

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2010.00008 vom 28. November 2011

ZH Sozialversicherungsgericht, 2011-11-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2010.00008

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2010.00008 du 28 novembre 2011

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2010.00008 del 28 novembre 2011

Erwägungen

E. 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).

E. 2

2.1. Streitig und zu präzisieren 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 (Beträgerische Begründung des Versicherungsanspruchs) zu verweigern.

2.2.1.1 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 zurückzuerkannt 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.

2.3.1.1

2.3.1.1 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 bestmöglicht habe (Urk. 2/35), branchenüblich (Urk. 12 S. 4 ff., 25 S. 4 ff.).

2.3.2.1 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.

2.3.2.2 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.).

2.4.1 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 trafen: 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 gegenüberstünden, 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 höchstgerichtlicher Rechtsprechung deckt ein Versicherer, der für die effektiven Kosten einer Körperverletzung - sei es für die Heilungskosten,

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.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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 Ä Ä 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).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä 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). Â Â Â Â Â Â Â Â

Â Â Â Â Â Â Â Â Im GeschÃftsjahr 2008 weist die Bilanz einen auf Fr. 452'781.89 gesteigerten Umsatz und einen gesamten Personalaufwand von Fr. 478'698.93 aus. Der Lohnaufwand fÃ¼r die Angestellten abzÃ¼glich des fÃ¼r den KlÃ¤ger 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. VÃ¶llig unverhÃltnismÃssig prÃsentierte sich dagegen der fÃ¼r den KlÃ¤ger verbuchte Lohn von Fr. 185'196.10 fÃ¼r das Jahr 2008. Ein den BuchungsverhÃltnissen des letzten GeschÃftsjahres entsprechendes Einkommen von 18 % gemessen am gesamten Personalaufwand entsprÃche Fr. 64'427.45.-- (293'493.86 : 0.82 - 293'502.83). Bezeichnenderweise hÃtte ein Einkommen in dieser HÃ¶he den im GeschÃftsjahr 2008 generierten Verlust von Fr. 138'876.88 zu einem wesentlichen Teil verhindert. Die vom KlÃ¤ger getÃtigten BezÃ¼ge von brutto Fr. 185'196.10 dagegen fÃ¼hrten das Unternehmen in die Verlustzone und letztlich auch in den Konkurs, weshalb - wie die Beklagte zu Recht geltend macht - dieselben dem GeschÃftsgang in keinsten Weise entsprachen. Auch standen sie zumindest teilweise, da auch in der Phase der ArbeitsunfÃhigkeit bezogen, in keiner Korrelation zur Arbeitsleistung des KlÃ¤gers. Sie sind folglich nicht als Grundlage fÃ¼r die Bemessung des versicherten Verdienstes beizuziehen. Damit kann offen bleiben, ob es sich bei den BezÃ¼gen der KlÃ¤gers respektive deren Umbuchung auf das Lohnkonto um unzulÃssige EigengeschÃfte gehandelt hat oder nicht (vgl. dazu unter anderem Urk. 18 S. 7, 31 S. 6).

2.6.4 Â Â Angesichts der Umsatzsteigerung im Jahr 2008 ist zwar davon auszugehen, dass dieselbe eine Lohnsteigerung des KlÃ¤gers fÃ¼r seine GeschÃftsfÃ¼hrertÃtigkeit nach sich gezogen hÃtte. In welcher HÃ¶he diese im Gesundheitsfalle tatsÃchlich ausgefallen wÃre, bleibt letztlich hypothetisch. Nicht gerechtfertigt erscheint es angesichts der hier zu beurteilenden Konstellation aber, auf branchenmÃssige Durchschnittswerte abzustellen. Der KlÃ¤ger muss sich seine Doppelrolle als GeschÃftsfÃ¼hrer und gleichzeitiger GeschÃftsinhaber, welcher grundsÃtzlich an einer gesunden Finanzlage und einer WeiterfÃ¼hrung seines Unternehmens interessiert ist, was regelmÃssig zur Folge hat, dass in den Anfangsjahren eines Unternehmens vorsichtige BezÃ¼ge getÃtigt werden, entgegen halten lassen.

Â Â Â Â Â Â Â Â In der Krankmeldung erwÃhnte der KlÃ¤ger einen geschÃtzten AHV-Grundlohn von Fr. 60'000.-- fÃ¼r das Jahr 2008 (Urk. 19/1). Dies entspricht immerhin einer mehr als fÃ¼nffachen Steigerung des AHV-pflichtigen Lohnes, welchen der KlÃ¤ger 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 hÃtte. Weshalb der KlÃ¤ger auf "Anweisung der Sachbearbeiterin" (vgl. dazu Urk. 25 S. 6) zu einem Zeitpunkt, als die Auftragslage noch nicht durch seine ArbeitsunfÃhigkeit beeintrÃchtigt war (vgl. dazu Urk. 19/25 S. 2) und er von einer guten Auftragslage ausgehen durfte, einen gegenÃ¼ber dem nunmehr geltend gemachten Lohn um zwei Drittel reduzierten, gÃnzlich unrealistischen Verdienst hÃtte angeben sollen, bleibt unerklÃrt. In seinem Schreiben an die Beklagte vom 20. Oktober 2009 liess der KlÃ¤ger noch darlegen, dass die zustÃndige Sachbearbeiterin ihn aufgefordert habe, eine realistische Lohnsumme fÃ¼r die Berechnung des Krankentaggeldes anzugeben, bis die definitive AHV-Lohnsumme bekannt sei, damit er in der Zwischenzeit nicht ohne UnterstÃ¼tzung sei (Urk. 19/17 S. 2).

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, das 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 Unsorgfalt, 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 Ausnutzen 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 gebracht 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 tuschendes Verhalten im Sinne der Verfälschung einer Tatsache erblickt werden.

Zwar trifft es zu, dass letztlich unverändert 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 einsetzten. Ab Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 11. Juli 2008 sind den Kontoblättern 2250 (Kontokorrent Klägers) 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.

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) mitzuberechnen.

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).

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Damit hat der KlÄßger vom 1. Juli bis 31. Dezember 2009 Anspruch auf weitere 184 Taggelder gestÄ¼tzt auf eine 100 % ArbeitsunfÄ¼higkeit bei einem versicherten Verdienst von Fr. 60'000.--. Ab 1. Januar 2010 reduziert sich der Anspruch bis zur ErschÄ¼pfung des Leistungsanspruchs am 10. Juli 2010 auf 50 %, sofern die zumindest bis 2. MÄ¼rz 2010 bestÄ¼tigte 50%ige ArbeitsunfÄ¼higkeit bis dahin andauerte. Hiervon abzuziehen sind die Taggelder der Invalidenversicherung, welcher der KlÄßger, 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.Ä Ä Ä Ä Ä Ä

5.1Ä Ä Ä Ä Der KlÄßger liess zudem die Leistung von Verzugszins von 5 % ab mittlerem Verfall fÄ¼r die Taggelder, welche nach dem 20. Juni 2009 fÄ¼llig wurden, beantragen.

5.2Ä Ä Ä Ä Der besonderen Natur des Versicherungsvertrages folgend statuiert Art. 41 VVG eine eigene Regel fÄ¼r die FÄ¼lligkeit des Versicherungsanspruchs, welche erst eintritt, wenn die vorliegenden Informationen den Versicherer haben Ä¼berzeugen kÄ¼nnen, dass der Anspruch auf Versicherungsleistungen besteht. Wenn der Versicherer alle erforderlichen Angaben erhalten hat, braucht er regelmÄ¼ssig noch eine gewisse Zeit, um sorgfÄ¼ltig zu prÄ¼fen, ob und in welchem Umfang er tatsÄ¼chlich leistungspflichtig ist. Art. 41 Abs. 1 VVG gewÄ¼hrt ihm hierfÄ¼r einen Zeitraum von vier Wochen. Mit Ablauf dieser sogenannten Deliberationsfrist wird der Versicherungsanspruch fÄ¼llig. Leistet der Versicherer nicht, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Recht. GemÄ¼ss herrschender Lehre gerÄ¼t der Versicherer erst mit einer Mahnung in Verzug, ausser er lehnt seine Leistungspflicht definitiv ab (VVG-Kommentar, Art. 41 Rz 1 ff.).

5.3Ä Ä Ä Ä Die Beklagte stellte ihre Taggeldzahlungen, nachdem sie den KlÄßger im Anschluss an seine Meldung eines mehr als dreifach hÄ¼heren als des ursprÄ¼nglich gemeldeten Bruttoeinkommens fÄ¼r 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 KlÄßger 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 ausfÄ¼hrte, berechtigten die offenen Fragen, WidersprÄ¼che und Ungereimtheiten im Zusammenhang mit der ErhÄ¼hung des gemeldeten Lohnes die Taggeldversicherung zu weitergehenden AbklÄ¼rungen zwecks PrÄ¼fung der Versicherungsleistungen (Urk. 19/26 S. 2). Dementsprechend ist ihr auch zuzugestehen, dass sie, nachdem der KlÄßger die geforderten Unterlagen zunÄ¼chst nicht einreichte, die Taggelder bis zur mÄ¼glichen PrÄ¼fung des Leistungsanspruchs gestÄ¼tzt auf Art. 39 Abs. 1 VVG ohne FÄ¼lligkeitsfolge einstellte.

Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä Ä GemÄ¼ss AusfÄ¼hrungen der ehemaligen Rechtsvertreterin des KlÄßgers 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 fÄ¼r ihre am 16. September 2009 erstellte Beurteilung (Urk. 19/15, vgl. auch Mailverkehr in Urk. 4/10-17) doch schon zur VerfÄ¼gung. Daher scheint es gerechtfertigt, vom Ende der vierwÄ¼chigen Frist gemÄ¼ss Art. 41 Abs. 1 VVG per Ende September 2009 und damit der FÄ¼lligkeit der Taggelder ab 1. Oktober 2009 auszugehen.

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.

2. Von diesem Betrag abzuziehen sind die von der Eidgenössischen Invalidenversicherung erbrachten Taggelder für denselben Zeitraum. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. 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.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Markus Krapf

- AXA Versicherungen AG

- Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. 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).

7. Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

8. 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.