 4.2 ; vgl. BGE 142 V 448; Urteil des Bundesgerichts 8C\_385/2020 vom 4. November 2020).

Der Privatversicherer kann damit seine Leistungspflicht nicht im Umfang der Arbeitslosenentschädigung schonen ; dies gilt hier umso mehr, als die Klägerin ihre Taggelder zu Unrecht verfrüht eingestellt hatte; hätte sie dies nicht getan, hätte die Arbeitslosenkasse B.\_\_\_\_ die Entschädigung anpassen können. Entspre chend hatte sie die Klägerin denn auch am 1. April 2016 über den Umstand der Auszahlung von Arbeitslosenentschädigung informiert, nun da die Klägerin ihre Zahlungen definitiv eingestellt habe , und bat sie um Information, wenn sie allenfalls die Taggeldzahlungen wieder aufnehmen würde, damit sie eine allfäl lige Verrechnung mit zuviel ausbezahlter Arbeitslosenentschädigung vornehmen könne ( Urk. 2/13).

## **E. 18**

S. 4). 6.

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