

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20140228\_d\_zh\_o\_02 vom 28. Februar 2014**

FINMA Versicherungsrecht, 2014-02-28, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20140228\\_d\\_zh\\_o\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20140228_d_zh_o_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20140228\_d\_zh\_o\_02 du 28 février 2014

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20140228\_d\_zh\_o\_02 del 28 febbraio 2014

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1X.\_\_\_\_, geboren 1954, vereinbarte am 10. Oktober 2008 mit der Y.\_\_\_\_, Z.\_\_\_\_, einen Temporär- Rahmenarbeitsvertrag (Urk 30/1) und am 9. Februar 2009 (Urk. 26/1) sowie am 14. April 2009 (Urk. 26/2) dazugehörige Einsatzverträge, worin als Einsatzbetrieb die A.\_\_\_\_ bezeichnet und eine Einsatzdauer von höchstens drei Monaten mit einem Einsatzbeginn am 9. Februar 2009 (Urk. 26/1) beziehungsweise am 14. April 2009 (Urk. 26/2) vereinbart wurde. Während der Dauer der Arbeitseinsätze war der Versicherte über die Y.\_\_\_\_ im Rahmen eines kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrages bei der AXA Versicherungen AG, Winterthur (nachfolgend: AXA), gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) für ein Taggeld versichert (Urk. 9/17). Am 15. Oktober 2009 meldete die Y.\_\_\_\_ der AXA, dass der Versicherte seit dem 29. September 2009 im Umfang von 100 % arbeitsunfähig sei (Urk. 9/2), worauf die AXA der Y.\_\_\_\_ die versicherten Taggeldleistungen für eine vollständige Arbeitsunfähigkeit des Versicherten für die Zeit vom 2. bis 18. Oktober 2009 ausrichtete (Urk. 2/6, vgl. Urk. 2/5). 1.2Am 29. Oktober 2010 teilte die Y.\_\_\_\_ der AXA mit, dass der Versicherte ihr am 30. März 2010 ein Arbeitsfähigkeitszeugnis für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 15. März 2010 bis 12. April 2010 und am 15. Oktober 2010 ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis für eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit ab 29. September 2009 eingereicht habe (Urk. 9/5). In der Folge teilte die AXA dem Versicherten am

### **E. 2**

2.1Es ist unbestritten (vgl. Urk. 1), dass die Beklagte und die Y.\_\_\_\_ einen kollektiven Krankenzusatzversicherungsvertrag abgeschlossen haben und darin für die Arbeitnehmenden der Y.\_\_\_\_ ein Krankentaggeld in der Höhe von 80 % des AHV-beitragspflichtigen Lohnes für eine Leistungsdauer von 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 3 Tagen vereinbart sowie auf die Allgemeinen Vertragsbedingungen „Die Krankentaggeldversicherung für das Personal“, Ausgabe 07.2006 (Urk. 9/17 = Urk. 2/1; nachfolgend: AVB), verwiesen haben, welche durch Übernahme Vertragsbestandteil wurden (vgl. Urk. 9/11 = Urk. 2/5). 2.2In Ziff. B1 Abs. 1 der AVB (Urk. 9/17 S. 5) wird das versicherte Ereignis „Krankheit“ folgendermassen umschrieben: „Als Krankheit gilt jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat“. Die Arbeitsunfähigkeit wird in Ziff. B4 Abs. 1 der AVB (Urk. 9/17 S. 6) definiert:

„Arbeitsunfähigkeit ist eine ärztlich attestierte durch eine Krankheit bedingte Unfähigkeit im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Berücksichtigt wird

auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet“.

2.3 Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln wie individuell verfasste Vertragsklauseln auszulegen. Gemäss Art. 18 Abs. 1 des Obligationenrechts (OR) ist bei der Beurteilung eines Vertrages sowohl nach Form als nach Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen. Es ist demnach in erster Linie der festgestellte wirkliche Wille der Vertragsparteien massgebend. Lässt sich dieser nicht feststellen, ist der mutmassliche Parteiwillen zu ergründen. Dieser ist nach dem Vertrauensgrundsatz zu ermitteln (BGE 119 II 372 E. 4b). Danach sind Willenserklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten (BGE 111 II 279 E. 2b). Dabei hat das Gericht vom Wortlaut auszugehen und zu berücksichtigen, was sachgerecht erscheint. Es orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Darauf, dass der Vertragspartner eine Vereinbarung nach Treu und Glauben in einem gewissen Sinne hätte verstehen müssen, darf sich die Gegenpartei nur berufen, soweit sie selbst die Bestimmung tatsächlich so verstanden hat (vgl. BGE 105 II 16 E. 3a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_219/2010 vom 28. September 2010 E. 1, nicht publ. in: BGE 136 III 528). Die Auslegung nach dem Vertrauensprinzip kann mithin nicht zu einem normativen Konsens führen, der so von keiner der Parteien gewollt ist (Urteil des Bundesgerichts 4A\_538/2011 vom 9. März 2012 E. 2.2).

2.4 Schliesslich und subsidiär wird die Geltung vorformulierter AVB durch die sogenannte Unklarheits- und die Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Nach der Unklarheitsregel sind mehrdeutige Klauseln in Versicherungsverträgen gegen den Versicherer als deren Verfasser auszulegen (BGE 122 III 118 E. 2a, 126 III 388 E. 9d). Diese Regel ist indessen erst dann anzuwenden, wenn die übrigen Auslegungsmittel zu keinem Resultat führen und der bestehende Zweifel nicht anders beseitigt werden kann (BGE 122 III 118 E. 2d).

2.5 Nach der Ungewöhnlichkeitsregel sind von der globalen Zustimmung zu allgemeinen Vertragsbedingungen alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Verfasser von allgemeinen Geschäftsbedingungen muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Vertragspartner ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses (BGE 135 III 1 E. 2.1 mit Hinweisen).

### **E. 3**

3.1 Mangels eines übereinstimmenden wirklichen Willens sind die Klauseln der AVB und der ZVB nach dem Vertrauensprinzip und somit normativ auszulegen. Entscheidend ist daher, wie die Y.\_\_\_\_ als andere Vertragspartei die Klauseln verstehen durfte und musste. In Ziff. B1 der AVB ist der Begriff der Krankheit als eine Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, definiert. Diese Definition stimmt mit Ausnahme der kumulativen Voraussetzungen einer notwendigen medizinischen Untersuchung oder Behandlung und einer Arbeitsunfähigkeit mit der als allgemein gebräuchlich geltenden Definition der Krankheit von Art. 3 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts (ATSG) überein,

welche indes im Gegensatz zu Ziff. B1 der AVB als Voraussetzung alternativ eine notwendige medizinische Untersuchung oder Behandlung oder einer Arbeitsunfähigkeit genügen lässt. Des Gleichen stimmt die Definition der Arbeitsunfähigkeit von Ziff. B4 der AVB mit Ausnahme der in Ziff. B4 der AVB gesondert erwähnten ärztlichen Attestierung inhaltlich grundsätzlich mit der in Art. 6 ATSG enthaltenden Definition der Arbeitsunfähigkeit überein. 3.2 Bei den Definitionen der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit in den AVB handelt es sich daher weder um unklare noch um ungewöhnliche Klauseln, welche von der globalen Zustimmung ausgenommen und auf welche gesondert aufmerksam hätte gemacht werden müssen (Ungewöhnlichkeitsregel; vgl. Urteil des Bundesgerichts 4C.175/2004 vom 31. August 2004 E. 2.3.1). Die Y. \_\_\_ musste nach dem klaren Wortlaut der Ziff. B1 Abs.1 und B4 Abs. 1 AVB die Begriffe der Krankheit und der Arbeitsunfähigkeit nach dem Vertrauensprinzip daher grundsätzlich im Sinne von Art. 3 und Art. 6 ATSG verstehen.

#### **E. 4**

4.1 Im Folgenden ist die für den streitigen Taggeldanspruch massgebende medizinische Aktenlage zu prüfen. 4.2 Die Ärzte des C. \_\_\_, Klinik für Infektionskrankheiten und Spitalhygiene, stellen in ihrem Bericht vom 7. April 2010 (Urk. 9/24) die folgenden Diagnosen (S. 1): HIV-Infektion CDC-Stadium A3, Erstdiagnose im Juni 2000 mit/bei: Hypercholesterinämie und Lipoatrophie unter antiretroviraler Therapie chronische Diarrhoe unklarer Ätiologie seit September 2009 mit/bei: Status nach Cholezystektomie bei akuter Cholezystitis und Gelegenheitsappendektomie am 29. September 2009 undifferenzierte Polyarthritiden der Hände, Ellenbogen, Schultern, Hüfte und Kniegelenke seit 1981 Differenzialdiagnose: Psoriasisarthropathie sine Psoriasis chronisches panvertebrales Schmerzsyndrom Allergien auf Formaldehyd, Pyrazolone, Doxycyclin und fraglich auf Lokalanästhetika chronisches Handekzem Differentialdiagnose: allergisch, toxisch makrozytäres Blutbild

Differenzialdiagnose: Vitamin B12-Mangel Anpassungsstörung, längere depressive Reaktion im Jahre 2008 Am 29. September 2009 sei eine akute Cholezystitis mittels Cholezystektomie und Gelegenheitsappendektomie behandelt worden. Seither habe der Kläger unter einer chronischen Diarrhoe gelitten. Nach der Rückkehr des Klägers aus B. \_\_\_ im März 2010 sei es zu vermehrten Gelenksbeschwerden mit Gelenkschwellung, Überwärmung und Rötung gekommen. Diesbezüglich sei eine erneute Standortbestimmung durch die Ärzte der Rheumaklinik und des Instituts für Physikalische Medizin des C. \_\_\_ durchgeführt worden. Auf Grund der chronischen Diarrhoe und der Polyarthritiden sei dem Kläger für die Zeit vom 15. März bis 12. April 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert worden (S. 2). 4.3 Die Ärzte des C. \_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, stellten in ihrem Bericht vom

#### **E. 4.4**

und E. 4.2). In der Folge hielt sich der Kläger vom Dezember 2009 bis zum Anfang des Monats März 2010 in B. \_\_\_ auf (Urk. 9/15). Nach seiner Rückkehr aus B. \_\_\_ Anfang März 2010 traten im Rahmen der symmetrischen Polyarthritiden vermehrte Gelenksbeschwerden mit Gelenkschwellung, Überwärmung und Rötung auf und es wurden am 15. März 2010 die Behandlung an der Klinik für Infektionskrankheiten und Spitalhygiene (vorstehende E. 4.2) und am 25. März 2010 diejenige an der Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin des C. \_\_\_ (vorstehende E. 4.3) wiederaufgenommen. 5.2 Während die Ärzte des

D.\_\_\_\_ davon ausgingen, dass im Anschluss an die Cholezystektomie und die Entfernung des Narbengranuloms in der Zeit vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (vorstehende E. 4.4), stellten die Ärzte des C.\_\_\_\_, Klinik für Infektionskrankheiten und Spitalhygiene, eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 15. März bis 12. April 2010 fest (vorstehende E. 4.2 und E. 4.5). Demgegenüber vertraten die Ärzte des C.\_\_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, die Meinung, dass vom 29. September 2009 bis 8. Dezember 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe (vorstehende E. 4.3).

5.3 Nach Gesagtem steht daher einerseits fest, dass der Kläger in der Zeit vom 14. April bis 28. September 2009 im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums bei der Y.\_\_\_\_ gearbeitet hat, und dass er sich ab Dezember 2009 bis Anfang März 2010 in B.\_\_\_\_ aufgehalten hat. Andererseits bestehen echtzeitliche Attestierungen einer Arbeitsunfähigkeit lediglich für die Zeit vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 und anschliessend vom 15. März bis 8. Dezember 2010, nicht jedoch für die Zeit vom 16. November 2009 bis 14. März 2010.

6. 6.1 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c). Beweiswert kann auch einem nachträglich eingeholten Gutachten zukommen, sofern ein lückenloser Befund vorliegt und es im Wesentlichen nur um die ärztliche Beurteilung eines an sich feststehenden medizinischen Sachverhaltes geht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_505/2012 vom 6. Dezember 2012 E. 3.6).

6.2 Wie bereits erwähnt (vorstehende E. 3.2), können bei der Auslegung des Begriffs der Arbeitsunfähigkeit von Ziff. B4 der AVB die Materialien und die Rechtsprechung zu der inhaltlich grundsätzlich übereinstimmenden Definition der Arbeitsunfähigkeit von Art. 6 ATSG herangezogen werden. Unter relevanter Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Artikel 6 ATSG ist nach der Rechtsprechung (Urteile des Bundesgerichts 9C\_49/2010 vom 23. Februar 2010 E. 1 und 8C\_380/2009 vom 17. September 2009 E. 2.1; SVR 2008 BVG Nr. 31 S. 126) eine Einbusse an funktionellem Leistungsvermögen im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zu verstehen. Das heisst, es muss arbeitsrechtlich in Erscheinung treten, dass die versicherte Person an Leistungsvermögen eingebüsst hat, so etwa durch einen Abfall der Leistungen mit entsprechender Feststellung oder gar Ermahnung des Arbeitgebers oder durch gehäufte, aus dem Rahmen fallende gesundheitlich bedingte Arbeitsausfälle. Die Leistungseinbusse muss daher in aller Regel dem seinerzeitigen Arbeitgeber aufgefallen sein. Eine erst nach Jahren rückwirkend festgelegte medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit genügt nicht. Vielmehr muss der Zeitpunkt des Eintritts der Arbeitsunfähigkeit mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit echtzeitlich nachgewiesen sein. Dieser Nachweis darf nicht durch nachträgliche erwerbliche oder medizinische Annahmen und spekulative Überlegungen ersetzt werden (Urteil 9C\_368/2008 vom 11. September 2008 E. 2 mit Hinweisen).

6.3 Die Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch die Ärzte des C.\_\_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, vom 8. Dezember 2010 (vorstehende E. 4.3), vom 10. Februar 2011 (vorstehende E. 4.6) und vom 7. Juli 2011 (vorstehende E. 4.7) vermag insofern nicht zu überzeugen, als dass diese Ärzte dem Kläger für die Zeit vom 16. November 2009 bis 14. März 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierten. Denn

dabei handelt es sich einerseits nicht um eine echtzeitliche Arbeitsfähigkeitsbeurteilung. Der Kläger hielt sich von Dezember 2009 bis Anfang März 2010 vielmehr in B. \_\_\_ auf, ohne dass er während dieses Zeitraums einen Arzt konsultiert hätte. Andererseits vermag nicht zu überzeugen, dass die Ärzte des C. \_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, ihre rückwirkende Attestierung einer Arbeitsunfähigkeit für die Zeit ab 29. September 2009 damit begründeten, dass beim Kläger bereits ab dem 2. April 2009 eine aktive Arthritis bestanden habe, weshalb am 7. Mai 2009 und am 30. November 2009 Steroidinfiltrationen in der Schulter durchgeführt worden seien. Denn der Umstand, dass am 30. November 2009 letztmals eine Steroidinfiltration durchgeführt wurde, vermag nicht zu erklären, aus welchem Grunde die Ärzte des C. \_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, dem Kläger nicht bereits zu diesem Zeitpunkt (echtzeitlich) eine Arbeitsunfähigkeit attestiert hatten. Sodann steht fest, dass der Kläger trotz einer seit dem 2. April 2009 bestehenden akuten Arthritis in der Zeit vom 14. April bis 28. September 2009 im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums bei der Y. \_\_\_ gearbeitet hat. Des Weiteren fehlt der Beurteilung durch die die Ärzte des C. \_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, eine Auseinandersetzung mit der abweichenden Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch die Ärzte des D. \_\_\_, welche dem Kläger lediglich vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 eine Arbeitsunfähigkeit attestierten. Mangels einer nachvollziehbaren Begründung vermag die Arbeitsfähigkeitsbeurteilung durch die Ärzte des C. \_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, insoweit diese dem Kläger rückwirkend für die Zeit vom 16. November 2009 bis 14. März 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestierten, nicht zu überzeugen, sodass darauf nicht abgestellt werden kann. 6.4 Gestützt auf die echtzeitliche medizinische Aktenlage steht daher fest, dass vom 29. September bis 18. Oktober 2009, vom 6. bis 15. November 2009 und vom 15. März bis 8. Dezember 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bestand. Demgegenüber ist für die Zeit vom 16. November 2009 bis 14. März 2010 eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nicht ausgewiesen. 7. 7.1 Zu prüfen bleibt, bis zu welchem Zeitpunkt der Kläger zum Kreis der versicherten Personen der Kollektivversicherung bei der Beklagten gehörte. 7.2 Während die Beklagte davon ausging, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Y. \_\_\_ am 18. Oktober 2009 geendet, und dass ab 19. Oktober 2009 kein Versicherungsschutz mehr bestanden habe (Urk. 8 S. 7), vertrat der Kläger die Meinung, dass das Arbeitsverhältnis mit der Y. \_\_\_ nach seiner Rückkehr aus B. \_\_\_ im März 2010 weiterhin Bestand gehabt habe (Urk. 1 S. 7 f.). 7.3 Wie bereits erwähnt (vorstehende E. 2.1) haben die Beklagte und die Y. \_\_\_ eine kollektive Krankentaggeldversicherung für sämtliche Arbeitnehmenden der Y. \_\_\_ abgeschlossen. Gemäss Ziff. A2 Abs. 4 der AVB (Urk. 9/17 S. 5) erlischt der Versicherungsschutz für den einzelnen Versicherten: mit Erlöschen des Versicherungsvertrages bei Arbeitsunterbruch ohne Lohnanspruch mit seinem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen bei Geschäftsaufgabe des Versicherungsnehmers mit Vollendung des 70. Altersjahres bei Aufenthalt ausserhalb Europas nach 12 Monaten. 7.4 Der Kläger hat mit der Y. \_\_\_ am 10. Oktober 2008 einen Temporär-Rahmenarbeitsvertrag zur Regelung einer unbestimmten Anzahl temporärer Einsätze in Drittbetrieben (Einsatzbetrieben) während einer bestimmten Zeit geschlossen (Urk. 30/1). In Ziff. 1.1 der allgemeinen Anstellungsbedingungen (Urk. 35) ist festgehalten, dass der Rahmenarbeitsvertrag erst mit dem Abschluss eines zusätzlichen Einsatzvertrages zwischen denselben Parteien bei Annahme eines Einsatzes in einem Einsatzbetrieb in Kraft

trete, dass der Rahmenarbeitsvertrag weder eine Pflicht der Arbeitgeberin einen Einsatz anzubieten noch eine Pflicht der Arbeitnehmerin beziehungsweise des Arbeitnehmers einen angebotenen Einsatz anzunehmen begründe, und dass jeder neue Einsatz den Abschluss eines neuen Einsatzvertrages erfordere. Am 14. April 2009 haben der Kläger und die Y. \_\_\_ einen Einsatzvertrag für einen Einsatz des Klägers bei der A. \_\_\_, E. \_\_\_, mit einem Einsatzbeginn am 14. April 2009, für eine Einsatzdauer von höchstens drei Monaten (Urk. 30/2) abgeschlossen. In der Folge hat der Kläger am 14. April 2009 den Arbeitseinsatz bei der A. \_\_\_ aufgenommen und bei dieser bis am 28. September 2009 gearbeitet (Urk. 9/18, Urk. 26/4). Anschliessend war der Kläger vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 und erneut ab dem 15. März 2010 krankheitsbedingt vollständig arbeitsunfähig (vorstehende E. 5.3).

7.5 Beim Personalverleih überlässt der Arbeitgeber (Verleiher) Dritten (Einsatzbetrieben) gewerbsmässig Arbeitnehmer (Art. 12 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih), wobei als Verleiher gilt, wer einen Arbeitnehmer einem Einsatzbetrieb überlässt, indem er diesem wesentliche Weisungsbefugnisse gegenüber dem Arbeitnehmer abtritt (Art. 26 Abs. 1 der Verordnung über die Arbeitsvermittlung und den Personalverleih, AVV). Der Personalverleih umfasst die Temporärarbeit, die Leiharbeit und das gelegentliche Überlassen von Arbeitnehmern an Einsatzbetriebe. Temporärarbeit liegt vor, wenn der Zweck und die Dauer des Arbeitsvertrages zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer auf einen einzelnen Einsatz bei einem Einsatzbetrieb beschränkt sind (Art. 27 Abs. 1 f. AVV). In der Praxis wird bei der Temporärarbeit zunächst ein Rahmenvertrag über die allgemeinen Anstellungsbedingungen abgeschlossen, worauf ein vollständiger Arbeitsvertrag erst mit dem Einsatzvertrag, der die konkrete Arbeits- und Lohnzahlungspflicht festlegt, zustande kommt (Ullin Streiff/Adrian von Kaenel/Roger Rudolph, Arbeitsvertrag Praxiskommentar, 7. Auflage, Zürich 2012, Art. 319 des Obligationenrechts, OR, N 20).

7.6 Vorliegend war das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Y. \_\_\_ vorerst ab dem 14. April 2009 für höchstens drei Monate und mithin bis 13. Juli 2009 befristet. Nach Ablauf der Befristung war der Arbeitseinsatz des Klägers bei der A. \_\_\_ von den Vertragsparteien indes stillschweigend fortgesetzt worden. Gemäss Art. 334 Abs. 2 OR galt das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und der Y. \_\_\_ für die Zeit ab dem 14. Juli 2009 daher als unbefristetes Arbeitsverhältnis. Zu prüfen bleibt im Folgenden, bis wann das (unbefristete) Arbeitsverhältnis in der Folge angedauert hat.

7.7 Anhaltspunkte für eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses mit dem Kläger durch die Y. \_\_\_ lassen sich den Akten nicht entnehmen. Eine Kündigung des Arbeitsvertrages wird von den Parteien auch nicht geltend gemacht. Die Beklagte gab vielmehr an, dass die Y. \_\_\_ vom Kläger nach dessen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit während der Zeit vom 29. September bis 18. Oktober 2009 nichts mehr gehört habe, weshalb davon auszugehen sei, dass das Arbeitsverhältnis am 18. Oktober 2009 geendet habe (Urk. 8 S. 6 f.).

7.8 Ein Arbeitsverhältnis endet nicht nur bei Fristablauf oder durch Kündigung. Auf Grund der Vertragsfreiheit sind die Parteien des Arbeitsvertrages frei, das Arbeitsverhältnis jederzeit im gegenseitigen Einverständnis durch vertragliche Einigung formlos sogar durch konkludentes Verhalten, zu beenden. Allerdings darf das Vorliegen eines solchen Vertrages nicht leichthin angenommen werden, weil damit der Kündigungsschutz für den Arbeitnehmer entfällt (Urteil des Bundesgerichts 4C.62/2001 E. 3b). Ein unzulässiges Umgehungsgeschäft liegt vor, wenn der Aufhebungsvertrag einzig dazu dient, zwingende Ansprüche aus Arbeitsvertrag, beispielsweise die Lohnfortzahlung bei Krankheit und Unfall (Art. 324a OR), zu umgehen. Zwar kann unter gewissen Voraussetzungen auch zwingenden

Kündigungsvorschriften gegenüber ein Aufhebungsvertrag der Parteien zulässig sein (BGE 102 Ia 417 mit Hinweisen). Indes darf eine solche Vereinbarung nach der Rechtsprechung nicht zu einer klaren Umgehung des zwingenden gesetzlichen Kündigungsschutzes führen (BGE 110 II 168 E. 3a).

7.9 Nach Art. 341 Abs. 1 OR kann der Arbeitnehmende während des Arbeitsverhältnisses und einen Monat danach nicht auf Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis verzichten, die sich aus unabdingbaren Gesetzesbestimmungen ergeben. Deshalb ist ein Aufhebungsvertrag ohne Einhaltung der Kündigungsfrist nur zulässig, sofern damit nicht nur der Arbeitnehmer auf die Lohnfortzahlung verzichtet, sondern auch der Arbeitgeber auf die während der Kündigungsfrist geschuldete Arbeitsleistung. Diesfalls liegt kein einseitiger Verzicht, sondern ein zulässiger Vergleich vor (Urteil des Bundesgerichts 4C.22/2000 vom 27. Juni 2000 E. 3b; BGE 118 II 58 E. 2b).

7.10 Gemäss Art. 336c Abs. 1 lit. b OR darf der Arbeitgeber nach Ablauf der Probezeit im ersten Dienstjahr das Arbeitsverhältnis während der Zeit, da der Arbeitnehmer ohne eigenes Verschulden durch Krankheit oder durch Unfall ganz oder teilweise an der Arbeitsleistung verhindert ist, während einer Sperrfrist von 30 Tagen nicht kündigen. Die Kündigung, die während einer der in Art. 336c Abs. 1 OR festgesetzten Sperrfristen erklärt wird, ist gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung nichtig. Eine nichtige Kündigung wird nicht in eine auf den nächstmöglichen Zeitpunkt konvertiert, sondern muss nach Ablauf der Sperrfrist erneut ausgesprochen werden (BGE 128 III 212 ff.). Jeder neue Grund für eine Arbeitsverhinderung im Sinne von Art. 336c Abs. 1 OR, das heisst jede neue Krankheit oder jeder neue Unfall, löst eine eigenständige neue Sperrfrist aus. Ein Rückfall gilt indes nicht als neuer Grund (Wolfgang Portmann, in: Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, Basler Kommentar Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 336c N 9).

7.11 Nach Absolvierung des letzten effektiven Arbeitstages bei der Y. \_\_\_ am 28. September 2009 war der Kläger vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 arbeitsunfähig. Die Arbeitsunfähigkeit vom 29. September bis 18. Oktober 2009 wurde durch eine akute Cholezystitis verursacht, welche am 29. September 2009 mittels Cholezystektomie behandelt wurde. Anschliessend trat als Komplikation ein Narbengranulom auf, welches am 6. November 2009 operativ behandelt wurde und die Arbeitsunfähigkeit vom 6. bis 15. November 2009 verursachte (vorstehende E. 4.4). Die am 29. September 2009 aufgetretene Cholezystitis löste eine Sperrfrist von 30 Tagen aus. Bei dem am 6. November 2009 aufgetretenen Narbengranulom handelt es sich nicht um einen Rückfall zur Cholezystitis, sondern um eine neue Krankheit, welche eine eigenständige neue Sperrfrist von 30 Tagen auslöste. Die Sperrfrist begann daher bei Beginn der Arbeitsunfähigkeit am 6. November 2009 zu laufen und lief während der Dauer der Arbeitsunfähigkeit bis zum 15. November 2009.

7.12 Vorliegend ging die Y. \_\_\_ offensichtlich davon aus, dass das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger am 18. Oktober 2009 geendet habe, weil er sich nach diesem Zeitpunkt in B. \_\_\_ aufgehalten habe und sich bei der Y. \_\_\_ seither bis zum 30. März 2010 nicht mehr gemeldet habe (Urk. 9/5, Urk. 9/18). Den Akten ist jedoch zu entnehmen, dass die Y. \_\_\_ dem Kläger für die Arbeitsunfähigkeit vom 6. November 2009 bis zum 15. November 2009 offensichtlich Krankentaggeld ausrichtete (Urk. 26/3). Sodann steht fest, dass der Kläger erst ab Dezember 2009 in B. \_\_\_ weilte.

7.13 Hinweise dafür, dass die Y. \_\_\_ und der Kläger den Bezug von unbezahlten Ferien durch den Kläger oder eine Wiederaufnahme des Arbeitseinsatzes bei der A. \_\_\_ vereinbart hätten, lassen sich - entgegen der diesbezüglichen Vorbringen des Klägers (Urk. 1 S. 7) - den Akten nicht entnehmen. Eine diesbezügliche Vereinbarung ist mit dem massgebenden Beweisgrad der überwiegenden

Wahrscheinlichkeit vielmehr nicht nachgewiesen. 7.14 In Würdigung der gesamten Umstände hat vielmehr als erstellt zu gelten, dass der Kläger nach seiner Genesung und Wiedererlangung einer vollständigen Arbeitsfähigkeit ab dem 16. November 2009 der Y.\_\_\_\_ weder seine Arbeitskraft offeriert noch sich bei dieser entsprechend gemeldet hat, weshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit von einer konkludenten Auflösung des Arbeitsverhältnisses zwischen der Y.\_\_\_\_ und dem Kläger im gegenseitigen Einverständnis am 16. November 2009 auszugehen ist. Mit diesem Aufhebungsvertrag hat der Kläger nicht einseitig auf eine Lohnfortzahlung verzichtet, sondern es hat auch die Y.\_\_\_\_ auf die während der Kündigungsfrist geschuldete Arbeitsleistung verzichtet. Des Weiteren ist davon auszugehen, dass eine Aufhebung des Arbeitsvertrages auch insofern den Interessen des Klägers entsprach, weil dieser nach B.\_\_\_\_ reisen und sich während der kalten Jahreszeit dort aufhalten wollte. Beim konkludenten Aufhebungsvertrag vom 16. November 2009 handelt es sich daher nicht um einen einseitigen Lohnverzicht, sondern um einen zulässigen Vergleich. 8. Nach Gesagtem erlosch der Versicherungsschutz der kollektiven Krankentaggeldversicherung für den Kläger nach Ziff. A2 Abs. 4 der AVB (Urk. 9/17 S. 5) mit seinem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen am 16. November 2009. Bei Eintritt der erneuten Arbeitsunfähigkeit des Klägers am 15. März 2010 war der Kläger daher nicht mehr im Rahmen der Kollektivversicherung bei der Beklagten versichert, weshalb Leistungsansprüche des Klägers aus der Kollektivversicherung zu verneinen sind.

## **E. 8**

Dezember 2010 (Urk. 9/7) die folgenden Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 1): undifferenzierte symmetrische Polyarthritiden seit 1981 mit/bei: Befund vom März 2010: Enthesitiden (Entzündungen) im Bereich des Tuber ischiadicum, symmetrische Polyarthritiden im Bereich der Hände, Füße, Ellenbogen, Schulter und Hüfte intermittierende Diarrhoe seit Frühling 2010 bei Status nach B.\_\_\_\_-Aufenthalt Daneben stellten die Ärzte folgende Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 2): HIV-Infektion CDC-Stadium A3 mit/bei: Hypercholesterinämie und Lipoatrophie unter antiretroviraler Therapie rezidivierender Herpes genitalis seit Juni 2000 Allergien auf Formaldehyd, Pyrazolone, Doxycyclin und fraglich auf Lokalanästhetika chronisches Handekzem, Differentialdiagnose: allergisch, kumulativ-toxisch Status nach makrozytärer, normochromer Anämie, Differenzialdiagnose: bei Vitamin B12-Mangel Die Ärzte erwähnten, dass sie den Kläger vom 25. März bis 26. Oktober 2010 behandelt hätten. Vor dem 25. März 2010 und nach dem 26. Oktober 2010 sei der Kläger an der Klinik für Infektionskrankheiten und Spitalhygiene des C.\_\_\_\_ behandelt worden. Der Kläger habe eine lange Anamnese von intermittierenden Arthritiden diverser Gelenke. Bereits im Jahre 2007 sei eine umfassende Abklärung der Gelenksbeschwerden am rheumatologischen Ambulatorium des C.\_\_\_\_ durchgeführt worden (S. 2). Aus rheumatologischer Sicht sei der Kläger auf Grund der aktuell floriden symmetrischen Polyarthritiden bereits bei leichten körperlichen Belastungen in seiner Arbeitsfähigkeit eingeschränkt. Dem Kläger sei vom 29. September 2009 bis 8. Dezember 2010 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert worden (S. 4). 4.4 Mit Bericht vom 31. Dezember 2010 (Urk. 9/3) diagnostizierten die Ärzte des D.\_\_\_\_ eine akute Choleszystitis, welche am 29. September 2009 operativ mittels Choleszystektomie behandelt worden sei. Anschliessend sei als Komplikation ein Narbengranulom aufgetreten, welches am 6. November 2009 operativ behandelt worden sei. Eine Arbeitsunfähigkeit habe vom 29. September bis 18. Oktober 2009 und vom 6. bis 15. November 2009 bestanden. 4.5 Mit Bericht vom 4. Januar 2011 (Urk. 9/4) diagnostizierten die Ärzte des C.\_\_\_\_, Klinik für Infektionskrankheiten und Spitalhygiene,

undifferenzierte Polyarthritiden der Hände, Ellenbogen, Schultern, Hüfte und Kniegelenke seit dem Jahre 1981. Eine Arbeitsunfähigkeit habe vom 15. März bis 12. April 2010 bestanden. 4.6In ihrem Bericht vom 10. Februar 2011 (Urk. 9/9) erwähnten die Ärzte des C.\_\_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, dass die erstmalige Konsultation 25. März 2010 stattgefunden habe. Klinisch habe der Kläger im März 2010 eine symmetrische Polyarthritis der Hände, Füsse, Ellenbogen, Schulter und Hüfte gezeigt, worauf eine Basistherapie begonnen worden sei. Auf Grund von Medikamentenunverträglichkeiten mit Diarrhoe habe die Behandlung mit zwei Medikamenten vorerst abgesetzt werden müssen (S. 1). Im Rahmen der entzündlichen Grundkrankheit mit bisher schlechter Entzündungskontrolle leide der Kläger unter einer Morgensteifigkeit und unter einer schmerzbedingten reduzierten Belastbarkeit. Gegenwärtig bestehe eine Arbeitsunfähigkeit von 100 %. Der Kläger sei bereits am 2. April 2009 erstmals in der Poliklinik behandelt worden. Dort sei eine Schultergelenksarthritis festgestellt und am 7. Mai sowie am 30. November 2009 Steroidinfiltrationen durchgeführt worden. Es sei daher davon auszugehen, dass seit dem 2. April 2009 eine aktive Arthritis bestanden habe (S. 2). 4.7In ihrer Stellungnahme vom 7. Juli 2011 (Urk. 9/14) führten die Ärzte des C.\_\_\_\_, Rheumaklinik und Institut für Physikalische Medizin, aus, dass beim Kläger am 6. (richtig: 7.) Mai und 30. Januar (richtig: November) 2009 wegen einer Schultergelenksarthritis je eine Steroidinfiltration durchgeführt worden sei. Nach der Rückkehr des Klägers von einem Aufenthalt in B.\_\_\_\_ sei die Behandlung am 5. (richtig: 25.) März 2010 erneut aufgenommen worden. Da bereits ab dem 2. April 2009 eine klinisch aktive Arthritis bestanden habe, sei davon auszugehen, dass ab 29. September 2010 eine Arbeitsunfähigkeit im Umfang von 100 % bestanden habe (S. 1). 5. 5.1Den obenerwähnten medizinischen Akten lässt sich entnehmen, dass der Kläger seit dem Jahre 1981 an einer undifferenzierten symmetrischen Polyarthritis im Bereich der Hände, der Ellenbogen, der Schultern, der Hüfte und der Kniegelenke (vorstehende E. 4.2 und E. 4.3) litt. Diesbezüglich wurde an der Rheumaklinik des C.\_\_\_\_ im Jahre 2007 (vorstehende E. 4.3) eine umfassende Abklärung der Gelenksbeschwerden durchgeführt. Nach einer Wiederaufnahme der Behandlung an der Rheumaklinik des C.\_\_\_\_ am 2. April 2009 wurden am 7. Mai 2009 und am 30. November 2009 Steroidinfiltrationen zur Behandlung der Schultergelenksarthritis durchgeführt (vorstehende E. 4.6). Gleichzeitig war der Kläger in der Zeit vom 14. April bis 28. September 2009 bei der Y.\_\_\_\_ im Umfang eines vollzeitlichen Arbeitspensums erwerbstätig (Urk. 26/4). Am 29. September 2009 trat eine akute Cholezystitis auf, welche gleichentags operativ mittels Cholezystektomie und Gelegenheitsappendektomie behandelt wurde. Als Komplikation trat ein Narbengranulom auf, welches anschliessend am 6. November 2009 operativ behandelt wurde (vorstehende E.

## **E. 9**

9.1Zu prüfen bleibt, ob der Kläger aus einer, wie von ihm geltend gemacht (Urk. 1 S. 7), Verletzung von Informationspflichten über die ihm zustehenden Rechte auf einen Übertritt in die Einzelversicherung etwas zu seinen Gunsten ableiten kann. 9.2Gemäss Art. 100 Abs. 2 VVG sind für Versicherungsnehmer und Versicherte, die nach Artikel 10 des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (AVIG) als arbeitslos gelten, die Artikel 71 Absätze 1 und 2 und 73 KVG sinngemäss anwendbar. Laut Art. 71 Abs. 1 KVG hat eine versicherte Person, die aus der Kollektivversicherung ausscheidet, weil sie nicht mehr zu dem im Vertrag umschriebenen Kreis der Versicherten zählt oder weil der Vertrag aufgelöst wird, das Recht, in die Einzelversicherung des Versicherers überzutreten. Soweit die versicherte

Person in der Einzelversicherung nicht höhere Leistungen versichert, dürfen keine neuen Versicherungsvorbehalte angebracht werden; das im Kollektivvertrag massgebende Eintrittsalter ist beizubehalten.

Abs. 2 dieser Bestimmung sieht vor, dass der Versicherer dafür zu sorgen hat, dass die versicherte Person schriftlich über ihr Recht zum Übertritt in die Einzelversicherung aufgeklärt wird. Unterlässt er dies, so bleibt die versicherte Person in der Kollektivversicherung. Sie hat ihr Übertrittsrecht innert drei Monaten nach Erhalt der Mitteilung geltend zu machen. 9.3 Die in Art. 100 Abs. 2 VVG in Verbindung mit Art. 71 Abs. 1 und 2 KVG statuierten Informationspflichten des Kollektivversicherers hinsichtlich des Rechts zum Übertritt in die Einzelversicherung gelten indes ausschliesslich gegenüber versicherten Personen, welche arbeitslos im Sinne von Art. 10 AVIG sind. Als arbeitslos im Sinne Art. 100 Abs. 2 VVG in Verbindung mit Art. 71 Abs. 1 und 2 KVG gelten gemäss Art. 10 Abs. 3 AVIG indes nur Versicherte, die sich beim Arbeitsamt ihres Wohnortes zur Arbeitsvermittlung gemeldet haben. Den Akten lässt sich nicht entnehmen, dass sich der Kläger in der Zeit vom 15. November 2009 bis Ende Februar 2010 beim Arbeitsamt beziehungsweise beim Regionalen Arbeitsvermittlungszentrum seines Wohnortes zur Arbeitsvermittlung gemeldet hätte. Dies wird vom Kläger im Übrigen auch nicht geltend gemacht (Urk. 1). Demzufolge finden die gesetzlichen Informationspflichten von Art. 100 Abs. 2 VVG in Verbindung mit Art. 71 Abs. 1 und 2 KVG vorliegend keine Anwendung. 9.4 In Ziff. E1 der AVB (Urk. 9/17 S. 8) wird der Anspruch auf Übertritt in die Einzelversicherung folgendermassen geregelt: „In der Schweiz wohnhafte Versicherte haben das Recht, in die Einzelversicherung der AXA überzutreten, wenn sie aus dem Kreis der Versicherten ausscheiden; der Vertrag erlischt; oder sie als arbeitslos im Sinne von AVIG Art. 10 gelten“ (Abs. 1). „Der Versicherte hat das Übertrittsrecht innerhalb von 3 Monaten (Arbeitslose 3 Monate nach Erhalt der Mitteilung über das Übertrittsrecht) geltend zu machen“ (Abs. 3). Die Informationspflicht beim Übertritt in die Einzelversicherung wird in Ziff. E2 der AVB (Urk. 9/17 S. 8) geregelt: „Der Versicherungsnehmer hat den ausscheidenden Versicherten über das Übertrittsrecht und über die Frist für den Übertritt in die Einzelversicherung beim Austritt aus dem versicherten Betrieb schriftlich zu informieren. 9.5 Aus Ziff. E2 der AVB lässt sich vorliegend keine Informationspflicht der Beklagten ableiten, die versicherten Personen auf das Übertrittsrecht in die Einzelversicherung hinzuweisen. Vielmehr ist in dieser Klausel lediglich ein kaskadenartig verlaufender Informationsfluss vom Versicherer zum Arbeitgeber und von diesem zu seinen Arbeitnehmern enthalten (vgl. auch: Urteil des Bundesgerichts 5C.41/2001 vom 3. Juli 2001 E. 2 f.). Vorliegend ist davon auszugehen, dass die Beklagte der Y. \_\_\_ bei Vertragsschluss die AVB aushändigte. Die Y. \_\_\_ hatte demnach Kenntnis der in Ziff. E2 der AVB geregelten Informationspflicht. Aus dieser Klausel kann der Kläger daher nichts zu seinen Gunsten ableiten.

## **E. 10**

10.1 Massgebend für den Anspruch des Klägers auf Übertritt in die Einzelversicherung ist Ziff. E1 Abs. 3 der AVB, wonach das Übertrittsrecht innerhalb einer Frist von drei Monaten seit dem Ausscheiden aus der Kollektivversicherung geltend zu machen ist. Diese Frist begann am 16. November 2009 zu laufen und endete am 15. Februar 2010. 10.2 Den Akten ist zu entnehmen, dass der Kläger erstmals am 5. Mai 2011 gegenüber der Beklagten erklärte, von seinem Übertrittsrecht in die Einzelversicherung Gebrauch machen zu wollen (Urk. 9/12 S. 3). Dieser Umstand wird vom Kläger nicht bestritten (Urk. 1). Da der Kläger

von seinem Recht auf Übertritt in die Einzelversicherung somit nicht rechtzeitig innerhalb der Frist von drei Monaten von Ziff. E1 Abs. 3 der AVB Gebrauch machte, ist ein Übertritt in die Einzelversicherung nicht zustande gekommen, und es ist ein Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten auf Leistungen aus der Einzelversicherung mangels rechtzeitiger Geltendmachung des Übertrittsrechts zu verneinen. Demzufolge ist die Klage abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Das Verfahren ist kostenlos. 3. Zustellung gegen Empfangsschein an: Rechtsanwältin Susanne Friedauer AXA Versicherungen AG Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 4. Gegen diesen Entscheid kann 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 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

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