

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111011\_d\_zh\_o\_01 vom 11. Oktober 2011**

FINMA Versicherungsrecht, 2011-10-11, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20111011\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20111011_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111011\_d\_zh\_o\_01 du 11 octobre 2011

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20111011\_d\_zh\_o\_01 del 11 ottobre 2011

## **Erwägungen**

### **E. 1**

X.\_\_\_\_, geboren 1958, ist mit Y.\_\_\_\_ verheiratet, welche das Restaurant „Z.\_\_\_\_“ in A.\_\_\_\_ betreibt und bei der SWICA Gesundheitsorganisation (nachfolgend: Swica) eine kollektive Krankentaggeldversicherung abgeschlossen hatte (Urk. 2/21). Am 19. August 2009 meldete Y.\_\_\_\_ der Swica eine volle Arbeitsunfähigkeit ihres Ehemannes seit

#### **E. 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). Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur; strittige Ansprüche darüber sind in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen, das die Kantone unter Beachtung der Verfahrensgrundsätze von Art. 85 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG, in der bis 31. Dezember 2010 anwendbaren Fassung) zu regeln haben. Im Kanton Zürich ist das Sozialversicherungsgericht zuständig für die Behandlung der Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend das Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).

#### **E. 1.2**

Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sehen die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (Art. 85 Abs. 2 VAG in der bis 31. Dezember 2010 anwendbaren Fassung). Das Verfahren ist daher einerseits vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht, wonach das Gericht von Amtes wegen für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen hat. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt; er findet sein Korrelat in den Mitwirkungspflichten der Parteien. Die Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien nicht davon, Beweise beizubringen und bei der Erstellung des Sachverhalts mitzuwirken (BGE 125 III 238 f. Erw. 4a). Sie haben die für die Beurteilung des Anspruchs notwendigen Auskünfte zu erteilen und zur Beschaffung der erforderlichen Unterlagen Hand zu bieten (vgl. BGE 116 V 27).

#### **E. 1.3**

Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn es von ihrem Bestehen überzeugt ist (Kummer, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Aufl., Bern 1984, S.

136). Im Sozialversicherungsrecht hat das Gericht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nicht etwas Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen. Die blossе Möglichkeit eines bestimmten Sachverhalts genügt den Beweisanforderungen nicht. Der Richter und die Richterin haben vielmehr jener Sachverhaltsdarstellung zu folgen, die sie von allen möglichen Geschehensabläufen als die wahrscheinlichste würdigen (BGE 126 V 360 Erw. 5b, 125 V 195 Erw. 2, je mit Hinweisen). Dieser im Sozialversicherungsprozess allgemein gültige Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gelangt auch im Klageverfahren betreffend Leistungen aus der Zusatzversicherung zur Anwendung (Christine Grünig, Verfahrensfragen in der Krankenversicherung, in: Aktuelles im Sozialversicherungsrecht, Hrsg. Hans-Jakob Mosimann, Zürich 2001, S. 193 mit Hinweisen).

#### **E. 1.4**

Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus, da es Sache des Gerichts ist, für die Zusammentragung des Beweismaterials besorgt zu sein (BGE 115 V 113 Erw. 3d/bb; Maurer, Sozialversicherungsrecht, Bd. I, 2. unveränderte Aufl., Bern 1983, S. 438 Ziff. 7a). Die Parteien tragen mithin in der Regel eine Beweislast nur in-sofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte (BGE 115 V 142 Erw. 8a). Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (BGE 117 V 264 Erw. 3b).

2. 2.1 Der Kläger machte geltend, die von ihm ausgeführte Tätigkeit als stellvertretender Geschäftsführer im Restaurant seiner Frau sei grundsätzlich als behinderungsangepasst einzustufen und die Versicherungsfähigkeit sei sicher gegeben (Urk. 1 S. 4 Ziff. 2). Er bezahle gemäss Lohnliste Beiträge als Angestellter und sei folglich nicht mitarbeitendes Familienmitglied. Somit sei der Versicherungsantrag korrekt ausgefüllt worden und der Kläger zähle zum versicherten Personenkreis gemäss Ziff. II.5 der geltenden Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB). Die Beklagte sei für die ab dem 4. August 2009 attestierte Arbeitsunfähigkeit vollumfänglich leistungspflichtig (Urk. 1 S. 5 Ziff. 4). Im Rahmen der Replik (Urk. 11) führte der Kläger ergänzend aus, im Zeitpunkt der Restauranteröffnung im Juni 2009 habe noch gar nicht abgeschätzt werden können, wie sich der Betrieb entwickle und ob allenfalls noch zusätzliches Personal eingestellt werden müsse. Zumindest sei jedoch ein männlicher Angestellter angegeben worden, weil klar gewesen sei, dass er im Betrieb arbeiten würde (S. 2). Die von der Beklagten geforderten Unterlagen würden im Übrigen nicht als Beweismittel taugen (S. 3). In seiner Eingabe vom 5. August 2011 (Urk. 25) machte der Kläger sodann geltend, ein Arbeitsvertrag beweise nichts und könne auch mündlich abgeschlossen werden, was im vorliegenden Fall ja naheliegend sei (Ziff. 4). Weiter bestehe zwar ein gesetzlicher Anspruch auf eine individuelle Lohnabrechnung, wenn der Arbeitgeber jedoch keine solche ausstelle und der Arbeitnehmer damit einverstanden sei, so erübrigten sich diese (Ziff. 5). Den Lohn habe er jeweils ratenweise auf die Hand erhalten, da zuerst die Löhne der Festangestellten hätten beglichen werden müssen (Ziff. 6).

2.2 Demgegenüber machte die Beklagte in der Klageantwort (Urk. 7) geltend, im Kollektiv- Krankentaggeldvertrag sei lediglich die Frau des Klägers erwähnt und damit entsprechend versichert. Der

Kläger erscheine nicht als Familienangehöriger, der im Betrieb arbeite, so dass eine entsprechende Versicherung unter diesem Titel entfalle (S. 3 Ziff. IV.3). Auch auf der Lohnliste Pensionskasse erscheine der Kläger nicht. Es sei daher davon auszugehen, dass der Kläger ein mitarbeitendes, nicht AHV-pflichtiges Familienmitglied sei und im Vertrag namentlich hätte erwähnt werden müssen, um versichert zu sein (S. 4 Ziff. 3). Ein weiteres Indiz, dass der Kläger nicht als Angestellter tätig gewesen sei, seien ein fehlender Arbeitsvertrag oder ein Pflichtenheft sowie die fehlenden Lohnunterlagen (S. 4 Ziff. 4 und 5). In der Duplik (Urk. 14) hielt die Beklagte daran fest, dass es nicht üblich sei, einen Mitarbeiter anzustellen, von welchem man nicht wisse, welche Tätigkeiten er gesundheitsbedingt überhaupt ausführen könne. Der Kläger hätte als mitarbeitendes Familienmitglied deklariert werden müssen (S. 2 Ziff. 2). In ihrer Eingabe vom 15. Juni 2011 (Urk. 22) wies die Beklagte sodann darauf hin, dass keine echtzeitlichen Dokumente vorliegen würden, welche ein Anstellungsverhältnis belegten (S. 2) und führte in der Stellungnahme vom 18. September 2011 (Urk. 28) ergänzend aus, aufgrund der fehlenden Beweise für ein Angestelltenverhältnis sowie der Behauptung des Klägers, dass zuerst die Löhne der Festangestellten hätten beglichen werden müssen, sei davon auszugehen, dass kein festes Arbeitsverhältnis mit einem Monatslohn von Fr. 4'500.-- vor-liege (S. 3). 2.3 Strittig und zu prüfen ist damit die Versicherteneigenschaft des Klägers. 3. 3.1 Gemäss den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB, Urk. 8/21) der Beklagten besteht eine kollektive Taggeldversicherung einerseits für die im Vertrag aufgeführten Personen, die im versicherten Betrieb beschäftigt sind und das 70. Altersjahr noch nicht vollendet haben (Ziff. II.5 AVB), sowie andererseits für den Betriebsinhaber sowie dessen im Betrieb mitarbeitenden, aber nicht in der Lohnbuchhaltung aufgeführten Familienmitglieder (Ehegatte, Kinder, Eltern), sofern diese im Vertrag namentlich aufgeführt sind (Ziff. II.6 AVB). Nachdem der Kläger unbestrittenermassen im Vertrag nicht namentlich aufgeführt ist (vgl. Urk. 8/19 S. 4) und damit ein Versicherungsschutz im Rahmen von Ziff. II.6 AVB ausser Betracht fällt (vgl. auch Urk. 11 S. 2), bleibt zu prüfen, ob zwischen dem Kläger und seiner Ehefrau als Geschäftsinhaberin des Restaurants „Z.\_\_\_\_“ ein Arbeitsverhältnis besteht, mithin also, ob dem Kläger Arbeitnehmereigenschaft zukommt. 3.2 Nach der Rechtsprechung beurteilt sich die Frage nach der Arbeitnehmereigenschaft regelmässig nach der äusseren Erscheinungsform wirtschaftlicher Sachverhalte, und nicht nach allfällig davon abweichenden, internen Vereinbarungen der Beteiligten. Im Zweifelsfalle ist die Arbeitnehmereigenschaft jeweils unter Würdigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu beurteilen, wobei namentlich zu prüfen ist, ob geleistete Arbeit, ein Unterordnungsverhältnis und die Vereinbarung eines Lohnanspruches in irgendeiner Form vorliegen (Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts U 225/01, vom 17. März 2003, E. 5.1 mit Hinweis). Als Beweis für den tatsächlichen Lohnfluss genügen dabei Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lautendes Post- oder Bankkonto; bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen und Auskünfte von ehemaligen Mitarbeitern (allenfalls in Form von Zeugenaussagen) in Betracht. Höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlung bilden Arbeitgeberbescheinigungen, vom Arbeitnehmer oder der Arbeitnehmerin unterzeichnete Lohnabrechnungen und Steuererklärungen sowie Eintragungen im individuellen Konto. Die Form der Lohnzahlung ist grundsätzlich frei. Geldlohn wird zwar regelmässig entweder bar ausbezahlt oder auf ein vom Arbeitnehmer angegebenes Postcheck- oder Bankkonto überwiesen (Adrian Staehelin, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch [Zürcher Kommentar], Obligationenrecht, Der Arbeitsvertrag: Art. 319 - 362 OR, 3. Aufl., Zürich

1996, N 6 zu Art. 323b). Das Konto muss indessen nicht notwendigerweise auf den Namen des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin lauten. Bei Eheleuten kann es sich hiebei ohne Weiteres um ein gemeinsames Konto handeln oder sogar ein solches, worüber der andere Ehegatte allein Verfügungsberechtigt ist. Sodann ist der Arbeitnehmer oder die Arbeitnehmerin in der Verwendung des Lohnes grundsätzlich frei (BGE 131 V 444 ff. E. 1.2 und E. 3). 4.

#### **E. 4**

Eventualiter seien von der Beklagten weitere medizinische Abklärungen durchzuführen.

##### **E. 4.1**

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beklagte zu Recht die Versicherteneigenschaft des Klägers im Zeitpunkt des Beginns der Arbeitsunfähigkeit im August 2009 verneint hat. Dabei ist insbesondere umstritten, ob der Kläger als Arbeitnehmer im Restaurant seiner Ehefrau beschäftigt war.

##### **E. 4.2**

Ein schriftlicher Arbeitsvertrag liegt auch gemäss den Ausführungen des Klägers nicht vor. Ebenso wenig wurden ein Pflichtenheft oder Lohnabrechnungen erstellt (Urk. 11 S. 3). Bezüglich der fehlenden Zahlungsbelege führte der Kläger in der Replik vom 18. Mai 2010 aus, dabei handle es sich um ein arbeitsrechtliches Problem. Sollte tatsächlich kein Lohn bezahlt worden sein, so könne er dies beim Arbeitsgericht geltend machen. Es seien diesbezüglich jedoch keine Forderungen hängig (Urk. 11 S. 3). In seiner Stellungnahme vom 5. August 2011 machte er sodann geltend, er habe das Geld jeweils ratenweise auf die Hand erhalten, da zuerst die Löhne der Festangestellten hätten beglichen werden müssen (Urk. 25 Ziff. 6). Die Ausstellung einer individuellen Lohnabrechnung erübrige sich sodann, wenn der Arbeitgeber keine solche ausstelle und der Arbeitnehmer damit einverstanden sei, weil er davon ausgehe, dass korrekt abgerechnet werde (Urk. 25 Ziff. 5). Entgegen der Aufforderung in der Verfügung vom 21. Juni 2011 (Urk. 23) unterliess es der Kläger sodann, Bankbelege betreffend die Monate Juni bis September 2009 einzureichen.

Dass während der Anfangsphase das Restaurant noch nicht rentabel war und die Ehefrau des Klägers und Geschäftsinhaberin nach der Begleichung der übrigen Löhne ihrem Ehemann nur ratenweise Geld auszuzahlen vermochte, erscheint nachvollziehbar. Nicht zu überzeugen vermag jedoch die Darstellung des Klägers, wonach er seinen Lohn ausschliesslich bar auf die Hand erhalten habe und keinerlei Zahlungen auf ein Konto erfolgt seien. Selbst wenn der Lohn bzw. die entsprechenden Raten nicht direkt auf ein Konto überwiesen wurden, erscheint es nicht glaubhaft, dass der Kläger das erhaltene Bargeld nicht auf ein Konto einbezahlt hat und demnach der Lohnbezug auf seinen Bankbelegen nicht - mindestens teilweise - nachvollzogen werden kann. Insgesamt ist mit dem notwendigen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass kein tatsächlicher Lohnfluss stattgefunden hat.

##### **E. 4.3**

Daran vermögen auch die vom Kläger eingereichten Aktenstücke (Auszug aus dem individuellen Konto, Mutationsmeldung bei der AHV-Ausgleichskasse sowie AHV-Lohnbescheinigung, Urk. 19/1-3) nichts zu ändern. Zum Einen bilden diese Unterlagen höchstens Indizien für tatsächliche Lohnzahlungen (vgl. vorstehend E. 3.2). Zum Anderen handelt es sich bei diesen Unterlagen - wie die Beklagte zu Recht ausführte

(Urk. 22 S. 2 f.) - nicht um echtzeitliche Dokumente, welche den tatsächlichen Lohnfluss belegen. Aus dem Umstand, dass bei der AHV Ausgleichskasse für das Jahr 2009 ein Lohn in der Höhe von Fr. 28'500.-- gemeldet wurde (Urk. 19/3) und auch AHV-Beiträge bezahlt wurden (Urk. 19/1), kann nicht ohne weiteres der Schluss gezogen werden, dass der gemeldete Lohn auch tatsächlich ausbezahlt wurde. Darüber hinaus ist bei der Würdigung dieser Unterlagen dem Umstand Rechnung zu tragen, dass diese Dokumente zu einem Zeitpunkt erstellt wurden, als die der vorliegend zu beurteilenden Streitigkeit zugrunde liegende Arbeitsunfähigkeit des Klägers bereits eingetreten war.

#### **E. 4.4**

Was sodann das im Antrag zum Abschluss einer Kollektiven Krankentag-geldversicherung, welcher vom 7. April 2009 datiert, mit einem männlichen sowie zwei weiblichen Angestellten deklarierte Personal mit Versicherungs-schutz ab 1. Juni 2009 betrifft (Urk. 8/19), kann der Kläger daraus ebenfalls nichts zu seinen Gunsten ableiten. Wie er selbst ausführte, müssen die An-stellungsverhältnisse in einem Restaurant sehr flexibel gehandhabt werden (Urk. 11 S. 2, Urk. 25 Ziff. 2). Dieses Formular kann wie die Unterlagen betreffend die AHV-Beiträge zwar als Indiz für das Bestehen eines Anstellungsverhältnisses betrachtet werden, vermag jedoch angesichts des fehlenden Nachweises eines tatsächlichen Lohnflusses nicht zu überzeugen. Im Übrigen ergibt sich aus der Eingabe des Klägers vom 5. August 2011, dass dieser zwar die übrigen Angestellten, nicht jedoch sich selber als festangestellt betrachtet (Urk. 25 Ziff. 6).

#### **E. 4.5**

Angesichts dessen, dass die Ehefrau des Klägers das Restaurant „Z.\_\_\_\_“ betreibt, erscheint es aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung durchaus plausibel, dass der Kläger sie im Betrieb unterstützte. Mangels erwiesenen Lohnflusses lässt sich indessen nicht rechtsgenügend auf das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses schliessen. Bei dieser Sachlage ist von weiteren Abklärungen abzusehen, zumal von diesen keine neuen Erkenntnisse zu erwarten sind (antizipierte Beweiswürdigung, BGE 124 V 94 Erw. 4b). Mit der Beklagten ist somit festzuhalten, dass für den Kläger im Rahmen der von seiner Ehefrau für die Belegschaft des Restaurants „Z.\_\_\_\_“ abgeschlossenen kollektive Krankentaggeldversicherung im August 2009 keine Versicherungsdeckung bestand. Dies führt zur Abweisung der Klage. Das Gericht erkennt:

#### **E. 5**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge.“ 2.2 Mit Klageantwort vom 12. April 2010 beantragte die Swica, das Verfahren sei vorab auf die Grundsatzfrage der Versicherteneigenschaft des Klägers zu beschränken und vollumfänglich abzuweisen. Eventualiter sei über die Arbeitsfähigkeit des Klägers und den durch eine allfällige Arbeitsunfähigkeit erlittenen Erwerbsausfall ein Beweisverfahren anzuordnen (Urk. 7 S. 2). Mit Replik vom 18. Mai 2010 (Urk. 11) sowie Duplik vom 4. Juni 2010 (Urk. 14) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. 2.3 Mit Verfügung vom 19. April 2011 wurde dem Kläger Frist angesetzt, um Belege betreffend die Abrechnung der AHV-Beiträge einzureichen (Urk. 16). Die am 31. Mai 2011 (Urk. 18) eingegangenen Unterlagen (Urk. 19/1-3) wurden in der Folge der Beklagten zugestellt (Urk. 20). Im Rahmen der Stellungnahme vom 15. Juni 2011 beantragte die Beklagte, der Kläger sei zu verpflichten, echtzeitliche Lohnzahlungsbelege einzureichen (Urk. 22). Innert mit Verfügung vom 21. Juni 2011 angesetzter Frist (Urk. 23) nahm der Kläger am 5. August 2011 zu den verlangten

Unterlagen Stellung, ohne diese jedoch einzureichen (Urk. 25). Die daraufhin erfolgte Eingabe der Beklagten vom 18. September 2011 (Urk. 28) wurde dem Kläger am 19. September 2011 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 29).

Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.