

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20111128_d_zh_o_01 vom 28. November 2011

FINMA Versicherungsrecht, 2011-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20111128_d_zh_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20111128_d_zh_o_01 du 28 novembre 2011

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20111128_d_zh_o_01 del 28 novembre 2011

Erwägungen

E. 17

September 2010 auf vollumfängliche Abweisung und legte den Akten eine neuerliche Stellungnahme der B.____ GmbH vom 6. September 2010 (Urk. 19/20) bei (Urk. 18). Im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels wichen die Parteien nicht von ihren Anträgen ab (Urk. 25, 31). Mit Verfügung vom 12. September 2011 wurde der Kläger aufgefordert, ärztliche Zeugnisse zur Arbeitsfähigkeit ab 1. Oktober 2009 und einen Verlaufsbericht einzureichen (Urk. 35). Das mit Eingabe vom 1. November 2011 (Urk. 40) eingereichte Zeugnis von Dr. med. A.____, Facharzt FMH für Chirurgie/Handchirurgie, handclinic, Rüti, vom 15. Dezember 2009 (Urk. 41) wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (Urk. 42). Auf die Vorbringen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich, nachfolgend eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung:

1. 1.1 Gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) im Sinne von Art. 12 Abs. 2 VVG. Die daraus herrührende Streitigkeit ist daher zivil- und vermögensrechtlich (BGE 124 III 46 E. 1 und 232 E. 2b).

1.2 Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist im Kanton Zürich das hiesige Gericht sachlich zuständig (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer; ab 1. Januar 2011: in Verbindung mit Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend die ZPO sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer; vgl. Ueli Spitz, Eidgenössische ZPO und Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, in: Jusletter 20. Dezember 2010, Rz 22). Das Gericht stellt die für den Entscheid erheblichen Tatsachen von Amtes wegen fest. Es erhebt die notwendigen Beweise und ist in der Beweiswürdigung frei (§ 23 Abs. 1 GSVGer).

1.3 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind - wie erwähnt - dem Privatrecht zuzuordnen (BGE 124 III 46 E. 1a). Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten (Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg, 1999, S. 23 N71; vgl. auch Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 150 f.). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

2. 2.1 Streitig und zu prüfen ist einerseits die Höhe des versicherten Verdienstes für die gesamte geltend gemachte Taggelddauer vom 25. Juli 2008 bis zum Ende des Krankheitsfalles respektive bis zur Erschöpfung des Taggeldanspruchs. Andererseits ist

strittig, ob die Beklagte berechtigt war, die Erbringung der Taggeldleistungen ab 1. Juli 2009 in Anwendung von Art. 40 VVG (Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs) zu verweigern. 2.2 Nicht mehr im Streite steht die von der Beklagten in der Vernehmlassung vom 17. September 2010 noch geltend gemachte fehlende Aktivlegitimation des Klägers für die ab 1. Oktober 2009 geltend gemachte Taggeldforderung infolge der Abtretung derselben an die Stadt Z.____ (vgl. Urk. 18 S. 2, 19/27), nachdem die Zession mit Vereinbarung vom 17. und 18. November 2010 (Urk. 26) wieder aufgehoben und die Taggeldansprüche an den Kläger zurückzediert wurden (vgl. hierzu auch Urk. 25 S. 3, 31 S. 2). Ebenfalls nicht im Streite steht zwischen den Parteien, dass der Kläger vom 11. Juli 2008 bis Ende 2009 in seiner Tätigkeit als Akkordmetzger zu 100 %, und ab 1. Januar 2010 zu 50 % eingeschränkt war. 2.3 2.3.1 Der Kläger lässt den von ihm behaupteten versicherten Verdienst von Fr. 185'196.-- im Wesentlichen damit begründen, dass er im Jahr 2008 erkrankt sei, weshalb der Lohn massgebend sei, den er in diesem Jahr erzielt habe. Er habe als Inhaber der Y.____ keinen regelmässigen Lohn wie ein gewöhnlicher Arbeitnehmer bezogen. Vielmehr habe er sich einerseits einen unregelmässigen Lohn ausbezahlt, welcher im Jahr 2008 Fr. 20'353.80 betragen habe und über das Konto Nr. 5200.3 (Urk. 13/1) verbucht worden sei. Zudem seien seine Barbezüge von im Jahr 2008 Fr. 133'979.30 über das Konto Nr. 2250 (Urk. 13/2) gebucht worden. Dieser Betrag sei am 31. Dezember 2008 auf das Lohnkonto umgebucht worden. Insgesamt habe er 2008 einen Nettolohn von Fr. 154'333.10 erhalten; hiervon seien Sozialversicherungsbeiträge und Beiträge an die Krankentaggeldversicherung von total Fr. 28'898.05 zu bezahlen. Damit betrage der Bruttolohn, auf welchem denn auch die AHV-Beiträge festgesetzt worden seien (Urk. 3/53) und welcher folglich dem versicherten Verdienst im Sinne der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entspreche, Fr. 185'196.--. Dieser Lohn sei, wie die Firma C.____ AG bestätigt habe (Urk. 2/35), branchenüblich (Urk. 12 S. 4 ff., 25 S. 4 ff.). 2.3.2 Die Beklagte hält zur Frage des versicherten Verdienstes im Wesentlichen fest, dass die vom Kläger geltend gemachten Einkommen zwar buchhalterisch ausgewiesen, jedoch nicht plausibel seien, hätten doch die auf dem Kontoblatt 2250 verbuchten Barbezüge, welche erst per Ende Dezember 2008 als Lohnaufwand umgebucht worden seien, zu einem Jahresverlust von Fr. 138.876.88 geführt, welcher schliesslich zum Konkurs der Gesellschaft geführt habe. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger keinen Fixlohn bezogen habe, sondern ein vom Geschäftsgang abhängiges Einkommen. Bereits in den Jahren 2006 und 2007 habe sich der Lohn des Klägers aufgrund der Geschäftsergebnisse ergeben. Für die Zeit von April 2006 (Gesellschaftsgründung) bis Ende 2007 sei der Jahresrechnung 2007 ein Einkommen von Fr. 46'437.-- zu entnehmen. Eine Lohnerhöhung auf Fr. 185'000.-- im Jahr 2008 erscheine gerade auch unter dem Gesichtspunkt, dass der Geschäftsgang aufgrund der Krankheit des Klägers nicht wunschgemäss ausgefallen sei, als nicht nachvollziehbar. Die Angabe des Klägers in der Krankmeldung zum Salär 2008 von Fr. 60'000.-- sei in der zweiten Hälfte des Jahres 2008 erfolgt, mithin zu einem Zeitpunkt, in welchem er sich bereits einen zuverlässigen Überblick über das bisherige Geschäftsjahr habe machen können und die Geschäfte noch gut gelaufen seien (Urk. 18 insbesondere S. 5 ff.). 2.4 Die Beklagte stützte ihre Ausführungen zum versicherten Verdienst wesentlich auf die beiden Stellungnahmen der B.____ GmbH vom 16. September 2009 (Urk. 19/15) und vom 6. September 2010 (Urk. 19/20). Im Schreiben vom 16. September 2009 führte diese aus, dass als Geschäftsinhaber und angestellter Geschäftsführer grundsätzlich zwei Interessen aufeinander träfen: Der Gesellschafter sei an einem ausgeglichenen Geschäftsergebnis und wenn möglich an einem

kleinen Gewinn interessiert, der Geschäftsführer an einem möglichst grossen Lohneinkommen. In Personalunion bestehe die Möglichkeit, diesen beiden Anliegen in der Weise gerecht zu werden, dass sich die Entlohnung nach der wirtschaftlichen Ertragskraft der Unternehmung richte. In der Folge sei der Lohn im Geschäftsjahr 2006/2007 entsprechend dem Geschäftsergebnis festgesetzt worden. Die Lohnentschädigung von netto Fr. 30'000.-- entspreche sicher nicht der erbrachten Arbeitsleistung und es sei anzunehmen, dass vorgesehen gewesen sei, dies aus den Geschäftsgewinnen der Folgejahre abzugelten. Begründet durch die eingetretene Erwerbsunfähigkeit des Klägers sei für diese Nachentschädigung keine Zeit mehr verblieben, weshalb sie bereits im Jahr 2008 habe ausgerichtet werden müssen. Die B.____ schloss hieraus, dass die Lohnbezüge für die Dauer vom 1. Juli 2006 bis 31. Dezember 2008 von insgesamt Fr. 210'000.-- der Arbeitsleistung dieser Zeit gegenüberständen, woraus ein durchschnittliches jährliches Lohneinkommen von Fr. 84'000.-- resultiere (Urk. 19/15). Auf neuerliche Rückfrage der Beklagten zur Plausibilität der geltend gemachten Einkommen erklärte die B.____ GmbH am 6. September 2010, dass das vom Kläger behauptete Einkommen zwar buchhalterisch ausgewiesen, jedoch nicht plausibel sei. Die Barbezüge seien zwar von der externen Buchhalterin per 31. Dezember 2008 als Lohnaufwand qualifiziert worden, jedoch sei der Jahresabschluss per Ende 2008 erst am 17. Juni 2009 fertig gestellt worden. Ihres Erachtens seien die Barbezüge vorab auf das Kontokorrent verbucht worden, weil sich die Lohnbezüge wie in den Vorjahren an der Leistungsfähigkeit des Unternehmens orientieren sollten. Bei Lohnbezügen an Gesellschafter sei auf einen Drittvergleich abzustellen, das heisst es sei zu prüfen, ob die gleiche Leistung unter Berücksichtigung aller objektiven und subjektiven Faktoren auch an einen Dritten erbracht worden wäre. Wie aus der Jahresrechnung 2008 hervorgehe, habe die Lohnentschädigung an den Kläger zu einem Jahresverlust von Fr. 138'876.88 geführt. Die Jahresrechnung 2008 weise einen Umsatz von Fr. 452'781.89 aus; dem stehe ein Lohnaufwand von Fr. 429'985.88 gegenüber. Im Geschäftsjahr 2006/2007 habe sich der Lohnaufwand dagegen auf nur 38,28 % des Umsatzes belaufen, was die Vermutung nahe lege, dass die Lohnleistungen an den Kläger im Jahr 2008 übersetzt gewesen seien. Die B.____ GmbH schloss wiederum auf eine vernünftige Lohnhöhe von Fr. 84'000.-- (Urk. 19/20).

2.5 Vertragsgrundlage der Kollektiven Krankentaggeldversicherung zwischen der Y.____ und der Beklagten bildeten die Police Nr. 12.822.128 vom 3. April 2008 (Urk. 19/19) und die darin erwähnten Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 07.2006 (Urk. 19/18). Gemäss Police war das gesamte Personal der Versicherungsnehmerin mit effektiven Löhnen für ein Krankentaggeld von 80 % des versicherten Verdienstes während 730 Tagen abzüglich der Wartefrist von 14 Tagen versichert (Urk. 19/19 S. 3). Gemäss höchstrichterlicher Rechtsprechung deckt ein Versicherer, der für die effektiven Kosten einer Körperverletzung - sei es für die Heilungskosten, sei es für den Verdienstausfall - aufkommt, einen Schaden, indem er die dem Versicherten durch das Ereignis entstandene Vermögenseinbusse ausgleicht (BGE 104 II 44 ff.). Gegenstand einer solchen Versicherung ist somit ein im Rahmen einer Schadensversicherung gemäss Art. 48 ff. VVG versichertes wirtschaftliches Interesse. Wesensmerkmal der Schadensversicherung ist das Entschädigungsprinzip. Danach ist die Leistungspflicht 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 (Jürg Nef, in: Honsell et al., Hrsg., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001; nachfolgend VVG-Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 48 Rz 2). Der

hier zu beurteilende wirtschaftliche Schaden ist die wirtschaftliche Folge einer Krankheit, welche eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat. Bemessen wird der Schaden nach dem versicherten Lohn. Die Regelungen zum versicherten Lohn finden sich unter Art. C3 der AVB (Urk. 19/18 S. 6) der Beklagten. Gemäss Abs. 1 dieser Bestimmung gilt als Grundlage für die Bemessung der Taggelder der letzte vor Krankheitsbeginn im versicherten Betrieb bezogene AHV-Lohn, welcher auf ein volles Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt wird (Abs. 4). Die AVBs stellen damit für die Feststellung des Schadens auf eine vergangene Grösse ab, welche möglicherweise nicht dem durch das versicherte Ereignis tatsächlich eingetretenen, nur hypothetisch berechenbaren Schaden entspricht, was im Rahmen der privatrechtlichen Vertragsfreiheit (vgl. obige E. 1.3) liegt und nicht zu beanstanden ist. Nicht definiert wird in den AVB die zeitliche Dimension des für die Beurteilung massgeblichen letzten Lohnes. Im Falle eines "normalen" Angestellten wird dies im Regelfall der letzte Monatslohn unter Hinzurechnung allfälliger Ansprüche auf einen 13. Monatslohn oder weitere fixe Lohnbestandteile im Sinne von Art. C3 Abs. 3 AVB sein. Bei Selbständigerwerbenden kommt den Geschäftsergebnissen in den Monaten oder Rechnungsjahren vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit in der Regel vorrangige Bedeutung zu (RKUV 1986 K 702 467; übertragbar auf den Bereich der VVG-Taggeldversicherung).

2.6
2.6.1 Im Rahmen der Prüfung des vorliegend relevanten versicherten Lohnes und damit des dem Kläger anzurechnenden wirtschaftlichen Schadens aus seiner Arbeitsunfähigkeit ist damit grundsätzlich eine vergangenheitsbezogene Beurteilung vorzunehmen. Angesichts der Doppelstellung des Klägers als angestellter Geschäftsführer und Inhaber der Y.____ ist im Lichte der oben zitierten Rechtsprechung zur Schadensfeststellung (vgl. obige E. 2.5) einerseits der bisherige Geschäftsgang zu berücksichtigen; andererseits bilden die letzten Lohnbezüge entsprechend Art. C3 Abs. 1 der AVB wesentliche Grundlage der Schadensbeurteilung (vgl. zur Rechtslage im Bereich des KVG; Eugster, Krankenversicherung, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht [SBVR], Bd. Soziale Sicherheit, 2. Auflage, Basel, 2007, Rz 1131).

2.6.2 Gemäss Aktenlage bestand keine Lohnvereinbarung und kein Arbeitsvertrag zwischen der Y.____ und dem

Kläger bezüglich seiner Geschäftsführertätigkeit in der am 31. Juli 2006 nach Sachübernahme/Sachübertragung von der Einzelfirma des Klägers gegründeten Gesellschaft. Auch überwies sich der Kläger keinen in Höhe und Kadenz regelmässigen Lohn. Die im Jahr 2008 erfolgten, auf dem Lohnkonto Nr. 5200.3 des Klägers verbuchten 25 Lohnzahlungen im Gesamtbetrag von Fr. 20'353.80 (mit Ausnahme der Umbuchung von Fr. 133'979.30 vom Kontokorrent per 31. Dezember 2008) variieren zwischen Fr. 305.-- und Fr. 2'000.-- und fielen gänzlich unregelmässig an (Urk. 13/1). Ein arbeitsvertraglich geregelter Lohnanspruch, auf welchen sich der Kläger für die Bemessung der versicherten Lohnes berufen könnte, bestand demnach nicht. Hieran ändern auch die auf dem Kontoblatt 2250 als Kontokorrent auf den Namen des Klägers verbuchten Barbezüge und Zahlungen (vgl. Urk. 13/2), welche per 31. Dezember 2008 im Betrag von Fr. 133'979.30 auf das Lohnkonto des Klägers umgebucht wurden, nichts. Der Kläger vermag diesbezüglich weder darzutun, dass es sich dabei um einen Lohn im Rechtssinne, mithin um ein Entgelt für erbrachte Leistung im Sinne von Art. 319 OR handelt. Noch liefert er für seine Behauptung, wonach diesen Bezügen kein geschäftsmässig begründeter Aufwand zugrunde gelegen sei (vgl. Urk. 25 S. 7 unten), einen Beweis. Wie diversen Buchungen zu entnehmen ist (zum Beispiel Nrn. 590, 638, 687, 557, 558, 562, etc. auf Urk. 13/2), wurden private Buchungen zumindest teilweise als solche ausgewiesen und auch wieder ausgeglichen (Nr. 686), was darauf hindeutet, dass keineswegs nur private Bezüge und Zahlungen über dieses Konto

erfolgten. Des weitern finden sich unter den Nummern 769 bis 791 Buchungen betreffend Lohnzahlungen an Angestellte (Urk. 13/2). Auch scheitert die diesbezügliche Argumentation des Klägers am Umstand, dass nach Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit, mithin ab 11. Juli 2008 weiterhin Buchungen über dieses Konto erfolgten, was wiederum gegen einen Lohnbezug im eigentlichen Sinne spricht. Letztlich wäre ihm, sofern diese Bezüge als Lohn zu betrachten wären, im Umfang der erfolgten Bezüge gar kein wirtschaftlicher Schaden entstanden. Die auf dem Kontoblatt 2250 erfolgten Buchungen bilden damit kein wesentliches Kriterium für die Feststellung des hier zu beurteilenden massgeblichen Lohnes vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit.

2.6.3 Insbesondere aber rechtfertigt es sich angesichts der Doppelrolle des Klägers als Geschäftsführer und Inhaber der Y.____ nicht, für die Feststellung des versicherten Verdienstes einzig auf dessen Bezüge abzustellen, ohne den Geschäftsgang des Unternehmens in die Beurteilung miteinzubeziehen. Wie die B.____ GmbH in ihrer Stellungnahme vom 6. September 2010 nachvollziehbar darlegte, ist wohl davon auszugehen, dass die Barbezüge vorab auf das Kontokorrent verbucht wurden, weil sich die Lohnbezüge, wie in den Vorjahren an der Leistungsfähigkeit der Unternehmung orientieren sollten (Urk. 19/20). Im Geschäftsjahr 1. Juli 2006 (Gesellschaftsgründung) bis 31. Dezember 2007 betrug der Handelsertrag Fr. 360'548.95. Diesem stand ein Personalaufwand von Fr. 258'154.04 gegenüber. Der Nettolohn des Klägers wurde in der Erfolgsrechnung per 31. Dezember 2007 mit total Fr. 30'000.-- ausgewiesen, was einem Bruttoeinkommen von Fr. 46'437.-- entsprach (vgl. Auszug aus dem individuellen Konto in Beilage zu Urk. 19/6). Dieser Betrag entspricht zirka 18 % des gesamten Lohnaufwandes und gut 12 % des Handelsertrags. Es resultierte ein Gewinn von Fr. 2'344.48 (Urk. 19/22). Wie den Akten zu entnehmen ist, erfolgten auch in diesem Geschäftsjahr Buchungen über das Kontokorrent 2250. Der Saldo per Ende Jahr betrug Fr. -46'865.-- (Urk. 13/2). Er wurde jedoch Ende 2007 nicht über das Lohnkonto des Klägers als Lohnaufwand qualifiziert, sondern in der Bilanz unter den kurzfristigen Verbindlichkeiten als Kreditor im Minus verbucht (Urk. 19/22 S. 3). Im Geschäftsjahr 2008 weist die Bilanz einen auf Fr. 452'781.89 gesteigerten Umsatz und einen gesamten Personalaufwand von Fr. 478'698.93 aus. Der Lohnaufwand für die Angestellten abzüglich des für den Kläger verbuchten Bruttolohnes von Fr. 185'196.10 (vgl. Beilage zu Urk. 19/5) betrug demnach Fr. 293'502.83, was - wie im Vorjahr 64 % - des Umsatzes entsprach. Völlig unverhältnismässig präsentiert sich dagegen der für den Kläger verbuchte Lohn von Fr. 185'196.10 für das Jahr 2008. Ein den Buchungsverhältnissen des letzten Geschäftsjahres entsprechendes Einkommen von 18 % gemessen am gesamten Personalaufwand entspräche Fr. 64'427.45.-- ($293'493.86 : 0.82 - 293'502.83$). Bezeichnenderweise hätte ein Einkommen in dieser Höhe den im Geschäftsjahr 2008 generierten Verlust von Fr. 138'876.88 zu einem wesentlichen Teil verhindert. Die vom Kläger getätigten Bezüge von brutto Fr. 185'196.10 dagegen führten das Unternehmen in die Verlustzone und letztlich auch in den Konkurs, weshalb - wie die Beklagte zu Recht geltend macht - dieselben dem Geschäftsgang in keinster Weise entsprachen. Auch standen sie zumindest teilweise, da auch in der Phase der Arbeitsunfähigkeit bezogen, in keiner Korrelation zur Arbeitsleistung des Klägers. Sie sind folglich nicht als Grundlage für die Bemessung des versicherten Verdienstes beizuziehen. Damit kann offen bleiben, ob es sich bei den Bezügen der Klägers respektive deren Umbuchung auf das Lohnkonto um unzulässige Eigengeschäfte gehandelt hat oder nicht (vgl. dazu unter anderem Urk. 18 S. 7, 31 S. 6).

2.6.4 Angesichts der Umsatzsteigerung im Jahr 2008 ist zwar davon auszugehen, dass dieselbe eine Lohnsteigerung des Klägers für seine Geschäftsführertätigkeit nach sich

gezogen hätte. In welcher Höhe diese im Gesundheitsfalle tatsächlich ausgefallen wäre, bleibt letztlich hypothetisch. Nicht gerechtfertigt erscheint es angesichts der hier zu beurteilenden Konstellation aber, auf branchenmässige Durchschnittswerte abzustellen. Der Kläger muss sich seine Doppelrolle als Geschäftsführer und gleichzeitiger Geschäftsinhaber, welcher grundsätzlich an einer gesunden Finanzlage und einer Weiterführung seines Unternehmens interessiert ist, was regelmässig zur Folge hat, dass in den Anfangsjahren eines Unternehmens vorsichtige Bezüge getätigt werden, entgegen halten lassen. In der Krankenmeldung erwähnte der Kläger einen geschätzten AHV-Grundlohn von Fr. 60'000.-- für das Jahr 2008 (Urk. 19/1). Dies entspricht immerhin einer mehr als fünffachen Steigerung des AHV-pflichtigen Lohnes, welchen der Kläger im Jahr 2007 von der Y.____ bezogen hat (vgl. Beilage zu Urk. 19/6) und deckt sich in etwa mit dem oben errechneten Lohnanteil, welcher einen Verlust im Jahr 2008 verhindert hätte. Weshalb der Kläger auf "Anweisung der Sachbearbeiterin" (vgl. dazu Urk. 25 S. 6) zu einem Zeitpunkt, als die Auftragslage noch nicht durch seine Arbeitsunfähigkeit beeinträchtigt war (vgl. dazu Urk. 19/25 S. 2) und er von einer guten Auftragslage ausgehen durfte, einen gegenüber dem nunmehr geltend gemachten Lohn um zwei Drittel reduzierten, gänzlich unrealistischen Verdienst hätte angeben sollen, bleibt unerklärt. In seinem Schreiben an die Beklagte vom 20. Oktober 2009 liess der Kläger noch darlegen, dass die zuständige Sachbearbeiterin ihn aufgefordert habe, eine realistische Lohnsumme für die Berechnung des Krankentaggeldes anzugeben, bis die definitive AHV-Lohnsumme bekannt sei, damit er in der Zwischenzeit nicht ohne Unterstützung sei (Urk. 19/17 S. 2). 2.6.5 Angesichts der dem Kläger obliegenden Beweispflicht für die Anspruchsvoraussetzungen des geltend

gemachten Taggeldanspruchs nach VVG (Art. 8 ZGB; Eugster, Vergleich der Krankentaggeldversicherung [KTGV] nach KVG und nach VVG, in: Krankentaggeldversicherung: Arbeits- und versicherungsrechtliche Aspekte, Hrsg. Europainstitut Zürich, Zürich, Basel, Genf, 2007, S. 81) ist zusammenfassend zu schliessen, dass es ihm aufgrund fehlender arbeitsvertraglicher Grundlagen, gänzlich unregelmässiger Lohnbezüge und einem absolut unwirtschaftlichen Verhalten, welches das Unternehmen in die Überschuldung führte, nicht gelingt, einen höheren, als den in der Krankenmeldung angegebenen und von der Beklagten im Rahmen der bereits getätigten Taggeldzahlungen akzeptierten Lohn von Fr. 60'000.-- zu beweisen. Dieser gegenüber dem Vorjahr mehrfach erhöhte, aber immer noch bescheidene Verdienst trägt einerseits der Umsatzsteigerung, andererseits aber auch der Tatsache, dass das Unternehmen im Jahr 2008 noch in der Startphase stand, was regelmässig vorsichtige Lohnbezüge der geschäftsführenden Gesellschafter nach sich zieht, angemessen Rechnung. Der versicherte Lohn im Sinne von Art. C3 AVB beträgt damit Fr. 60'000.--. Anzufügen bleibt in diesem Zusammenhang mit Blick auf den 3. Antrag des Klägers mit dem subeventualiter gestellten Begehren um Verpflichtung der Beklagten zur Leistung der Taggelder gestützt auf einen - von dieser angeblich anerkannten (Urk. 12 S. 6) - versicherten Verdienst von Fr. 84'000.-- (Urk. 12 S. 2) Folgendes: Das Gericht kann auch im Anwendungsbereich der Dispositionsmaxime einen eingeklagten Anspruch in rechtlicher Hinsicht ganz oder teilweise abweichend von den Begründungen der Parteien würdigen und für ein Schadenselement mehr und für ein anderes weniger zusprechen, soweit es innerhalb der Rechtsbegehren bleibt (Urteil des Bundesgerichts 4A_572/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.1 und 4.2 mit diversen Hinweisen). Auch wenn die Beklagte in Erw. 3.10 eine teilweise Gutheissung der Klage im Sinne des Subeventualantrags für den Fall, dass das Gericht den Tatbestand von Art. 40

VVG (vgl. nachfolgende E. 3) als nicht erfüllt erachtet, in Betracht zog (vgl. Urk. 19 S. 8), stellt der Schluss auf einen versicherten Verdienst von nur Fr. 60'000.-- angesichts des Hauptantrags der Beklagten auf Klageabweisung keine Verletzung des Grundsatzes "ne eat iudex ultra petita partium" dar. 3. 3.1 Die Beklagte bestreitet ihre Leistungspflicht grundsätzlich gestützt auf den Tatbestand von Art. 40 VVG. Sie stellt sich auf den Standpunkt, der Kläger habe, indem er ihr gegenüber nachträglich einen Lohn geltend gemacht habe, welcher seine Firma in die Überschuldung und den Konkurs geführt habe, lediglich höhere Taggeldleistungen beziehen wollen, was als betrügerisches Vorgehen zu werten sei (Urk. 18 S. 8 f.). Bereits die Tatsache, dass er diese gänzlich unplausiblen Lohnangaben gemacht habe, sei als Täuschungshandlung anzusehen. Ebenso wertete die Beklagte die Umbuchung des Betrags von Fr. 133'979.30 vom Konto 2250 auf das Lohnkonto 5200.3 per Ende Dezember 2008 wie auch die nachträgliche Meldung an die AHV-Ausgleichskasse als Täuschungshandlungen mit entsprechender Absicht (Urk. 31 S. 2 ff.). 3.2 Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gemäss Art. 40 VVG gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden. Ebenso zu missbilligen sind die wahrheitswidrige Darstellung und die Unterdrückung von Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers begründen oder erhöhen (BGE 78 II 278). 3.3 Die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 40 VVG setzt neben dem täuschenden Verhalten (objektive Seite) eine Täuschungsabsicht (subjektive Seite) voraus. Der Nachweis eines bestimmten Wissens, einer bestimmten Absicht ist naturgemäss schwierig zu erbringen, denn es handelt sich um ein innerpsychisches Phänomen, dass sich in der Regel einem direkten Beweis entzieht. Die Lösung führt über eine wertende Analyse aller Umstände und Indizien des Sachverhaltes, die Schlüsse auf die Motive des Anspruchstellers zulassen. Wenn der Anspruchsberechtigte Wissen über Tatsachen für sich behält, die Einfluss auf die Leistungspflicht des Versicherers haben, stellt sich in subjektiver Hinsicht die Frage der Unvorsichtigkeit, dessen Mass es zu beurteilen gilt (VVG-Kommentar, Art. 40 Rz 61 und 65). 3.4 Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB muss der Anspruchsteller den Beweis dafür erbringen, dass das versicherte Risiko eingetreten ist, aus dem er gegenüber dem Versicherer seinen Anspruch auf Versicherungsleistungen ableitet. Erscheint dem Versicherer die Schilderung des Anspruchstellers unglaubwürdig, hat er den Gegenbeweis anzutreten. Wegen der Schwere des Vorwurfs und der Rechtsfolgen sind an den Beweis der rechtsaufhebenden Tatsache hohe Ansprüche zu stellen (VVG-Kommentar, Art. 40 Rz 56 ff. mit Hinweisen). 3.5 In Frage steht, ob das Verhalten des Klägers als das Ausnützen des Versicherungsfalles durch Vortäuschen eines grösseren als des tatsächlichen Schadens zu werten ist und damit eine unter Art. 40 VVG fallende Fallkonstellation vorliegt, welche der Beklagten das Recht zur Leistungsablehnung verleiht. Unter diese Fallkonstellation fallen typischerweise unrichtige Hinweise über den Wert von Sachen, zu hohe Angaben über Anschaffungspreise, die Vorlage gefälschter Rechnungen oder die Behauptung, nicht existente, gerettete oder beiseite geschaffte Gegenstände seien zerstört (VVG-Kommentar Art. 40 Rz 22). Wie der Kläger zu Recht geltend machen lässt (Urk. 25 S. 3), stellt die blosser Behauptung eines höheren Schadens im Sinne der Darlegung einer persönlichen Meinung als solche nicht eine Täuschungshandlung mit Täuschungsabsicht dar. Vorliegend gebietet es denn auch dem Tatbestand von Art. 40 VVG sowohl am Beweis der objektiven

als auch an der subjektiven Voraussetzung. Einerseits zeigen obige Erläuterungen (E. 2), dass der für die Taggeldberechnung massgebliche Lohn des Klägers nicht als eine von Anfang an feststehende Tatsache betrachtet werden kann, sondern unter Berücksichtigung der Rechtsprechung und mittels Würdigung der Umstände ermittelt wurde und letztlich mangels Beweisbarkeit eines höheren Lohnes auf Fr. 60'000.-- festgesetzt wurde. Dass der Kläger den von ihm geltend gemachten Lohn tatsächlich in der behaupteten Höhe bezogen hat, ist unbestritten. Auch steht aufgrund der Akten fest, dass der wesentliche Teil der Bezüge/Zahlungen auf dem Kontokorrent des Klägers vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit erfolgte (vgl. Urk. 13/2; Saldo per 30. Juni 2008 Fr. 108'763.90), weshalb in den Bezügen als solchen keine Täuschungshandlung erblickt werden kann. Die Umbuchung von Fr. 133'979.30 (Pos. 724) vom Kontoblatt 2250 auf das interne Gehaltskonto des Klägers per 31. Dezember 2008 (Urk. 13/1) bezweckte zwar offensichtlich, diesen Betrag ebenfalls als Lohn auszuweisen. Angesichts des Umstandes, dass der Lohn der Klägers aber keine zuvor feststehende Grösse war, die Bezüge tatsächlich getätigt worden waren und sich durch die Umbuchung als solche an der bereits bestehenden desaströsen Finanzlage des Unternehmens nichts änderte, kann hierin wie auch in der Meldung des Lohnes an die AHV-Ausgleichskasse ebenfalls kein täuschendes Verhalten im Sinne der Verfälschung einer

Tatsache erblickt werden. Zwar trifft es zu, dass letztlich unverständlich bleibt, aus welchem Grund der Kläger Bezüge in einer Höhe tätigte, welche der finanziellen Lage der Gesellschaft nicht entsprachen; jedoch zeigen die Buchhaltungsunterlagen, dass er bereits per Ende 2007 die Bilanz lediglich deshalb mit einem bescheidenen Gewinn (fälschlicherweise als Verlust deklariert, Urk. 19/22 S. 2) abschliessen konnte, weil der Minussaldo von Fr. 46'965.-- auf dem Kontoblatt 2250 (vgl. Urk. 13/2) wie auch die Anteilsscheine des Klägers von Fr. 19'000.-- als Minus in die kurzfristigen Verbindlichkeiten gebucht und damit die Bilanzsumme geschmälert wurde (vgl. Urk. 19/22). Das Kontoblatt 2250 weist denn auch per Anfang 2008 bereits ein Minus von Fr. 65'865.-- aus. Dies zeigt, dass das unwirtschaftliche Verhalten und die im Verhältnis zur Ertragslage zu hohen Bezüge des Klägers nicht erst nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit einsetzen. Ab Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 11. Juli 2008 sind den Kontoblättern 2250 (Kontokorrent Kläger) und 5200.3 (Lohn) bis zur Umbuchung vom 31. Dezember 2008 entgegen der Darlegung der Beklagten (Urk. 31 S. 3) nur noch Bezüge und Zahlungen von insgesamt Fr. 37'699.35 (Fr. 25'215.40 + 12'483.95) zu entnehmen (Urk. 13/2). Dass der Kläger sein diesbezügliches Verhalten nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu Lasten der Beklagten und in Täuschungsabsicht verändert hätte, kann folglich nicht bestätigt werden. Damit lässt der Sachverhalt den Schluss auf einen Tatbestand nach Art. 40 VVG im Sinne der Vortäuschung eines grösseren Schadens nicht zu. 4. Die Beklagte ist nach dem Gesagten verpflichtet, die per 30. Juni 2009 eingestellten Taggeldzahlungen per 1. Juli 2009 gestützt auf einen versicherten Lohn von weiterhin Fr. 60'000.-- wieder aufzunehmen. Gemäss Art. C2 Abs. 2 AVB (Urk. 19/18 S. 6) richtet sich die Höhe der Taggelder nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % zählen für die Bemessung der Leistungsdauer voll (Art. C6 Abs. 2 AVB, Urk. 19/18 S. 7). Leistungen unter anderem der Invalidenversicherung sind gemäss Art. C4 Abs. 1 AVB (Urk. 19/18 S. 6) mitzuberücksichtigen. Die Beklagte leistete bis anhin 341 Taggelder (Urk. 19/2). Gemäss Police Nr. 12.822.128 hat der Kläger Anspruch auf 730 Tage abzüglich 14 Tage Wartefrist, mithin - sofern die Arbeitsunfähigkeit bis zur Erschöpfung der Leistungspflicht andauerte, auf insgesamt weitere 375 Taggelder. Die ärztlich bestätigte

und von der Beklagten unbestritten gebliebene Arbeitsunfähigkeit betrug bis Ende 2009 100 %; ab 1. Januar 2010 bestätigte Dr. med. A. ___ eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit bis auf Weiteres. Der letzte Eintrag in die Krankengeschichte datiert gemäss handschriftlicher Ergänzung von Dr. A. ___ auf seinem Zeugnis vom 15. Dezember 2009 vom 2. März 2010 (Urk. 41). Damit hat der Kläger vom 1. Juli bis 31. Dezember 2009 Anspruch auf weitere 184 Taggelder gestützt auf eine 100 % Arbeitsunfähigkeit bei einem versicherten Verdienst von Fr. 60'000.--. Ab 1. Januar 2010 reduziert sich der Anspruch bis zur Erschöpfung des Leistungsanspruchs am 10. Juli 2010 auf 50 %, sofern die zumindest bis 2. März 2010 bestätigte 50%ige Arbeitsunfähigkeit bis dahin andauerte. Hiervon abzuziehen sind die Taggelder der Invalidenversicherung, welcher der Kläger, wie seinem Antrag Ziffer 4 zu entnehmen ist (Urk. 12 S. 2) - wohl bereits bezogen hat. Die Klage ist in diesem Sinne teilweise gutzuheissen.

5. 5.1 Der Kläger liess zudem die Leistung von Verzugszins von 5 % ab mittlerem Verfall für die Taggelder, welche nach dem 20. Juni 2009 fällig wurden, beantragen.

5.2 Der besonderen Natur des Versicherungsvertrages folgend statuiert Art. 41 VVG eine eigene Regel für die Fälligkeit des Versicherungsanspruchs, welche erst eintritt, wenn die vorliegenden Informationen den Versicherer haben überzeugen können, dass der Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht. Wenn der Versicherer alle erforderlichen Angaben erhalten hat, braucht er regelmässig noch eine gewisse Zeit, um sorgfältig zu prüfen, ob und in welchem Umfang er tatsächlich leistungspflichtig ist. Art. 41 Abs. 1 VVG gewährt ihm hierfür einen Zeitraum von vier Wochen. Mit Ablauf dieser sogenannten Deliberationsfrist wird der Versicherungsanspruch fällig. Leistet der Versicherer nicht, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Recht. Gemäss herrschender Lehre gerät der Versicherer erst mit einer Mahnung in Verzug, ausser er lehnt seine Leistungspflicht definitiv ab (VVG-Kommentar, Art. 41 Rz 1 ff.).

5.3 Die Beklagte stellte ihre Taggeldzahlungen, nachdem sie den Kläger im Anschluss an seine Meldung eines mehr als dreifach höheren als des ursprünglich gemeldeten Bruttoeinkommens für das Jahr 2008 (Urk. 19/3-4) im Juni 2009 wiederholt zur Einreichung der Buchhaltungsunterlagen aufgefordert hatte (vgl. Urk. 19/8-9, 19/11), per Ende Juni 2009 ein. Der Kläger reichte die geforderten Unterlagen erst, nachdem ihm die Ombudsfrau auf seine entsprechende Anfrage am 26. August 2009 geraten hatte, in Nachachtung seiner Auskunftspflicht dieselben einzureichen (Urk. 19/26), nach. Wie die Ombudsfrau in ihrer Stellungnahme zutreffend ausführte, berechtigten die offenen Fragen, Widersprüche und Ungereimtheiten im Zusammenhang mit der Erhöhung des gemeldeten Lohnes die Taggeldversicherung zu weitergehenden Abklärungen zwecks Prüfung der Versicherungsleistungen (Urk. 19/26 S. 2). Dementsprechend ist ihr auch zuzugestehen, dass sie, nachdem der Kläger die geforderten Unterlagen zunächst nicht einreichte, die Taggelder bis zur möglichen Prüfung des Leistungsanspruchs gestützt auf Art. 39 Abs. 1 VVG ohne Fälligkeitsfolge einstellte. Gemäss Ausführungen der ehemaligen Rechtsvertreterin des Klägers vom 20. Oktober 2009 gelangten die Buchhaltungsunterlagen zirka Ende August/Anfang September 2009 erstmals an die Beklagte (Urk. 19/17/3). Dies scheint glaubhaft, standen dieselben der B. ___ GmbH für ihre am 16. September 2009 erstellte Beurteilung (Urk. 19/15, vgl. auch Mailverkehr in Urk. 4/10-17) doch schon zur Verfügung. Daher scheint es gerechtfertigt, vom Ende der vierwöchigen Frist gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG per Ende September 2009 und damit der Fälligkeit der Taggelder ab 1. Oktober 2009 auszugehen. Nachdem der Kläger die Beklagte bereits vor Eintritt der Fälligkeit wiederholt gemahnt (Urk. 19/12-13) und im Juli 2009 eine Betreibung für eine Forderung von Fr. 102'732.25 eingeleitet hatte (vgl. Zahlungsbefehl vom

E. 22

Juli 2009, Urk. 19/14), gelangte er unter anderem mit Mails vom 17. und 18. September 2009 wiederum an sie mit der Frage, ob die eingereichten Unterlagen nur für die Anspruchsprüfung genügen würden (Urk. 4/8-9). Damit ist von der Inverzugsetzung per Anfang Oktober 2009 auszugehen.

Der Kläger hat demnach Anspruch auf Verzugszins von 5 % (Art. 104 OR) ab 1. Oktober 2009 auf die bis dahin fälligen Taggelder der Monate Juli bis September 2009 und auf die übrigen antragsgemäss ab dem jeweiligen mittleren Verfall.

6. 6.1 Nach § 34 Abs. 1 GSVGer hat die obsiegende Beschwerde führende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Im Falle des Obsiegens bei unentgeltlicher Rechtspflege ist die Parteientschädigung dem unentgeltlichen Rechtsvertreter zuzusprechen, welchem infolge prozessualrechtlicher Legalzession Gläubigerstellung hinsichtlich des Honoraranspruchs zukommt (Emmel, in:

Sutter/Somm/Hasen-böhler/Leuenberger, ZPO Kommentar, Zürich, Basel, Genf, Art. 122 Rz 12). 6.2 Versicherungsträgern steht ein Anspruch auf Parteientschädigung nach § 34 Abs. 2 GSVGer nur zu, soweit er von anderen Gesetzen nicht ausgeschlossen ist. Die Rechtsprechung zu der bis Ende 2010 gültig gewesenen Regelung in Art. 85 Abs. 3 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (VAG), wonach ein Anspruch eines Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung unter der Voraussetzung besteht, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichts 5C_244/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5 mit Hinweisen), gilt auch unter der am 1. Januar 2011 in Kraft getretenen ZPO (namentlich Art. 114 lit. e ZPO in Verbindung mit § 28 lit. a ZPO) weiterhin (Urteil des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010, in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.2.1). 6.3 Da die Beklagte in diesem Verfahren nicht durch einen externen Anwalt vertreten ist und konsequenterweise auch keinen Antrag auf Parteientschädigung stellt, ist einzig dem Kläger respektive seinem unentgeltlichen Rechtsvertreter Dr. Krapf eine entsprechend dem lediglich teilweisen Obsiegen um die Hälfte reduzierte Parteientschädigung zuzusprechen. Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Beschwerdeführers weist in der eingereichten Kostennote vom 18. November 2011 (Urk. 44) für das vorliegende Verfahren einen Zeitaufwand von 16,6 Stunden und Barauslagen von Fr. 60.50 aus. Diese Aufwendungen erscheinen als gerechtfertigt. Beim gerichtsblichen Stundenansatz von Fr. 200.-- sowie unter Berücksichtigung der hälftigen Reduktion resultiert daraus eine Entschädigung von Fr. 1'820.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer; vgl. zur Mehrwertsteuerberechnung: Urk. 43). Das Gericht erkennt: 1. In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger vom 1. Juli 2009 bis 31. Dezember 2009 Krankentaggelder aufgrund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit gestützt auf einen versicherten Lohn von Fr. 60'000.-- und ab 1. Januar 2010 bis zum Ende des Krankheitsfalls, maximal bis zur Erschöpfung der Leistungspflicht gestützt auf denselben versicherten Lohn Taggelder aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % zu bezahlen. Zudem wird sie verpflichtet, Verzugszins von 5 % ab 1. Oktober 2009 auf die Taggelder der Monate Juli bis September 2009 und auf die übrigen Taggelder ab dem mittleren Verfall zu bezahlen. Von diesem Betrag abzuziehen sind die von der Eidgenössischen Invalidenversicherung erbrachten Taggelder für denselben Zeitraum. Im Übrigen wird die

Klage abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Die Beklagte wird verpflichtet, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers, Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf, Zürich, eine Prozessentschädigung von Fr. 1'820.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf - AXA Versicherungen AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 5. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt (beträgt), kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). 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).

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