

# Obergericht des Kantons Zürich



---

Geschäfts-Nr. NE040017/U

## II. Zivilkammer

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. H. Schmid, Vorsitzender, und Dr. O. Kramis, Ersatzrichter lic. iur. P. Raschle sowie der juristische Sekretär lic. iur. S. Lebeda

**Urteil vom 12. April 2005**

in Sachen

X geboren 15. Juli 1932,

Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Armin Neiger, Genferstr. 23, Postfach 431,  
8027 Zürich

gegen

Y **Versicherungs-Gesellschaft,**

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Robert Geisseler, Geisseler Mutzner Ott  
Baumann, Badenerstr. 21, Postfach 1552, 8026 Zürich

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Einzelrichters für Zivil- und Strafsachen des  
Bezirktes Zürich vom 14. April 2004; Proz. FO010470**

**Rechtsbegehren:**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 14'764.05 nebst 5% Zins seit dem 7. März 1998 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**modifiziertes Rechtsbegehren:**

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 12'723.30 nebst 5 % Zins seit dem 7. März 1998 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

**Urteil des Einzelrichters des Bezirksgerichtes Zürich vom 14. April 2004:**

- "1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 2'300.--; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 1'119.-- Schreibgebühren  
Fr. 817.-- Zustellgebühren  
Fr. 270.-- Vorladungsgebühren  
Fr. 966.-- Kosten für Barauslagen  
Fr. 282.-- Kosten Urteil vom 15. März 2000 (FO990971)
3. Die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens sowie des Berufungsverfahrens werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das erstinstanzliche Verfahren das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'842.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
- 5./6. ... [Mitteilung / Rechtsmittel]"

(act. 80, S. 17)

**Berufungsanträge:**

**1. Des Klägers und Appellanten (act. 96, S. 2):**

- "1. Das Urteil des Einzelrichters im ordentlichen Verfahren vom 14. April 2004 (Proz.Nr. FO01470/U1) sei aufzuheben und es sei die Beklagte und Appellatin zu verpflichten, dem Kläger und Appell-

anten Fr. 12'723.30 nebst 5 % seit dem 7. März 1998 zu bezahlen.

2. Dem Kläger seien für die erstinstanzlichen Verfahren eine angemessene Prozessentschädigung zuzusprechen.
3. Eventualiter: Es sei im Falle der Abweisung dieser Berufung im Hauptpunkt die Kosten- und Entschädigungsfolge (Ziffer 3 und 4 des Dispositivs) neu zu regeln und dabei dem Obsiegen des Klägers und Appellanten im ersten Berufungsverfahren (Proz. Nr. U/O/NE000014/II.ZK), welches mit Rückweisungsbeschluss vom 6. April 2001 beendet wurde, Rechnung zu tragen.
  - alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Appellatin."

2. der Beklagten und Appellatin (act. 101, S. 2):

- "1. Die Berufung sei, soweit darauf einzutreten ist, abzuweisen.
2. Es sei das Urteil des Einzelrichteramtes für Zivil- und Strafsachen des Bezirkes Zürich vom 14.4.2004 zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge für alle Instanzen zu Lasten des Klägers."

**Das Gericht zieht in Betracht:**

**I.**

1. Der Kläger war gemäss Vertrag vom 9. Dezember 1987 bei der B AG der Hauswartsdienst für die Geschäftsliegenschaft - mit ca. 40 Büros, WC-Anlagen, Parkplätzen (act. 13, S. 4) - übertragen (act. 2/12/1, Ziff. 1 des Vertrags). Der Kläger sollte diese Arbeit "nebenamtlich", d.h. primär abends ab 17.00 Uhr und an den Samstagen ausüben (Ziff. 4). Vorausgesetzt wurde im Vertrag eine aktive Mitarbeit der Ehefrau (Ziff. 2 Abs. 2). Die monatliche Entschädigung (inkl. sämtliche Auslagen wie Telefongebühren etc.) wurde auf Fr. 3'500.-- brutto (13x) festgesetzt (Ziff. 5). "Hauptamtlich" arbeitete der Kläger an einer andern Stelle in Zürich Seebach, wo er Gartenarbeiten verrichtete. Am 15. Juli 1997 erreichte der Kläger das ordentliche AHV-Pensio-

nierungsalter 65. Zuvor war er am 5. November 1996 an der Hüfte operiert worden. Er war in der Folge nicht mehr in der Lage, schwere Arbeiten zu verrichten. Auch seine Tätigkeit bei der B AG konnte er von November 1996 bis März 1997 nicht mehr ausüben. Ab 1. April 1997 will er - nach eigener Darstellung - die Arbeit für die B AG wieder aufgenommen haben (act. 2/13, S. 5). Mit Vertrag vom 23. Mai 1997 vereinbarte der Kläger mit der B AG die Weiterführung der Hauswartstätigkeit über sein 65. Altersjahr hinaus bis Ende 1997 gegen eine monatliche Entschädigung (inkl. Auslagen) von (13x) Fr. 4'700.-- (act. 2/12/2). Vom 12. Januar 1998 bis zum 30. April 1998 musste sich der Kläger erneut ärztlich behandeln lassen (act. 2/13, S. 3).

Seit 1. Januar 1994 bestand ein Kollektiv-Krankenversicherungsvertrag zwischen der B AG und der Beklagten (act. 8/1). Die Beklagte bezahlte nach der Operation des Klägers im November 1996 und namentlich nach Erreichen des Pensionierungsalters des Klägers zunächst am 15. Juli 1997 bis Ende 1997 der B AG und dann bis zum 11. Januar 1998 dem Kläger das vertragliche Taggeld (act. 2/10/10-16), mithin noch während 180 Tagen nach Erreichen des Pensionierungsalters. Für die Zeit danach verweigerte die Beklagte weitere Zahlungen.

2. Mit Eingabe vom 12. Dezember 1999 erhob der Kläger die vorliegende Klage (act. 2/2). Er verlangte von der Beklagten Krankentaggelder für die Periode vom 12. Januar 1998 bis zum 30. April 1998 (109 Tage) bei einem Taggeldanspruch von Fr. 135.45, insgesamt Fr. 14'764.05 (act. 2/13, S. 1). Die Beklagte stellte sich demgegenüber auf den Standpunkt, sie habe mit den Taggeldzahlungen vom 15. Juli 1997 bis 11. Januar 1998 ihre Leistungspflicht bereits erfüllt (Prot. I, S. 5 ff.). Mit Urteil vom 15. März 2000 wies die Vorinstanz die Klage ab (act. 3/21, S. 7). Gegen dieses Urteil reichte der Kläger Berufung ein (act. 2/18). Mit Beschluss vom 6. April 2001 nahm das Obergericht von der Reduktion der Klage auf Fr. 12'723.30 Vormerk, hob das Urteil des Einzelrichters vom 15. März 2000 auf und wies die Akten zur Ergänzung des Verfahrens und zu einem neuen Entscheid an den erkennenden Richter zurück (act. 1 S. 16). Mit Urteil vom 14. April 2004 wies der Einzelrichter die Klage erneut ab (act. 80, S. 17).

Mit Eingabe vom 1. Juni 2004 erhob der Kläger erneut fristgerecht Berufung (act. 77). Es wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt (act. 96, 101, 106 und 111). Die Sache ist damit spruchreif.

## II.

1. Bei dem von der B AG und der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag handelt es sich, wie in Art. 1 lit. c der AVB 1992 (act. 2/8/2) bzw. Art. 1 lit. c AVB 1993 (act. 2/12/14) ausdrücklich festgehalten, um einen dem VVG und nicht dem KVG unterstehenden Vertrag (vgl. dazu Alfred Maurer, Das neue Krankenversicherungsgesetz, S. 107 f.; Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, S. 495 f.). Davon ist nachstehend auszugehen.

Neben dem VVG sind für die hier zu beurteilende Kollektiv-Krankenversicherung insbesondere die AVB der Beklagten massgeblich. Die Parteien sind sich allerdings nicht einig, ob die vom Kläger zu den Akten gereichte Version 1/1993 (act. 2/12/14) oder die von der Beklagten eingereichte Ausgabe 1/1992 (act. 2/8/2) zur Anwendung kommen soll. Diese Frage kann hier jedoch offen bleiben; es kommt - wie sich aus den nachstehenden Ausführungen ergeben wird - darauf nicht an. Festzuhalten bleibt lediglich, dass die Interpretation der AVB im Zweifelsfall zuungunsten des Versicherers, der sie abgefasst hat, und zugunsten des Versicherten vorzunehmen ist.

2. Der Kläger schied per Ende 1997 aus dem Betrieb der B AG aus. Es stellt sich damit zunächst die Frage, ob der Kläger für die Zeit nach seinem Ausscheiden aus der B AG überhaupt noch Anspruch auf Leistungen der Beklagten hat. Dabei gilt der Grundsatz, dass der Versicherer über das Ende des Vertrags hinaus leistungspflichtig bleibt, sofern Ansprüche aus einem vor dem Vertragsende eingetretenen gedeckten Versicherungsfall geltend gemacht werden. Allerdings kann diesbezüglich im Versicherungsvertrag eine andere Regelung getroffen werden (Maurer, Privatversicherungsrecht, S. 239 f.).

Gemäss Art. 20 lit. a AVB (1992 und 1993) hat der Arbeitnehmer beim Austritt aus dem Kreis der Versicherten an sich das Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung; ein solches Recht stand dem Kläger nach Erreichen des Pensionsalters vorliegend allerdings nicht zu (Art. 20 lit. c AVB). Massgebend für die Dauer des Versicherungsschutzes ist daher zunächst Art. 19 lit. b Ziff. 1 AVB; danach endet der Versicherungsschutz beim Austritt aus dem Betrieb nach 30 Tagen. Art. 19 lit. c AVB sieht allerdings eine Nachleistung für Versicherungsfälle vor, die bei Erlöschen des Versicherungsschutzes noch nicht abgeschlossen sind, jedoch höchstens für die in der Police aufgeführte Leistungsdauer. Entsprechend der Police (act. 2/8/1) und in Übereinstimmung mit der Überschrift der AVB beträgt die Leistungsdauer 720 Tage innert eines Zeitrahmens von 900 Tagen (act. 2/8/2; vgl. auch Art. 23 c Abs. 1 AVB 1993, act. 2/12/14). Für die Zeit nach Erreichen des AHV-Alters enthalten Art. 23 lit. a AVB 1992 und 1993 dazu je eine Spezialbestimmung. Die beiden Ausgaben der AVB halten fest, dass die Beklagte vom AHV-Pensionsalter an das Taggeld noch während längstens 180 Tagen auszurichten hat (Art. 23 lit. a Abs. 5 AVB 1992) bzw. noch für höchstens 180 Tage, längstens jedoch bis zum vollendeten 70. Altersjahr (Art. 23 lit. c Abs. 4 AVB 1993).

Der Kläger verlangt von der Beklagten Taggeldleistungen für die Zeit vom 12. Januar bis Ende April 1998. Besteht für die vom Kläger geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit ab 11. Januar 1998 eine Nachleistungspflicht im Sinne von Art. 19 lit. c AVB 1992 und AVB 1993, so hat der Kläger gemäss den obigen Vorschriften nach dem Pensionierungsdatum und namentlich auch nach seinem Ausscheiden aus der B AG, mithin ab 1. Januar 1998 (und über die 30 Tage gemäss Art. 19 lit. b Ziff. 1 AVB 1992 und AVB 1993 hinaus), grundsätzlich Anspruch auf Taggelder. Einzige Beschränkung ist die der Leistungsdauer, welche nach Erreichen des AHV-Alters nicht mehr 720 Tage, sondern lediglich noch 180 Tage beträgt. Als eine "absolute" Grenze im Sinne eines Auslaufens der Nachzahlungspflicht 180 Tage nach Erreichen des Pensionierungsalters (am 14. Juli 1997), d.h. am 11. Januar 1998, können die Art. 23 lit. a Abs. 5 AVB 1992 bzw. Art. 23 lit. c Abs. 4 AVB 1993 nicht interpretiert werden. Die Systematik der AVB und namentlich die Überschriften der beiden Art. 23 lit. a bzw. lit. c ("Beginn

und Dauer der Leistung" bzw. "Leistungsdauer") schliessen dies aus. Die in Art. 23 lit. c Abs. 4 der AVB 1993 enthaltene Bestimmung, wonach die Leistung längstens bis zum vollendeten 70. Lebensjahr erbracht werde, würde gar keinen Sinn machen, wenn es sich beim vorhergehenden Satz ("vom AHV-Pensionsalter an erbringt die A das Taggeld noch für höchstens 180 Tage") um eine absolute Frist handeln würde. Der zitierte Satz wurde aber aus den AVB 1992 übernommen, weshalb anzunehmen ist, dass ihm schon vorher der gleiche Sinn zu geben war.

3. Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte durch ihre Zahlung von 180 Taggeldern vom 15. Juli 1997 bis Ende Dezember 1997 an die B AG bzw. vom 1. bis 11. Januar 1998 an den Kläger ihre vertragliche Leistungspflicht bereits erfüllt hat.

a) Anspruchsberechtigt aus einem Versicherungsvertrag ist grundsätzlich der Versicherungsnehmer als Vertragspartei. Die Anspruchsberechtigung ist im VVG jedoch nicht einheitlich geregelt (Maurer, Privatversicherungsrecht, S. 175). Eine besondere Situation ergibt sich insbesondere bei den sogenannten Fremdversicherungen; der Versicherungsnehmer versichert hier fremde Personen, fremde Sachen oder fremdes Vermögen (vgl. dazu Maurer, S. 179; vgl. ferner Willy Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage 1967, S. 221 f.). Für den Bereich der kollektiven Unfall- und Krankenversicherung wurde in Art. 87 VVG eine besondere Regelung getroffen: hier steht demjenigen, zu dessen Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu. Diese Bestimmung wurde 1904 für die Kollektiv-Unfallversicherung ins VVG aufgenommen; es sollte damit die Gefahr beseitigt werden, dass sich der Arbeitgeber durch die Unfälle seiner Arbeiter bereichere (vgl. die Botschaft des Bundesrates zum Entwurf des VVG vom 2. Februar 1904, BBl. 1904 I, S. 321). Mit der Revision des Arbeitsvertragsrechts von 1971 wurde die Regelung auf die kollektive Krankenversicherung ausgedehnt (BBl. 1967 11, S. 425). Zur Anspruchserhebung ist damit nach Eintritt des Versicherungsfalles allein der Versicherte und nicht mehr der Versicherungsnehmer legitimiert.

b) Ist ein Arbeitnehmer krank bzw. arbeitsunfähig, so hat er neben einem allfälligen selbständigen Anspruch auf ein Taggeld gegenüber der Kollektiv-Krankenversicherung gemäss Art. 87 VVG in der Regel gleichzeitig auch noch für eine beschränkte Zeit einen Lohnanspruch gegenüber dem Arbeitgeber (Art. 324a Abs. 1 OR). Was das Verhältnis zwischen dem Versicherungsanspruch und dem Lohnanspruch des Arbeitnehmers betrifft, so findet sich für den Bereich der obligatorischen Versicherung des Arbeitnehmers in Art. 324b OR eine Regelung; die Versicherungsleistung tritt in diesen Fällen an die Stelle der Lohnfortzahlungspflicht. Für den Fall der nicht obligatorischen Kollektiv-Krankenversicherung fehlt jedoch eine entsprechende gesetzliche Vorschrift. Es steht den Beteiligten frei, wie sie die Verhältnisse ausgestalten wollen. Schliesst ein Arbeitgeber zugunsten des Arbeitnehmers eine freiwillige Taggeldversicherung ab, die weit mehr abdeckt als den gesetzlichen Anspruch auf Lohnfortzahlung gemäss Art. 324a Abs. 1 OR, und übernimmt er dabei einen wesentlichen Anteil an der Prämie, so darf in der Regel davon ausgegangen werden, dass - wie bei der obligatorischen Versicherung - der Anspruch gegenüber der Kollektivversicherung an die Stelle des Lohnanspruchs treten soll, dies jedenfalls soweit der erstere den letzteren abdeckt. Die Taggeldversicherung hat dann den Charakter einer Schadensversicherung, wobei die Versicherung den Arbeitgeber entsprechend entlasten soll (vgl. zur Problematik Personenversicherung/Schadensversicherung Maurer, Privatversicherungsrecht, S. 271 ff. und insbesondere 413, mit Hinweisen).

Die Kollektiv-Krankenversicherung schuldet ihre Leistung - wie gesagt - grundsätzlich dem Arbeitnehmer (Art. 87 VVG). Zahlt allerdings der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer während der Zeit der Arbeitsunfähigkeit weiterhin den Lohn, so stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber der Versicherung gegenüber einen Anspruch auf die Versicherungsleistung erwirbt. Lehre und Rechtsprechung bejahen - in analoger Anwendung von Art. 51 Abs. 2 OR - einen Anspruch des Arbeitgebers, welcher seiner Lohnfortzahlungspflicht nachkommt, gegenüber dem Haftpflichtigen bzw. dessen Versicherer (BE-Kommentar Brehm, N 31 zu Art. 41 und N 36 zu Art. 46 OR; vgl. dazu auch den Entscheid des Bundesgerichts i.S. F.B. ca. A. vom 26.9.2000, Proz. Nr. 4C.292/1999). Sinn und Zweck einer als Schadensversicherung ausgestalteten freiwilligen Kollektiv-Krankenversicherung bzw.

einer Taggeldversicherung entspricht es, dem Arbeitgeber (und Versicherungsnehmer), der während der unverschuldeten Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers diesem weiterhin (aufgrund von Art. 324a OR oder auch darüber hinaus) den Lohn bezahlt, in gleicher Weise einen Anspruch auch gegenüber der Kollektiv-Krankenversicherung einzuräumen. Räumt man dem Arbeitgeber einen solchen Anspruch ein, so kann sich die Versicherung ihrerseits durch Leistung an den Arbeitgeber befreien. Sie leistet ihre Zahlungen an den Arbeitgeber allerdings auf eigenes Risiko. Sie wird von ihrer Verpflichtung gegenüber dem Arbeitnehmer durch Zahlung an den Arbeitgeber nur soweit befreit, als effektiv ein Versicherungsfall vorliegt und der Arbeitgeber seinerseits dem Arbeitnehmer den Lohn bezahlt. Der Arbeitnehmer muss sich Zahlungen der Versicherung an den Arbeitgeber etwa bei der üblichen Beschränkung der Leistungsdauer (auf 720 bzw. 180 Tage) dementsprechend nur soweit anrechnen lassen, als die Voraussetzungen für Auszahlung effektiv erfüllt waren. Allerdings muss der Arbeitnehmer Leistungen der Versicherung an den Arbeitgeber auch dann gegen sich gelten lassen, wenn die Versicherung aufgrund seines Verhaltens nach Treu und Glauben annehmen durfte, die Voraussetzungen für die Zahlung an den Arbeitgeber seien erfüllt.

c) Es ist nicht ersichtlich, dass die Beteiligten Absprachen über das Verhältnis von Versicherungsleistung und Lohnanspruch getroffen hätten; namentlich enthalten weder die AVB 1992 noch die AVB 1993 hierzu eine Regelung. Es ist kein Grund ersichtlich, die von der Budliger Treuhand AG mit der Beklagten abgeschlossenen Kollektiv-Krankenversicherung bezüglich der Taggeldleistungen anders denn als Lohnersatz im obigen Sinne zu behandeln. Die Leistungsdauer geht weit über die arbeitsvertragliche Verpflichtung gemäss Art. 324a OR hinaus. Die Budliger Treuhand AG und der Kläger trugen beide etwa die Hälfte der Prämie (act. 2/8/1; act. 2/12/15 ff.; act. 2/12/2, Ziff. 5).

4. Zu fragen ist, ob und wieweit für die Beklagte die Voraussetzungen für eine Auszahlung von Taggeldern in der massgeblichen Zeit vom 15. Juli bis Ende Dezember 1997 erfüllt waren.

a) Bei den Akten liegt eine Aktennotiz (act. 2/8/3) über ein Gespräch von M - dem seinerzeit Verantwortlichen für die B AG bei der Beklagten - mit dem Kläger, welches am 10. April 1997 stattfand. Dieser Aktennotiz ist zu entnehmen, dass sich der Kläger M gegenüber in dem Sinne äusserte, dass er die Arbeit als Hauswart (bei der B AG), welche schwergewichtig die Reinigung der Büros beinhalte, ab dem 1. April 1997 "durch den Einsatz seiner Frau wieder aufgenommen" habe; "selber anpacken" dürfe und könne er aber nicht. Er wolle aber gegenüber der Firma B , zu der er ein sehr gutes Verhältnis habe, nicht kneifen. M bestätigte als Zeuge, dass er gestützt auf seine Handnotizen eine solche Gesprächsnotiz mit dem entsprechenden - vom Zeugen zitierten - Inhalt erstellt habe (act. 65, S. 3 f.). Der Zeuge M mag zwar ein gewisses Interesse daran haben, dass die Beklagte nicht noch Zahlungen leisten muss, weil ihm dies allenfalls zum Vorwurf gemacht werden könnte. Es darf indessen doch davon ausgegangen werden, dass der Zeuge seinerzeit den Inhalt des Gesprächs vom 10. April 1997 mit dem Kläger in seiner Aktennotiz korrekt festgehalten und der Kläger sich dem Zeugen gegenüber dementsprechend in dem dort festgehaltenen Sinne geäussert hat. Des Weiteren steht fest, dass der den Kläger betreuende Hausarzt Dr. S für die Zeit bis Ende Dezember 1997 ärztliche Zeugnisse ausstellte, in welchen dem Kläger jeweils eine Arbeitsunfähigkeit von 100% attestiert wurde (act. 2/9/9, 2/9/11 und 2/9/12; act. 2/9/9 und 2/9/12 mit Eingangsstempel der Beklagten). Bei den Akten liegen ferner drei Begleitzettel von der Hand des Klägers, aus welchen hervorgeht, dass dieser die Arztzeugnisse der Beklagten jeweils direkt zustellte (act. 30/1a und 30/2-4). Gleiches geht auch aus dem Schreiben des Klägers vom Dezember 1997 hervor, wo der Kläger selber vermerkt, er werde die Arztzeugnisse der Beklagten "wie bis anhin direkt zusenden" (act. 2/8/8). In gleichem Sinne äussern sich im Übrigen - ohne dass dies noch entscheidend wäre - auch die Zeugen M und F (act. 65, S. 4; act. 64, S. 8). Dass die Beklagte noch andere, davon abweichende Informationen erhalten hätte, ist nicht ersichtlich. Der Zeuge F gibt zwar an, dass es weitere Kontakte zwischen ihm und der Beklagten gegeben habe, wobei er dem Vertreter der Beklagten erklärt habe, dass die Arbeit gemacht werde, allerdings von der Ehefrau des Klägers (act. 64, S. 7).

Eine weitere Aktennotiz über ein Gespräch zwischen dem Zeugen M und einem Vertreter der B AG wurde offenbar nicht erstellt (act. 38). M bestätigt dies als Zeuge (act. 65, S. 5); es besteht kein Grund, an dieser Angabe zu zweifeln. Äusserte sich der Kläger gegenüber der Beklagten am 10. April 1997 in der dargelegten Weise und liess er in der Folge der Beklagten regelmässig die Arztzeugnisse von Dr. S zukommen, so durfte die Beklagte davon ausgehen, der Kläger sei 100% arbeitsunfähig und erbringe selber keine wesentliche Arbeitsleistung mehr. Mit Schreiben vom 25. November 1997 teilte der Kläger der Beklagten allerdings mit: "Ich arbeite immer noch doch zusehends stärkeren Behinderungen und dies bis 31.12.1997. Mein Einsatz und die Ersparnisse an Taggelder gegenüber der Versicherung scheinen nun sehr schlecht belohnt zu werden." Dies war - zusammen mit einem weiteren undatierten Schreiben (act. 2/12/8) - wohl die Reaktion auf die Auskunft der Beklagten in deren Schreiben vom 11. November 1997, worin diese den Kläger auf die maximale Leistungsdauer von 180 Tagen nach Erreichen des AHV-Alters hinwies (act. 2/12/7). Der Kläger signalisierte in seinem Brief vom 25. November 1997 der Beklagten klar, dass er (auch) selber arbeite und dass er davon ausgehe, die Versicherungsleistungen müssten nicht oder zumindest nicht in vollem Umfang erbracht werden.

Bei dieser Sachlage durfte und konnte die Beklagte die Versicherungsleistungen mit befreiender Wirkung an die B AG bis zum Eingang des Schreibens vom 25. November 1997 bei der Beklagten am 28. November 1997 (Eingangsstempel) leisten. Dass solche Leistungen erfolgten, konnte der Kläger - ohne dass dies hier noch entscheidend wäre - auch selber aus den meisten Salärabrechnungen jener Zeit sehen (act. 37, Abrechnungen vom 22.7.1997, 20.8.1997, 21.10.1997, 14.11.1997). Die von der Beklagten bis dahin vorgenommenen Auszahlungen von Taggeldern für die Zeit vom 15. Juli bis Ende Oktober 1997 (act. 2/10/10-13) sind daher an die Leistungspflicht der Beklagten von 180 Tagen anzurechnen. Die Auszahlungen für die Monate November und Dezember 1997 erfolgten indessen nach dem 28. November 1997 (act. 2/10/14 und 2/10/15). Die Beklagte kann sich für diese Zahlungen nicht mehr auf ihren guten Glauben berufen.

b) Zu prüfen bleibt, ob bzw. in welchem Umfange die Auszahlungen an die B AG für die Monate November und Dezember 1997 des Klägers objektiv gerechtfertigt bzw. - aufgrund der effektiven Arbeitsleistung - des Klägers nicht gerechtfertigt waren. Die Beklagte hatte dazu im vorinstanzlichen Hauptverfahren angeführt, sie bestreite, dass der Kläger trotz eindeutiger medizinischer Unterlagen teilweise arbeitsfähig gewesen sei (Prot. I, S. 6). Sie hat damit sinngemäss behauptet, der Kläger habe in der massgeblichen Zeit bis Ende 1997 selber nicht mehr gearbeitet.

ba) Im „Hauswart-Vertrag“ vom 10. Dezember 1987 wie auch im Vertrag vom 23. Mai 1997 wird der Kläger als Arbeitnehmer bezeichnet und es wird ihm der Hauswartinendienst über die Geschäftsliegenschaft über-tragen (act. 2/12/1, Ziff. 1 und act. 2/12/2, Ziff. 3). Zwar wird im Vertrag festgehalten, es werde eine aktive Mitarbeit der Ehefrau vorausgesetzt (act. 2/12/1 Ziff. 2 Abs. 2 und act. 2/12/2, Ziff. 3). Dem Kläger war es damit gestattet, einzelne der ihm obliegenden Arbeiten an seine Frau zu delegieren. Erwartet wird in einem solchen Falle aber, dass der Hauswart grundsätzlich selber fähig ist, alle Arbeiten gemäss Pflichtenheft (act. 2/12/1) zu erledigen, und er grundsätzlich auch bei allen Tätigkeiten mitwirkt. Die B AG hat denn auch lediglich den Kläger, nicht aber seine Ehefrau, bei der Beklagten versichert (Prot. I, S. 5 und 7). Der Kläger führt dazu seinerseits aus, er habe früher den Hauptteil der Hauswartinarbeit stets selber verrichtet (act. 2/13, S. 5). Für die Berechtigung der Beklagten, ihrer Zahlungspflicht durch Leistungen an die B AG nachzukommen, ist unter diesen Umständen grundsätzlich massgeblich, welche Leistungen der Kläger gemessen am Pflichtenheft des "Hauswartin-Vertrags" selber erbrachte; immerhin ist die vertraglich vorgesehene Mitarbeit der Ehefrau dabei angemessen zu berücksichtigen. Käme es nicht entscheidend auf die eigene Leistungsfähigkeit bzw. Leistung des Klägers an, wäre sein Ausfall vielmehr ohne weiteres durch den Einsatz seiner Frau zu kompensieren, so könnte der Kläger sich konsequenterweise auch nicht darauf berufen, er sei ab Januar 1998 nicht arbeitsfähig gewesen; es hätte auch dann seine Ehefrau seine Arbeit übernehmen können.

bb) Wie bereits angeführt, attestierte der Hausarzt des Klägers, Dr. S , dem Kläger in seinen Berichten bzw. Zeugnissen ab April 1997 eine Arbeitsunfähigkeit von 100% (act. 2/9/6-9, 2/9/11-13). Dr. S wurde auch als Zeuge befragt. Er gab dabei an, der Kläger sei seit anfangs 1982 sein Patient gewesen. Auch habe er bei der Ausstellung der Zeugnisse gewusst, in welchem beruflichen Bereich der Kläger tätig gewesen sei und was er für Arbeiten auszuführen gehabt habe. Das ihm vorgelegte Pflichtenheft des Klägers decke sich ungefähr mit dem, was er seinerzeit über die Tätigkeit des Klägers gewusst habe. Mit seinem Leiden habe der Kläger als Hauswart nicht arbeiten können, weil es sich um seinen rechten Arm gehandelt habe, den er während seiner Arbeit oft hätte benutzen müssen. Es hätte sich schnell eine Zunahme der Beschwerden ergeben. Die von ihm vorgenommene Beurteilung einer 100%-Arbeitsunfähigkeit habe sich auf die Arbeit des Klägers als Hauswart bezogen. Seinen Befund beurteile er auch im Nachhinein für die betreffende Zeit noch als richtig. Er habe angenommen, der Kläger habe die Hauswartstätigkeit seiner Frau überlassen (act. 63, S. 1 ff. ). Es gibt keine konkreten Hinweise dafür, dass Dr. S den gesundheitlichen Zustand des Klägers und seine Arbeitsfähigkeit bezüglich dessen Tätigkeit bei der B AG in der Zeit bis Ende Dezember 1997 nicht korrekt beurteilt hätte. Dies heisst allerdings noch nicht, dass der Kläger damals überhaupt keine Arbeitsleistung erbrachte. Es mag dabei zutreffen, dass im November/Dezember 1997 die Folgen der früheren Operation in den Hintergrund traten. Hinzu kamen indessen, wie sich aus der Zeugenaussage von Dr. S und dessen Bericht vom 26. Oktober 1997 an die Beklagte (act. 2/9/13) aus seinem Schreiben gleichen Datums an Dr. R (act. 48) sowie wiederum aus dem Schreiben von Dr. R vom 26. Oktober 1997 (act. 48) und dessen Aussage als Zeuge (act. 67, S. 3) ergibt, schmerzhaft, die aktive Beweglichkeit einschränkende Beschwerden im Schulterbereich. Der Kläger - der im Übrigen auch an Adipositas leidet, d.h. übergewichtig ist (act. 2/9/6) - spricht in seinem Schreiben vom 25. November 1997 (act. 2/8/5) denn auch wie gesagt selber von den "zusehends stärkeren Behinderungen" und der bevorstehenden Schulteroperation. Es spricht nach dem Gesagten alles dafür, dass der Kläger nicht nur aus ärztlicher Sicht nicht mehr fähig war, die gemäss „Hauswart-Vertrag“ zu leistenden Arbeiten zu

erbringen, sondern dass er auch effektiv nur noch massiv reduziert arbeitete. Der Kläger mag zusammen mit seiner Ehefrau an Ort und Stelle gewesen sein und gewisse Kontroll- sowie allenfalls auch einige körperlich wenig fordernde Wartungs- und andere Arbeiten (etwa Leeren der Papierkörbe) erledigt haben. Dass er darüber hinaus die körperlich fordernden, in aller Regel beide Arme beanspruchenden eigentlichen Reinigungsarbeiten (Büros mit Pulten, WC-Anlagen, Fenster etc.) in grösserem Umfange noch selber ausgeführt hätte, ist nicht anzunehmen. Es liegt vielmehr nahe, dass er den doch weit überwiegenden Teil der zu leistenden Arbeit seiner Ehefrau überliess. Im Gespräch vom 10. April 1997 mit M war er in seinen Ausführungen, was die Delegation der Arbeit an die Ehefrau anging - wie dargelegt - selber noch viel weiter gegangen. Der Aussagen der Zeugen F und H bedarf es zu dieser Annahme über die vom Kläger geleistete Arbeit nicht. Beide Zeugen legen zwar übereinstimmend dar, dass es im Wesentlichen die Ehefrau des Klägers war, welche die Arbeit verrichtete. Einzuräumen ist indessen, dass aus den Aussagen dieser Zeugen nicht hervorgeht, wieweit diese ihre Angaben auf eigene konkrete Wahrnehmungen über die effektiv vom Kläger in der fraglichen Zeit geleisteten Arbeiten abstützen können (act. 64 und 66). Es kann diesen Aussagen damit kein wesentliches Gewicht zukommen. An diesem Ergebnis können auch die zu den Akten gereichten Arbeitsrapporte (act. 37/7) - wie auch allfällige gleiche Rapporte für die andern Monate - nichts ändern. Aus diesen Rapporten geht zwar hervor, dass der Kläger jeweils für sich und seine Ehefrau die gleiche Anzahl Arbeitsstunden eintrug. Dass der Kläger damit mehr als seine eigene Präsenzzeit angegeben hätte, kann daraus nicht abgeleitet werden. Die B AG hielt in ihrem Schreiben vom 24. Februar 1998 (act. 2/12/10) es zwar für denkbar, dass der Kläger für leichtere Arbeit von einigen Stunden arbeitsfähig gewesen sei; wieweit jedoch effektiv eine Leistung erfolgte, geht daraus nicht hervor. Der Kläger hat vor der Vorinstanz noch seine persönliche Befragung beantragt (act. 27, S. 3 ff.). Diese ist jedoch nicht geeignet, seine Sachdarstellung zu beweisen (§ 149 Abs. 3 ZPO). Im Berufungsverfahren offeriert er nun neu - und damit verspätet (§ 138 ZPO) - seine Beweisaussage (act. 96, S. 7). Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, dass eine Ausnahmesituation vorläge, welche die Zulassung zur Beweisaussage rechtferti-

gen würde (Frank/Sträuli/Messmer, N 3 ff. zu § 150 ZPO). Verspätet ist auch der im Berufungsverfahren neu gestellte Antrag auf die Einvernahme der Ehefrau des Klägers als Zeugin (act. 96, S. 7).

Geht man davon aus, dass die gesunde und einsatzwillige Ehefrau des Klägers in den angegebenen Präsenzstunden jeweils einen doch weit höheren Anteil an Leistung (wohl ca. 2/3 der gesamten zu leistenden Arbeit) erbracht hat als der gesundheitlich massiv angeschlagene Kläger, so rechtfertigt sich die Annahme, der Kläger habe in den Monaten November und Dezember 1997 jedenfalls nicht mehr geleistet als 40% seines ordentlichen, aufgrund der Mitarbeit der Ehefrau gegenüber dem gesamten Pflichtenheft des Hauswarts-Vertrags etwas reduzierten Pensums. Im Umfange von 60% sind daher die Taggeldzahlungen der Beklagten an die B AG für die Monate November und Dezember 1997 an die Leistungspflicht der Beklagten anzurechnen (Art. 23 lit. c AVB 1992 bzw. Art. 23 lit. e AVB 1993).

5. Nach dem Gesagten verlängerte sich die Leistungspflicht der Beklagten ab dem 12. Januar 1998 um 40% der 30 Tage von November und der 31 Tage von Dezember 1997, mithin um 24,4 Tage (61 Tage x 4/10). Dr. S hat den Kläger am 12. Januar 1998 gesehen und kam damals zum Schluss, dieser sei für seine Funktion nicht arbeitsfähig (act. 63, S. 4). Aufgrund dieser Beurteilung darf davon ausgegangen werden, dass der Kläger nach dem 12. Januar 1998 wenigstens noch bis zum 5. Februar 1998 vollumfänglich arbeitsunfähig blieb. Es verbleibt damit ein Anspruch von Fr. 3'304.98 (24,4 x Fr. 135.45), gerundet Fr. 3'305.--. Verzugszins ist ab dem 15. Januar 1999 geschuldet. Mit Schreiben vom 14. Januar 1999, bei der Beklagten eingegangen am 15. Januar 1999, hat der Vertreter des Klägers seinen Anspruch bei der Beklagten geltend gemacht (act. 2/8/18). Es ist nicht dargetan, dass der Kläger bereits zu einem früheren Zeitpunkt deswegen an die Beklagte gelangt wäre. In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen.

**III.**

Ausgangsgemäss sind die Kosten der beiden vorinstanzlichen und der beiden Berufungsverfahren je dem Kläger zu 3/4 und der Beklagten zu 1/4 aufzuerlegen. Ferner hat der Kläger der Beklagten für die angeführten Verfahren eine entsprechend reduzierte Prozessentschädigung zu bezahlen. Ein fehlerhaftes prozessuales Verhalten, welches ein Abweichen von der Regel rechtfertigen würde, wonach die Kosten- und Entschädigungsfolgen nach Obsiegen und Unterliegen geregelt werden (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO), kann der Beklagten nicht vorgeworfen werden (Frank/Sträuli/Messmer, N 23 zu § 64 ZPO).

**Demnach erkennt das Gericht:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 3'305.-- zuzüglich Zins zu 5% seit dem 15. Januar 1999 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzliche Kostenfestsetzung (Dispositiv-Ziffer 2) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:  
Fr. 1'400.00 ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 758.00 Schreibgebühren  
Fr. 513.00 Zustellgebühren
4. Die Kosten für die beiden erstinstanzlichen sowie die beiden Berufungsverfahren NE000014 und NE040017 werden je zu 3/4 dem Kläger und zu 1/4 der Beklagten auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für die beiden bezirksgerichtlichen und die beiden Berufungsverfahren NE000014 und NE040017 eine Prozessentschädigung von insgesamt Fr. 3'500.-- zuzüglich Fr. 266.-- (7,6% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an den Einzelrichter des Bezirkes Zürich sowie an das Bundesamt für Privatversicherungen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

7. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

innert 30 Tagen nach dessen Empfang bei der II. Zivilkammer des Obergerichtes wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

---

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:



Oberrichter Dr. H. Schmid

Der juristische Sekretär:



lic. iur. S. Lebeda

versandt am:

15. April 2005