

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00025**

## **vom 30. November 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-11-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2021.00025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00025)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00025 du 30 novembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00025 del 30 novembre 2022

### **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.

#### **E. 1.2**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG). Sie sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1).

#### **E. 1.3**

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO werden Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO beurteilt. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen 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 durch einen Anwalt 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. 1.4**

Am 1. Januar 2022 ist das revidierte Versicherungsvertragsgesetz ( nVVG ) in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 103a nVVG gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, die folgenden Bestimmungen des neuen Rechts: die Formvorschriften ( lit . a) und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b nVVG ( lit . b). Alle anderen Bestimmungen gelten lediglich für neu abgeschlossene Verträge (vgl. die Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff., 5136; vgl. auch Stephan Fuhrer, Deutliche Verbesserungen für die Kunden von Versicherungen, in: Plädoyer 2/2021, S. 40 ff., S. 49).

Der Versicherungsvertrag, welcher der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, wurde im Jahr 2014 (Urk. 9/1) und somit vor dem Inkrafttreten des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes abgeschlossen. Damit gelangen - abgesehen von den hier nicht interessierenden Formvorschriften und dem Kündigungsrecht - die Bestimmungen des VVG zur Anwendung, wie sie bis Ende 2021 gegolten haben. Sie werden daher nachfolgend, soweit nichts anderes vermerkt ist, in der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung zitiert.

#### **E. 1.5**

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Der Vertragsinhalt richtet sich häufig nach vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB; Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, unter Ausschluss der Anzeigepflichtverletzung, Freiburg, 1999, S. 23 N 72). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG - das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält - eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG; Rolf Nebel in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Honsell /Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel/Zürich 2000, Art. 100 Rz 6).

#### **E. 1.6**

.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. 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 mit Hinweisen). Das Recht auf Beweis hindert das Gericht nicht daran, die Beweise antizipiert zu würdigen, wenn es zum Schluss kommt, dass weitere Beweiserhebungen an seinem Urteil nichts zu ändern vermöchten, weil die entsprechenden Beweisanträge offensichtlich untauglich sind oder eine rechtsunerhebliche Tatsache betreffen oder weil das Gericht aufgrund der bereits abgenommenen Beweise seine Überzeugung gebildet hat und davon ausgehen darf, diese würde durch weitere Beweiserhebungen nicht erschüttert (BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1 und 4A\_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2). 2.

2.1

Der Kläger führt zur Begründung seiner Klage aus, er habe einen Teil seines jährlichen Einkommens der letzten 20 Jahre

(1997-2017) von durchschnittlich Fr. 459'553.30, nämlich Fr. 73'000.-- für den Krankheitsfall bei der Beklagten versichert, woraus sich ein Taggeldanspruch von Fr. 200.-- ergebe. Bei der Police handle es sich um eine Summenversicherung, da er der namentlich genannte Inhaber sei. Im Rahmen der Police sei eine Leistungsdauer von 730 Tagen pro Fall und eine Wartezeit von 60 Tagen pro Fall vereinbart. Ihm sei von den behandelnden Ärzten vom 31. August 2018 bis 31. Mai 2019 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 % und vom 1. Juni 2019 bis 29. August 2020 eine solche von 75 % attestiert worden. Der von der Beklagten beauftragte Prof. Dr. Z. \_\_\_ sei im Bericht vom 3. Juni 2019 zur Empfehlung gelangt, dass in der angestammten Tätigkeit als Zahnarzt von einer Einschränkung der Arbeitsfähigkeit

auf Dauer auszugehen sei. Die Höhe der dauerhaften Arbeitsunfähigkeit sollte gleich wie im A. \_\_\_ -Bericht auf 50 % eingeschätzt werden. Aufgrund dieser Arbeitsunfähigkeit habe er sich gezwungen gesehen, seine zahnärztliche Tätigkeit aufzugeben (Urk. 1 S. 3 f.). Die Beklagte habe von der vertraglich vereinbarten Leistungsdauer von 730 Tagen im Zeitraum vom 31. August 2018 bis 31. Oktober 2019 Taggelder für 427 Tage (inklusive 60 Tage Wartezeit) mit einem Tagesanspruch von Fr. 200.-- bei einem versicherten Einkommen von Fr. 73'000.-- erbracht (Fr. 73'000.- : 365 = Fr. 200.--). Er habe im Rahmen der vereinbarten Summenversicherung indes Anspruch auf weitere Krankentaggelder für den restlichen Zeitraum vom 1. November 2019 bis 29. August 2020, mithin für die restlichen 303 Tage, was bei einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von 76 % die eingeklagte Forderung von Fr. 46'056.-- (303 x Fr. 200.-- x 76 %) ergebe. Demgemäss Ziff. 12.1 AVB schulde die Beklagte den prozentualen Anteil der Einkommenseinbusse. Dieser berechne sich wie folgt. Rechtsprechungsgemäss treffe eine versicherte Person die Obliegenheit zur Schadenminderung nach Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG auch bei der Summenversicherung. Gemäss dem Urteil des Bundesgerichts 4A\_495/2016 vom 5.

Januar 2017 müsse sich die versicherte Person bei der gebotenen Restschadensberechnung ein Einkommen anrechnen lassen, welches sie zumutbarer Weise noch erzielen könnte. Es sei mithin der prozentuale Einkommensausfall nach Schadenminderung zu berechnen. Zur Berechnung habe das Bundesgericht analog zu den Sozialversicherungen auf lohnstatistische Angaben nach der vom Bundesamt für Statistik herausgegebenen Schweizerischen Lohnstrukturerhebung (LSE) abgestellt. Es erscheine sachgerecht, entsprechend der Feststellung der Invalidenversicherung vom Einkommen von Fr. 110'423.30 gemäss LSE auszugehen. Gemessen an seinem durchschnittlichen Einkommen in den letzten 20 Jahren von Fr. 459'553.30 resultiere damit der prozentuale Einkommensausfall von 76 % ([Fr. 459'553.30 -

Fr. 110'423.30] x 100 : Fr. 459'553.30). Er habe die Beklagte mit E-Mail vom 8. Juli 2019 unmissverständlich zur Leistungserbringung aufgefordert. Die Beklagte habe sich (ab dann) im Verzug befunden und darüber hinaus auch ihre Leistungspflicht definitiv abgelehnt. Dementsprechend schulde sie ihm Verzugszins von 5 % ab dem jeweiligen monatlichen Fälligkeitsdatum der Leistungen (Urk. 1 S.

**E. 3**

).

### **E. 3.1**

Krankentaggelder nach dem VVG können sowohl als Summenversicherung als auch als Schadensversicherung ausgestaltet werden, wobei bei Kollektivverträgen auch gemischte Formen anzutreffen sind, in denen für den Betriebsinhaber eine Summenversicherung und für die Angestellten eine Schadensversicherung vereinbart ist. Da generell sowohl die Schaden- als auch die Summenversicherung möglichen Vermögens- (hier Einkommens-) einbussen vorbeugen sollen, liegt das massgebende Unterscheidungsmerkmal nicht im Zweck, sondern in der Voraussetzung der Leistung. Ist die Leistung beim Eintritt des Versicherungsfalles unabhängig davon geschuldet, ob der Versicherte effektiv einen Schaden erlitten hat, ist keine Schadensversicherung, sondern eine Summenversicherung gegeben (Urteil des Bundesgerichts 4A\_106/2020 vom 8. Juli 2020 E. 3.5.1 mit Hinweisen auf BGE 133 III 527 E. 3.2.4, 119 II 361 E. 4, 104 II 44 E. 4c-d und weiteren Hinweisen).

### **E. 3.2**

hiervor).

Aufgrund dessen ist der Kläger angesichts der andauernden teilweisen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit von mindestens 50 % (Urk. 9/25 S. 11, Urk. 9/57 S. 4) zur Verwertung der verbleibenden 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit und nach korrekter Mitteilung der Übergangsfrist (Urk. 9/61) zum Berufswechsel per 1. November 2019 verpflichtet.

Ab dann ist das Taggeld im Sinne von

Ziff. 12.1 AVB nicht mehr anteilmässig nach der Arbeitsunfähigkeit im bisherigen Beruf auszurichten, sondern entsprechend dem Grad der Erwerbseinbüsse.

#### **E. 3.3.1**

Gemäss Ziff. 6.3 der anwendbaren AVB für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2014 (Urk. 9/2), gilt die Versicherung nur dann als Schadensversicherung, sofern in der Police keine Summenversicherung vereinbart ist. In der Police Nr. ... vom 3. Juli 2014

(Urk. 9/1 S. 2) wurde als Besondere Versicherungsbedingungen (BVB) zwischen den Parteien ausdrücklich vereinbart, dass das versicherte Erwerbseinkommen nach dem Prinzip der Summenversicherung entschädigt werde (Ziff. 445 Abs. 1) und dass bei der Anmeldung im Schadenfall insbesondere der Nachweis von Erwerbsausfall gemäss Ziff. 13.2 AVB entfalle (Ziff. 445 Abs. 3; Urk. 9/1 S. 2).

Zwischen den Parteien besteht daher zu Recht Einigkeit darin (Urk. 1 S. 3 und S. 6, Urk. 15 S. 3), dass es sich bei der zwischen ihnen abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung gemäss der Police Nr. ... vom 3. Juli 2014 um eine Summenversicherung handelt. Fest steht auch, dass der Kläger von der Beklagten als Inhaber seiner Einzelfirma als alleiniger Versicherter mit einem Erwerbseinkommen von Fr. 73'000.-- für die Leistungsdauer von 730 Tagen inklusive einer Wartefrist von 60 Tagen versichert wurde (Urk. 2/2).

#### **E. 3.3.2**

Weiter ist unstrittig (Urk. 1 S. 4, Urk. 15 S. 5 f. und S. 13, Urk. 22 S. 2, Urk. 28 S. 3), dass der Kläger in der angestammten Tätigkeit als Zahnarzt anhaltend zu mindestens 50 % arbeitsunfähig war und ist (Urk. 9/25 S. 11, Urk. 9/57 S. 4). Ebenfalls unstrittig ist, dass es dem Kläger aufgrund einer 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten

Tätigkeit ohne vermehrte zervikale Belastungen respektive Zwangshaltungen der Halswirbelsäule (Urk. 9/25 S. 11) in gesundheitlicher, persönlicher und beruflicher Hinsicht zumutbar war respektive gewesen wäre, nach Ablauf der von der Beklagten mit Schreiben vom 3. Juli 2019 mitgeteilten Übergangsfrist von knapp vier Monaten (Urk. 9/61) ab dem 1. November 2019 eine leidensangepasste Tätigkeit mit einem vollen Pensum aufzunehmen.

Diesbezüglich gehen beide Parteien (Urk. 1 S. 6, Urk. 15 S. 9 f.) zu Recht von einer entsprechenden Schadenminderungsobliegenheit des Klägers im Sinne von Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG aus. Sie verweisen hierzu ausserdem auf die anwendbaren AVB (Urk. 9/2) und BVB (Urk. 9/1 S. 2). Diese lauten wie folgt.

### **E. 3.4**

.2

Die von den Parteien anerkannte Schadenminderungsobliegenheit des Klägers im Sinne von Art. 61 Abs. 1 Satz 1 VVG ist vertraglich in Ziff. 13.8 AVB in Verbindung mit Ziff. 14.1 AVB geregelt. Die Beklagte lehnt sich bei der Definition der Arbeitsunfähigkeit in ihren AVB zudem an den Arbeitsunfähigkeitsbegriff in Art. 6 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) an, insbesondere auch an den Art. 6 Satz 2 ATSG, indem bei langer Dauer der Arbeitsunfähigkeit die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich zu berücksichtigen ist. Auch damit konkretisiert die Beklagte in ihren AVB die allgemeine Schadenminderungsobliegenheit gemäss Art. 61 VVG (vgl. E).

#### **E. 3.4.1**

Nach Ziff. 1 AVB ist grundlegender Gegenstand der Kollektiv-Taggeldversicherung unter anderem der Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit.

Laut Ziff. 6.2 AVB ist bei Selbständigerwerbenden, Betriebsinhabern und deren Familienmitgliedern, sofern diese nicht in der Lohnbuchhaltung aufgeführt sind, maximal das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert.

In Abänderung zu Ziff. 6.2, 22 und 23 AVB

ist gemäss Ziff. 445 Abs. 2 BVB das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert, ohne dass im Falle einer Überentschädigung und/oder eines Versicherungsgewinns diesbezügliche Abzüge gemacht werden.

Gemäss Ziff. 12.1 AVB wird das Taggeld bei nachgewiesener Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % anteilmässig entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit ausgerichtet. Bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit wird das Taggeld bei einer Erwerbseinbusse von mindestens 25 % entsprechend dem Grad der Erwerbseinbusse ausgerichtet. Nach Ziff. 12.2 AVB ist bei Selbständigerwerbenden, Betriebsinhabern und deren Familienmitgliedern, sofern diese nicht in der Lohnbuchhaltung aufgeführt sind, eine nachgewiesene Arbeitsunfähigkeit von mindestens 50 % massgebend.

In Ziff. 3.4 AVB wird der Begriff Arbeitsunfähigkeit wie folgt umschrieben:

«Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die

zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt.»

Unter dem Titel «Obliegenheiten im Leistungsfall» wird mit

Ziff. 13.8 AVB bestimmt: «Die versicherte Person, die in ihrem angestammten Beruf voraussichtlich dauernd voll oder teilweise arbeitsunfähig bleibt, ist verpflichtet, ihre allfällig verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten, auch wenn dies einen Berufswechsel erfordert. Der Versicherer fordert die versicherte Person zum Berufswechsel auf und macht sie auf die Folgen gemäss Ziff. 14 aufmerksam.»

Gemäss Ziff. 14 AVB werden die Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder in schwerwiegenden Fällen verweigert, wenn die versicherte Person die gebotenen Obliegenheiten oder Pflichten gemäss der vorstehenden Ziff. 13 in nicht entschuldbarer Weise verletzt ( Ziff. 14.1). Entzieht oder wie dersetzt sich eine versicherte Person einer durch den Versicherer angeordneten Untersuchung, einer zumutbaren Behandlung oder Eingliederung ins Erwerbsleben, die eine wesentliche Verbesserung der Erwerbsfähigkeit oder eine neue Erwerbsmöglichkeit verspricht, oder trägt sie nicht aus eigenem Antrieb das ihr Zumutbare dazu bei, so können ihr die Leistungen vorübergehend oder dauernd gekürzt oder verweigert werden ( Ziff. 14.2). Diese Rechtsnachteile treten nicht ein, wenn die versicherte Person glaubhaft macht, dass sie kein Verschulden trifft ( Ziff. 14.3).

### **E. 3.4.3**

Die Parteien sind sich grundsätzlich darin einig (Urk. 1 S. 6, Urk. 15 S. 11 f.) , dass zur Ermittlung des Grades der Erwerbseinbusse eine Restschadensberechnung mit Einkommensvergleich vorzunehmen ist . Davon ist auszugehen , wobei die Ermittlung des Restschadens , das heisst der prozentuale Einkommensausfall nach Schadenminderung analog zur Rechtsprechung zur Taggeldversicherung nach KVG vorzunehmen ist (vgl. BGE 114 V 281 E. 3c ; Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23.

März 2017 E. 3.2 ; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK. 20 15. 000 25 vom 18.

Juli 2016 E. 3.5.1 ) .

Strittig und nachfolgend zu prüfen sind die dabei zu berücksichtigenden erwerblichen Grundlagen respektive Einkommen.

### **E. 3.5.1**

Der Kläger setzt zur Ermittlung der Erwerbseinbusse das

Einkommen, das er zumutbarerweise in einer leidensangepassten Tätigkeit erzielen könnte, in Beziehung zum tatsächlich erzielten durchschnittlichen AHV-pflichtigen Erwerbseinkommen im bisherigen Beruf der letzten 20 Jahre (1997-2017 ; Urk. 1 S. 3 ) , wie es im Anhang zur Verfügung der IV-Stelle vom 16. Oktober

2020 in der «Aufstellung der Versicherungszeiten» aufgelistet ist (Urk. 2/5 S. 7) . Daraus schloss er auf einen prozentualen Einkommensausfall von 76 % ( [Fr. 459'553.30 - Fr. 110'423.30]

x 100 : Fr. 459'553.30 ;

Urk.

1 S. 6) . Dagegen stellt sich die Beklagte auf den Standpunkt, dass allein das bei ihr vom Kläger gemäss der Police Nr. ... vom 3. Juli 2014 versicherte Erwerbseinkommen von Fr. 73'000.--

(Urk. 9/1 S. 2) als « Valideneinkommen » massgeblich und in der Restschadensberechnung zu berücksichtigen sei (Urk. 15 S. 11 f.) .

### **E. 3.5.2**

Der Ansicht des Klägers, namentlich der Annahme, es sei zur Restschadensberechnung auf das tatsächlich erzielte durchschnittliche Einkommen der letzten 20 Jahre abzustellen, kann nicht gefolgt werden.

Denn die Ermittlung des Grades der Erwerbseinbusse nach Ziff. 12.1 AVB erfolgt im Rahmen und in Nachachtung der Schadenminderungsobliegenheit . Es geht mithin nicht um die Ermittlung eines leistungs begründenden Schadens als Voraussetzung beim Eintritt des Versicherungsfalls , welcher bei einer Summenversicherung - wie der vorliegenden - im Gegensatz zu einer Schadensversicherung

keine Rolle spielt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.2) . Sondern der Anspruch hängt grundsätzlich weiterhin von der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf ab , wie sich auch aus den Worten «Bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit» (Ziff. 12.1 AVB) und «in ihrem angestammten Beruf

...

dauernd oder voll arbeitsunfähig bleibt» ( Ziff. 13.8 AVB) ergibt (vgl. auch Ziff. 3.4 AVB) .

Der Begriff der Arbeitsunfähigkeit im Recht der Taggeldversicherung deckt sich indes nicht mit demjenigen der rentenrechtlichen Invalidität (BGE 114 V 281 E. 4b; Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.2 mit Hinweis ) .

Invalidität ist die voraussichtlich bleibende oder längere Zeit dauernde ganze oder teilweise Erwerbsunfähigkeit ( Art.

### **E. 3.5.3**

Im Rahmen der Schadenminderungsobliegenheit ist somit danach zu fragen, ob der Kläger mit einer leidensangepassten Tätigkeit den vereinbarten versicherten Jahreslohn, welcher hier Fr. 73'000.-- beträgt (Urk. 9/1 S. 2), hätte erreichen können oder ob ein prozentualer Einkommensausfall nach Schadenminderung verbleibt (Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK. 20 15. 000 25 vom 18.

Juli 2016 E. 3.5.1 [zusammengefasst in Urteil des Bundesgerichts 4A\_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2.1 ]).

Entgegen der Ansicht des Klägers (Urk. 1 S. 6, Urk. 22 S. 4) ist mithin nicht das tatsächlich erzielte Einkommen der letzten Jahre respektive wie bei der Invaliditätsbemessung das Einkommen, welches er als Gesunder ab November 2019 tatsächlich verdient hätte (vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C\_745/2020 vom 29. März 2021 E. 6.1), massgeblich.

Sondern

der Ermittlung der Erwerbseinbusse im Sinne von Ziff. 12.1 AVB ist der vertraglich als versichertes Erwerbseinkommen festgelegte Betrag von Fr. 73'000.-- pro Jahr zugrunde zu

legen . Nur auf diesem Betrag basiert zudem die Jahresprämie und nur in diesem Umfang ist das Einkommen bei der Taggeldbemessung beachtlich ( vgl. Ziff.

21 AVB , wonach die Berechnung der Taggeldhöhe mittels Umrechnung des versicherten Lohnes auf ein volles Jahr und Teilung der versicherten Jahreslohnsumme durch die Zahl 365 erfolgt ).

Sämtliche weiteren Vorbringen des Klägers führen zu keiner anderen Betrachtungsweise.

### **E. 3.6.1**

Bezüglich des Einkommens, das der Kläger unstrittig mit einer ihm zumutbaren 100%igen Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit ohne vermehrte zervikale Belastungen (Urk. 9/25 S. 11) ab dem 1. November 2019 zumutbarer Weise hätte erzielen können, geht er selber von einem Betrag von Fr. 110'423.30 pro Jahr aus (Urk. 1 S. 6). Dieses liegt über dem - wie ausgeführt - massgeblichen versicherten Jahreseinkommen von Fr. 73'000.--, so dass keine Erwerbseinbusse im Sinne von Ziff. 12.1-2 AVB resultiert und der Anspruch auf weitere Krankentaggelder als Folge der Schadenminderungsobliegenheit per 1. November 2019 entfällt.

Das von der Beklagten angeführte tiefere Einkommen von Fr. 60'756.-- pro Jahr (Urk. 15 S. 12 f.), welches vom Kläger nicht substantiiert bestritten wurde (Urk. 22), führt mangels hinreichender Erwerbseinbusse von Fr. 12'244.-- (Fr. 73'000.-- - Fr. 60'756.--) respektive 16.77 % mit Blick auf Ziff. 12.1-2 AVB , wonach die Erwerbseinbusse mindestens 25 % respektive 50 % betragen müsste,

ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis.

### **E. 3.6.2**

Die Beklagte hat nach dem Gesagten somit zu Recht ihre weitere Leistungspflicht gestützt auf die Police vom 3. Juli 2014 (Urk. 9/1) verneint und die Taggelder nach Ablauf der Übergangsfrist per Ende Oktober 2019 eingestellt.

Von weiteren Beweis erhebungen, namentlich der Abnahme der vom Kläger offerierten Beweise (Parteibefragung/Beweisaussage, Zeugeneinvernahmen; Urk. 1 S. 4f. , Urk. 22 S. 3), ist abzusehen, da davon auszugehen ist, dass sie die gewonnene Überzeugung nicht zu erschüttern vermöchten (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 134 I 140 E. 5.3, Urteile des Bundesgerichts 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1 und 4A\_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2).

### **E. 3.6.3**

Die Klage auf Zusprechung von Krankentaggelder im Zeitraum vom 1. November 2019 bis 29. August 2020 von Fr. 46'056.-- zuzüglich Zins (Urk. 1 S. 2) ist folglich abzuweisen. 4 .

4.1

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). 4.2

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 obsiegende Beklagte wurde nicht durch einen externen Anwalt, sondern durch ihren eigenen Rechtsdienst vertreten. Sie hat daher entgegen ihrem Antrag (Urk. 15 S. 2) praxisgemäss - mangels eines besonderen Aufwandes (vgl. BGE 110 V 72 E. 7) - keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht erkennt:

## **E. 5**

ff.). 2.2

Die Beklagte bestreitet ihre weitere Leistungspflicht nach dem 31. Oktober 2019

vom 1. November 2019 bis 29. August 2020 mit der Begründung, es sei dem Kläger im Rahmen der Schadenminderungspflicht möglich und zumutbar gewesen, eine andere leichte, leidensangepasste Tätigkeit mit einer Arbeitsfähigkeit von 100 % aufzunehmen, womit gestützt auf die Restschadensberechnung kein entschädigungspflichtiger Erwerbsausfall vorliege. (Urk. 15 S. 13). Die vom Kläger vorgenommenen Restschadensberechnung und damit berechnete Erwerbseinbusse von 76 % seien nicht korrekt und würden bestritten. Insbesondere würden die vom Kläger vorgenommenen Berechnung eines durchschnittlichen Erwerbseinkommens von Fr. 459'553.30 in der angestammten Tätigkeit als Zahnarzt und das Abstellen darauf als Valideneinkommen im Rahmen der Schadenminderung beim Einkommensvergleich bestritten. Der Kläger habe weder begründet noch substantiiert vorgebracht, weshalb von einem solchen Erwerbseinkommen auszugehen sei. Er verkenne, dass ein solches Erwerbseinkommen bei ihr, der Beklagten, nicht über die Police Kollektiv-Taggeldversicherung Nr. ...

vom 3. Juli 2014 versichert sei. Die Voraussetzungen zur Berechnung des Valideneinkommens bei der gesetzlichen Rentenermittlung der Invalidenversicherung kämen vorliegend zur Ermittlung des Restschadens im Rahmen der Schadenermittlungspflicht bei einer privatversicherungsrechtlichen Krankentaggeldversicherung nicht zur Anwendung. Der Kläger sei als «Inhaber und namentlich versicherte Personen» mit einem maximalen versicherten Einkommen von Fr. 73'000.-- auf der Police Helsana Business Salary vom 3. Juli 2014 aufgeführt und entsprechend gemäss Ziff. 445 der Besonderen Versicherungsbedingungen (BVB; Urk. 9/1 S. 2) versichert. Das maximale versicherte Erwerbseinkommen betrage mithin Fr. 73'000.--. Es gehe bei der Restschadensberechnung darum zu ermitteln, welchen Teil dieses vereinbarten versicherten Jahreslohnes der Kläger in einer leidensangepassten Tätigkeit noch erreichen könne. Hierzu werde auf die Rechtsprechung gemäss dem Urteil des Sozialversicherungsgerichts KK.2015.00025 vom 18.

Juli 2015 E. 3.5, bestätigt mit Urteil des Bundesgerichts 4A\_495/2016 vom 5. Januar 2017 E. 2, verwiesen, wonach bei einer Restschadensberechnung im Rahmen einer als Summenversicherung ausgestalteten Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG als Valideneinkommen maximal das versicherte Erwerbseinkommen in angestammter Tätigkeit zu berücksichtigen sei. Im Übrigen würde der Kläger aufgrund einer resultierenden, nicht versicherten Erwerbseinbusse bessergestellt, wenn im Rahmen einer Schadenminderung ein höheres, vertraglich nicht versichertes Erwerbseinkommen geltend

gemacht würde. Dies würde

dem Wesen und Kern der vertraglichen Schadenminderungspflicht nach VVG diametral entgegenstehen, zumal der Kläger für ein höheres, vertraglich nicht versichertes Erwerbseinkommen keine Prämienzahlungen geleistet habe. Die Folgen einer Unterversicherung des Klägers habe sie, die Beklagte, nicht zu vertreten (Urk. 15 S. 10 ff.).

Bezüglich des noch erzielbaren Einkommens in einer angepassten Tätigkeit (mit einer Restarbeitsfähigkeit von 100 %), des sogenannten Invalideneinkommens, sei auf den standardisierten Durchschnittslohn gemäss den anwendbaren LSE-Tabellen, und zwar LSE 2018, abzustellen. Ausgehend vom durchschnittlichen Monatslohn von Fr. 5'063.-- (Sektor 3 Dienstleistungen, Kompetenzniveau 1, Männer) respektive dem als Invalideneinkommen zu berücksichtigenden Jahreslohn von Fr. 60'756.-- resultiere eine Erwerbseinbusse von Fr. 12'244.--, was 16.77 % entspreche und gemäss Ziff. 12.2 AVB nicht zur Ausrichtung von weiteren Taggeldern berechtige.

Eventualiter ergäbe der Einkommensvergleich mit dem vom Kläger herangezogenen Invalideneinkommen von Fr. 110'423.30 eine Erwerbseinbusse von minus Fr. 37'423.30 (Fr. 73'000.-- - Fr. 110'423.30), was ebenfalls nicht zur Ausrichtung von weiteren Taggeldern berechtige. Gegen die gewährte Übergangsfrist von vier Monaten zur Anpassung an veränderte Verhältnisse habe der Kläger keine Einwände erhoben. Diese seien rechtsprechungs-gemäss. Da keine weiteren Taggelder geschuldet seien, sei auch die Verzugszinsforderung vollumfänglich abzuweisen (Urk. 15 S. 12 ff.). 2.3

In der Replik ergänzte der Kläger, es sei ihm von der Rahmenvertragspartnerin der Beklagten zum Rahmenvertrag Nr. 600248485, der B.\_\_\_\_ respektive der C.\_\_\_\_

AG empfohlen worden, drei Taggeldversicherungen bei unterschiedlichen Versicherern als Summenversicherung abzuschliessen. Darüber, dass er über weitere Krankentaggeldversicherungen verfüge, habe er der Beklagten anlässlich des Gesprächs vom 17. April 2019 Auskunft gegeben. Die auf dieses Splitting in verschiedene Krankentaggeldversicherungen spezialisierten Broker hätten im Schreiben vom 27. Januar 2022 (Urk. 23/12) betreffend die Behauptung der Beklagten, dass die Versicherungssumme sich mit dem maximal versicherten Erwerbseinkommen decke, zur Auskunft gegeben, dass diese Auffassung aus ihrer Sicht nicht zutreffe. Er habe eine der drei

Taggeldversicherungen bei der Beklagten mit einem Taggeldansatz von Fr.

200.--, eine bei der Visana mit einem Taggeldansatz von Fr. 250.-- und eine bei der Ärztekasse mit einem Taggeldansatz von Fr. 350.-- abgeschlossen. In der Summe habe er sich entschieden, von seinem durchschnittlichen Jahresverdienst von Fr. 459'553.30 den Betrag von Fr. 292'000.-- zu versichern. Er habe sich somit entschieden, Fr. 167'553.30 nicht zu versichern und das Risiko selbst zu übernehmen

(Urk. 22 S. 2 f.). Der Versicherungsnehmer könne sich vollkommen frei entscheiden, nur einen Teil seines Erwerbseinkommens zu versichern beziehungsweise andere Teile bei anderen Gesellschaften zu versichern beziehungsweise einen Teil des eintretenden Schadens auf eigenes Risiko zu übernehmen. Und es sei einzig und allein den beteiligten Vertragsparteien überlassen, welche Versicherungssumme im Rahmen der Summenversicherung versichert werde. Daher sei die Behauptung der Beklagten offenkundig falsch, dass das in der Police aufgeführte, versicherte Erwerbseinkommen als

Berechnungsgrundlage des Restschadens respektive als Valideneinkommen heranzuziehen sei. Eine Summenversicherung erbringe nach Eintritt des Versicherungsfalls ohne Weiteres die im Voraus fixierte Geldleistung; die Leistungspflicht des Versicherers gehe auf die bei Vertragsschluss fixierte Versicherungssumme. Das Spezifische einer Summenversicherung liege darin, dass dieser Betrag nicht durch eine Schadensberechnung variiert werde. Die Versicherungssumme sei nicht Höchsthaftungssumme, sondern feste Bezeichnung der Versicherungsleistung. Im Gegensatz zur Schadenversicherung spiele die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens bei der Summenversicherung keine Rolle; eine konkrete Bedarfsdeckung finde nicht statt. Vielmehr werde im Vertrag eine Versicherungssumme festgelegt, die im Versicherungsfall vom Versicherer ausbezahlt sei. Nicht von Bedeutung sei, ob der eingetretene Schaden höher oder niedriger als die Versicherungssumme sei (sogenannte abstrakte Bedarfsdeckung). Naturgemäss könne bei der Summenversicherung also keine Über- oder Unterversicherung entstehen. Er werde somit bei einer Summenversicherung nicht besorgt, wenn er bei Schadenseintritt die versicherte Summe gestützt auf die vertraglichen Grundlagen unter Berücksichtigung einer Restschadensberechnung geltend mache. Er müsse den Teil selbst tragen, der bei keiner Gesellschaft versichert sei, und die Beklagte müsse den von ihr versicherten Teil übernehmen. Auch der Vorwurf unsubstantiierten Behauptens werde zurückgewiesen. Er, der Kläger, habe seine Berechnungen des Erwerbseinkommens auf den IK-Auszug gestützt und die entsprechenden Beweismittel zu den Akten gereicht. Es sei nicht erkennbar, weshalb die diesbezüglichen Behauptungen von der Beklagten nicht substantiiert sollen bestritten werden können und darüber nicht soll Beweis abgenommen werden können. Die Ausführungen der Beklagten würden sich dementsprechend als unsubstantiiertes Bestreiten erweisen (Urk. 22 S. 4 f.). 2.4

Die Beklagte hielt in der Duplik daran fest, dass das vorliegend bei ihr allein versicherte Jahreseinkommen von Fr. 73'000.-- als Valideneinkommen bei der Restschadensberechnung hinzuzuziehen sei. Weiterhin werde vom Kläger weder begründet noch substantiiert vorgebracht, aus welchem Grund bei der Restschadensberechnung beim Hinzuziehen des Valideneinkommens vom vertraglich versicherten Jahreseinkommen abzuweichen sei. Obschon der Kläger dafür beweislaster sei, vermöge er weiterhin den Nachweis nicht zu erbringen, dass im Rahmen der Restschadensberechnung ein Anspruch auf Taggelder bestehe

(Urk. 28 S. 3 ff.). 2.5

Strittig und zu prüfen ist, ob der Kläger nach der Einstellung der Taggeldleistungen der Beklagten per Ende Oktober 2019 (Urk. 9/6) weiterhin, nämlich

vom 1. November 2019 bis 29. August 2020,

Anspruch auf Krankentaggelder (zuzüglich Zins von 5 %) hat. 3.

## **E. 8**

Abs. 1 ATSG), welche durch einen Vergleich zwischen dem Valideneinkommen einerseits und dem Invalideneinkommen andererseits bemessen wird (Art. 28a des Bundesgesetzes über die Invalidenversicherung [IVG] in Verbindung mit Art. 16 ATSG).

Der hier zur Ermittlung der Erwerbseinbusse vorzunehmende Einkommensvergleich bedeutet

dagegen nicht, dass nunmehr die Erwerbsunfähigkeit der leistungsbegründende Faktor ist und der Anspruch nicht mehr von der Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf abhängt. Wenn und solange ausgewiesen ist, dass ein Versicherter in seinem bisherigen Beruf in rechtserheblichem Masse arbeitsunfähig ist, was mit dem Eintritt einer rentenbegründenden Invalidität nicht wegfällt, besteht in den Grenzen der maximalen vertraglichen Bezugsberechtigungsdauer prinzipiell ein Anspruch auf Kranken taggeld . Dieser kann allerdings aufgrund einer zumutbaren Schadenminderungs obliegenheit im Leistungsfall, wie sie hier in Ziff. 13.8 AVB vorgesehen ist und von den Parteien grundsätzlich anerkannt wird , ganz oder teilweise untergehen. Der Miteinbezug erwerblicher Faktoren führt demzufolge nicht zur Begründung, sondern bloss zur Aufhebung von Kranken tag geldansprüchen (vgl. BGE 114 V 281 E. 4b , analog zur Rechtsprechung zur Taggeldversicherung nach KVG ).

Aus der Rechtsnatur der Summenversicherung und dem Hinweis darauf, dass die Höhe des tatsächlich entstandenen Schadens bei der Summenversicherung keine Rolle spiele und naturgemäss keine Über- oder Unterversicherung entstehen könne (Urk.

22 S. 4),

kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten . Im Übrigen bezwecken auch die Taggelder, die aus einer

Summenversicherung

ausbezahlt werden, letztlich die Kompensation eines durch Arbeitsunfähigkeit bedingten Erwerbsausfalls, dessen Nachweis aber nicht Voraussetzung für die Auszahlung ist . Dies gilt unabhängig davon, dass

eine vereinbarte Summenleistung

nicht durch eine Schadensberechnung variiert wird

( BGE 128 III 34 E. 3b ; Urteil des Bundesgerichts 4A\_521/2015 vom 7. Januar 2016 E. 2.5).

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