



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 16. Februar 2023 (731 22 270 / 51)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Berechnung des Taggelds aufgrund des im Monat vor der Arbeitsunfähigkeit erzielten Einkommens ist nicht zu beanstanden. Ein vor der Krankheit vorgenommener Berufs- oder Pensenwechsel und die damit verbundene Lohneinbusse stellen keine "Schwankungen" im Sinne der anwendbaren Allgemeinen Vertragsbedingungen dar.

Besetzung Vizepräsident Christof Enderle, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Jürg Pulver, Gerichtsschreiberin Margit Campell

Parteien **A.**_____, Kläger, vertreten durch Martin Dumas, Advokat, Rümelinplatz 14, Postfach, 4001 Basel

gegen

Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG, Rechtsdienst,
Richtiplatz 1, 8304 Wallisellen, Beklagte

Betreff Taggeld

A.1 A._____, geboren 1955, arbeitete ab 1. Februar 2018 für die B.____ AG in einem 60%-Pensum. Er war in dieser Eigenschaft im Kollektiv-Versicherungsvertrag seiner Arbeitgeberin bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG (Allianz) krankentaggeldversichert. Ab 25. September 2018 war A.____ vollständig arbeitsunfähig. Am 5. Oktober 2018 vereinbarten die

B.____ AG und A.____ die Auflösung des Arbeitsverhältnisses per Ende Oktober 2018. Die Allianz richtete in der Folge nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist Krankentaggelder in Höhe von Fr. 280.47 pro Tag aus. Sie stützte sich dabei auf Art. 6 Ziff. 1 Abs. 1 der Zusatzbedingungen (ZB) für die Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2008, und berechnete die Höhe des Taggelds gestützt auf den AHV-Lohn, den A.____ im Monat vor der Erkrankung (August 2018/Fr.10'000.-- netto) bezog. In der Folge wandte sich A.____ an die Allianz und machte geltend, dass sein AHV-Lohn in den Monaten vor seiner Erkrankung starken Schwankungen unterlegen sei. Aus diesem Grund sei das Taggeld gestützt auf Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB unter Berücksichtigung seines in der Zeit vom 1. September 2017 bis 31. August 2018 erzielten Einkommens zu bemessen. Die Allianz bestritt diese Auffassung und stellte sich auf den Standpunkt, dass der von A.____ bezogene Lohn keine starken Schwankungen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB aufweise. Im nachfolgenden Schriftenwechsel fanden die Parteien keine Einigung.

A.2 Mit Eingabe vom 27. September 2022 reichte A.____, vertreten durch Advokat Martin Dumas, beim Kantonsgericht Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), Klage gegen die Allianz ein. Er beantragte, es sei vorfrageweise festzustellen, dass die Beklagte ihm für die Zeit vom 1. November 2019 bis und mit 31. März 2020 ein Krankentaggeld in der Höhe von Fr. 433.95 pro Tag schulde. Dementsprechend sei sie zu verurteilen, ihm – in Anrechnung der bereits ausgerichteten Leistungen – eine Nachzahlung in der Höhe von Fr. 79'349.16 zuzüglich Zins zu 5 % ab Fälligkeit des einzelnen Taggelds zu leisten; Mehrforderung vorbehalten. Die ordentlichen Kosten seien der Beklagten aufzuerlegen; zudem sei diese zu verurteilen, ihm eine Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer auszurichten. Zur Begründung brachte er im Wesentlichen vor, dass sein Lohn starke Schwankungen aufgewiesen habe, weshalb die Beklagte für die Bemessung des Taggelds nicht auf den AHV-Lohn des Monats August 2018 von Fr. 10'000.-- netto hätte abstellen dürfen. Vielmehr sei der von ihm vom 1. September 2017 bis 31. August 2018 bezogene Lohn in der Höhe von Fr. 197'986.35 zu berücksichtigen. Das Taggeld betrage daher nicht Fr. 280.47, sondern Fr. 433.95. Die Differenz von Fr. 152.48 pro Tag sei für 517 Tage, d.h. im eingeklagten Betrag von Fr. 79'349.16, nachzuzahlen.

B. Mit Klageantwort vom 14. November 2022 beantragte die Allianz die Abweisung der Klage, soweit darauf eingetreten werden könne; unter o/e-Kostenfolge. Sie bestreite das Einkommen des Klägers in der Zeit vom 1. September 2017 bis 31. August 2018 nicht. Sie sei jedoch der Auffassung, dass dieser Lohn keinen starken Schwankungen unterlegen sei, sondern stetig abgenommen habe, weshalb Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB nicht zur Anwendung kommen könne. Diese Bestimmung bezwecke nämlich keinen Ausgleich für einen vor der Krankheit vorgenommenen Berufs- oder Pensenwechsel und die damit verbundene Lohneinbusse. Vielmehr werde mit ihr ein Ausgleich bei unregelmässiger Teilzeitarbeit angestrebt.

C. Mit Verfügung vom 22. November 2022 wurde der Fall dem Gericht zur Beurteilung überwiesen.

D. Anlässlich der heutigen Hauptverhandlung hielten die Parteien an ihren Ausführungen fest. Der Kläger modifizierte seinen Hauptantrag jedoch und machte geltend, dass er in der Zeit von Mai 2018 bis August 2018 in einem 90%igen Pensum gearbeitet und daher einen Monatslohn

von Fr. 15'000.-- zugute habe. Dieser sei der Berechnung des Taggelds zugrunde zu legen. Die Beklagte hielt an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) vom 26. September 2014 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind somit privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ergibt sich aus Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 54 Abs. 1 lit. d des kantonalen Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Grundsatzentscheid vom 1. Dezember 2011 festgehalten hat, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen. Diese Klagen sind vielmehr direkt am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, einzureichen (Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262).

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zugrundeliegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Sutter-Somm-/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Zürich 2016, Art. 32 Rz. 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. 20 der Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankenversicherung (AB, Ausgabe 2008) der Beklagten, wonach ein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der versicherten Person besteht. Da der Kläger Wohnsitz in X.____ hat, ist das angerufene Gericht auch örtlich zuständig. Auf die formgerecht erhobene Klage ist damit einzutreten.

2. Materiell streitig ist die Höhe des Krankentaggelds des Klägers. Dabei wird auch Frage zu beurteilen sein, ob der vom Kläger vor seiner Erkrankung bezogene Lohn starken Schwankungen im Sinne von Art. Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB unterlag. Unbestritten ist jedoch der Anspruch des Klägers auf Krankentaggeld ab 25. September 2018 bis Ende März 2020.

3.1 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ist der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen; es ist dabei aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweis erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht

von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhalts entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhalts tragen. Das Bundesgericht hat die in den kantonalen Vorgängernormen zu Art. 247 Abs. 2 ZPO enthaltene Untersuchungsmaxime daher bisweilen auch als gemilderte Verhandlungsmaxime bezeichnet. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Die Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen oder alle möglichen Beweise abzunehmen. Ebenso wenig verleiht die Untersuchungsmaxime den Parteien Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel. Das Gericht muss die betroffene Partei nur einmal auf etwaige Unzulänglichkeiten in ihren Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hinweisen. Bei anwaltlicher Vertretung ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf "krasse Fälle" beschränkt. Indessen verpflichtet die Untersuchungsmaxime das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, a.a.O., Art. 247 Rz. 33 ff.).

3.2 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 130 III 321 E. 3.1). 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 (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

3.3 In BGE 148 III 105 hat das Bundesgericht die Grundsätze zur Beweislastverteilung erneut bekräftigt. Nach der erwähnten Grundregel (Art. 8 ZGB) hat demnach der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigte und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1).

3.4 Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden (BGE 148 III 105 E. 3.3.1).

3.5 Gelangt das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2). In diesem Fall liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist (BGE 114 II 289 E. 2); sie schliesst selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 109 II 31 E. 3b). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 114 II 289 E. 2). Ebenso schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.206/2006, E. 2.1).

3.6 Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Da das VVG ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die AVB massgebend. Das Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911 gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrags zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

3.7 Die AVB werden nach den gleichen Grundsätzen ausgelegt wie andere Vertragsbestimmungen (BGE 142 III 671 E. 3.3; 135 III 1 E. 2; je mit Hinweisen). Entscheidend ist demnach in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Wille der Vertragsparteien und in zweiter Linie, falls ein solcher nicht festgestellt werden kann, die Auslegung der Erklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip (BGE 142 III 671 E. 3.3; 140 III 391 E. 2.3; je mit Hinweisen). Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 140 III 391 E. 2.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 123 III 165 E. 3a). Demnach ist der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck massgebend, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 140 III 391 E. 2.3; BGE 138 III 659 E. 4.2.1; BGE 132 III 24 E. 4).

4. Im vorliegenden Verfahren haben die Parteien gemäss Angaben in der Kollektiv-Krankenversicherungspolice vom 15. Dezember 2016 die Allgemeinen Bedingungen (AB, Ausgabe

2008) und die Zusatzbedingungen für die Krankentaggeld-Versicherung (ZB, Ausgabe 2008) als anwendbar bezeichnet. Gemäss Art. 5 Ziff. 1 ZB richtet sich die Höhe des Taggelds nach dem ärztlich attestierten Grad der Arbeitsunfähigkeit, wobei bei einer Arbeitsunfähigkeit unter 25 % kein Anspruch auf Taggelder besteht. Art. 6 Ziff. 1 Abs. 1 ZB bestimmt betreffend die Berechnung der Leistungen auch, dass als Grundlage für die Bemessung des Taggelds der AHV-Lohn gilt, den die versicherte Person im Monat vor Beginn des Krankheitsfalls oder Rückfalls vom Versicherungsnehmer bezogen hat. Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht, werden mitberücksichtigt. Darunter fallen insbesondere regelmässige Vergütungen, deren Höhe arbeitsvertraglich vereinbart ist, wie der 13. Monatslohn. Nicht berücksichtigt werden nicht leistungsabhängige einmalige Sondervergütungen wie Gratifikationen, Treueprämien, Dienstaltersgeschenke etc. (Abs. 2). Das Taggeld richtet sich in jedem Fall nach dem effektiven Erwerbsausfall, welchen die versicherte Person aufgrund des Krankheitsfalls erleidet (Abs. 3). Der Lohn wird auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt. Bei versicherten fixen Lohnsummen wird diese ebenfalls durch 365 geteilt. Das so ermittelte Taggeld wird für jeden Kalendertag ausgerichtet (Abs. 4). Unterliegt der Verdienst starken Schwankungen (z.B. Provisionsbezüger, unregelmässiger Arbeitseinsatz), so wird für die Berechnung des Taggelds der in den letzten 12 Monaten vor Krankheitsbeginn erzielte Lohn durch 365 geteilt. Eine starke Schwankung liegt vor, wenn das so berechnete Taggeld um mindestens 10 % vom gemäss vorstehenden Absätzen berechneten Taggeld abweicht (Abs. 5).

5.1 Der Kläger führt aus, er habe bis Ende Januar 2018 einen monatlichen Nettolohn von Fr. 21'200.-- bezogen. Per Februar 2018 habe er im Sinne einer Nachfolgeregelung die B._____ AG verkauft. Er habe aber weiterhin für sie in einem Pensum von 60 % zu einem vereinbarten Nettolohn von monatlich CHF 10'000.-- gearbeitet. Es sei von Anfang an klar gewesen, dass er regelmässig Mehrarbeit leisten werde. So habe er bis Ende August 2018 zusätzlich 30 Tage gearbeitet, was mit Blick auf das vertraglich vereinbarte Pensum von 60 % insgesamt 50 Arbeitstagen entspreche. Ab 25. September 2018 sei er zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, worauf das Arbeitsverhältnis einvernehmlich per 31. Oktober 2018 aufgelöst worden sei. Die Beklagte habe die volle Arbeitsunfähigkeit anerkannt und ihm bis zum Erreichen des AHV-Alters Ende März 2020 Taggelderleistungen ausbezahlt. Strittig sei einzig der Umfang des Taggelds. Die Beklagte habe ihrer Berechnung den AHV-Bruttolohn des Monats August 2018 von Fr. 10'663.80 zugrunde gelegt und ein Taggeld von Fr. 280.47 errechnet. Sie habe sich dabei auf Art. 6 Ziff. 1 Abs.1 ZB gestützt. Dieses Vorgehen werde bestritten. Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB sehe nämlich vor, dass bei starken Schwankungen des Verdiensts für die Berechnung des Taggelds der Lohn der vergangenen 12 Monate durch 365 zu teilen sei. Die von ihm vorgenommene Schattenrechnung ergebe einen Jahresverdienst von Fr. 197'986.35 bzw. eine Abweichung um 54.72 % zum Lohn vom Monat August 2018, weshalb von einem Taggeld in Höhe von Fr. 433.95 auszugehen sei ($\text{Fr. } 197'986.35 / 365 \times 80 \%$). Die Differenz von Fr. 152.48 ($\text{Fr. } 433.95 - \text{Fr. } 280.47$) sei für 517 Tage nachzuzahlen, woraus sich die Klagforderung von Fr. 79'349.16 ergebe. Weiter bestritt der Kläger aus, dass Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB entgegen dem Dafürhalten der Beklagten nicht nur bei unregelmässiger Teilzeitarbeit zur Anwendung gelange. Aber selbst wenn dies der Fall wäre, würde er diese Voraussetzung erfüllen, da er sein Pensum in den Monaten Februar bis April 2018 um mindestens 20 % überschritten habe. Zu beachten sei, dass selbst die Beklagte von einem

stark schwankenden Einkommen ausgehe, wie ihrer Aktennotiz vom 8. Januar 2019 zu entnehmen sei. Die Bestimmung von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB sei in ihrem Wortlaut klar. Sollte sie als unklar aufgefasst werden, so müsste sie contra stipulatorem und damit im Sinne des Klägers ausgelegt werden. Im Rahmen der Parteiverhandlung liess der Kläger sodann verlauten, er habe während den Monaten Mai 2018 bis August 2018 mindestens 90 % gearbeitet und daher einen Monatslohn von Fr. 15'000.-- zugute.

5.2 Die Beklagte begründete ihren Abweisungsantrag im Wesentlichen damit, dass die Bestimmung von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB bezwecke, einen Ausgleich bei unregelmässiger Teilzeitarbeit zu schaffen. Sie sei jedoch entgegen der Auffassung des Klägers nicht anwendbar für einen vor der Krankheit vorgenommenen Berufs- oder Pensenwechsel sowie die daraus resultierende Lohneinbusse. Es werde nicht bestritten, dass der Kläger bis Ende Januar 2018 einen monatlichen Nettolohn von Fr. 21'200.-- und von Februar 2018 bis April 2018 einen solchen von Fr. 13'333.35 bezogen habe. Ab Mai 2018 sei zwischen dem Kläger und dem neuen Geschäftsführer der B.____ AG vereinbart worden, dass das offiziell vereinbarte Arbeitspensum von 60 % (Dienstag bis Donnerstag) gelte, und dass für die Überzeit während den normalen Arbeitstagen bis 30. April 2018 keine Zusatzzahlung oder Kompensation verlangt werde. Auch aus der Behauptung, dass der Kläger bis Ende August 2018 lediglich einen Ferientag bezogen habe, könne er nicht ableiten, er habe im Umfang des Feriensaldos Mehrarbeit geleistet. Ohne Erkrankung hätte der Kläger die Ferien noch bis Ende 2018 beziehen können, weshalb er auch daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten könne. Im Weiteren fände sich in der Aufhebungsvereinbarung vom 5. Oktober 2018 keine Regelung bezüglich Kompensation von Ferientagen oder Auszahlung offener Überstunden. Dies lasse die Annahme zu, dass kein entsprechender Anspruch mehr bestanden habe. Der Verdienst des Klägers sei keinen Schwankungen unterlegen, sondern habe stetig abgenommen. Auch die Aktennotiz eines ihrer Mitarbeiter vom 8. Januar 2019 ändere daran nichts. Diese sei lediglich eine interne Beurteilung, in welcher die Vermutung eines Anwendungsfalls von Art. Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB geäussert worden sei. Eine nähere Analyse habe aber gezeigt, dass beim Kläger von einem schwankenden Einkommen keine Rede sein könne.

6.1 Im vorliegenden Verfahren ist unbestritten, dass der Kläger bis Ende Januar 2018 einen monatlichen Nettolohn von Fr. 21'200.-- bezog. Gemäss Angaben im Anstellungsvertrag vom 9. Februar 2018 war der Kläger ab 1. Februar 2018 als Senior-Mitglied der Geschäftsleitung mit einem Arbeitspensum von 60 % (ganztags an drei Arbeitstagen pro Woche) bei der B.____ AG angestellt. Für seine Tätigkeit wurde ein Monatslohn von Fr. 10'000.-- netto, zahlbar 12 Mal jährlich (inkl. 13. Monatslohn) vereinbart. Auch dies ist nicht strittig. In den Monaten Februar 2018 bis April 2018 richtete die B.____ AG dem Kläger allerdings einen Monatslohn von Fr. 13'333.35 netto aus, weil er entgegen den Angaben im Anstellungsvertrag nicht 60 %, sondern 80 % gearbeitet habe (vgl. E-Mail vom 20. Mai 2018, klägerische Beilage 7). Ab Mai 2018 galt das offiziell vereinbarte Arbeitspensum von 60 %, weshalb bis zum Eintritt der vollständigen Arbeitsunfähigkeit am 25. September 2018 ein Nettolohn von Fr. 10'000.-- entrichtet wurde.

6.2.1 Zu prüfen ist zunächst, ob der Kläger den Nachweis erbrachte, dass er Anspruch auf 28 nicht bezogene Ferientage sowie 3 Kompensationstage hat. Dazu ist festzustellen, dass er für diese Behauptung keine beweiskräftigen Belege vorlegte. Er verwies dieszüglich auf die von ihm

selbst verfassten E-Mails an die Arbeitgeberin vom 20. Mai 2018, 5. Juni 2018, 4. Juli 2018, 30. August 2018 und 6. September 2018. Die B._____ AG selbst äussert sich dazu jedoch nicht. Auch ist der Vergleichsvereinbarung vom 5. Oktober 2020 nicht zu entnehmen, dass der Kläger in diesem Zeitpunkt noch Ansprüche aus nicht bezogenen Ferien oder Kompensationstagen hat. Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass solche Ausstände in der gemeinsam ausgearbeiteten Vereinbarung vom 5. Oktober 2018 geregelt worden wären.

6.2.2 Auch seine Behauptung, wonach er in den Monaten Mai 2018 bis August 2018 mehr als das vereinbarte Pensum und im Umfang von 90 % gearbeitet habe, ist in keiner Weise belegt. Entgegen seiner Behauptung führte er selbst in den vorgenannten E-Mails an die ehemalige Arbeitgeberin aus, dass er ab Mai 2018 im offiziell vereinbarten Pensum von 60 % gearbeitet habe. Dafür sprechen auch die Lohnblätter für die entsprechenden Monate. Demnach wurde ihm für die strittige Zeit nur der vertragliche Nettolohn von Fr. 10'000.-- ausbezahlt (vgl. klägerische Beilage 6). Hätte er in den Monaten Mai 2018 bis August 2018 mehr als vereinbart gearbeitet, wäre sein Monatslohn – wie in den Monaten Februar 2018 bis April 2018 – wohl entsprechend höher ausgefallen. Dieser Schluss drängt sich auch unter Berücksichtigung der vom Kläger erstellten Schattenrechnung als Basis seiner Klageforderung auf. Dabei ging er von einem Jahreslohn von Fr. 197'986.35 aus. Dieses Einkommen entspricht dem Bruttolohn für die Zeit vom 1. September 2017 bis zum 31. August 2018. Der Kläger selbst verzichtete somit auf die Geltendmachung weiterer Lohnforderungen im vorliegenden Verfahren. Zu beachten ist ferner, dass gemäss Saldoklausel in der Vereinbarung vom 5. Oktober 2018 die Parteien per Saldo aller Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis endgültig und vollständig auseinandergesetzt waren.

6.3 Zusammenfassend erbrachte der Kläger aufgrund der vorstehenden Ausführungen den Nachweis nicht, dass er in der Zeit vom 1. Mai 2018 bis 31. August 2018 in einem höheren als dem vereinbarten 60%igen Pensum arbeitete und Anspruch auf einen Nettolohn von 15'000.-- hatte. Unter diesen Umständen ist davon auszugehen, dass der Kläger bis Ende Januar 2018 monatlich netto Fr. 21'200.--, bis Ende April 2018 monatlich netto Fr. 13'333.35 und ab Mai 2018 monatlich netto Fr. 10'000.-- verdiente.

7.1 Uneinigkeit besteht zwischen den Parteien und nachfolgend zu prüfen ist, ob der ab Februar 2018 schrittweise reduzierte Lohn "starken Schwankungen" im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB unterlag.

7.2 Bei der Auslegung vorformulierter Vertragsbestimmungen gelten grundsätzlich die gleichen Regeln wie bei individuell verfassten Vertragsklauseln (BGE 142 III 671 E. 3.3). Das bedeutet, dass primär der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien ermittelt werden muss. Lässt sich hinsichtlich der Tragweite einer Klausel der vorformulierten AVB ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien nicht feststellen, richtet sich die Auslegung nach den Grundsätzen der normativen Vertragsauslegung. Demnach ist zu eruieren, wie der Versicherungsnehmer die AVB nach Treu und Glauben verstehen durfte (BGE 133 III 675 E. 3.3). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und die Klauseln im Zusammenhang so auszulegen, wie sie nach den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten; es hat dabei auch zu berücksichtigen, was sachgerecht ist (BGE 133 III 607 E. 2.2; GERHARD STOESEL, in: Honsell/Vogt/Schnyder

[Hrsg.], Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Vorbemerkungen Art. 1-3 N 22 f.). 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).

7.3.1 Gemäss dem bereits mehrfach zitierten Wortlaut von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB muss für die Berechnung des Taggelds der in den letzten 12 Monaten vor Krankheitsbeginn erzielte Lohn durch 365 geteilt werden, wenn der Verdienst starken Schwankungen (z.B. Provisionsbezüger, unregelmässiger Arbeitseinsatz) unterlag. Eine starke Schwankung liegt vor, wenn das so berechnete Taggeld um mindestens 10 % vom gemäss vorstehenden Absätzen berechneten Taggeld abweicht (Abs. 5). Der Kläger stellt sich auf den Standpunkt, es liege eine starke Schwankung vor, da er im August 2018 ein um 54 % tieferes Einkommen als in den 12 Monaten vor der Erkrankung erzielt habe. Die Beklagte bestreitet dies und hält fest, dass der Kläger keine Schwankung in den Lohnansprüchen erlitten habe.

7.3.2 Um diese Frage zu klären, muss der Begriff "Schwankung" unter Berücksichtigung der grammatikalischen Auslegungsmethode untersucht werden. Gemäss Duden (vgl. www.duden.de, Rechtschreibung, Bedeutung, Definition, Herkunft) bedeutet das Wort schwanken "in seinem Zustand, Befinden, Grad, Mass oder ähnlichem [ständigen] Veränderungen ausgesetzt sein; nicht stabil sein". Aus dieser Definition wird entgegen der Behauptung des Klägers deutlich, dass eine kontinuierliche Abnahme des Einkommens nicht als Schwankung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB verstanden werden kann. Zwar verdiente der Kläger ab Februar 2018 weniger; ab Mai 2018 bezog er dauerhaft den gleichen Nettolohn von Fr. 10'000.-- pro Monat. Diese verminderten Einkommen sind jedoch auf eine Reduktion des Arbeitspensums zurückzuführen, welche zwischen dem Kläger und der Arbeitgeberin im Anstellungsvertrag vom 9. Februar 2018 und damit freiwillig vereinbart wurde. Eine Anwendung von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB erscheint daher bereits unter diesem Aspekt nicht plausibel. Dies wird auch durch die in dieser Bestimmung zur Verdeutlichung des Begriffs "schwankend" genannten Beispiele wie Provisionsbezüge und unregelmässige Arbeitseinsätze noch veranschaulicht. Diese Begriffe stimmen dahingehend überein, dass sie nicht von der anspruchsberechtigten Person willentlich herbeigeführt werden können. So wurde im Anstellungsvertrag vom 9. Februar 2018 vereinbart, dass eine Bonuszahlung freiwillig sei und aufgrund des Geschäftsgangs und der persönlichen Leistungen ausgerichtet werden könne. Die unregelmässigen Arbeitseinsätze zielen klar auf Teilzeitarbeitende auf Abruf ab, welche nach Bedarf des Arbeitgebers aufgeboten werden. Dabei handelt es sich um weder voraussehbare noch berechenbare Ursachen für die Lohnschwankungen. Dieser Sachverhalt liegt hier klarerweise nicht vor, denn die vom Kläger freiwillig herbeigeführte Veränderung des Arbeitspensums ab Februar 2018, die auch den Lohn beeinflusste, fällt nach dem klaren Wortlaut nicht unter den Begriff "Schwankung" gemäss Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB.

7.3.3 Damit gelingt es dem Kläger unter Berücksichtigung des klaren Wortlauts nicht, eine Schwankung im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB nachzuweisen. Dagegen spricht auch, dass sich das Taggeld nach dem effektiven Erwerbsausfall richtet, den die versicherte Person aufgrund des Krankheitsfalls erleidet (Art. 6 Ziff. 1 Abs. 3 ZB). Da weder den Unterlagen zu entnehmen ist noch vom Kläger behauptet wird, dass er sein Arbeitspensum nach seiner Erkrankung wieder erhöht hätte, entspricht der Erwerbsausfall daher dem Verdienst, den er im August 2018 verdient hat. Die Beklagte hat unter diesen Umständen die Behauptung des Klägers zurecht bestritten und darauf hingewiesen, dass der AHV-Lohn im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 3 ZB der Berechnung des Taggelds zugrunde zu legen ist.

7.4 Insgesamt vermag der Kläger nicht nachzuweisen, dass er in den letzten 12 Monaten vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 25. September 2018 ein stark schwankendes Einkommen im Sinne von Art. 6 Ziff. 1 Abs. 5 ZB erzielt hat. Er trägt damit die Folgen der Beweislosigkeit nach Art. 8 ZGB. Die Klage ist unter diesen Umständen abzuweisen.

8.1 Der im vorliegenden Verfahren anwendbare Art. 114 lit. e ZPO bestimmt, dass das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Von der Erhebung von Verfahrenskosten ist deshalb abzusehen.

8.2 Der obsiegenden Partei ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzusprechen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt oder eine externe Anwältin vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, E. 5 mit Hinweisen; zur Geltung dieser Rechtsprechung unter der ZPO Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2010, 4A_194/2010, E. 2.2.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht gegeben, wird die Beklagte doch durch den internen Rechtsdienst vertreten. Unter diesen Umständen hat sie keinen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung zulasten des Klägers (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts vom 9. Mai 2014, 731 13 350, E. 7.2).

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 3. Eine Parteientschädigung wird nicht ausgerichtet.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>