



730 07 142 / 345

Urteil vom 5. November 2008

Besetzung Präsident Andreas Brunner, Kantonsrichter Christof Enderle, Kantonsrichter Michael Guex, Gerichtsschreiber Daniel Gfeller

Parteien X., Klägerin,
vertreten durch Dominique Erhart, Advokat,

gegen

A.,
Beklagte

Betreff Leistungen (KKVT 12.059.494/4)

A. Die X. hat bei der B. Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft (B.; seit 7. Dezember 2007 A. Versicherungen AG) eine Versicherungsdeckung im Rahmen der kollektiven Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908 nach Massgabe der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 07.03, abgeschlossen. Mit Schreiben vom 13. März 2006 meldete die X. der B. die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit ihrer Angestellten, Y., beginnend ab 30. Januar 2006 aufgrund eines Schlaganfalles. Dabei wurde ein massgebender Grund- bzw. AHV-Lohn von Fr. 9'000.-- im Monat sowie ein 13. Monatslohn von Fr. 9'000.-- im Jahr angegeben.

Nach Vornahme diverser Abklärungen bezüglich des Lohnes und der Tätigkeit von Y., welche im Zusammenhang mit der per 1. Januar 2006 geltend gemachten Lohnerhöhung von Y. von Fr. 4'100.-- pro Monat im Jahr 2005 auf Fr. 9'000.-- pro Monat

ab 1. Januar 2006 eingeleitet worden waren, verlangte B. Einsicht in die gesamten Originalbuchhaltungsunterlagen der X. Dies wurde von X. abgelehnt.

Am 13. September 2006 kündigte die B. unter Einhaltung der Kündigungsfrist den Kollektivtaggeldvertrag per 31. Dezember 2006.

Am 9. November 2006 leitete die X. eine Betreibung für eine Forderung im Betrag von Fr. 38'680.40 zuzüglich Zins gegen B. ein, welche dagegen Rechtsvor-schlag erhob. Am 18. Januar 2007 reichte die X., vertreten durch Dominique Erhart, Advokat in Allschwil, eine Zivilklage betreffend eine Forderung von Fr. 38'680.40 beim Friedensrichteramt Frenkendorf/Füllinsdorf ein. Unter Hinweis auf die Unzuständigkeit des Friedensrichteramtes und die Aussichtslosigkeit eines Aussöhnungsversuchs lehnte B. eine Teilnahme am Friedensrichterverfahren mit Schreiben vom 8. Februar 2007 ab.

B. Mit Schreiben vom 3. April 2007 reichte die X., wiederum vertreten durch Dominique Erhart, beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), Klage gegen B. ein mit dem Begehren, B. sei zu verpflichten, die aus der kollektiven Krankentaggeldversicherung geschuldeten gesetzlichen Leistungen für den Zeitraum vom 1. März bis 31. Dezember 2006 zu erbringen, mindestens jedoch einen Betrag von brutto Fr. 72'000.-- zu bezahlen, nebst Zins zu 5% seit 30. Juni 2006 (mittlerer Verfall); Mehrforderung vorbehalten.

C. Mit Klageantwort vom 6. Juni 2007 beantragte B. durch ihren Rechtsvertreter, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Vorweg machte die Beklagte geltend, sie könne gemäss Art. 87 in Verbindung mit Art. 98 VVG mit befreiender Wirkung nur an die Begünstigte, d.h. an die Versicherte selbst bezahlen. Deshalb sei die Klage bereits aus diesem Grund, mangels Aktivlegitimation der Klägerin, abzuweisen. Materiell sei die Leistungspflicht der Beklagten gestützt auf Art. 40 VVG abzulehnen (betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs). Aus den Akten ergebe sich, dass das mit Krankenmeldung vom 13. März 2006 angegebene Einkommen von Fr. 9'000.-- im Monat (Grund- bzw. AHV-Lohn zuzüglich 13. Monatslohn von Fr. 9'000.-- im Jahr) nicht den tatsächlichen Begebenheiten entspreche. Aktenkundig sei, dass der effektive Lohn von Y. im Jahr 2005 noch Fr. 4'100.-- betragen habe. Auch sei belegt, dass noch am 16. Januar 2006 ein Dauerauftrag der Klägerin für die Überweisung eines (Netto)-Lohnes im Betrag von Fr. 5'910.85 zugunsten von Z. als Lohn von Y. bei der Credit Suisse in Auftrag gegeben worden sei. Eine entsprechende Zahlung sei dann mit Valuta 25. Januar 2006 erfolgt. Eine Lohn-Nachzahlung für Januar 2006 sei erst nach Schadenseintritt am 31. Januar 2006 erfolgt und der Dauerauftrag bei der Credit Suisse sei per 3. Februar 2006 geändert worden. Bei dieser Aktenlage müsse die Beklagte von einer unrichtigen Mitteilung einer leistungsrelevanten Tatsache durch die Anspruchsberechtigte, Y., zum Zwecke der Täuschung der Beklagten anlässlich der Schadenmel-

derung vom 13. März 2006 ausgehen. Die Anspruchsberechtigte habe daher gestützt auf Art. 40 VVG keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen. Falsch sei die Behauptung der Klägerin, wonach die Beklagte die angebliche Lohnerhöhung per 1. Januar 2006 „vorbehaltlos zur Kenntnis genommen“ haben solle und gestützt darauf ihrerseits (vor dem Schadenfall) „Prämie erhoben“ habe. Richtig sei vielmehr, dass die angebliche Lohnerhöhung per 1. Januar 2006 der Beklagten erst nach Schadeneintritt „mitgeteilt“ worden sei und dass die definitive Lohnabrechnung 2006 erst im Oktober 2006 aufgrund der gesamthaften Lohn-Angaben der Klägerin für ihr Personal erfolgt sei.

Des Weiteren hat die Beklagte die Anordnung einer Wirtschaftsprüfung bei der Klägerin anhand der gesamten Originalbuchhaltungsunterlagen ab Januar 2002 zum Zwecke der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse beantragt für den Fall, dass das Gericht den Sachverhalt aufgrund der vorliegenden Aktenlage nicht abschliessend im Sinne der obigen Ausführungen beurteilen könne. Auf die weiteren Vorbringen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

D. Mit Replik vom 12. September 2007 hielt die Klägerin an den Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung vom 3. April 2007 fest. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, Y. habe für das Kalenderjahr 2006 einen Monatslohn von brutto Fr. 9'000.-- bezogen, welcher 12 mal zur Auszahlung gelangt sei. Der Umstand, dass im Januar 2006 lediglich ein Bruttogehalt von Fr. 7'000.-- zur Auszahlung gelangt sei, sei auf einen Fehler in der Lohnbuchhaltung der Klägerin zurückzuführen. Es stehe im Belieben des Arbeitgebers, solche Missverständnisse durch Lohnnachzahlungen zu korrigieren. Die Beklagte verschweige in diesem Zusammenhang wissentlich, dass Y. bereits vom 1. Januar 2000 (recte wohl 2001) bis 31. Dezember 2002 einen Brutto-Lohn von Fr. 7'000.-- bezogen habe. Es sei nicht einzusehen, weshalb die Klägerin Y., welche nach und nach immer mehr Geschäftsführungsaufgaben ihres invalidisierten Ehemannes übernommen habe, ab dem 1. Januar 2006 nicht ein Brutto-Gehalt von Fr. 9'000.-- hätte bezahlen dürfen. Es handle sich hierbei um ein branchenübliches Gehalt für Mitarbeiter der Autobranche mit Geschäftsführungsfunktion.

Im Rahmen der üblichen Informationspflicht sei der Beklagten volle Einsicht in sämtliche Belege gewährt worden, welche für die Abklärung der Krankentaggeldleistung notwendig gewesen seien. Eine weitergehende Pflicht zur Edition von Buchhaltungsunterlagen bestehe seitens der Klägerin nicht. Ausserdem führte die Klägerin aus, dass auf der Krankenmeldung vom 13. März 2006 fälschlicherweise die Auszahlung eines 13. Monatsgehalts angegeben worden sei. Die Beklagte unternehme immer wieder den sachlich nicht gerechtfertigten Versuch, bereits geleistete Krankentaggeldzahlungen (an Z.) und sein IV-Verfahren mit dem vorliegenden, strittigen Sachverhalt in Verbindung zu bringen und zu vermischen. Diese Vorgehensweise entbehre jeglicher rechtlichen Grundlage. Die Beklagte habe im Übrigen der Klägerin am 20. Dezember 2006 – mithin nach Vorliegen sämtlicher Angaben und in Kenntnis aller relevanter

Umstände – eine definitive Prämienabrechnung zukommen lassen, welche die nun im Nachhinein unter dem Vorhalt einer betrügerischen Anspruchsbegründung bestrittene Lohnsumme von Y. beinhalte. Auch lasse sich weder den allgemeinen Vertragsbestimmungen noch dem VVG ein direktes Forderungsrecht resp. die Verpflichtung entnehmen, dass der Arbeitnehmer die entsprechenden Ansprüche direkt geltend zu machen habe. Zwischen Y. und der X. bestehe faktische und wirtschaftliche Identität und Y. habe ihre Ansprüche gegenüber der Beklagten an die X., somit an die Klägerin abgetreten. Auf die weiteren Vorbringen wird – soweit notwendig – in den Erwägungen eingegangen.

E. Mit Duplik vom 13. November 2007 hielt die Beklagte an ihren Ausführungen und Anträgen gemäss Klageantwort vom 6. Juni 2006 fest. Des Weiteren wurde festgehalten, eine Abtretung sei bis heute nicht schriftlich dokumentiert und der Beklagten auch nicht notifiziert worden. Der rückwirkend bestätigte bzw. angegebene Lohnbezug von Y. für das Jahr 2006 könne für die Fallbeurteilung nicht entscheidend sein. Es werde bestritten, dass die ursprüngliche Lohnangabe von Fr. 7'000.-- auf einen Fehler in der Buchhaltung zurückzuführen sei, wie die Klägerin behaupte.

F. Mit Schreiben vom 16. April 2008 reichte die Klägerin dem Gericht auf dessen Aufforderung hin eine Abtretungserklärung vom 28. Februar 2008 sowie Bestätigungen der Daueraufträge der Klägerin an die Credit Suisse vom 16. Januar bzw. vom 3. Februar 2006 ein.

G. Mit Verfügung vom 21. April 2008 überliess der instruierende Gerichtspräsident den Entscheid über den Beweisantrag der Beklagten auf „Anordnung einer Wirtschaftsprüfung bei der Klägerin anhand der Originalbuchhaltungsunterlagen ab Januar 2002 zum Zwecke der Klärung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse“ dem Gericht.

H. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung werden Y. und Z. als Auskunftspersonen befragt. Die Parteien halten im Wesentlichen an ihren Anträgen und Begründungen fest. Die Beklagte zieht jedoch ihren Einwand hinsichtlich der Aktivlegitimation der Klägerin zurück. Auf die weiteren anlässlich der Verhandlung gemachten Ausführungen wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Versicherungsverhältnisse zwischen Versicherten und privaten Versicherungsträgern, die – wie die Beklagte – die soziale Krankenversicherung nicht durchführen (vgl. Art. 12 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG] vom 18. März 1994), unterstehen dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 1. Juli 1908 und werden dem Privat-

recht zugeordnet. Es stellt sich deshalb die Frage, ob das Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, für die vorliegende Klage sachlich zuständig ist.

1.2 Art. 85 Abs. 1 und 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) vom 17. Dezember 2004 überlässt es den Kantonen, Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung den Sozialversicherungsgerichten zur Beurteilung zuzuweisen. In diesem Rechtsgebiet üben diese dann aber Zivilgerichtsbarkeit aus (THOMAS LOCHER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, Bern 2003, § 32 N 1; BGE 124 III 229 E. 2b). Der Kanton Basel-Landschaft hat von dieser Befugnis Gebrauch gemacht und das Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, in § 54 Abs. 1 lit. a (seit 1. August 2008 § 54 Abs. 1 lit. d) des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993 für sachlich zuständig erklärt. Das Kantonsgericht hat in einem neueren Urteil entschieden, dass unter diese Bestimmung auch die sachliche Zuständigkeit für Streitigkeiten aus kollektiven Krankentaggeldversicherungsverhältnissen zwischen Versicherten und privaten Versicherungsträgern, die die soziale Krankenversicherung nicht durchführen, falle (KGE SV vom 23. Mai 2008, 730 06 98, E. 1.2). Das Kantonsgericht ist demzufolge für die vorliegende Klage sachlich zuständig.

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (Gerichtsstandsgesetz, GestG) vom 24. März 2000. Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist eine Klage gegen eine juristische Person grundsätzlich an deren Sitz zu erheben. Art. 9 Abs. 1 GestG hält fest, dass – soweit das Gesetz nichts anderes vorsieht – die Parteien für einen bestehenden oder künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand frei vereinbaren können. Gemäss Art. C 9 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 07/2003, kann der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte Klage wahlweise am Hauptsitz der Versicherung in ... oder an seinem Wohnsitz erheben. Die Klägerin hat ihren Sitz in Füllinsdorf. Das Kantonsgericht ist folglich auch örtlich zur Behandlung der Streitigkeit zuständig.

Auf die Klage ist somit einzutreten.

2. Vorweg zu untersuchen ist, ob die Klägerin aktivlegitimiert ist.

B. hat mit der Klägerin unstreitig eine Kollektivkrankentaggeldversicherung abgeschlossen und darin die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der Klägerin, unter anderem Y., krankentaggeldversichert. Fraglich ist, ob die Versicherte ihren Anspruch auf Versicherungsleistungen und namentlich das daraus fliessende direkte Forderungsrecht gegen B. bzw. nun A. rechtsgültig an ihre Arbeitgeberin abtreten konnte beziehungsweise abgetreten hat und ob diese nunmehr klageweise den Leistungsanspruch geltend machen konnte.

2.2 Art. 87 VVG sieht vor, dass derjenigen Person aus der kollektiven Unfall- oder Krankenversicherung, zu deren Gunsten die Versicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zusteht. Dieses direkte, ausschliessliche Forderungsrecht bezweckt, die versicherte Person vor leistungsgefährdendem Verhalten des Versicherungsnehmers zu schützen; gleichzeitig will es verhindern, dass der Versicherungsnehmer die Versicherungsleistung missbräuchlich verwendet und so den Anspruch der versicherten Person gefährdet. Weiter soll dem Versicherten die Verfolgung seiner Ansprüche gegenüber dem Versicherer erleichtert werden (PETER STEIN, in: Honsell/Vogt/Schnyder, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG, Kommentar VVG], Basel 2001, N 2 zu Art. 87). Entgegen den Vorbringen der Beklagten kann dieser Anspruch, sobald der Schadensfall eingetreten und der Anspruch somit entstanden ist, von der versicherten Person an den Versicherungsnehmer und an einen anderen abgetreten werden (STEIN, a.a.O., N 16 Art. 87). Am direkten Forderungsrecht ändert der Umstand, dass die Versicherte bereits Lohnzahlungen erhalten hat, nichts, denn es bleibt festzuhalten, dass der Versicherer mit befreiender Wirkung nur an den Anspruchsberechtigten selbst, nicht aber an den Versicherungsnehmer zahlen kann (STEIN, a.a.O., N 23 zu Art. 87). Die Beklagte hat sich im Übrigen weder auf eine konkrete Vertragsbestimmung berufen noch eine solche dem Gericht eingereicht, wonach sie allfällige Lohnzahlungen des Arbeitgebers mit ihren Versicherungsleistungen verrechnen könnte. Damit bleibt zu prüfen, ob die Versicherte ihre Forderung rechtsgültig an die Klägerin abgetreten hat.

2.3 Der Beklagten ist insoweit beizupflichten, dass es sich bei einer Taggeldversicherung rechtsprechungsgemäss um eine Schadenversicherung handelt (GERHARD STOESEL, in: Kommentar VVG, N 33 Allgemeine Einleitung, S. 12 oben). Trotzdem richtet sich die Abtretung von Leistungen aus einer privaten Unfall- oder Krankenversicherung, selbst wenn sie im Einzelfall einen konkreten Schaden decken (Heilungskosten, Verdienstausschluss), nicht nach Art. 165 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR] vom 30. März 1911, sondern nach Art. 73 VVG (MORITZ KUHN, in: Kommentar VVG, N 20 zu Art. 73).

Die Abtretung des Taggeldanspruches bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form und der Übergabe der Police sowie der schriftlichen Anzeige an den Versicherer (Art. 73 Abs. 1 Satz 2 VVG).

Vorliegend liegt die schriftliche, von Y. unterzeichnete Abtretungserklärung vom 28. Februar 2008 vor. Gemäss Art. 11 Abs. 1 VVG steht dem Versicherungsnehmer und nicht der versicherten Person ein Recht auf die Police zu (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar VVG, N 10 zu Art. 11). Da die Klägerin als Versicherungsnehmerin bereits im Besitze der Versicherungspolice ist, erübrigt sich vorliegend die Übergabe der Police als Gültigkeitserfordernis für die rechtsgültige Zession (vgl. dazu auch KUHN, a.a.O., N 27 zu Art. 73). Der Beklagten wurde die erfolgte Zession mit Verfügung vom 21. April 2008 (vgl. Ziff. 4 der Verfügung) schriftlich

angezeigt. Die Auflage der Anzeige soll den Schuldner vor dem Risiko bewahren, dass er an den Zessionar leisten muss, obwohl er bereits ohne Wissen um die Zession an den bisherigen Gläubiger geleistet hat. Nachdem die Beklagte die umstrittene Leistung noch gar nicht erbracht hat, ist die erfolgte Anzeige ohne weiteres als hinreichend zu betrachten. Damit sind die Formvorschriften für die Abtretung erfüllt und der Klägerin kann die eingeklagte Forderung nicht wegen fehlender Aktivlegitimation abgesprochen werden.

2.4 Nichts zu ändern an diesem Ergebnis vermag das Unterzeichnen der schriftlichen Zession nach Klageeinleitung am 28. Februar 2008. Die Aktivlegitimation gehört zur Begründetheit des Klagebegehrens und stellt keine Prozessvoraussetzung dar (RICHARD FRANK/GEORG STRÄULI/HANS MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1997, N 65-66 zu § 27/28). Im Moment der Entscheidungsfindung ist die Aktivlegitimation vorliegend gestützt auf die Zession vom 28. Februar 2008 zu bejahen, weshalb sich die Unterzeichnung des Abtretungsvertrages erst nach Klageeinreichung nicht zu Ungunsten der Klägerin auswirkt.

3. Vorab ist auf folgende Verfahrensgrundsätze zu verweisen:

3.1 Gemäss Art. 85 Abs. 2 VAG haben die Kantone bei Verfahren, bei denen es um Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung geht, für ein einfaches und rasches Verfahren zu sorgen, bei dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt. Zudem wird in Art. 85 Abs. 3 VAG festgelegt, dass den Parteien mit Ausnahme von mutwilliger Prozessführung keine Verfahrenskosten auferlegt werden dürfen. Damit hat der Bundesgesetzgeber in die Prozesshoheit der Kantone im Bereich des Zivilprozessrechts eingegriffen, um die Anwendung der im Sozialversicherungsrecht geltenden, in Art. 61 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) vom 6. Oktober 2000 statuierten Verfahrensgrundsätze auch im Rahmen von solchen Verfahren sicherzustellen. Aus denselben Gründen, die für eine sachliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts in der vorliegenden Streitigkeit sprechen (vgl. E. 1.2), sind die in Art. 85 VAG angeordneten verfahrensrechtlichen Privilegierungen der Krankenzusatzversichererten nach KVG auch auf Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen von privaten Versicherungsträgern, die die soziale Krankenversicherung nicht durchführen, anwendbar.

3.2 Der vorliegende Prozess ist demzufolge vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 85 Abs. 2 VAG). Danach hat das Gericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder die Beweisanträge der Parteien für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt, er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesenen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten

wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweismittelwürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 E. 3b mit Hinweisen). Das Gericht hat alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten.

4. Vorliegend ist unbestritten, dass die Begünstigte am 30. Januar 2006 einen Schlaganfall erlitten hat und daraufhin während längerer Zeit zu mindestens 70% arbeitsunfähig war.

4.1 Die Begründung des Versicherungsanspruchs obliegt dem Anspruchsberechtigten (vgl. Marginale von Art. 39 VVG). Beweisrechtlich folgt dies aus der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB, wonach das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, wer aus ihr Rechte ableitet. Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt ist (MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 136). Während das Gericht im Sozialversicherungsrecht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen hat (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen), gründet die richterliche Überzeugung bei Streitigkeiten aus Zivilrecht wie im Zivilprozessverfahren üblich grundsätzlich auf dem vollen Beweis. Der besonderen Natur des Versicherungsvertrags Rechnung tragend, verlangen Lehre und Praxis in Versicherungsfällen, vorab wenn Beweisschwierigkeiten vorliegen, vom Anspruchsberechtigten nur einen abgeschwächten Beweis. Es genügt, wenn der geltend gemachte Sachverhalt nach der Lebenserfahrung einen hinreichend hohen Grad an Wahrscheinlichkeit erreicht (JÜRGE NEF, in: Kommentar VVG, N 21 zu Art. 39). Sind Tatsachen erstellt, die ernstliche Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung des Anspruchsberechtigten begründen, ist er verpflichtet, den vollen, strikten Beweis zu erbringen (NEF, a.a.O., N 23 zu Art. 39).

4.2 Die Anspruchsberechtigte hat bis Ende Dezember 2005 einen Nettolohn von Fr. 4'100.-- pro Monat bezogen. Am 25. Januar 2006 wurde ihr der Betrag von Fr. 5'910.85, was einem Bruttolohn von Fr. 7'000.-- entspricht, überwiesen. Veranlasst wurde die Überweisung durch einen Dauerauftrag vom 16. Januar 2006, welcher von Z. unterzeichnet worden war. In den Akten befindet sich auch eine Lohnmeldeliste für das Jahr 2006 zu Handen der Pensionskasse ..., wonach für Y. ein Bruttolohn von Fr. 91'000.-- (= 13 x Fr. 7'000.--) gemeldet wurde. Unterzeichnet wurde diese Meldung von O. In einer schriftlichen Erklärung vom 31. August 2006 gibt O. an, dass sie bei der Eingabe des Bruttolohnes fälschlicherweise Fr. 7'000.-- anstatt Fr. 9'000.-- angegeben habe. Des Weiteren befindet sich eine handschriftliche Quittung in den Akten, wonach Z. den Erhalt des Betrages von Fr. 1'826.45 als „Nachzahlung Lohn Januar 2006“ für Y. bestätigt. Die Quittung ist datiert vom 31. Januar 2006. Damit hat Y. im Januar 2006 einen Lohn von Fr. 9'000.-- brutto erhalten. Ausserdem existiert ein Dau-

erauftrag an die Credit Suisse vom 3. Februar 2006, mit dem eine Lohnüberweisung von Fr. 7'730.85 an Y. in Auftrag gegeben wurde, was einem Bruttolohn von Fr. 9'000.-- entspricht. Im Übrigen wurde auch ein Arbeitsvertrag zwischen der X. und Y. eingereicht, wonach diese einen Bruttolohn von Fr. 9'000.-- pro Monat erhält. Dieser Vertrag ist datiert vom 15. Dezember 2005. Z. bestätigt heute, dass dieser schriftliche Vertrag ausgefertigt wurde, „weil es verlangt worden sei“. Es sei damals zuerst ein mündlicher Vertrag abgeschlossen worden.

4.3 Aus diesen Angaben ergibt sich ohne weiteres, dass eine Lohnerhöhung auf den 1. Januar 2006 vorgesehen war. Fraglich ist, ob der neue Lohn Fr. 7'000.-- (wie von der Beklagten geltend gemacht wird) oder Fr. 9'000.-- brutto (wie die Klägerin ausführt) betragen sollte. Unzweifelhaft wurde vor dem Schlaganfall vom 30. Januar 2006 der Anspruchsberechtigten ein Nettolohn von Fr. 5'910.85, entsprechend einem Bruttolohn von Fr. 7'000.--, überwiesen. Auch der Pensionskasse wurde mit Schreiben vom 16. Januar 2006 ein neuer Jahreslohn von Fr. 91'000.-- (= 13 x Fr. 7'000.--) mitgeteilt. Alle anderen Angaben, die einen Monatslohn von Fr. 9'000.-- belegen sollen, sind erst nach dem Ereignis vom 30. Januar 2006 datiert.

Damit sind ernstliche Zweifel daran begründet, dass die Anspruchsberechtigte tatsächlich einen Monatslohn von Fr. 9'000.-- brutto ab Januar 2006 erhalten sollte. Demzufolge muss dafür der volle, strikte Beweis durch die Anspruchsberechtigte verlangt werden (vgl. oben E. 4.1). Dieser kann aber nicht als erbracht gelten, insbesondere auch deshalb, weil der schriftliche Arbeitsvertrag gemäss Z. erst aufgesetzt worden sei, als dies von der Versicherung verlangt worden sei. Auch ein mündlich abgeschlossener Arbeitsvertrag wurde nicht nachgewiesen. Hingegen ist der Beweis dafür, dass die Anspruchsberechtigte Fr. 7'000.-- brutto pro Monat erhalten sollte, erbracht. Einerseits wurde der Anspruchsberechtigten im Januar 2006 tatsächlich ein Lohn von Fr. 5'910.85 (= Fr. 7'000.-- brutto) gemäss dem Dauerauftrag an die Crédit Suisse vom 16. Januar 2006 überwiesen und andererseits wurde der Pensionskasse ebenfalls mit Schreiben vom 16. Januar 2006 ein Jahreslohn der Anspruchsberechtigten von Fr. 91'000.-- (= 13 x Fr. 7'000.--) gemeldet.

Damit ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Anspruchsberechtigte einen Lohn von Fr. 7'000.-- brutto pro Monat (x 13) erhalten sollte.

5. Die Beklagte erhebt den Vorwurf, dass die Klägerin den Versicherungsanspruch im Sinne von Art. 40 VVG betrügerisch begründet habe bzw. zum Zwecke der Täuschung unrichtige Angaben gemacht habe, weshalb sie keine Leistungen zu erbringen habe. Konkret wird der Klägerin bzw. der Begünstigten dabei vorgeworfen, einen zu hohen Lohn (nämlich einen Monatslohn von Fr. 9'000.-- anstatt Fr. 7'000.-- brutto) für die Anspruchsberechtigte angegeben zu haben.

5.1 Wenn dem Versicherer die Schilderung des Anspruchstellers, womit dieser Versicherungsleistungen geltend macht, unglaubwürdig erscheint, kann er den Gegenbeweis antreten. Hat er damit Erfolg, entfallen die Ansprüche aus dem behaupteten Schadenereignis. Wegen der Schwere des Vorwurfs und der Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen höher, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art. 40 VVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht. Da es dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den (Haupt)-Beweis leisten. Freilich sollte er auch hier von einer Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises profitieren können; dies gilt insbesondere für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist (NEF, a.a.O., N 57 zu Art. 40).

5.2 Aufgrund der vorliegenden Fakten (vgl. oben E. 4.2) erscheint es tatsächlich möglich, dass – wie die Beklagte vermutet – absichtlich ein zu hoher Lohn angegeben wurde. Allerdings ist das Gericht der Auffassung, dass die hohen Beweisanforderungen, welche bei der Geltendmachung einer betrügerischen Anspruchsbegründung bestehen, nicht erfüllt sind. Es liegen nämlich auch starke Indizien vor, dass die Klägerin mit der Begünstigten im Dezember 2005 tatsächlich einen Lohn von Fr. 9'000.-- brutto ab Januar 2006 vereinbart hat. So wurde von der Klägerin durchaus glaubhaft dargelegt, dass die Anspruchsberechtigte den Ehemann im Betrieb ersetzen sollte und so immer mehr Verantwortung übernehmen musste und wollte. Dabei fällt auf, dass die Anspruchsberechtigte bereits in den Jahren 2001 und 2002 Fr. 7'000.-- pro Monat verdient hat, als sie aber keinerlei Geschäftsführungsaufgaben zu verrichten hatte. Demzufolge wäre es nicht abwegig, ihr nun ein höheres Einkommen auszurichten als in den Jahren 2001/2002. Jedenfalls kann eine betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG nicht als nachgewiesen erachtet werden.

5.3 Die Beklagte beantragte die Anordnung einer Wirtschaftsprüfung bei der Klägerin anhand der gesamten Originalbuchhaltungsunterlagen ab Januar 2002 zum Zwecke der Klärung der tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse. Aufgrund der offenkundig widersprüchlichen Angaben bezüglich der Höhe des Lohnes der Begünstigten sowie zur Klärung des mutmasslichen Erwerbsausfalls erscheine die Einsichtnahme in diese Unterlagen als notwendig.

Gemäss A 11 Ziff. 1 der AVB gilt der letzte vor Krankheitsbeginn im versicherten Betrieb bezogene AHV-Lohn als Grundlage für die Bemessung der Taggelder. Entscheidend ist somit, ob sich aus den vorliegenden Unterlagen ein solcher AHV-Lohn genügend klar bestimmen lässt. Gemäss den obigen Ausführungen ist von einem relevanten AHV-Lohn von monatlich Fr. 7'000.-- (x 13) auszugehen. Dieser Lohn ist gemäss A 11 Ziff. 1 der AVB für die Bemessung der Taggelder massgebend. Es ist nicht davon auszugehen, dass weitere Buchhaltungsunterlagen vorliegen, die an diesem Ergebnis etwas zu ändern vermögen. Der Beweisantrag ist demnach abzuweisen.

6. Unbestrittenermassen kann davon ausgegangen werden, dass die Anspruchsberechtigte vom 30. Januar 2006 bis mindestens 10. April 2006 zu 100% arbeitsunfähig war. Unklar ist der Grad der Arbeitsunfähigkeit ab diesem Zeitpunkt.

6.1 Im Austrittsbericht der Reha ... vom 11. April 2006 wird eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis 30. April 2006 angegeben. Auf der Kranken- und Unfallkarte wird die Anspruchsberechtigte von Dr. med. E. ab 30. Januar bis zum 10. April 2006 zu 100% und ab 11. April 2006 bis letztmals am 15. Mai 2007 zu 70% arbeitsunfähig geschrieben. Gemäss Angaben der Anspruchsberechtigten hat sie nach Austritt aus der Reha ... wieder angefangen in der Firma zu arbeiten. Dies allerdings nur in einem bescheidenen Umfang von ca. 1 Std. pro Tag. Deshalb habe Dr. E. nur noch eine 70%ige Arbeitsunfähigkeit ab 11. April 2006 angegeben. Im neurologischen Fachgutachten des Universitätsspitals Basel vom 12. März 2008 wird eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit sowohl im angestammten Beruf als OP-Schwester als auch in der Stellung als Geschäftsführerin im Familienbetrieb festgehalten. Andere Tätigkeiten seien der Explorandin prinzipiell zumutbar. Dabei wäre eine Arbeitsfähigkeit für leichte Aufgabenstellungen zu 50% gegeben.

6.2 Gestützt auf diese Angaben und in Anbetracht der Tatsache, dass die Anspruchsberechtigte ab 11. April 2006 in einem kleinen Umfang ihre Arbeitstätigkeit wieder aufgenommen hat, erscheint die Annahme einer 70%igen Arbeitsunfähigkeit – wie sie Dr. E. festgehalten hat – gerechtfertigt.

Insgesamt ergibt sich damit, dass die Anspruchsberechtigte vom 30. Januar 2006 bis 10. April 2006 zu 100% und ab 11. April 2006 zu 70% arbeitsunfähig war.

6.3 Damit hat die Klägerin Anspruch auf 41 Taggelder zu 100% (71 Tage abzüglich 30 Tage Wartefrist gemäss Police) und 265 Taggelder zu 70% (11. April 2006 - 31. Dezember 2006). Die Höhe des Taggeldes beträgt bei 100% Arbeitsunfähigkeit Fr. 199.45 (80% von Fr. 91'000.-- dividiert mit 365), bei 70% Arbeitsunfähigkeit Fr. 139.60. Insgesamt hat die Beklagte der Klägerin somit einen Betrag von Fr. 45'171.45 zu bezahlen.

6.4 Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR sind auf diesen Betrag grundsätzlich auch Verzugszinsen zu 5 % geschuldet (vgl. NEF, a.a.O., N 22 zu Art. 41). Der Versicherer gerät nach Art. 102 OR erst mit der Mahnung in Verzug (vgl. ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 389). Geldforderungen sind in der Mahnung zu beziffern (Urteil des Bundesgerichts vom 16. Mai 2003 [4C22/2003] E. 3.3.3). Vorliegend hat die Klägerin die Betreuung eingeleitet und der Beklagten wurde am 14. November 2006 ein Zahlungsbefehl über den Betrag von Fr. 38'680.40 zugestellt. Die Beklagte wurde damit im Umfang dieses Betrages in Verzug gesetzt. Am 3. April 2007 wurde die Klage mit dem Rechtsbegehren, die Beklagte sei zur Zahlung von mindestens Fr. 72'000.-- zu verurteilen, eingereicht und damit die Beklagte für den Restbetrag in Verzug gesetzt. Demzufolge schuldet die

Beklagte auf den Betrag von Fr. 38'680.40 einen Zins zu 5% ab 15. November 2006 bis 3. April 2007 und ab 4. April 2007 einen Zins zu 5% auf den Betrag von Fr. 45'171.45.

7. Nach dem Gesagten ist die Klage teilweise gutzuheissen und die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin den Betrag von Fr. 45'171.45 zuzüglich Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 38'680.40 seit 15. November 2006 bis 3. April 2007 und Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 45'171.45 ab 4. April 2007 zu bezahlen.

8. Gemäss Art. 85 Abs. 3 VAG werden keine Verfahrenskosten erhoben. Nach § 21 VPO kann der ganz oder teilweise obsiegenden Partei für den Beizug eines Anwalts bzw. einer Anwältin eine angemessene Parteientschädigung zulasten der Gegenpartei zugesprochen werden. Nach dem Gesagten ist die Klägerin mit ihrem Begehren nur teilweise durchgedrungen, weshalb eine Kürzung der eingereichten Honorarnote zuzüglich Aufwand für die Vorbereitung und Durchführung der Hauptverhandlung um 3/5 angemessen ist. Entsprechend der eingereichten Honorar- und Spesennote des Rechtsvertreters der Klägerin vom 9. Mai 2008 und unter Berücksichtigung des Aufwandes für die heutige Parteiverhandlung wird der Klägerin somit eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 4'298.15 (inkl. Auslagen und 7,6 % MWST) zu Lasten der A. zugesprochen.

9. Die vorliegende vermögensrechtliche Streitigkeit ist dem Zivilrecht zuzuordnen. Ob ein Rechtsmittel an das Bundesgericht ergriffen werden kann, hängt demzufolge davon ab, ob die Streitwertgrenze gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) vom 17. Juni 2005 erreicht ist. Die angeführte Rechtsmittelbelehrung erfolgt unter diesem Vorbehalt.

Demgemäss wird **erkannt**:

- ://:
1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und A. verurteilt, der X. den Betrag von Fr. 45'171.45 zuzüglich Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 38'680.40 seit 15. November 2006 bis 3. April 2007 und Zins zu 5 % auf den Betrag von Fr. 45'171.45 ab 4. April 2007 zu bezahlen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. A. hat der Klägerin eine reduzierte Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 4'298.15 (inkl. Auslagen und 7.6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Mitteilung an Parteien
Bundesamt für Privatversicherungen

Präsident

A. B. _____



Gerichtsschreiber

Rechtsmittelbelehrung:

Der Streitwert gemäss Art. 74 BGG ist erreicht. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 eingereicht werden. Diese Frist kann nicht verlängert werden (Art. 47 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Sie ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Urkunden, auf die sich die Beschwerde führende Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat. Ebenfalls beizulegen ist der angefochtene Entscheid (Art. 42 Abs. 3 BGG).