

## **KK.2010.00011**

Sozialversicherungsgericht  
des Kantons Zürich  
I. Kammer  
Sozialversicherungsrichterin Grünig, Vorsitzende

Sozialversicherungsrichter Spitz

Sozialversicherungsrichterin Maurer Reiter

Gerichtsschreiberin Hartmann  
**Urteil vom 21. Dezember 2012**

in Sachen  
X.\_\_\_\_

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Daniel Richter  
Rechtsanwälte Pugatsch  
Beethovenstrasse 11, Postfach, 8027 Zürich

gegen

Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft  
Bleicherweg 19, 8002 Zürich  
Beklagte

Zustelladresse: Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft  
PRD Rechtsdienst  
Hohlstrasse 552/556, Postfach, 8048 Zürich

### **Sachverhalt:**

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1950, war ab dem 1. Oktober 2003 für die Y.\_\_\_\_ (heute: Z.\_\_\_\_) als Manager in der Abteilung A.\_\_\_\_ tätig (Urk. 2/24). Ab Januar 2006 leitete er als Geschäftsführer deren Tochtergesellschaft, die L.\_\_\_\_. Diese wurde Anfang Juli 2006 von der C.\_\_\_\_ gekauft (Urk. 2/3, Urk. 20/4.3-4) und in D.\_\_\_\_ umbenannt. X.\_\_\_\_ war weiterhin als Geschäftsführer für diese Gesellschaft tätig. Ab Mitte Juli 2006 war er zudem ihr alleiniger Verwaltungsrat. Ab Anfang September 2006 wurde die Firma in E.\_\_\_\_ geändert. Seit Mitte Januar 2010 befindet sie sich in Liquidation (Urk. 1 S. 4 f.; Urk. 7/4/4.3 S. 1; Urk. 7/4/7.3 S. 2 ff.; vgl. auch Intern-HR-Auszug vom 10. Dezember 2012 Firmen-Nr. F.\_\_\_\_; einsehbar unter [www.zefix.ch](http://www.zefix.ch), als Urk. 52 zu den Akten genommen).

1.2 Aufgrund des Arbeitsverhältnisses mit der E.\_\_\_\_ war X.\_\_\_\_ bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft (nachfolgend: Allianz) für die Folgen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit im Rahmen einer kollektiven Krankentaggeldversicherung nach den Allgemeinen Bedingungen (AB; Urk. 7/1/1.2) und Zusatzbedingungen (ZB; Urk. 7/1/1.3) für Kollektiv-Krankenversicherung, je Ausgabe 2005, und gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) taggeldversichert. Der Versicherungsschutz beinhaltete ein Taggeld von 80 % des versicherten Lohnes während 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen bei einem maximal versicherten Lohn pro Person und Jahr von Fr. 200'000.-- (Urk. 7/1/1.1).

1.3 Mit Formular vom 30. Juli 2008 meldete die E.\_\_\_\_ der Alliance, dass X.\_\_\_\_ die Arbeit krankheitshalber seit dem 12. Juni 2008 vollumfänglich niedergelegt habe (Urk. 7/0/1.1). Die Alliance leistete nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen ab dem 12. Juli 2008 Taggelder ausgehend von einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit, und zwar vorerst in der Höhe von Fr. 438.36 pro Tag respektive 80 % des maximal versicherten Bruttojahreseinkommens von Fr. 200'000.-- (Urk. 6 S. 5, Urk. 7/5/2-4; Art. 5 Ziff. 1 ZB).

Mit Schreiben vom 19. November und 19. Dezember 2008 wurde der Alliance von Seiten der E.\_\_\_\_ mitgeteilt, dass der vertragliche Lohnanspruch von X.\_\_\_\_ brutto Fr. 10'833.35 pro Monat respektive Fr. 130'000.-- pro Jahr betrage und dieser sich in seiner Stellung als Geschäftsführer und alleiniger Verwaltungsrat unberechtigterweise aufgrund zweier Lohnerhöhungen ab Juli 2007 und ab Januar 2008 zu hohe Löhne von bis zu Fr. 17'600.-- brutto monatlich habe überweisen lassen (Urk. 7/1/16.1). Die Alliance sistierte daraufhin die Taggeldleistungen (Urk. 7/1/22.1 S. 2). Nach Abklärungen zum erwerblichen Sachverhalt (Urk. 7/1/23, Urk. 7/1/29-32) korrigierte sie das Taggeld rückwirkend ab 12. Juli 2008 unter Verrechnung bereits erbrachter Leistungen auf Fr. 284.93 pro Tag respektive auf 80 % eines Bruttojahreseinkommens von Fr. 130'000.-- (Taggeldabrechnung vom 27. März 2009, Urk. 7/5/5). In dieser Höhe leistete sie das Taggeld für 700 Tage vom 12. Juli 2008 bis am 11. Juni 2010 (Urk. 7/5/5-

19).

1.4 Anlässlich der Generalversammlung vom 16. Juni 2008 war X.\_\_\_\_ inzwischen als Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_ abgewählt worden (Urk. 7/3/8.2, Urk. 7/3/13.6.8 S. 1, Urk. 52 S. 2). Mit Schreiben vom 16. Juni 2008 hatte ihm die E.\_\_\_\_ zudem per Ende Oktober 2008 die Kündigung seines Arbeitsverhältnisses ausgesprochen (Urk. 7/3/13.6.5). Nachdem der Rechtsvertreter von X.\_\_\_\_ die E.\_\_\_\_ auf rechtliche Mängel der Kündigung hingewiesen hatte (Schreiben von Rechtsanwalt R. Guzzi vom 10. Juli 2008, Urk. 7/3/13.6.7), kündigte sie das Arbeitsverhältnis mit Schreiben vom 15. Dezember 2008 per Ende April 2009 (Urk. 7/3/13.16). Anfang Juli 2009 machte X.\_\_\_\_ den Streit betreffend die Höhe seines Lohnanspruchs am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ rechtshängig und erhob Klage gegen die E.\_\_\_\_ (Prozess Nr. CG090041; Urk. 18/2). Die E.\_\_\_\_ erhob Widerklage (Urk. 18/13 S. 2). Die Allianz nahm an diesem Verfahren auf Antrag der E.\_\_\_\_ hin (Urk. 18/43 S. 2) als Nebenintervenientin teil (Urk. 18/47, Urk. 18/55).

2. Mit Eingabe vom 11. Oktober 2010 hatte X.\_\_\_\_ Klage gegen die Allianz am hiesigen Gericht eingereicht. Er beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm das versicherte Krankentaggeld ab vertraglicher Fälligkeit auf der Basis eines Bruttomonatslohns von Fr. 17'600.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 12. Juli 2008 zu bezahlen und es sei festzustellen, dass die von der Beklagten am 27. März 2009 vorgenommene Verrechnung im Betrag von Fr. 49'098.-- zu Unrecht erfolgt sei. In prozessualer Hinsicht beantragte er, es seien die Gerichtsakten des arbeitsrechtlichen Prozesses am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ Nr. CG090041 für das vorliegende Verfahren beizuziehen und es sei der E.\_\_\_\_ in Liquidation nach Massgabe von § 14 GSVGer der Streit zu verkünden (Urk. 1 S. 2). Die Beklagte stellte in der Klageantwort vom 20. Mai 2010 den Antrag, das vorliegende Klageverfahren sei bis zum Entscheid über die arbeitsrechtliche Streitigkeit des am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ hängigen Prozesses (Geschäft Nr. CG090041) zu sistieren; eventualiter sei die Klage abzuweisen (Urk. 6 S. 2). Der Kläger stellte mit Eingabe vom 15. Juni 2010 den Antrag auf Abweisung des Sistierungsbegehrens (Urk. 10). Mit Verfügung vom 12. August 2010 wurde der Prozess bis zur rechtskräftigen Erledigung des am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ hängigen Verfahrens Nr. CG090041 betreffend Forderung aus Arbeitsrecht sistiert (Urk. 11 S. 4). Am 14. Dezember 2010 wurde der Prozess Nr. CG090041 am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ als durch Vergleich erledigt abgeschlossen. Der Kläger und die E.\_\_\_\_ hatten sich darin auf den Rückzug ihrer Klage respektive Widerklage und auf die Ausstellung eines Arbeitszeugnisses für den Kläger geeinigt. Sie erklärten sich zudem per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche als dadurch auseinandergesetzt (Urk. 14 S. 4 f.). Mit Verfügung vom 1. März 2011 wurde die Sistierung im vorliegenden Verfahren aufgehoben. Ausserdem wurden die Akten des Prozesses Nr. CG090041 des Bezirksgerichts G.\_\_\_\_ eingeholt (Urk. 16 S. 2), welche als Urk. 18/0-84 und Urk. 20/1-4 zu den Akten genommen wurden. Der Kläger nahm dazu mit Eingabe vom 21. Juni 2011 Stellung (Urk. 24). Die Beklagte äusserte sich zu den beigezogenen Akten mit Eingabe vom 12. Juli 2011 und stellte den prozessualen Antrag, es sei beim Bezirksgericht G.\_\_\_\_ die Ausfertigung des Protokolls der im arbeitsrechtlichen Verfahren Nr. CG090041 erfolgten Einvernahme von O.\_\_\_\_ vom 21. September 2010 und der persönlichen Befragung des Klägers vom 21. September 2010 zu veranlassen und es sei dieses beizuziehen (Urk. 27). Mit Eingabe vom 15. August 2011 (Urk. 29) reichte die Beklagte das besagte Protokoll des Bezirksgerichts G.\_\_\_\_ ein (Urk. 30). Im weiteren Schriftwechsel hielten die Parteien an ihren Begehren - soweit sie nicht bereits erledigt worden waren - fest (Replik vom 15. August 2011, Urk. 39 S. 1; Duplik vom 20. Juni 2012, Urk. 44 S. 2; Triplik vom 31. August 2012, Urk. 47 S. 1; Quadruplik vom 20. September 2012, Urk. 50 S. 2). Auf die Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

## **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem VVG. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen, wie die vorliegende Klage, sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1). Im Kanton Zürich ist das Sozialversicherungsgericht zuständig für die Behandlung der Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (§ 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer, in der bis Ende Juni 2010 gültig gewesenen Fassung; seit 1. Juli 2010: § 2 Abs. 2 lit. b GSVGer). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der hängigen Klage ist unstrittig gegeben.

1.2 Das Verfahren richtet sich aufgrund der Rechtshängigkeit der Klage am 8. April 2010 (Eingangsdatum, Urk. 1) nach den Bestimmungen des GSVGer (vgl. Art. 404 Abs. 1 der seit 1. Januar 2011 gültigen Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO [SR 272]), wobei das (bis Ende 2010 gültig gewesene) kantonale Gesetz über den Zivilprozess (ZPO ZH) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer). Unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze gemäss den bis Ende 2010 gültig gewesenen Art. 85 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) ist das Verfahren grundsätzlich kostenlos, der rechtserhebliche Sachverhalt ist von Amtes wegen festzustellen und die Beweise sind nach freiem Ermessen (BGE 112 II 179) zu würdigen. Der Untersuchungsgrundsatz, wonach das Gericht alle rechtserheblichen Sachverhaltselemente zu berücksichtigen hat, die sich im Verlaufe des Verfahrens ergeben, auch wenn die Parteien diese nicht angeführt haben, gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in

den Mitwirkungspflichten der Parteien. Er entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 231 E. 4a). Ebenso schliesst er die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1).

1.3 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

Die Frage der Beweislastverteilung stellt sich nur, sofern eine entscheidungswesentliche Tatsachenbehauptung überhaupt offen geblieben ist. In einem solchen Fall regelt Art. 8 ZGB die Folgen der Beweislosigkeit, sofern nicht andere Regeln zum Tragen kommen. Die Beweislastverteilung wird indes gegenstandslos, wenn das Gericht aufgrund eines Beweisverfahrens zum Ergebnis gelangt, eine bestimmte Behauptung sei bewiesen oder widerlegt (Urteil des Bundesgerichts 5C.131/2005 vom 19. August 2005 E. 2.1 mit Hinweisen).

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

Ist hinsichtlich der Tragweite einer Klausel der vorformulierten allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht festgestellt, richtet sich die Auslegung nach den Grundsätzen der normativen Vertragsauslegung. Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen (BGE 135 III 225 E. 1.3 mit Hinweis); es ist demnach zu eruieren, wie der Versicherungsnehmer die AVB nach Treu und Glauben verstehen durfte (BGE 133 III 675 E. 3.3). Dabei hat der Richter vom Wortlaut auszugehen und die Klauseln im Zusammenhang so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten; er hat dabei auch zu berücksichtigen, was sachgerecht ist (BGE 133 III 607 E. 2.2). Von der global erklärten Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen sind indessen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist, da davon auszugehen ist, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen, nicht zustimmt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 135 III 225 E. 1.3 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_291/2009 vom 28. Juli 2009 E. 2.1). Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses, bezogen auf den Einzelfall. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4A\_84/2009 vom 16. Juni 2009 E. 2.1). Wo sich die Bedeutung einer Vertragsklausel im Gesamtzusammenhang ohne Weiteres erschliesst, bleibt für die Anwendung der Unklarheitenregel von vornherein kein Raum (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 mit Hinweisen).

Bei der Auslegung von vorformulierten Vertragsbestimmungen orientiert sich das Gericht am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss (Urteil des Bundesgerichts 5C.21/2007 vom 20. April 2007 E. 3.1). Bei juristischen Fachausdrücken oder Begriffen, die in der Rechtssprache eine festumrissene Bedeutung haben, gilt vermutungsweise der fachtechnische Sinn (Stoessel, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, Vorbemerkungen zu Art. 1-3 Rz 24). Bei der Interpretation breit angelegter Vertragsbestimmungen muss der systematischen Auslegung zudem erhebliches Gewicht beigemessen werden (BGE 122 III 122 E. 2b; vgl. auch Stoessel, a.a.O., S. 25 ff. Rz 23 ff.).

2. Der Kläger und die E.\_\_\_\_ haben sich mit Vergleich im arbeitsrechtlichen Verfahren am Bezirksgericht G.\_\_\_\_, an dem auch die Beklagte als Nebenintervenientin teilgenommen hat, per Saldo aller gegenseitigen Ansprüche als auseinandergesetzt erklärt (Verfügung des Bezirksgerichts G.\_\_\_\_ vom 14. Dezember 2010, rechtskräftig geworden am 18. Januar 2011, Urk. 20/1.1 S. 5 f.). Die E.\_\_\_\_ hatte in jenem Verfahren hinlänglich Gelegenheit, ihre Interessen in Bezug auf die hier lediglich als Vorfrage zu prüfende Frage des Lohnanspruchs des Klägers auch im Hinblick auf ihr Rechtsverhältnis zur vorliegend Beklagten zu vertreten. Eine Beiladung der E.\_\_\_\_ im Sinne von Art. 14 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) zum vorliegenden Verfahren, wie sie der Kläger sinngemäss beantragt hat (Urk. 1 S. 2, Urk. 39 S. 3), ist nicht erforderlich.

3.

3.1 Es ist zwischen den Parteien in diesem Verfahren zu Recht unstrittig, dass der Kläger als Angestellter der E.\_\_\_\_ aufgrund des kollektiven Krankentaggeldversicherungsvertrages zwischen der E.\_\_\_\_ und der Beklagten (gültig ab 1. Oktober 2006; Urk. 7/1/1.1, Urk. 7/1/1.7) Anspruch auf eine Taggelderleistung

während 700 Tagen vom 12. Juli 2008 bis 11. Juni 2010 gegenüber der Beklagten hat (zum selbständigen Forderungsrecht des Klägers als Begünstigter vgl. Art. 87 VVG); dies zufolge seiner 100%igen Arbeitsunfähigkeit ab dem 12. Juni 2008 (vgl. Gutachten von Dr. med. H.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 31. März 2009, Urk. 7/2/9 S. 17; Berichte von Dr. med. I.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 29. August 2008, Urk. 7/2/4 S. 3, und vom 29. Juni 2009, Urk. 7/2/10).

3.2 Die Beklagte hat dem Kläger bisher unstrittig auf der Basis eines Bruttojahreslohnes von Fr. 130'000.-- (respektive Fr. 10'833.35 pro Monat) Taggelder von insgesamt Fr. 199'456.-- ausgerichtet (700 Tage x Fr. 284.93 zuzüglich monatliche Rundungsdifferenzen, Urk. 7/5/5-19; Urk. 29 S. 4, Urk. 44 S. 3). Die Beklagte macht nunmehr dazu geltend, korrekterweise sei anstelle des bereits ausgerichteten Betrages von Fr. 199'456.-- insgesamt lediglich eine Taggeldleistung von Fr. 192'653.-- (Fr. 10'464.-- x 12 Monate, x 0,8, : 365 Tage, x 700 Tage) geschuldet. Sie behalte sich daher die Rückforderung des zu viel ausgerichteten Betrages von Fr. 6'803.-- vor (Urk. 29 S. 4, Urk. 44 S. 3).

Die Differenz zum Anspruch, wie ihn der Kläger darüber hinaus auf der Basis eines Bruttomonatslohnes von Fr. 17'600.-- geltend macht (Urk. 1 S. 2), beträgt Fr. 131'379.90 ([Fr. 17'600.-- x 12 Monate, x 0,8, : 365 Tage, x 700 Tage] - Fr. 192'653.--) respektive ausgehend vom vertragsgemäss unstrittig maximal versicherten Lohn pro Person und Jahr von Fr. 200'000.-- (Urk. 7/1/1.1 S. 2) Fr. 114'196.30 ([Fr. 200'000.--, x 0,8, : 365 Tage, x 700 Tage] - Fr. 192'653.--). Der Streitwert übersteigt somit in jedem Fall den Betrag von Fr. 20'000.--, weshalb die Beurteilung der Klage nicht in die einzelrichterliche Zuständigkeit fällt (§ 11 Abs. 1 GSVGer).

3.3

3.3.1 Streitgegenstand zwischen den Parteien in diesem Verfahren ist allein die Höhe des Krankentaggeldes, welches die Beklagte dem Kläger unstrittig für dessen ab dem 12. Juni 2008 krankheitsbedingt eingetretene 100%ige Arbeitsunfähigkeit schuldet.

3.3.2 Der Kläger bringt im Wesentlichen dazu vor, er habe ab Juli 2007 einen Monatslohn von Fr. 11'727.80 brutto und ab Januar 2008 einen solchen von Fr. 17'600.-- brutto erzielt. Gemäss Art. 5 Ziff. 1 ZB richte sich das Taggeld nach dem effektiven Erwerbsausfall. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gelte der letzte vor Krankheitsbeginn bezogene AHV-Lohn, der vorliegend Fr. 17'600.-- betrage, wovon die Beklagte zu Beginn der Taggeldleistungen zu Recht ausgegangen sei. Dieser Lohn sei am 14. Februar 2008 rückwirkend auf den 1. Januar 2008 festgesetzt und in dieser Höhe bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausbezahlt worden. Zudem sei er mit der Revisionsstelle J.\_\_\_\_ besprochen sowie der Muttergesellschaft der E.\_\_\_\_ und Alleinaktionärin, der C.\_\_\_\_, telefonisch mitgeteilt worden. Im arbeitsrechtlichen Verfahren habe er ausserdem geltend gemacht, dass er nach den Statuten der E.\_\_\_\_ als Verwaltungsrat dazu ermächtigt gewesen sei, den Lohn der Geschäftsführung zu bestimmen. Auch sei der neue Lohn sowohl der Vorsorgeeinrichtung des klägerischen Betriebes, der K.\_\_\_\_, und, was hier massgeblich sei, der Beklagten gemeldet worden (Urk. 1 S. 6 ff.). Zu dieser Mitteilung sei er als Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat in Vertretung der E.\_\_\_\_ befugt und zuständig gewesen, worauf sich die Beklagte habe verlassen dürfen und müssen, zumal auf die gemeldeten Löhne auch die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge abgeliefert worden seien und in Art. 15 Ziff. 1 ZB nichts über die Herkunft der Lohnangaben für die Taggeldberechnung statuiert werde. Diese Vertragsklausel sei zu seinen Gunsten auszulegen. Es sei nicht Sache der Beklagten, die internen Abläufe der Arbeitgebergesellschaft in Frage zu stellen und daraus Schlüsse auf ihre Leistungspflicht zu ziehen, solange die dazu entsprechenden Prämien bezahlt würden. Die gesellschaftsrechtlichen Einwände der Beklagten seien im vorliegenden VVG-Verfahren nur von marginaler Bedeutung. Im arbeitsrechtlichen Prozess am Bezirksgericht sei denn auch keine Anerkennung der je gegnerischen Position erfolgt und auch kein Sachurteil über die Höhe des Lohnes gefällt worden. Die dort gemachten Aussagen seien daher nur beschränkt verwertbar. Insbesondere seien jene von O.\_\_\_\_ aufgrund seiner Nähe zur Muttergesellschaft und Alleinaktionärin sowie dem persönlichen Zerwürfnis mit ihm, dem Kläger, mit grösster Vorsicht zu bewerten. Die von der Beklagten als Voraussetzung für eine gültige Lohnerhöhung behauptete Schriftlichkeit und die Behauptung, die Muttergesellschaft hätte aufgrund der finanziellen Schräglage der E.\_\_\_\_ einer Lohnerhöhung nie zugestimmt, sei als reine Vermutung unbewiesen und, da im Nachhinein vorgebracht, nicht zu hören (Urk. 24 S. 3 ff., Urk. 39 S. 3 ff.). Die Beklagte trage die Beweislast für die von ihr gegen die Lohnerhöhung vorgebrachten Behauptungen (Urk. 47 S. 3).

3.3.3 Die Beklagte wendet dagegen ein, es werde von ihr der vom Arbeitgeber gemäss dem Arbeitsvertrag vereinbarte beziehungsweise zu bezahlende Lohn versichert. Es sei Sache des Arbeitgebers den rechtens geschuldeten Lohn anzugeben, der auch für die definitive Prämienrechnung des Vorjahres massgebend sei. Art. 5 Ziff. 1 ZB könne nur dahingehend verstanden werden, dass der rechtmässig vor Krankheitsbeginn bezogene AHV-Lohn versichert sei, der vom Arbeitgeber als alleinige Vertragspartei zu melden sei oder bei einem arbeitsrechtlich bestrittenen Lohn durch Gerichtsurteil oder Vergleich belegt sei. Daran vermöge auch das direkte Forderungsrecht des Begünstigten auf die Versicherungsleistung nach Art. 87 VVG nichts zu ändern. Die E.\_\_\_\_ habe mit Schreiben vom 19. November 2008 (Urk. 7/1/16.1) deutlich gemacht, dass sie eine Prämienberechnung aufgrund des vom Kläger sich zugesprochenen Lohnes nicht akzeptieren werde. Es könne nicht sein, dass sie, die Beklagte, die Taggeldabrechnung auf der Höhe eines bestrittenen Lohnes zu erstellen habe, ohne die entsprechenden Prämien hierfür verrechnen zu können (Urk. 6 S. 6 ff.). Bei der nunmehr vom Sozialversicherungsgericht zu beurteilenden arbeitsrechtlichen Vorfrage nach dem rechtlich geschuldeten Lohn sei zu beachten, dass beim Nachweis der Rechtmässigkeit der Lohnerhöhungen der strikte Beweis massgeblich sei. Das vom Kläger bei der Y.\_\_\_\_ bezogene Jahresgehalt von brutto Fr. 130'000.-- habe

auch für die Weiterbeschäftigung bei der E.\_\_\_\_ gegolten, was aus Ziffer 5.6.1 des Aktienkaufvertrages (zwischen der Y.\_\_\_\_ und der C.\_\_\_\_, Urk. 2/3 S. 11) hervorgehe. Dieses Gehalt sei per 1. Januar 2007 umstrukturiert und neu aufgegliedert worden. Um dem Kläger das gleiche Nettoeinkommen zu gewähren, sei der monatliche Bruttolohn um Fr. 30.-- erhöht worden. Ab Juli 2007 habe sich der Kläger eigenmächtig den Nettolohn um Fr. 1'600.-- pro Monat und am 14. Februar 2008 rückwirkend per 1. Januar 2008 auf insgesamt Fr. 16'000.-- netto respektive Fr. 17'600.-- brutto pro Monat erhöht. Bei diesen zwei eigenmächtigen Lohnerhöhungen habe es sich um unzulässige Insichgeschäfte gehandelt. Es existiere insbesondere kein Genehmigungsbeschluss der Generalversammlung (der E.\_\_\_\_), die mangels eines nebengeordneten Organs in einem solchen Fall als übergeordnetes Organ allein zuständig sei. Auch könne nicht von einer stillschweigenden Genehmigung der jeweiligen Lohnerhöhung durch die Alleinaktionärin (C.\_\_\_\_) respektive durch den sie gegenüber der E.\_\_\_\_ vertretenden O.\_\_\_\_ ausgegangen werden, zumal die Alleinaktionärin erst anlässlich der Universalversammlung im Juni 2008 von den Lohnerhöhungen erfahren habe. Insbesondere sei O.\_\_\_\_ nicht, wie der Kläger behauptete, telefonisch über die Lohnerhöhungen informiert worden. Gegen die Kenntnis und stillschweigende Anerkennung der Alleinaktionärin spreche allein schon der Umstand, dass sie immer klar zum Ausdruck gebracht habe, dass eine Lohnerhöhung erst in Frage komme, wenn die E.\_\_\_\_ schwarze Zahlen schreibe. Die E.\_\_\_\_ sei aus den roten Zahlen indes nie herausgekommen. Zudem hätte der Kläger selbst bei einer Mitteilung der Lohnerhöhung aus einem allfälligen Stillschweigen seitens der Alleinaktionärin respektive von O.\_\_\_\_ nicht automatisch auf eine Genehmigung derselben schliessen dürfen. Denn bei der Annahme einer Genehmigung von Insichgeschäften sei Zurückhaltung geboten. Ausserdem sei die zweite Lohnerhöhung allein schon wegen der fehlenden Schriftlichkeit nach dem (seit Januar 2008 in Kraft getretenen) Art. 718b OR ungültig (Urk. 27 S. 4 ff., Urk. 29 S. 2 f., Urk. 44 S. 4 ff.).

3.3.4 Strittig und zu prüfen ist im Folgenden, welcher Lohnbetrag der Taggeldberechnung zugrunde zu legen ist.

4.

4.1 Der Anspruch des Klägers bestimmt sich unstrittig nach Massgabe der allgemeinen Vertragsbestimmung in Art. 5 Ziff. 1 ZB (Ausgabe 2005). Diese lautet folgendermassen: „Das Taggeld wird auf dem Lohn, der für die Prämienberechnung massgebend ist, berechnet (Artikel 14, Ziffer 1 der Allgemeinen Bedingungen). Es richtet sich in jedem Fall nach dem effektiven Erwerbsausfall. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der letzte vor Krankheitsbeginn bezogene AHV-Lohn. Dieser Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt. Das so ermittelte Taggeld wird für jeden Kalendertag ausgerichtet.“ (Urk. 7/1/1.3 S. 1). Art. 14 Ziff. 1 lit. a AB bestimmt vorbehaltlich anderer Vereinbarungen als massgebenden Lohn den AHV-Lohn (Urk. 7/1/1.2 S. 6). Solche anderen Vereinbarungen wurden nicht behauptet und sind weder den Vertragsunterlagen (Urk. 7/1/1.1-8) noch den übrigen Akten zu entnehmen.

4.2

4.2.1 Nach dem Wortlaut von Art. 5 Ziff. 1 Satz 3 ZB ist als Grundlage für die Bemessung der Taggelder der letzte vor Krankheitsbeginn bezogene AHV-Lohn massgeblich, worunter nach dem allgemeinen Sprachgebrauch der Lohnbetrag zu verstehen ist, der tatsächlich ausbezahlt wurde. Auch die Verweise in Art. 5 Ziff. 1 ZB und Art. 14 Ziff. 1 AB auf den AHV-Lohn legen grundsätzlich nahe, dass bei der Taggeldberechnung der im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis tatsächlich ausgerichtete Lohnbetrag beachtlich ist, auf den Beiträge nach Massgabe des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG) an die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHV) geleistet wurden. Denn nach Art. 5 Abs. 2 Satz 1 AHVG gilt für die Beiträge an die AHV grundsätzlich jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit als massgeblicher Lohn. Rechtsprechungsgemäss gehören dazu begrifflich sämtliche Bezüge des Arbeitnehmers, die wirtschaftlich mit dem Arbeitsverhältnis zusammenhängen, gleichgültig, ob dieses Verhältnis fortbesteht oder gelöst worden ist und ob die Leistungen geschuldet werden oder freiwillig erfolgen. Als AHV-beitragspflichtiges Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit gilt somit nicht nur unmittelbares Entgelt für geleistete Arbeit, sondern grundsätzlich jede Entschädigung oder Zuwendung, die sonst wie aus dem Arbeitsverhältnis bezogen wird, soweit sie nicht kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift von der Beitragspflicht ausgenommen ist (BGE 128 V 176 E. 3c, 126 V 221 E. 4a, 124 V 100 E. 2, je mit Hinweisen). Erfasst werden grundsätzlich alle Einkünfte, die im Zusammenhang mit einem Arbeits- oder Dienstverhältnis stehen und ohne dieses nicht geflossen wären. Umgekehrt unterliegen grundsätzlich nur Einkünfte, die tatsächlich geflossen sind, der Beitragspflicht (AHI 2001 S. 221 f. E. 4a mit Hinweisen; zum Ganzen: BGE 131 V 444 E. 1.1).

AHV-beitragspflichtiges Einkommen stellen beim Kläger demnach auch jene Beträge dar, die er nach den letzten beiden Lohnerhöhungen ab Juli 2007 (von brutto Fr. 10'464.-- auf Fr. 11'727.80 pro Monat zuzüglich eines 13. Monatslohns von brutto Fr. 11'095.90, Urk. 20/3.14.4-6) und ab Januar 2008 (von brutto Fr. 11'727.80 pro Monat auf Fr. 17'600.-- pro Monat, Urk. 20/3.14.7-8) und vor Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit am 12. Juni 2008 von der E.\_\_\_\_ bezogen hatte (im Juni 2008: brutto Fr. 11'727.80, Urk. 20/3.14.11). Denn diesen (erhöhten) Lohn kann er zufolge des Ausgangs und der mittlerweile rechtskräftigen Erledigung des arbeitsrechtlichen Streits am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ (Urk. 14 S. 6) unabhängig vom Rechtsgrund nunmehr definitiv behalten. Dies nachdem die E.\_\_\_\_ ihre dortige Widerklage gegen den Kläger auf Rückerstattung von Lohnzahlungen von Juli 2007 bis Juni 2008 von insgesamt netto Fr. 63'275.55 (inklusive weitergeleitete Krankentaggelder von Fr. 8'768.-- für die Zeit vom 12. bis 31. Juli 2008) zuzüglich 5 % Zins (Urk. 18/13 S. 2, S. 4 und S. 7 ff.) im Rahmen des gerichtlichen Vergleichs zurückgezogen hatte. Auch der Kläger hat seine Klage gegen die E.\_\_\_\_ auf

weitere Lohnzahlungen für die Zeit vom Juni 2008 bis zur Kündigung per Ende April 2009 in der Höhe von insgesamt Fr. 79'710.10 netto (inklusive Ferienentschädigung von Fr. 43'500.--; Urk. 1 S. 2 und S. 15 f.) vergleichsweise zurückgezogen (Urk. 14 S. 4). Aufgrund der Saldoklausel im gerichtlichen Vergleich (Urk. 14 S. 5) sind zwischen der E.\_\_\_\_ und dem Kläger keine Lohn(rück)forderungen mehr offen. Der letzte AHV-beitragspflichtige tatsächlich ausbezahlte Lohn vor Eintritt der Krankheit war somit jener von Fr. 17'600.-- für den Monat Mai 2008 (Urk. 20/3.14.7 S. 5).

4.2.2 Der zweite Satz von Art. 5 Ziff. 1 ZB stellt jedoch klar, dass der effektive Erwerbsausfall für das Taggeld entscheidend ist. Dieser Satz bestimmt unmissverständlich, dass das Taggeld nur jenen (AHV-beitragspflichtigen) Lohn ersetzen soll, der in die Zeit ab Krankheitseintritt fällt. In diesem Sinn bestimmt auch Art. 2 AB, dass die Krankentaggeldversicherung nur die wirtschaftlichen Folgen, die auf ein versichertes Ereignis zurückzuführen sind, deckt (Urk. 7/1/1.2 S. 2). Schliesslich ist die Kollektiv-Versicherung mangels anderer Vereinbarung ausschliesslich auf Personen ausgerichtet, die in einem arbeitsrechtlichen Verhältnis zum Versicherungsnehmer stehen, und geschuldet ist im Schadensfall 80 % des versicherten Lohnes (Art. 7 Ziff. 1 AB, Urk. 7/1/1.2 S. 3; Urk. 7/1/1.1 S. 1)

Die vorliegende Taggeldversicherung ist damit als Schadensversicherung (zugunsten Dritter) und nicht als Summenversicherung konzipiert (vgl. Graber, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 4 ff. zu Art. 96; Urteil des Bundesgerichtes 5C.106/2003 vom 7. November 2003 E. 4 a.E.), was grundsätzlich auch von den Parteien anerkannt wird (Urk. 1 S. 11 f., Urk. 6 S. 4). Wesensmerkmal der Schadensversicherung ist das Entschädigungsprinzip. Danach ist die Leistungspflicht des Versicherers auf den wirtschaftlichen Schaden beschränkt, der dem Anspruchsberechtigten durch das schädigende Ereignis entstanden ist; der Anspruchsberechtigte soll aus dem Schadensereignis keinen wirtschaftlichen Vorteil ziehen können (Boll, in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 2 zu Vorbemerkungen zu Art. 48). Eine Schadensversicherung liegt namentlich dann vor, wenn wie hier die Leistungen des Versicherers an den Einkommensausfall des Versicherten anknüpfen, nicht jedoch dann, wenn weder Leistungsgrund noch Leistungshöhe vom Schaden abhängen (vgl. Graber, a.a.O., N 11 zu Art. 96).

4.2.3 Im Gesamtzusammenhang erschliesst sich die Bedeutung von Art. 5 Ziff. 1 ZB daher ohne Weiteres dahingehend, dass der vor Krankheitsbeginn letztmals effektiv ausbezahlte AHV-beitragspflichtige Lohn für die Taggeldbestimmung massgeblich ist, soweit damit der ab Krankheitsbeginn eintretende effektive Erwerbsausfall (hier letztlich zu 80 %) abgedeckt wird. Dies bedeutet, dass bei Eintritt des Versicherungsfalles der Krankheit jenes letzte AHV-beitragspflichtige Einkommen (hier bis maximal Fr. 16'666.65 pro Monat respektive Fr. 200'000.-- pro Jahr zu 80 %) durch die Versicherung ersetzt werden soll, das der Begünstigte mutmasslich weiterhin erzielt hätte, wenn die Krankheit nicht eingetreten wäre. Da sich die Bedeutung der Vertragsklausel im Gesamtzusammenhang ohne Weiteres ergibt, bleibt für die Anwendung der Unklarheitenregel, wie sie der Kläger (eventualiter) anruft (Urk. 39 S. 3), von vornherein kein Raum (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 mit Hinweisen). Im Übrigen ist diese Regelung auch sachgerecht. Denn damit wird ausgeschlossen, dass die Versicherung einen im Hinblick auf den Versicherungsfall missbräuchlich oder kurz vor dem Eintritt des Versicherungsfalles irrtümlich erhöht ausbezahlten Lohn ersetzen muss. Andererseits ist damit auch die Möglichkeit genommen, dass Arbeitgeber und Arbeitnehmer zuhanden und zulasten der Versicherung missbräuchlich kurz vor Leistungsbezug einen höheren Lohn vereinbaren respektive deklarieren, als dem Arbeitnehmer tatsächlich ausgerichtet wird. Es ist hier somit weder allein entscheidend, was der Kläger vorbringt, dass sich die Taggeldhöhe nach dem zuletzt vor Krankheitsbeginn von ihm tatsächlich bezogenen und der Beklagten gemeldeten Bruttolohn im Mai 2008 von Fr. 17'600.-- (Urk. 20/3.14.7 S. 5) richtet, noch, was die Beklagte vorbringt, dass sich die Taggeldhöhe nach dem arbeitsvertraglich geschuldeten Lohn bemisst. Beides können indes Indizien für den wie oben beschriebenen massgeblichen hypothetischen AHV-beitragspflichtigen Bruttolohn ab dem 12. Juni 2008 darstellen, der im Folgenden nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu ermitteln ist.

5.

5.1 Die Lohnerhöhungen ab Juli 2007 (von brutto Fr. 10'464.-- auf Fr. 11'727.80 pro Monat zuzüglich eines 13. Monatslohns von brutto Fr. 11'095.90 im November 2007, Urk. 20/3.14.4-6) und ab Januar 2008 (von brutto Fr. 11'727.80 pro Monat auf Fr. 17'600.-- pro Monat, Urk. 20/3.14.7-8) hatte der Kläger, der damals als Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat für die E.\_\_\_\_ tätig war, unstrittig selbst auf diese Beträge angesetzt.

Gemäss der Aussage des Klägers in der persönlichen Befragung anlässlich der Vergleichsverhandlung vom 21. September 2010 am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ informierte er den Geschäftsführer der C.\_\_\_\_, O.\_\_\_\_ (Urk. 30 S. 10), jeweils telefonisch über diese Lohnerhöhungen. Die erste Lohnerhöhung habe er diesem vor dem 1. Juli 2007 mitgeteilt. Er habe ihm gesagt, dass es sich um einen 13. Monatslohn handle. Anlässlich der Generalversammlung der E.\_\_\_\_ (vom 4. September 2007, Urk. 7/3/13.14) sei seine Lohnerhöhung zwar nicht traktandiert und nicht besprochen worden. Auch sei die Rechnung für das Jahr 2006 und nicht jene für das Jahr 2007 abgenommen worden. Jedoch sei an dieser Generalversammlung auch über die Personalsituation des Jahres 2007, die allgemeine finanzielle Situation, die Löhne und den Fortbestand der E.\_\_\_\_ gesprochen worden und die Zwischenrechnung des Jahres 2007 habe vorgelegen (Urk. 30 S. 2 ff.). Bezüglich der zweiten Lohnerhöhung sei es zutreffend, was sein Rechtsvertreter in der Klageschrift geschrieben habe (Urk. 18/2 S. 9), nämlich, dass die neue Revisionsstelle ihm - dem Kläger - erklärt habe, dass es nicht gut aussehe, wenn er als Verwaltungsrat, Geschäftsführer und Auditor in Personalunion weniger verdiene, als ein halbtags angestellter Auditor. Auch steuerlich sehe dies

eigenartig aus. Der Entscheid der Revisionsstelle sei der Muttergesellschaft telefonisch mitgeteilt, von O.\_\_\_\_ zur Kenntnis genommen und stillschweigend akzeptiert worden. Dies sei nach der Revisions Sitzung im Februar 2008 gewesen. O.\_\_\_\_ habe ihm gegenüber keine ausdrückliche Zustimmung zur Lohnerhöhung geäußert, aber diese auch nicht negiert (Urk. 30 S. 6 ff.).

5.2 Bereits aus dieser persönlichen Befragung des Klägers geht hervor, dass keine explizite Zustimmung durch den Geschäftsführer O.\_\_\_\_ der Alleinaktionärin der E.\_\_\_\_ zu den Lohnerhöhungen erfolgt war. Dieser gab zudem im Rahmen der Zeugeneinvernahme am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ vom 21. September 2010 nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu Protokoll, dass er die vom Kläger immer wieder einmal verlangte Lohnerhöhung stets unter Hinweis auf die verlustreichen Geschäftsergebnisse zurückgewiesen habe (Urk. 30 S. 12, S. 15 und S. 23 f.). Die Einwände des Klägers gegen die Zeugeneinvernahme von O.\_\_\_\_ (Urk. 39 S. 5 ff.) vermögen dessen Beweiswert für die hier massgeblichen Sachverhalte nicht in Zweifel zu ziehen.

Auch von Seiten der Generalversammlung der E.\_\_\_\_ wurde keine solche Genehmigung erteilt. Dem Protokoll über die Generalversammlung (GV-Protokoll) vom 4. September 2007 ist nichts dergleichen zu entnehmen. Décharge wurde lediglich für den Geschäftsbericht bestehend aus dem Jahresbericht und der Jahresrechnung sowie dem Revisionsbericht erteilt und es wurde dort beschlossen, den Jahresverlust auf das neue Geschäftsjahr 2007 vorzutragen (Urk. 7/3/13.14 S. 1 f.). Zwar ist dem GV-Protokoll nicht wörtlich zu entnehmen, welches Jahr dieser Geschäfts- und Revisionsbericht betrifft. Dennoch ist daraus und aus der persönlichen Befragung des Klägers zu schliessen, dass es sich dabei - wie üblich - um die Décharge für den Geschäftsbericht des Vorjahres, mithin des Jahres 2006, handelte, zumal von einer Jahresrechnung und einem Jahresbericht die Rede war und nicht von einer Zwischenrechnung und einem Zwischenbericht. Weder der persönlichen Befragung noch den übrigen Akten ist zu entnehmen, dass anlässlich der Generalversammlung vom 4. September 2007 die Lohnerhöhung respektive die Höhe des Lohnes für den Kläger ab Juli 2007 thematisiert, geschweige denn genehmigt worden wäre. Die blosse Besprechung des Budgets für das Jahr 2007 und 2008 anlässlich der Generalversammlung, wie sie gemäss dem GV-Protokoll ausgewiesen ist (Urk. 7/3/13.14 S. 3), genügt dazu nicht. O.\_\_\_\_, der an dieser Generalversammlung als Vertreter für die Alleinaktionärin C.\_\_\_\_ teilgenommen hatte (Urk. 7/3/13.14 S. 1), erklärte zudem in der Zeugeneinvernahme am Bezirksgericht G.\_\_\_\_ vom 21. September 2010, dass über die Lohnerhöhung an der Generalversammlung nicht gesprochen worden sei, auch nicht innerhalb des Budgets (Urk. 30 S. 12 f.). Damit ist überwiegend wahrscheinlich erstellt, dass auch keine stillschweigende nachträgliche Genehmigung der Lohnerhöhung per Juli 2007 durch die Generalversammlung der E.\_\_\_\_ erfolgt war, zumal die E.\_\_\_\_ in den Jahren 2006 bis 2007 Verluste erwirtschaftet hatte (vgl. Management-Letter vom 10. März 2008, Urk. 20/1.4.12 S. 4; GV-Protokoll vom 4. September 2007, Urk. 20/1.4.2.10 S. 2).

Eine weitere, und zwar eine ausserordentliche Generalversammlung fand erst am 16. Juni 2008 statt, anlässlich welcher der Kläger als Verwaltungsrat abgesetzt und an welchem Tag ihm die Kündigung als Geschäftsführer ausgesprochen wurde. Es wurden neue Verwaltungsratsmitglieder gewählt und ein neuer Geschäftsführer bestimmt (Urk. 18/2 S. 11, Urk. 18/13 S. 9, Urk. 7/3/13.6.5, Urk. 52 S. 2). O.\_\_\_\_ erklärte dazu in der Zeugeneinvernahme, sie - gemeint wohl die Verantwortlichen der C.\_\_\_\_ - hätten bereits Anfang 2008 beschlossen, den Kläger als Verwaltungsrat und Geschäftsführer abzulösen, was Mitte Juni 2008 umgesetzt worden sei. Anlässlich dieser Generalversammlung habe der Kläger offen gesagt, dass er sein Gehalt zweimal erhöht habe. Davon habe er - O.\_\_\_\_ - erstmals erfahren. Das habe ihm natürlich Anlass dazu gegeben, dem nach- und auch dagegen anzugehen (Urk. 30 S. 14 f.). Eine Genehmigung der beiden Lohnerhöhungen ab Juli 2007 und ab Januar 2008 wurde somit auch an der Generalversammlung vom 16. Juni 2008 weder ausdrücklich noch stillschweigend erteilt.

### 5.3

5.3.1 Der Umstand, dass der Kläger zur Zeit der Lohnerhöhungen Geschäftsführer und einziger Verwaltungsrat der E.\_\_\_\_ war, führt nicht schon dazu, dass die Lohnerhöhungen zulässig waren und rechtlich gültig zustande kamen. Denn mit einer Lohnerhöhung hat der Kläger eine Änderung des Arbeitsvertrags mit der E.\_\_\_\_ bezüglich seines Lohnanspruchs angestrebt, bei der er gleichzeitig für beide Vertragsparteien, und zwar als einziger Verwaltungsrat und Geschäftsführer in Vertretung für die E.\_\_\_\_ als Arbeitgeberin sowie in eigener Sache als Arbeitnehmer, handelte. Wie die Beklagte zutreffend vorbringt (Urk. 27 S. 5 ff.), handelte es sich dabei um ein Insichgeschäft, das rechtsprechungsgemäss grundsätzlich unzulässig und nur unter strengen Voraussetzungen ausnahmsweise zulässig ist. Und zwar ist ein solches Selbstkontrahieren nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes grundsätzlich unzulässig, weil das Kontrahieren eines Vertreters mit sich selbst regelmässig zu Interessenkollisionen führt. Selbstkontrahieren hat deshalb die Ungültigkeit des betreffenden Rechtsgeschäftes zur Folge, es sei denn, die Gefahr einer Benachteiligung des Vertretenen sei nach der Natur des Geschäftes ausgeschlossen oder der Vertretene habe den Vertreter zum Vertragsschluss mit sich selbst besonders ermächtigt oder das Geschäft nachträglich genehmigt. Dieselben Regeln gelten auch für die Doppelvertretung zweier Vertragsparteien durch ein und denselben Vertreter sowie die gesetzliche Vertretung juristischer Personen durch deren Organe. Auch in diesen Fällen bedarf es einer besonderen Ermächtigung oder einer nachträglichen Genehmigung durch ein über- oder nebengeordnetes Organ, wenn die Gefahr einer Benachteiligung besteht (BGE 127 III 332 E. 2a, 126 III 361 E. 3a mit Hinweisen). Am 1. Januar 2008 ist ausserdem Art. 718b OR in Kraft getreten, der unter dem Titel „Verträge zwischen der Gesellschaft und ihrem Vertreter“ statuiert, dass der Vertrag schriftlich abgefasst werden muss, wenn die Gesellschaft beim Abschluss eines Vertrages durch diejenige Person vertreten wird, mit der sie den Vertrag abschliesst. Dieses Erfordernis gilt nicht für Verträge des laufenden Geschäfts, bei denen die Leistung der Gesellschaft den Wert von 1'000 Franken nicht übersteigt. Nach zutreffender Lehrmeinung

tritt dieses Schriftlichkeitserfordernis kumulativ zu den materiellen Voraussetzungen des Selbstkontrahierens hinzu (vgl. Watter/Roth Pellanda, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 4. Aufl., 2012, N 8 f. zu Art. 718b; Steininger, Interessenkonflikte des Verwaltungsrates, Diss. 2011, S. 104 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 4. Aufl., 2009, N 605e zu § 13). Die Rechtsfolge bei Nichtbeachtung dieser Formvorschrift wird in der Lehre uneinheitlich diskutiert, hauptsächlich wird aber letztlich eine relative respektive heilbare Nichtigkeit (etwa mit [zu protokollierender] Genehmigung durch den übrigen Verwaltungsrat oder die Generalversammlung als Heilungshandlung) postuliert (vgl. Watter/Roth Pellanda, a.a.O., N 10 f. zu Art. 718b; Steininger, a.a.O., S. 105; Böckli, a.a.O., N 605d zu § 13).

5.3.2 Hier sind die beiden Lohnerhöhungen per Juli 2007 und per Januar 2008 bereits mangels materieller Anforderungen dieser Insichgeschäfte ungültig, dies mithin unabhängig vom Umstand, dass der Kläger sich die zweite Lohnerhöhung unstrittig ohne schriftlichen Vertrag auszahlen liess. Denn die Gefahr einer Benachteiligung der vertretenen E.\_\_\_\_ kann naturgemäss bei Lohnerhöhungen nicht ausgeschlossen werden. Zudem wurden diese Geschäfte nicht nachträglich genehmigt, wie sich aus den Ausführungen aus Erwägung 5.2 hiervor ergibt. Auch eine stillschweigende Änderung des Arbeitsvertrages, welche sich gemeinhin ergeben kann, wenn über längere Zeit ein höherer Lohn ausbezahlt wurde als vertraglich vereinbart worden war, und dies vom Arbeitgeber und vom Arbeitnehmer widerspruchlos hingenommen wurde (vgl. Rehbinder/Stöckli in: Berner Kommentar, Band VI, Einleitung und Kommentar zu den Art. 319-330b OR, 2010, N18 zu Art. 322), fällt hier wegen der besonderen Vertretungskonstellation ausser Betracht. Schliesslich war der Kläger von der E.\_\_\_\_ (respektive - mangels eines weiteren Verwaltungsrates - von deren Generalversammlung als übergeordnetes Organ) zu einer Lohnänderung auch nicht besonders ermächtigt worden.

5.3.3 Zwar sahen die Statuten der E.\_\_\_\_ in Art. 24 Abs. 6 (in der bis zum 16. Juni 2008 gültig gewesenen Fassung) vor, dass der Verwaltungsrat die Entschädigung, auf welche die Mitglieder des Verwaltungsrats Anspruch haben, selbst festlegt (Urk. 7/3/13.6.4 S. 10). Diese Bestimmung geht jedoch von mehr als einem Mitglied des Verwaltungsrates aus und regelt nicht auch den Fall, in welchem der Verwaltungsrat nur aus einem einzigen Mitglied besteht. Sie ist damit nicht dazu geeignet, einen Ausnahmetatbestand zur grundsätzlichen Unzulässigkeit eines Insichgeschäfts im Sinne einer besonderen Ermächtigung für einen einzigen Verwaltungsrat zur Festlegung seiner eigenen Entschädigung - sei es im Rahmen eines Auftragsverhältnisses, sei es im Rahmen eines (allfällig gemischten) Arbeitsvertrages - zu begründen (vgl. zur Theorienvielfalt der Qualifikation eines Verwaltungsratsmandats in Lehre und Rechtsprechung: Müller, Verwaltungsrat als Arbeitnehmer, 2005, S. 40 ff.). Zudem war der Kläger bereits vor seiner Wahl zum Verwaltungsrat, nämlich seit Ende 2005/Anfang 2006, Geschäftsführer der E.\_\_\_\_ und die Lohnerhöhungen per Juli 2007 und Januar 2008 erfolgten weder im Hinblick auf die noch unmittelbar nach der Wahl des Klägers als Verwaltungsrat im Juli 2006 (Urk. 52 S. 2 ff.). Es ist daher überwiegend wahrscheinlich, dass die Lohnerhöhungen in erster Linie im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Geschäftsführer erfolgten. Die Statuten bildeten dazu in jedem Fall keine rechtsgenügende Grundlage.

5.3.4 Unbedeutend ist sodann, ob die Revisionstelle der E.\_\_\_\_, die J.\_\_\_\_, dem Kläger die zweite Lohnerhöhung empfohlen hat oder nicht. Die Revisionsstelle hat ausschliesslich Kontrollfunktion und ist der Unabhängigkeit verpflichtet (vgl. Art. 28 der Statuten der E.\_\_\_\_, Urk. 7/3/13.6.4, in Verbindung mit Art. 728 ff. OR). Sie wäre daher jedenfalls nicht befugt gewesen, die E.\_\_\_\_ zu vertreten und eine Lohnerhöhung mit dem Geschäftsführer respektive Verwaltungsrat für diesen zu vereinbaren.

#### 5.4

5.4.1 Bei dieser Sach- und Rechtslage, bei der die vom Kläger vorgenommenen Lohnerhöhungen per Juli 2007 und Januar 2008 rechtlich ungültig waren, die E.\_\_\_\_ (unter Führung der Alleinaktionärin) den Kläger anlässlich der Generalversammlung vom 16. Juni 2008 auch aus wirtschaftlichen Gründen von seinen Aufgaben entbunden hatte und die E.\_\_\_\_ im arbeitsrechtlichen Prozess auch vergleichsweise keine weitere Lohnzahlung für die Zeit ab Eintritt der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit ab dem 12. Juni 2008 zu erbringen bereit war, ist überwiegend wahrscheinlich davon auszugehen, dass der im Gesundheitsfall ab Juni 2008 weiterhin ausgerichtete AHV-beitragspflichtige Lohn jenem vor der ersten Lohnerhöhung im Juli 2007 entsprochen hätte.

Von Januar bis Juni 2007 wurde dem Kläger gemäss der Lohnabrechnung vom 23. Januar 2007 (Urk. 20/3.14.4) und der Lohnzusammenfassung des Jahres 2007 (Urk. 20/3.14.6) der AHV-beitragspflichtige Bruttomonatslohn von Fr. 10'464.-- ausbezahlt. Von den zusätzlich bezahlten fixen Spesen von Fr. 400.-- pro Monat wurden keine AHV-Beiträge abgezogen (vgl. Art. 9 Abs. 3 der Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV] in der bis Ende 2008 gültig gewesenen Fassung). Dies entspricht einem AHV-beitragspflichtigen Jahresgehalt von brutto Fr. 125'568.--. Ob der arbeitsvertragliche Anspruch des Klägers tatsächlich diesem Betrag entsprach oder noch immer jenem AHV-beitragspflichtigen Jahresgehalt, welches im schriftlichen Arbeitsvertrag zwischen der Y.\_\_\_\_ und dem Kläger vom 26. August 2003 ehemals mit Fr. 125'200.-- zuzüglich Pauschalspesen von Fr. 4'800.-- pro Jahr festgelegt worden war (Urk. 20/3.14.1), kann offen bleiben. Denn der vor Juli 2007 und überwiegend wahrscheinlich im Gesundheitsfall weiterhin (respektive wieder) ab Juni 2008 von der E.\_\_\_\_ vergütete und hier relevante Lohn übersteigt jedenfalls nicht den Betrag von brutto Fr. 130'000.--, welche die Beklagte ihrer Taggeldbemessung für die Zeit vom 12. Juli 2008 bis 11. Juni 2010 bereits zugrunde gelegt hat (Urk. 7/5/5-19). Eine Widerklage betreffend Rückerstattung des entsprechenden Differenzbetrages zu der von ihr bereits ausgerichteten Krankentaggeldsumme hat die Beklagte nicht erhoben, sondern sich eine Rückforderung lediglich vorbehalten (Urk. 29 S. 4, Urk. 44 S. 3), weshalb es damit sein Bewenden hat.

5.4.2 Es ist somit festzuhalten, dass der Kläger keinen Anspruch gegenüber der Beklagten aus der

Kollektiv-Krankentaggeldversicherung mit der E.\_\_\_\_ hat, welcher den bereits geleisteten Betrag von insgesamt Fr. 199'456.-- (vgl. Erwägung 3.1 hiervor) übersteigen würde. Von weiteren Beweismassnahmen sind keine anderen/neuen Erkenntnisse zu erwarten, weshalb davon abzusehen ist (antizipierte Beweiswürdigung, vgl. BGE 128 III 22 E. 2d, 114 II 289 E. 2a). Die Klage ist folglich abzuweisen.

**Das Gericht erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Zustellung gegen Empfangsschein an:
  - Rechtsanwalt Dr. Daniel Richter unter Beilage einer Kopie von Urk. 52
  - Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft unter Beilage einer Kopie von Urk. 52
  - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA
4. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG). Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).