

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180516\_d\_sz\_o\_01 vom 16. Mai 2018**

FINMA Versicherungsrecht, 2018-05-16, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20180516\\_d\\_sz\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20180516_d_sz_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180516\_d\_sz\_o\_01 du 16 mai 2018

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20180516\_d\_sz\_o\_01 del 16 maggio 2018

## **Erwägungen**

### **E. 7**

Juni 2016 bzw. nach Anstellungsende erfolgt sei, habe kein Versicherungs- schutz und somit für die Arbeitgeberin keine Meldepflicht (an die Beklagte) be- standen. Diese Ausführungen können grösstenteils auch dem Schreiben der Ar- beitgeberin an den Kläger vom 15. November 2016 entnommen werden.

### **E. 9**

2.3.3 Gemäss schriftlicher Auskunft des Einsatzbetriebes des Klägers zum vor- liegend relevanten Sachverhalt könne nicht mehr gesagt werden, wann der Ein- satzbetrieb Kenntnis von der Kündigung erhalten habe. Er sei jedoch telefonisch über die Kündigung - sowie darüber, dass der Gesundheitszustand eine weitere Beschäftigung nicht mehr zulasse - informiert worden. Der Einsatzbetrieb sei zu- dem über den Krankheitsausfall des Klägers bzw. den "Hexenschuss" informiert worden. Am 1. Juni 2016 sei der Einsatzbetrieb davon ausgegangen, dass der Kläger am 2. und 3. Juni 2016 seine Arbeit verrichten werde. Der Einsatz des Klägers im Betrieb sei auch für die Monate Juni und Juli vorgesehen gewesen, sei jedoch infolge Unfalls nicht mehr möglich gewesen. Überstunden seien aus- bezahlt worden. 2.3.4 Die Kündigung ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, welche darauf abzielt das Arbeitsverhältnis auf einen gegenwärtigen oder zukünf- tigen Zeitpunkt hin zu beenden. Sie wird als rechtsaufhebendes Gestaltungsrecht qualifiziert (Milani, in: Kren Kostkiewicz /Wolf/ Amstutz / Fankhauser, Orell Füss- li Kommentar [OFK] OR, 3. Aufl., Zürich 2016, Art. 335 N 3, m.w.H.). Zur Kündi- gung bedarf es grundsätzlich keiner besonderen Form, weshalb auch eine münd- liche Kündigung zulässig ist (Milani, a.a.O., Art. 335 N 3c). Die Kündigung entfal- tet ihre Wirkungen mit dem Eingang beim Empfänger (Bundesgerichtsurteil 4A\_559/2012 vom 18.3.2013 Erw. 5.1.2; BGE 113 II 259 Erw. 2a). Primär wird also auf die tatsächliche Kenntnisnahme abgestellt (Milani, a.a.O., Art. 335 N 9). Die Beweislast für den rechtzeitigen Zugang der Kündigung trägt derjenige, wel- cher hieraus Rechte ableiten will (Milani, a.a.O., Art. 335 N 11; vgl. Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [ZGB; SR 210] vom 10.12.1907). 2.3.5 Im konkreten Fall macht die Beklagte geltend, dass das Arbeitsverhältnis zwischen dem Kläger und seiner Arbeitgeberin per 3. Juni 2016 endete und stützt auf die Aussage der Arbeitgeberin bzw. das Kündigungsschreiben vom "27. Mai 2016" (Postaufgabe am 16.6.2016) ab, wonach dem Kläger am 27. Mai 2016 mündlich gekündigt worden und somit die Kündigungsfrist am 3. Juni 2016 abgelaufen sei. Mit schriftlicher Auskunft vom 30. August 2017 macht die Arbeit- geberin zwar geltend, dass interne Mitarbeiterinnen die mündlich ausgesproche- ne Kündigung vom 27. Mai 2016 bestätigen könnten, reicht jedoch trotz der ge- richtlichen Frage nach Zeugen keine Namen dieser Mitarbeiterinnen ein. Somit steht der Behauptung der Arbeitgeberin, diejenige des Klägers entgegen. Immer- hin

vermag der Kläger das, zwar auf den 27. Mai 2016 datierte aber erst am 16. Juni 2016 bei der Post aufgebene, Kündigungsschreiben vorzuweisen, welches nicht für den Zugang der Kündigung vor dem 17. Juni 2016 spricht, sondern die Auffassung des Klägers stützt.

#### **E. 10**

Des Weiteren spricht für die Vorbringen des Klägers (bzw. gegen die Vorbringen der Arbeitgeberin und somit der Beklagten) die schriftliche Aussage des Einsatzbetriebes. Dieser sei gemäss eigenen Angaben auch noch am 1. Juni 2016 davon ausgegangen, dass der Kläger weiterhin (auch am 2.6.2016) zur Arbeit antreten werde. Er habe bis dahin mindestens auch noch im Juni und Juli 2016 mit einem Arbeitseinsatz des Klägers gerechnet. Daraus ergibt sich sinngemäss, dass der Einsatzbetrieb nicht, wie von der Arbeitgeberin behauptet, am 27. Mai 2016 von der Kündigung des Klägers Kenntnis erhalten hat. Vielmehr ist der Einsatzbetrieb über die Absenz des Klägers infolge Rückenschmerzen ("Hexenschuss") informiert worden. Dementsprechend ging er anschliessend davon aus, dass die Kündigung erfolgt sei, weil eine Weiterbeschäftigung aus gesundheitlichen Gründen nicht mehr möglich gewesen sein soll. Die Ausführungen des Einsatzbetriebes stimmen somit mit den Ausführungen des Klägers überein. Zudem sprechen die Ausführungen des Einsatzbetriebes auch gegen die Behauptung der Arbeitgeberin, dass der Kläger am 2. Juni 2016 (innerhalb der angeblichen Kündigungsfrist) Überstunden abgebaut haben soll. Auch wenn aus der Lohnabrechnung vom 1. Juni 2016 ein Überstundenabbau hervorgeht, ist dieser nicht ohne weiteres nachvollziehbar und schlüssig (u.a. lässt sich der Lohnabrechnung zwar der Tag, nicht jedoch die Anzahl der angeblich kompensierten Stunden entnehmen; zumal im Mai ein ähnlich hohes Guthaben über vier Tage kompensiert worden sein soll). Zudem wurde die Lohnabrechnung von der Arbeitgeberin erstellt, weshalb die Beweiswürdigkeit nur beschränkt ist.

2.4.1 Nach dem Gesagten sprechen die gewichtigeren Argumente dafür, dass der Kläger erst am 17. Juni 2016 Kenntnis von der Kündigung durch die Arbeitgeberin erhalten hat. Somit befand sich der Kläger mindestens bis zum 17. Juni 2016 noch in einem ungekündigten Arbeitsverhältnis. Daraus ergibt sich, dass sowohl der vom Kläger geltend gemachte Krankheitseintritt vom 2. Juni 2016 als auch allenfalls ein Krankheitseintritt am 6. Juni 2016 noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses erfolgte, weshalb der Kläger krankentaggeldversichert war. Zur Frage, ob ein Anspruch auf Taggeld besteht, sind jedoch die weiteren Voraussetzungen zu prüfen.

2.4.2 Im Übrigen ergibt sich nachfolgend, dass beim Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bereits ab dem 2. Juni 2016 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit vorgelegen hat (vgl. nachfolgende Erw. 4.3.1). Selbst wenn somit von einem per 3. Juni 2016 gekündigten Arbeitsverhältnis auszugehen wäre, wäre der Krankheitseintritt noch während des laufenden Arbeitsverhältnisses (innerhalb der Kündigungsfrist) erfolgt, weshalb der Kläger auch in diesem Fall krankentaggeldversichert war.

#### **E. 11**

Art. 38 VVG enthält keine zwingende Vorschrift, da er im Katalog von Art. 97 und 98 VVG fehlt (vgl. Nef, a.a.O., Art. 38 N 13). Somit sind davon abweichende Vertragsabreden in den AVB möglich und zulässig. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht und in Art. 20.2 bis 20.4 ihrer AVB die Anzeigepflicht konkretisiert. So ergibt sich aus Art. 20.2 AVB, dass der Versicherungsnehmer bei jeder Arbeitsunfähigkeit 5 Tage nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist, spätestens jedoch nach 30 Tagen ununterbrochener Arbeitsunfähigkeit diese der X. mit dem entsprechenden

Formular meldet. Der Meldung wird das Arzteugnis des behandelnden Arztes mitgeliefert. Bei verspäteter Mitteilung besteht frühestens ab Eingang der Krankmeldung Anspruch auf die versicherten Leistungen. Ist vereinbart worden, dass der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte wegen Verletzung einer Obliegenheit von einem Rechtsnachteil betroffen wird, so tritt dieser Nachteil nicht ein, wenn die Verletzung den Umständen nach als eine unverschuldete anzusehen ist (Art. 20.3 AVB). Hält der Versicherungsnehmer die fristgerechte Meldung des Leistungsfalles nicht ein, kommt er für den daraus entstandenen Schaden auf (Art. 20.4 AVB). Art. 20.2 AVB lässt sich somit ohne weiteres so verstehen, dass die Anzeige- bzw. Meldepflicht nicht mehr wie in der gesetzlichen Regelung von Art. 38 Abs. 1 VVG dem Anspruchsberechtigten, sondern vielmehr dem Versicherungsnehmer obliegt. Etwas anderes lässt sich der AVB-Bestimmung, für deren Auslegung der Wortlaut im Vordergrund steht (vgl. Kuhn/ Müller- Studer/ Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., Zürich 2002, S. 171; vgl. auch BGE 142 III 671 Erw. 3.3), nicht entnehmen. Pflichten bzw. Obliegenheiten können sodann auch dem Versicherungsnehmer oder dem Anspruchsberechtigten allein auferlegt sein (Kuhn/ Müller-Studer/ Eckert, a.a.O., S. 219 m.w.H.), weshalb eine solche Regelung nicht ungewöhnlich erscheint. In der Praxis wird sodann die Meldung u.a. auch häufig vom Versicherungsnehmer, nämlich dem Arbeitgeber, vorgenommen (vgl. Nef, a.a.O., Art. 38 N 19).

3.3.2 Im konkreten Fall ergibt sich aus der Police für die Krankentaggeldversicherung für Unternehmen, dass die Arbeitgeberin Versicherungsnehmerin und der Kläger, als entliehener Arbeitnehmer, versicherte Person ist (Bekl.-act. 1 ). Nach dem Gesagten lässt sich Art. 20.2 AVB somit entnehmen, dass vorliegend der Arbeitgeberin als Versicherungsnehmerin und nicht dem Kläger als Anspruchsberechtigter die Meldepflicht hinsichtlich der Arbeitsunfähigkeit oblag, wie der Kläger zutreffend geltend macht. Unbestritten ist vorliegend, dass die Meldung an die Beklagte am 11. November 2016 grundsätzlich zu spät erfolgte, nachdem die Arbeitgeberin als Versiche-13

vollständige Wiederaufnahme seiner Arbeit. Daher habe sie ihn am 4. November 2016 in die Schwindelsprechstunde geschickt. Für das lumbospondylogene Schmerzsyndrom seien dem Kläger, bei klar kinesiphobem Schmerzverhalten, Übungen gezeigt worden. Die LWS sei deutlich beweglicher geworden, Zehen- und Fersenstand seien wieder durchführbar, und es sei kein positiver Lasegue mehr zu verzeichnen. Diesbezüglich stehe einem graduellen Wiedereinstieg in den Berufsalltag nichts entgegen. Diese Beschwerden würden unter der Krankenkasse laufen.

4.2.12 Am 4. November 2016 wurde der Kläger in der Chiropraktik-Schwindelsprechstunde von Dr. N. (Supervisor Chiropraktische Medizin) und MChiro O. (Unterassistent Chiropraktische Medizin) in der Klinik F. untersucht. In der Beurteilung wurde festgehalten, dass der Kläger an einem cerviko- und lumbospondylogenen Schmerzsyndrom leide, wofür er bereits in Behandlung sei, welche weitergeführt werden solle. Zudem erfahre er auch intermittierenden okulären Schwindel, welcher mitunter auch durch Extension im Nacken ausgelöst werde. Wegen der Schmerzen und des kinesiphoben Verhaltens habe der Kläger in der Schwindelsprechstunde nicht vollumfänglich untersucht werden können. Aus diesem Grund sei er an das interdisziplinäre Zentrum für Schwindel und neurologische Sehstörungen des Universitätsspitals \_\_\_\_\_ weitergeleitet worden (UV-act. IV/44).

4.2.13 Gemäss telefonischem Bericht des Universitätsspitals \_\_\_\_\_ an den Unfallversicherer vom 12. Januar 2017, sei im November 2016 eine Behandlung erfolgt, bei welcher eine Drehstuhllagerung vorgenommen worden sei. Ein Bericht von dieser Behandlung sei leider nicht erstellt worden. Es sei eine einmalige Behandlung gewesen (UV-act. IV/47). Am 9. Februar 2017 wurde beim Unfallversicherer

ein Bericht des Interdisziplinären Zentrums für Schwindel und neurologische Sehstörungen des Universitätsspitals \_\_\_\_\_ eingereicht. Demgemäss bestehe gemäss "Erstkonsultation vom 09.02.2017" durch Prof. Dr.med. Q. (Neurologie) ein Lagerungsschwindel mit Vd. auf Canalolithiasis posterior links (aktuell kein Lagerungsnystagmus nachweisbar). Beim Hallpike-Manöver links sei jedoch ein kurzdauernder Drehschwindel ausgelöst worden, entsprechend sei ein Epley-Manöver links durchgeführt worden (UV-act. IV/54). 4.2.14 Am 18. Januar 2017 gab der Kreisarzt M. ein MRI der HWS in Auftrag, nachdem eine HWS Distorsion geltend gemacht worden sei und radiologisch fortgeschrittene degenerative Veränderungen bestehen würden. Zudem würden weiterhin Schwindelbeschwerden geltend gemacht, welche jedoch in den Berich- 19

angestammt gelte ab Diagnosestellung und verifiziertem MRI vom 16. Juni 2016. In einer adaptierten Tätigkeit werde der Kläger aufgrund der Restbeschwerden bei 2-Etagen-Bandscheibenerkrankung mit regredientem Bandscheibensequester L5/S 1 zu 80% arbeitsfähig beurteilt. Mit einbezogen seien dabei die Restbeschwerden der HWS bei degenerativen Veränderungen mit Funktionsstörung der Kopfgelenke unter Berücksichtigung der genannten Spezifikationen. Der Beginn der angepassten Tätigkeit gelte frühestens ab 18. Juni 2017 bzw. spätestens ab Gutachtenzeitpunkt. Therapeutisch wurde zur Verbesserung der Arbeitsfähigkeit eine multimodale Schmerztherapie mit aktivierendem Einsatz und einer psychologischen Mitbetreuung empfohlen (IV-act. 29-43f./47). 4.3.1 Bei dieser Sachlage ergibt sich, dass der Kläger in seiner angestammten Tätigkeit als Lüftungsmonteur nicht mehr arbeitsfähig ist. Diesbezüglich sind sich nicht nur die behandelnden Ärzte (vgl. vorstehende Erw. 4.2.19f. und 4.2.23), sondern auch die MEDAS-Gutachter einig. Den Zeitpunkt, ab wann eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit des Klägers in der angestammten Tätigkeit vorliegt, legten die MEDAS-Gutachter auf den 16. Juni 2016 fest, aufgrund der Diagnosestellung und des verifizierten MRI. Allerdings ergeben sich aus den Akten Anhaltspunkte dafür, dass die Arbeitsunfähigkeit beim Kläger bereits früher eingetreten ist. Der Kläger wurde am 2. Juni 2016 bei seinem Hausarzt aufgrund von LWS-Schmerzen nach dem Aufstehen aus dem Bett vorstellig. Nachdem die Schmerzen trotz Behandlung auch am 6. und 9. Juni 2016 (an welchen Tagen der Kläger bei seinem Hausarzt erneut vorstellig wurde) weiter bestanden, veranlasste der Hausarzt am 9. Juni 2016 das MRI der LWS (vgl. Kläg.-act. 46). Daraus ergaben sich anschliessend die im MEDAS-Gutachten erwähnten, die Arbeitsfähigkeit einschränkenden Pathomorphologien bei 2-Etagen-Bandscheibenerkrankung mit Bandscheibensequester L5/S1 und Diskusprotrusion L4/5. Somit ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bereits ab dem 2. Juni 2016 eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit in angestammter Tätigkeit vorgelegen hat. Zudem bestätigte auch der Einsatzbetrieb den vom Kläger geschilderten Sachverhalt, wonach er ab dem 2. Juni 2016 aufgrund von Rückenschmerzen bzw. wegen eines "Hexenschusses" nicht mehr arbeitsfähig war und er sich deswegen von der Arbeit abmeldete. 4.3.2 Soweit die Beklagte geltend macht, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht krankheitsbedingt sondern vielmehr unfallbedingt sei, kann dem vorliegend nicht gefolgt werden. Aus dem MEDAS-Gutachten sowie unter Berücksichtigung der vorstehend zusammengefasst dargelegten Akten ergibt sich, dass der Kläger insbesondere an chronischen lumbospondylogenen und -radikulären sowie an chronischen cervikocephalen Schmerzen leidet, welche die Arbeitsfähigkeit zu 23 beeinträchtigen vermögen. Die Lumbalbeschwerden wurden in den Akten einheitlich als krankheits- und nicht unfallbedingt bezeichnet, zumal sie zum einen kei-

Unfallereignis zugeordnet werden konnten und zum andern unter Berücksichtigung der MRI-Befunde als degenerativ beurteilt wurden. Selbst die den Kläger behandelnde Chiropraktin führte hinsichtlich der Lumbalbeschwerden aus, dass diese über die Krankenkasse laufen würden, während sie die Nackenbeschwerden einem Unfall zuordnete (vgl. vorstehende Erw. 4.2.11). Nicht derart unbestritten ist die Sachlage gemäss Akten dementsprechend zunächst hinsichtlich der Cervikalbeschwerden. Immerhin ergibt sich nach der Aktenlage, dass der Kläger im Juni 2015 ein HWS Stauchungstrauma sowie eine Schädelprellung erlitt (vorstehende Erw. 4.2.2). Bereits ab August 2015 war der Kläger jedoch wieder zu 100% arbeitsfähig (Kläg.-act. 46). Nachdem der Kläger allerdings im Juli 2016 gegenüber dem Unfallversicherer geltend machte, seit dem Unfall im Juni 2015 immer wieder an Schwindelanfällen und Nackenbeschwerden zu leiden und die Physiotherapie für den im Juni 2015 erlittenen Unfall erst im Mai 2016 beendet zu haben (vgl. vorstehende Erw. 4.2.7), und nachdem auch seine Chiropraktin von unfallbedingten Nackenbeschwerden und Schwindel ausgegangen war, veranlasste der Unfallversicherer ein MRI der HWS, welches am 7. Februar 2017 erfolgte. Gestützt auf die MRI-Befunde, welche die vorgängig erfolgten Röntgenaufnahmen bestätigten, gingen sowohl der Unfallversicherer als auch die MEDAS-Gutachter von degenerativen Veränderungen der HWS und somit von krankheits- und nicht unfallbedingten Beschwerden aus (vgl. vorstehende Erw. 4.2.14, 4.2.17f., 4.2.24). Was den Schwindel anbelangt, so wurde im MEDAS-Gutachten festgehalten, dass diese fast über ein Jahr dauernde Symptomatik inzwischen remittiert sei (IV-act. 29-40/47). Die behandelnde Chiropraktin führte im April 2017 aus, dass der Schwindel behandelbar sei und nach der letzten Drehstuhlanwendung (welche gemäss Akten vermutlich im November 2016 stattgefunden hat, vgl. vorstehende Erw. 4.2.13) eine einmonatige Beschwerdefreiheit bestanden habe (vorstehende Erw. 4.2.19). Somit war die Schwindelsymptomatik, welche allenfalls als unfallbedingt zu beurteilen gewesen wäre, für die vorliegend relevante Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht massgebend (was sich auch den Diagnosen im MEDAS-Gutachten entnehmen lässt). Daraus ergibt sich, dass die Beschwerden des Klägers, welche ab dem 2. Juni 2016 zu einer vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit in seiner angestammten Tätigkeit führten, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht unfallsondern vielmehr krankheitsbedingt waren, weshalb es folgerichtig ist, dass der Kläger nach der schriftlichen Ablehnung der Leistungen durch den Unfallversicherer keine anfechtbare Verfügung verlangt hat. Das Begehren der Beklagten, das vorliegende Verfahren zu 24

Aus einem Bericht der Chiropraktin des Klägers vom 3. November 2016 geht erstmals seit Beginn der Arbeitsunfähigkeit im Juni 2016 hervor, dass ein gradueller Wiedereinstieg in den Berufsalltag möglich sein sollte, wobei nicht erwähnt wurde, ob ein Wiedereinstieg in die angestammte oder eine angepasste Tätigkeit gemeint war. Erst mit Bericht vom 3. April 2017 führte die Chiropraktin aus, dass für die bisherige Tätigkeit keine Arbeitsfähigkeit mehr bestehe, während in einer leidensangepassten Tätigkeit seit dem 25. November 2016 ein Wiedereinstieg mit gradueller Steigerung möglich sei. Am 19. Juni 2017 nahm der Kläger einen Arbeitsversuch in seiner bisherigen Tätigkeit als Lüftungsmonteur in Angriff, welcher erfolglos verlief. Im MEDAS-Gutachten wurde sodann festgehalten, dass der Beginn der angepassten Tätigkeit frühestens ab 18. Juni 2017 gelte. Nach dem Gesagten wusste der Kläger im vorliegend relevanten Zeitrahmen vom Juni 2016 bis März 2017 nicht bzw. konnte auch nicht wissen, dass seine Arbeitsfähigkeit in der bisherigen Tätigkeit nicht mehr gegeben und somit ein Berufswechsel erforderlich

sein werde. Dementsprechend konnte vom Kläger auch (noch) kein Berufswechsel erwartet werden. Die Schadenminderungspflicht des Klägers wurde somit auch diesbezüglich nicht verletzt, weshalb weder eine Leistungsverweigerung noch eine -kürzung angezeigt ist. 4.4 Zusammenfassend hat der Kläger gegenüber der Beklagten Anspruch auf Krankentaggelder. Nachdem die Rügen der Beklagten u.a. mit den vorliegenden Akten sowie insbesondere dem nachvollziehbaren MEDAS-Gutachten vom 26. Januar 2018 beurteilt werden konnten und somit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt ist, dass der Kläger im Zeitraum vom 2. Juni 2016 bis 31. März 2017 infolge Krankheit zu 100% arbeitsunfähig war, kann auf die Einholung eines Gerichtsgutachtens verzichtet werden (antizipierte Beweiswürdigung). 5. Streitig und nachfolgend zu prüfen ist noch die Höhe des Anspruchs auf Krankentaggelder. 5.1 Gemäss Art. 15.4 AVB bemessen sich die lohnabhängigen Taggeldleistungen wie folgt: - Grundlage ist der letzte vor Krankheitsbeginn bezogene AHV-pflichtige Lohn, einschliesslich noch nicht bezahlter Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht und die versichert sind. Dieser Lohn wird auf ein ganzes Jahr umgerechnet und durch 365 geteilt. - Für Arbeitnehmer mit stark variierendem Lohn gilt der Durchschnitt der letzten 12 Monate vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit. 27

- War die versicherte Person vor der Krankheit bei mehr als einem Arbeitgeber tätig, ist nur der beim Versicherungsnehmer erzielte Lohn massgebend. Die Leistungspflicht der Beklagten beginnt nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist. Die Wartefrist gilt pro Leistungsfall und wird an die Bezugsdauer angerechnet (Art. 14.1 AVB). 5.2.1 Im konkreten Fall wurde zwischen der Beklagten, als Versicherer, und dem Versicherungsnehmer (Arbeitgeberin des Klägers) eine Wartefrist von 30 Tagen vereinbart (vgl. Bkl.-act. 1 ). Die vom Kläger geltend gemachte Wartefrist von zwei Tagen stützt sich auf den Rahmenarbeitsvertrag zwischen dem Kläger und seiner Arbeitgeberin bzw. auf den GAV Personalverleih. Aus Art. 29 Abs. 2 lit. b und Art. 29 Abs. 3 lit. b GAV Personalverleih lässt sich jedoch entnehmen, dass der Betrieb mit der Kollektivtaggeld-Versicherung einen Leistungsaufschub abschliessen kann, in diesem Fall jedoch der Lohnausfall zu gleichen Bedingungen vom Arbeitgeber zu entrichten ist. Nachdem somit zwischen Versicherer und Versicherungsnehmerin eine Wartefrist von 30 Tagen vereinbart wurde, hat der Kläger gegenüber der Beklagten erst 30 Tage nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit bzw. ab dem 2. Juli 2016 Anspruch auf Versicherungsleistungen. Dies ergibt bis zum 31. März 2017 273 Krankheitstage. 5.2.2 Hinsichtlich des massgeblichen Lohns ist unbestritten, dass dafür der Lohn des Klägers in den Monaten Februar bis Mai 2016 zu berücksichtigen ist. Während der Kläger seiner Berechnung den Lohn inkl. Ferienentschädigung zugrunde legt, bemisst die Beklagte das Taggeld nach dem Bruttolohn abzüglich der Ferienentschädigung. AHV-pflichtig ist gemäss Art. 5 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10) vom 20. Dezember 1946 u.a. Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit, auch massgebender Lohn genannt. Als massgebender Lohn gilt jedes Entgelt für in unselbständiger Stellung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit. Der massgebende Lohn umfasst auch Teuerungs- und andere Lohnzulagen, Provisionen, Gratifikationen, Naturalleistungen, Ferien- und Feiertagsentschädigungen und ähnliche Bezüge, ferner Trinkgelder, soweit diese einen wesentlichen Bestandteil des Arbeitsentgeltes darstellen (Art. 5 Abs. 2 AHVG). Im vorliegenden Fall ist somit von dem vom Kläger ermittelten AHV-Bruttolohn von Fr. 18'876.70 für die Monate Februar bis Mai 2016 auszugehen, welcher auch die Ferienentschädigungen berücksichtigt (vgl. dazu auch

die Lohnabrech- 28

nung vom Juni 2016, mit welcher der auszuzahlenden Ferienentschädigung AHV-Beiträge abgezogen werden; vgl. Replik vom 23.6.2017 S. 16 Ziff. 9 lit. c ). 5.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger gegenüber der Beklagten für den Zeitraum vom 2. Juli 2016 bis 31. März 2017 Anspruch auf Krankentaggelder in der Höhe von Fr. 33'884.75 (Fr. 18'876.70 : 4 x 12 : 365 [vgl. Art. 15.4 AVB] x 0.8 = Fr. 124.12 pro Tag; Fr. 124.12 x 273 = Fr. 33'884. 76) hat. 5.3.1 Der Kläger beantragt sodann nebst den Taggeldleistungen Verzugszinsen zu 5%. Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen Verzugszins zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches [Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220] vom 30.3.1911 in Verbindung mit Art. 100 Abs. 1 VVG). Dieser Regelung liegt die Fiktion zugrunde, dass der verzugsbelastete Schuldner bis zur Erfüllung weiterhin über den Geldbetrag verfügen kann und der Gläubiger dadurch eine entsprechende Vermögenseinbusse erleidet. Es bedarf weder eines Schadensnachweises durch den Gläubiger noch eines Verschuldens des Schuldners, weshalb dieser auch dann Verzugszins zahlen muss, wenn er im Zeitpunkt des Verzugseintritts von seiner Zahlungspflicht oder deren Höhe keine Kenntnis hatte (BGE 129 III 535 Erw. 3.1 ). 5.3.2 Die Verzugszinspflicht setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus. Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag erst mit dem Ablauf von vier Wochen, von dem Zeitpunkt an gerechnet, fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann. Das ist dann der Fall, wenn der Versicherte den Anspruch nach Gesetz und Vertrag genügend begründet hat (Jürg Nef, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 39 N 15). Nach der herrschenden Lehre wird mit dieser Regelung allein kein Verfalltag statuiert, der eine Mahnung entbehrlich macht, da es eine Auslegungsfrage ist, wann der Versicherer alle notwendigen Auskünfte und Belege erhalten hat. Demnach gerät der Versicherer erst mit einer Mahnung in Verzug, ausser er lehnt seine Leistungspflicht definitiv ab. Dann treten Fälligkeit und Verzug sofort ein und eine Mahnung wird überflüssig (Jürg Nef, a.a.O., Art. 41 N 20). 5.3.3 Die AVB der Beklagten enthalten keine Verzugszinsregelung bei Leistungsverzug der Versicherung (lediglich bei Zahlungsverzug betreffend Prämienzahlungen; Art. 11 AVB). Es ist somit auch vertraglich kein Verfalltag vereinbart. Die Beklagte musste demnach entweder zur Zahlung gemahnt werden, damit sie 29

in Verzug geriet und ein Verzugszins geschuldet war, oder die Leistungspflicht definitiv ablehnen. 5.3.4 Mit Schreiben vom 14. Dezember 2016 hat die Beklagte ihre Leistungspflicht abgelehnt. Mit dieser definitiven Ablehnung der Leistungspflicht geriet die Beklagte auch ohne explizite Mahnung in Verzug. Für die dannzumal bereits fälligen Taggelder (vom 2.7.2016 bis 30.11.2016) ist die Beklagte somit ab dem 14. Dezember 2016 zinspflichtig. Die Taggelder für den Monat Dezember 2016 waren am 1. Januar 2017, jene für Januar 2017 am 1. Februar 2017, jene für Februar 2017 am 1. März 2017 und jene vom März 2017 am 1. April 2017 fällig. Entsprechend sind die Taggelder für den Monat Dezember 2016 ab dem 1. Januar 2017, jene für Januar 2017 ab dem 1. Februar 2017, jene für Februar 2017 ab dem 1. März 2017 und jene vom März 2017 ab dem 1. April 2017 zu verzinsen. Soweit die Taggeldforderung des Klägers den Betrag von Fr. 33'884. 75 zuzügl. 5% Zins ab den vorstehend dargelegten Zeitpunkten (Erw. 5.3.4) übersteigt, ist die Klage

abzuweisen. 6.1 Nach dem Gesagten ist die Klage insoweit gutzuheissen, als die Beklagte zu verpflichten ist, dem Kläger für den Zeitraum vom 2. Juli 2016 bis 31. März 2017 den Betrag von Fr. 33'884.75 nebst 5% Zins ab dem in Erwägung 5.3.4 dargelegten Zeitpunkt zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 6.2 Es werden keine Verfahrenskosten (Gerichtsgebühr, Kanzleikosten und Barauslagen) erhoben (Art. 114 lit. e ZPO). 6.3 Die Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 96 ZPO) zu; die Parteien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Entschädigungspflichtig ist die unterliegende Partei; hat keine Partei vollständig obsiegt, so werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 1 und 2 ZPO). 6.3.1 Bei der Bemessung der Parteientschädigung kommt der kantonale Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975 zur Anwendung. Demgemäss ist das Honorar im Zivilverfahren vor einziger Instanz vom Streitwert abhängig (§ 8 GebTRA). Im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen. Wird die Vergütung pauschal zugesprochen, gilt die Mehrwertsteuer als in diesem Betrag enthalten; bemisst sich das Honorar nach dem zeitlichen Aufwand, ist sie zusätzlich zu entschädigen (§ 2 GebTRA). Die aus einem Anwaltswechsel resultierenden Mehrkosten können nicht belastet 30

werden (§ 4 Abs. 2 GebTRA). Erscheint eine eingereichte, spezifizierte Kostennote angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen; fehlt eine Kostennote, ist die Vergütung gestützt auf den GebTRA nach pflichtgemäßem Ermessen festzusetzen (§ 6 Abs. 1 GebTRA). 6.3.2 Der Kläger hat dem Gericht keine Kostennote eingereicht. Er klagt Taggelder in der Höhe von Fr. 37'134.-- nebst Zins zu 5% ein. Mit seiner Klage dringt der Kläger nicht vollumfänglich durch (vgl. vorstehende Erw. 5.3 und 6.1). Bei einem Streitwert zwischen Fr. von Fr. 20'001.-- bis Fr. 50'000.-- beträgt das Grundhonorar gemäss § 8 Abs. 2 GebTRA bei vollständigem Obsiegen zwischen Fr. 1'650.-- und Fr. 6'600.--. In Anbetracht dessen sowie des nicht vollumfänglichen Obsiegens hat die Beklagte dem Kläger eine Parteientschädigung von pauschal Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu leisten. Die nicht anwaltschaftlich vertretene Beklagte hat keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 3 lit. b ZPO). 6.3.3 Soweit der Kläger unterliegt ist zu prüfen, ob ihm dafür die unentgeltliche Rechtsverteidigung zugesprochen werden kann. Die Bedürftigkeit des Klägers sowie die Notwendigkeit einer Rechtsverteidigung sind im konkreten Fall ausgewiesen. Nachdem der Kläger auch nicht eine offensichtlich übersetzte Forderung einklagt, kann auch die Aussichtslosigkeit für die Geltendmachung der leicht zu hohen Forderung verneint werden (vgl. Bundesgerichtsurteil 4D\_62/2015 vom 9.2.106 Erw. 5.4ff.). Dem Kläger ist somit für den unterliegenden Teil der Klage in der Person von Rechtsanwalt lic.iur. Pascal Rusterholz ein unentgeltlicher Rechtsbeistand zu bestellen und in Beachtung des bereits erwähnten Gebührentarifs sowie in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens wird das ergänzende Honorar (inkl. MwSt und Barauslagen) auf Fr. 300.-- festgelegt. 6.4 Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 in Betracht kommt (BGE 133 III 439 Erw. 2.1; Bundesgerichtsurteil 4A\_695/2011 vom 18.1.2012 Erw. 1.2). Weil das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen

Krankenversicherung als einzige kantonale Instanz beurteilt, ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, auch wenn der Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht erreicht werden sollte (BGE 138 III 2, Regeste und Erw. 1 ). 31

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