

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich	
--	--

KK.2016.00046

II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichterin Käch

Sozialversicherungsrichterin Sager

Gerichtsschreiberin Tiefenbacher

Urteil vom 13. September 2017

in Sachen

X.____

Kläger

vertreten durch Fürsprecher Andreas Hubacher

Hubacher & Rolli Rechtsanwälte

Bundesgasse 16, Postfach, 3001 Bern

gegen

VAUDOISE ALLGEMEINE, Versicherungs-Gesellschaft AG

Avenue de Cour 41, 1007 Lausanne

Beklagte

Zustelladresse: VAUDOISE ALLGEMEINE, Versicherungs-Gesellschaft AG

Place de Milan, Case postale 120, 1001 Lausanne

Sachverhalt:

1.

1.1 X.____, geboren 1982, war vom 1. Mai 2011 bis 30. April 2014 bei der Y.____ SA als Hockeyspieler angestellt (Urk. 7/21 Beilage 7) und damit bei der Vaudoise Versicherungen Holding AG (nachstehend: Vaudoise) in der Kollektiv-Krankenversicherung Lohnausfall (vgl. Urk. 2/2/4/1) versichert (Urk. 2/2/4/4 = Urk. 7/56b). Seit dem 19. Dezember 2013 galt er als bezogen auf Leistungssport / Hockey sportunfähig (Urk. 7/21 Beilage 3; Urk. 7/41). Ab 1. Mai 2014 war er als Agent für die Z.____ AG tätig (vgl. Urk. 2/2/4/15; Agenturvertrag und Zusatzvertrag vom 15./23. April 2014, Urk. 7/21 Beilage 8).

Nach Vergleichsverhandlungen (vgl. Urk. 7/22-26) richtete die Vaudoise dem Versicherten Taggelder in der Höhe von Fr. 425.20 von Mai bis Juni 2014 und in der Höhe von Fr. 360.40 von Juli bis November 2014 aus (Urk. 7/27), ebenso für Dezember 2014 (Urk. 7/31) und von Januar bis Mai 2015 (Urk. 7/34, Urk. 7/36, Urk. 7/40, Urk. 7/42-43).

Am 3. Juli 2015 teilte die Vaudoise dem Versicherten mit, das Taggeld sei versehentlich mit 100 % statt 80 % beziffert worden; statt Fr. 306.40 betrage es Fr. 288.35 (Urk. 2/2/4/5 = Urk. 7/47). Am 24. Juli 2015 teilte sie mit, das resultierende Guthaben von 26'298.25 werde mit künftigen Abrechnungen verrechnet (Urk. 2/2/4/6 = Urk. 7/51), was sie den Monat Juli betreffend gleichentags umsetzte (Urk. 7/52). Der Versicherte erklärte sich am 7. Oktober 2015 mit dem Ansatz von 80 % einverstanden (Urk. 7/59 S. 1 Mitte).

Am 17. November 2015 teilte die Vaudoise dem Versicherten mit, bis zur Klärung näher bezeichneter offener Punkte sei es ihr nicht möglich, ab Oktober 2015 Taggelder zu bezahlen (Urk. 7/68).

Am 19. Februar 2016 teilte die Vaudoise dem Versicherten mit, aufgrund ihrer näher dargelegten Berechnungen des Taggeldanspruchs resultiere ein Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 20'886.05 (Urk. 7/72).

2. Am 23. Juni 2016 reichte X.____ beim Bezirksgericht A.____ Klage gegen die Vaudoise ein, mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verurteilen, ihm einen Betrag von Fr. 17'117.15 zu bezahlen (Urk. 2/1 S. 2 oben). Mit Verfügung vom

1. September 2016 überwies das Bezirksgericht A.____ die Klage zuständigkeitshalber an das hiesige Gericht (Urk. 1).

Mit Klageantwort vom 10. November 2016 (Urk. 6) beantragte die Vaudoise die Abweisung der Klage und erhob Widerklage im Umfang von Fr. 20'886.05 (S. 5 Ziff. 1-2).

Mit Replik vom 13. Dezember 2016 hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren fest und beantragte, die Widerklage sei abzuweisen (Urk. 10 S. 2 oben Ziff. 1-2). Mit Duplik vom 28. Februar 2017 hielt die Beklagte an ihren Anträgen fest (Urk. 14).

Die Parteien verzichteten am 11. und 19. April 2017 auf eine Hauptverhandlung (Urk. 17-18), was ihnen am 20. April 2017 gegenseitig zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 19).

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 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige

kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben.

1.2 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1 mit Hinweisen). Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten, wobei sich der Vertragsinhalt betreffend die Zusatzversicherungen regelmässig nach den vorformulierten Allgemeinen Vertragsbedingungen (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.

1.3 Anwendbar sind vorliegend die Allgemeinen Bedingungen Kollektiv-Kranken-versicherung Lohnausfall, Ausgabe 01.05.2009 (Urk. 2/2/4/4 = Urk. 7/56b).

2.

2.1 In der Klage (Urk. 1) wurde geltend gemacht, bei der Taggeldbemessung sei durchgehend von einem Bruttomonatseinkommen von Fr. 5'024.-- auszugehen, was eine monatliche Differenz zum berücksichtigten Statistiklohn von Fr. 180.-- und auf 18 Kalendertage bezogen eine solche von Fr. 108.-- ergebe. Daraus resultierten folgende Ansprüche (S. 6):

- 1. Juli 2014 - 31. Oktober 2015 = 16 x Fr. 180.-- = Fr. 2'880.--

- 1.-18. November 2015 = 1 x Fr. 108.-- = Fr. 108.--

Total Fr. 2'988.--

Ferner sei die Beklagte ihrer Leistungspflicht nur bis Ende September 2015 nachgekommen und habe dem Kläger die bisher nicht bezahlten Tagelder für Oktober bis 18. November 2015 auszurichten, was einem Betrag von Fr. 14'129.15 (49 x Fr. 288.35) entspreche (S. 6 f. Ziff. 10).

Zusammengefasst schulde die Beklagte dem Kläger Fr. 2'988.-- plus Fr. 14'129.15, mithin Fr. 17'117.15 (S. 7 Ziff. 11).

2.2 Die Beklagte ging in der Klageantwort (Urk. 7) ebenfalls davon aus, strittig sei die Berechnung des Erwerbsausfalles des Klägers vom 1. Juli 2014 bis 18. November 2015, entsprechend 506 Tagen (S. 2 Ziff. 1-5).

Sie machte geltend (S. 2 f. Ziff. 6-8), mit der Gründung der am 29. September 2015 im Handelsregister eingetragenen „B.____ GmbH“ hätten bereits noch nicht ausbezahlte Lohnbestandteile bestanden, nämlich die Provision für einen vom Kläger vermittelten, per 1. Mai 2016 in Kraft tretenden Spielervertrag, mit welcher der Kläger im November 2016 rechnen könne. In diesem Zusammenhang führte sie Art. 11.1 AVG an: „Berechnungsgrundlage für das Taggeld ist der bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit vom deklarierten Betrieb bezogene AHV-Lohn zuzüglich Familienzulagen, einschliesslich noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Anspruch besteht.“ (S. 2 unten). Der Kläger sei bereits 2015 im Bereich der Vermittlung von Hockeyspielern tätig gewesen, deshalb sei es wichtig, über den genauen Betrag der entsprechenden Provisionen im Sinne von noch nicht ausbezahlten Lohnbestandteilen informiert zu werden. Es könne nicht einfach auf den Lohnausweis 2014 und die Lohnabrechnungen von Januar bis November 2015 abgestellt werden, denn die Einkommensreduktion ab Juni 2015 habe mit dem Beginn der Tätigkeit des Klägers als Vermittlungsagent eines Hockeyspielers zu tun (S. 3 oben).

Es sei deshalb richtig, dass sie sich betreffend das Jahr 2015 nur auf die Lohnabrechnungen von Januar bis Mai 2015 gestützt habe (S. 3 Mitte).

Dem vom Kläger mit Fr. 4'643.40 bezifferten durchschnittlichen Monatslohn im Jahr 2014 hielt die Beklagte entgegen, der Kläger habe damit zu Unrecht auf den Nettolohn abgestellt und überdies nicht berücksichtigt, dass die Monate Mai und Juni 2014 entgegenkommenderweise aufgrund des früheren Lohnes als Hockeyspieler entschädigt worden seien (S. 3 unten). Sodann habe der Kläger das Total durch 18 statt 16 Monate (plus 18 Tage) dividiert (S. 3 f.).

Im Hinblick auf ihre Widerklage präsentierte die Beklagte sodann folgende - bereits mit Schreiben vom 19. Februar 2016 (Urk. 7/72) dargelegte - Rechnung (S. 4 Mitte):

Den Lohn als Versicherungsberater im Jahr 2014 bezifferte sie (für 2014) mit Fr. 37'147.-- (Juli bis Dezember 2014). Für das Jahr 2015 rechnete sie einen von Januar bis Mai 2015 erzielten Durchschnittslohn von Fr. 8'736.50 auf die Zeit bis 18. Oktober 2015 um $(x 10 + 18/30)$, womit Fr. 92'606.90 resultierten. Diesem Lohn als Versicherungsberater von Juli 2014 bis 18. November 2015 von Fr. 129'753.90 (2014: Fr. 37'147.--, 2015: Fr. 92'606.90) stellte sie einen Lohn als Hockeyspieler von Fr. 268'366.70 gegenüber und bezifferte den Einkommensverlust mit Fr. 136'612.80, das Taggeld mit Fr. 219.15 und den effektiven Einkommensverlust mit Fr. 110'889.90 (Fr. 219.15 x 506 Tage). Bereits bezahlt habe sie während 457 Tagen ein Taggeld von Fr. 288.35 (gemäss provisorischer Berechnung gestützt auf LSE-Daten), mithin Fr. 131'775.95 (S. 4 unten).

Aus der Gegenüberstellung des zu entschädigenden Einkommensverlusts von Fr. 110'889.90 und dem bereits ausgerichteten Betrag von Fr. 131'775.95 ermittelte sie einen Saldo zu ihren Gunsten von Fr. 20'886.05 (S. 5 oben).

2.3 Der Kläger wandte sich in der Replik (Urk. 10) gegen die Qualifikation der aus der neu gegründeten GmbH im November 2016 anfallenden Provision als noch nicht ausbezahlter Lohnbestandteil; der Arbeitsvertrag habe mit der Swiss Life (Select) bestanden, auf welchem die Beklagte die Taggeldifferenz berechnet habe (S. 1 Ziff. 1).

Der Einkommensrückgang ab Sommer 2015 sei entgegen der Behauptung der Beklagten nicht auf Spielervermittlung zurückzuführen, sondern entspreche normalen (saisonal und durch Ferien und Schulungen) bedingten Schwankungen (S. 1 f. Ziff. 2).

Der Nettolohn sei lediglich beim Nachweis, dass der Lohn im Mai 2015 dem durchschnittlichen Monatseinkommen 2014 entsprochen habe, verwendet worden. Die anschliessende Berechnung basiere auf dem Bruttolohn (S. 3 Ziff. 3).

Das Vorgehen der Beklagten, den Lohn 2015 aus den ertragsstärksten Monaten Januar bis Mai hochzurechnen, sei nicht zulässig, denn damit werde die Lohnentwicklung ab Juni 2015 ausgeblendet. Zudem zeige der Lohnausweis 2014, dass bis Dezember 2014 ein durchschnittlicher Monatslohn von Fr. 4'643.37 (brutto) beziehungsweise Fr. 4'262.12 (netto) realisiert worden sei (S. 3 f. Ziff. 4).

2.4 Die Beklagte führte in ihrer Duplik (Urk. 14) aus, die Gründung des Unternehmens zur Spielervermittlung habe den Arbeitsvertrag als Versicherungsberater und das daraus entstandene Einkommen sehr wohl beeinflusst, wie der

Einkommensrückgang ab Juni 2015 zeige (S. 1 Ziff. 1-2). Es sei unbestritten, dass sich die Berechnung des Erwerbsausfalls auf den Bruttolohn beziehe. Auf einen statistischen Lohn habe sie sich nur gestützt, solange die Lohnabrechnungen nicht vorhanden gewesen seien, womit der Kläger einverstanden gewesen sei (S. 2 f. Ziff. 3).

2.5 Strittig ist die Höhe des Taggelds, dies in Abhängigkeit davon, welche Beträge dem früheren Lohn von Fr. 194'000.-- gegenübergestellt werden, um die Erwerbseinbusse zu ermitteln.

3.

3.1 Die Beklagte führte in ihrem Schreiben vom 12. November 2014 unter anderem aus, sie schlage vor, das Taggeld ausgehend von einem Statistiklohn (Fr. 5'204.-- pro Monat, Fr. 62'448.-- pro Jahr) zu berechnen, woraus eine Erwerbseinbusse von Fr. 121'552.-- und ein Taggeld von Fr. 266.40 resultiere. Nach Leistungsende werde sie den effektiven Lohnausfall gestützt auf die Steuerbescheinigungen für das Jahr 2014 und 2015 berechnen und eine korrigierte Abrechnung vornehmen (Urk. 2/2/4/15 S. 2).

Mit Schreiben vom 24. November 2014 führte sie aus, ab Juli 2014 werde das Taggeld ausgehend von einem Statistiklohn (Fr. 5'204.-- pro Monat, Fr. 62'448.-- pro Jahr) berechnet, womit im Vergleich zum früheren Lohn von Fr. 194'000.-- eine Erwerbseinbusse von Fr. 131'552.-- und ein Taggeld von Fr. 360.40 resultiere. Nach Leistungsende werde sie gestützt auf die Steuerbescheinigungen für das Jahr 2014 und 2015 den effektiven Lohnausfall berechnen und eine korrigierte Abrechnung vornehmen (Urk. 7/25).

In ihrem Schreiben vom 13. Oktober 2015 führte die Beklagte unter anderem aus, bei Leistungsende werde sie gestützt auf das effektive Einkommen eine Korrekturabrechnung vornehmen (Urk. 7/63).

3.2 Gemäss Lohnausweis vom 21. Januar 2015 erzielte der Kläger vom 23. April bis 31. Dezember 2014 bei der Z. ___ AG ein Einkommen von brutto Fr. 37'147.-- und netto Fr. 34'097.-- (Urk. 2/2/4/8 = Urk. 7/46a = 7/69/2).

3.3 Laut Abrechnungen der Z. ___ AG für Januar bis November 2015 (Urk. 2/2/4/9 = Urk. 7/69/3) sowie Dezember 2015 bis Februar 2016 (Urk. 2/2/4/14) wurden folgende Provisionen abgerechnet:

Jahr	Monat	brutto in Fr. (gerundet)
2015	Januar	13'686
	Februar	8'196
	März	5'879
	April	10'832
	Mai	5'090
	Juni	3'840
	Juli	2'986
	August	3'096
	September	4'253
	Oktober	1'394
	November	1'800
	Dezember	1'624
2016	Januar	2'212
	Februar	11'007

3.4 Am 24. September 2015 wurde zwischen dem Kläger als Direktor der B. ___ GmbH und C. ___ ein Management-beziehungswise Agenturvertrag abgeschlossen (Urk. 7/71/2).

Am 29. September 2015 wurde die B. ___ GmbH mit dem Kläger als einzelzeichnungsberechtigtem Gesellschafter und Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen (Urk. 2/2/4/7).

Am 13. Oktober 2015 wurde in den Medien berichtet, der Spielervertrag von C. ___ mit seinem Club sei verlängert worden; dabei sei der Kläger sein Agent gewesen (Urk. 7/61).

Am 17. November 2015 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie sei darüber informiert worden, dass er keinen Lohn für seine Tätigkeit als Agent von C. ___ erhalte und forderte ihn auf, bestimmte Unterlagen einzureichen (Urk. 7/68).

Am 20. Januar 2016 erklärte der Kläger, die im Management-Vertrag vorgesehenen Provisionen würden erst ab Vertragsbeginn des Spielers (1. Mai 2016) fliessen, womit mit einer ersten halbjährlichen Zahlung im November 2016 zu rechnen sei (Urk. 7/71/1 S. 1 Mitte).

4.

4.1 Die Parteien gingen übereinstimmend davon aus, dass die laufenden Taggeldzahlungen auf der Basis eines nur mutmasslichen Erwerbsausfalls bemessen wurden, indem anstelle des noch nicht bekannten effektiven Einkommens ein Statistiklohn eingesetzt wurde.

Die Beklagte stellte in Aussicht, den effektiven Lohnausfall „gestützt auf die Steuerbescheinigungen für das Jahr 2014 und 2015“ beziehungsweise „gestützt auf das effektive Einkommen“ zu berechnen und dementsprechend eine korrigierte Abrechnung vorzunehmen (vorstehend E. 3.1).

4.2 Das von den Parteien gewählte Vorgehen ist einleuchtend, und die getroffene Regelung ist klar und eindeutig: Massstab für den Erwerbsausfall ist das vom Kläger in der fraglichen Zeit effektiv erzielte Einkommen, entsprechend dem Betrag, der auch für seine Steuerpflicht massgebend ist. Hochrechnungen irgendwelcher Art sind damit ebenso wenig vorgesehen wie ein Einbezug von späteren, erst anwartschaftlich vorhandenen Ansprüchen.

Davon abgesehen ist der Standpunkt der Beklagten, die Provisionseinnahmen des Klägers seien ab Juni 2015 tiefer ausgefallen, weil er bereits als Spielervermittler tätig gewesen sei, nicht überzeugend. Der Kläger hat einen einzigen

Spielervertrag vermittelt, über dessen Zustandekommen im Oktober 2015 berichtet wurde (vorstehend E. 3.4). Dass dies seit Juni 2015 mit einem so erheblichen Aufwand verbunden gewesen sein sollte, dass damit die Abnahme der Provisionseinnahmen zu erklären wäre, ist blosser Spekulation. Dies kann jedoch letztlich offen bleiben, denn auch eine solche Abnahme ist mit Blick auf die Taggeldberechnung gar nicht erklärungsbedürftig, wurde doch ohne Relativierung vereinbart, dass auf das effektiv erzielte Einkommen abgestellt werde.

4.3 Somit ist für das Jahr 2014 das laut Lohnausweis erzielte Einkommen von Fr. 37'147.-- (vorstehend E. 3.2) massgebend.

Für das Jahr 2015 massgebend sind die Monate Januar bis Oktober mit einem Total von Fr. 59'252.-- sowie ein pro rata Anteil (18 Tage von 30 = 0.6) der im November abgerechneten Fr. 1'800.--, mithin Fr. 1'080.--, womit für 2015 insgesamt ein Einkommen von Fr. 60'332.-- resultiert.

In der fraglichen Zeit hat der Kläger somit ein effektives Einkommen von Fr. 97'479.-- (Fr. 37'147.-- + Fr. 60'332.--) realisiert.

4.4 Als entgangenes Einkommen sind Fr. 194'000.-- einzusetzen. Dies ergibt von Juli bis Dezember 2014 Fr. 97'000.-- und für die Zeit von Januar bis 18. November 2015 Fr. 171'367.-- (Fr. 194'000.-- : 12 x 10.6), mithin Total Fr. 268'367.--.

Verglichen mit dem effektiven Einkommen von Fr. 97'479.-- beträgt die Einbusse somit Fr. 170'888.--, was einen Taggeldanspruch von Fr. 136'710.-- ergibt (Fr. 170'888.-- x 0.8).

4.5 Die Beklagte hat Zahlungen im Umfang von Fr. 131'775.95 (Fr. 288.35 x 457) erbracht. Dem steht der Anspruch des Klägers von Fr. 136'710.-- gegenüber, was eine Differenz zugunsten des Klägers von Fr. 4'934.05 ergibt.

In diesem Umfang ist die Klage gutzuheissen, während die Widerklage abzuweisen ist.

5. Dem Kläger steht eine Prozessentschädigung zu, die beim praxismässigen Stundenansatz von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) ermessensweise auf Fr. 4'000.-- festzusetzen und der Beklagten aufzuerlegen ist.

Das Gericht erkennt:

1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 4'934.05 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Klägereine Prozessentschädigung von Fr. 4'000.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Fürsprecher Andreas Hubacher

- VAUDOISE ALLGEMEINE, Versicherungs-Gesellschaft AG

- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. 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 siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten 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 des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der VorsitzendeDie Gerichtsschreiberin

MosimannTiefenbacher