

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00028

## vom 15. Januar 2013

ZH Sozialversicherungsgericht, 2013-01-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2011.00028](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2011.00028)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00028 du 15 janvier 2013

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2011.00028 del 15 gennaio 2013

### Erwägungen

#### E. 2

2.1???? Am 14. September 2011 erhob der Versicherte Klage gegen die SWICA und beantragte, es sei festzustellen, dass zwischen den Parteien ein in allen Teilen rechtsgültiger Versicherungsvertrag bestehe und es seien ihm von der Beklagten seit 1. Februar 2011 für maximal 591 verbleibende Tage Krankentaggelder auszurichten, vorerst Fr. 42'967.10 zuzüglich Zins zu 5 % seit 3. März 2011 (mittlerer Verfall) unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage (Urk. 1 S. 2 Ziff. 1-2). Ferner sei die Beklagte zu verpflichten, ihm die Auflichtungsgebühr von Fr. 30.-- zurückzuerstatten (Ziff. 3). Mit Eingabe vom 17. Oktober 2011 (Urk. 6) erhob der Kläger die Forderungssumme auf einstweilen Fr. 59'301.70. Mit Klageantwort vom 9. November 2011 beantragte die SWICA die vollumfängliche Klageabweisung und verlangte darüber hinaus die Rückerstattung der bereits geleisteten Krankentaggelder (Urk. 11 S. 2 Ziff. I).

2.2???? Mit Replik vom 1. März 2012 (Urk. 18) modifizierte der Kläger seine Anträge dahingehend, dass Krankentaggelder seit 1. Februar 2011 für maximal 591 verbleibende Tage, vorerst Fr. 75'458.75 bis 31. März 2012, auszurichten seien (S. 2). Die Beklagte erstattete am 15. März 2012 ihre Duplik (Urk. 22) und hielt an ihren Anträgen vollumfänglich fest, was dem Kläger mit Schreiben vom 22. März 2012 (Urk. 23) zur Kenntnis gebracht wurde.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.?????

1.1???? Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für solche Streitigkeiten zuständig ist (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach Art. 244 bis 247 ZPO (einfaches Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (zur Publikation vorgesehene Urteil des Bundesgerichts 4A\_184/2012 vom 18. September 2012, E. 3.2 und 4.6).

???????? Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben (Urk. 12/1-2, Urk. 12/3 Ziff. 90).

1.2???? Im Rahmen des Versicherungsvertrages hat die anspruchsberechtigte Person - in der Regel der Versicherungsnehmer - die Tatsachen zur Begründung des

Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen. Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrages regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist verlangt, dass die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, zwar nicht ausgeschlossen ist, sie darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.3).

1.3???? Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten, wobei sich der Vertragsinhalt betreffend die Zusatzversicherungen regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

2.?????

2.1???? Vorab ist zu klären, ob auf das Feststellungsbegehren des Klägers betreffend den Bestand des Versicherungsvertrages einzutreten oder nur das Leistungsbegehren materiell zu behandeln ist. Der Kläger machte hierzu geltend, er habe ein Feststellungsinteresse, da nach der Kündigung des Versicherungsvertrages durch die Beklagte ein Konflikt und damit eine Ungewissheit über den Bestand des Versicherungsschutzes bestehe. Er habe aufgrund dieses aktuellen Konflikts ein Interesse daran, eine Klärung der Rechtslage durch Feststellungsklage zu erreichen. Insbesondere bedürfe es der Klärung, ob auch inskünftig im Falle von Krankheit und Unfall ein Versicherungsschutz bestehe (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4). Die Beklagte liess sich hierzu nicht vernehmen (vgl. Urk. 11).

2.2???? Gemäss § 28 lit. a GSVGer in Verbindung mit Art. 88 ZPO wird auf die Klage betreffend Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses nur eingetreten, wenn ein rechtliches Interesse an der Feststellung besteht. Nicht zulässig sind Begehren auf Entscheidung einer abstrakten Rechtsfrage. Die Feststellungsklage ist subsidiär gegenüber der Leistungs- beziehungsweise Gestaltungsklage (BGE 135 III 378 E. 2.2). Dieser Umstand wird auch als Frage des Feststellungsinteresses angesehen, an welchem es fehlt, wenn der Kläger bereits Rechtsschutz durch Leistungsklage erlangen könnte. Unzulässig wäre also etwa eine Klage auf Feststellung des Bestehens einer Forderung durch den Gläubiger nach Eintritt ihrer Fälligkeit (BSK ZPO - Paul Oberhammer, Art. 88 N 17).

2.3???? Die vorliegende Klage ist nur hinsichtlich ihres Leistungsbegehrens materiell zu behandeln. Dies liegt daran, dass - wie dargelegt - die Feststellungsklage subsidiär gegenüber der Leistungsklage ist und der Kläger vorliegend die einstweilige Bezahlung der Krankentaggelder aus einem Vertrag bei eingetretener Fälligkeit der Forderung verlangt. Weil diese Leistungsklage erhoben werden konnte, ist die Klage auf Feststellung des Bestehens einer Forderung unzulässig. Durch die Leistungsklage wird dieselbe Rechtssicherheit prästiert, welche mit der Feststellungsklage erreicht werden soll. Die vom Kläger geltend gemachte Rechtsunsicherheit über den Bestand des Versicherungsvertrages für künftige Forderungen (Urk. 1 S. 3 Ziff. 4 unten) stellt kein weitergehendes

Rechtsschutzziel gemäss Rechtslehre dar. Eine solche wird als zulässig erachtet für ein Begehren auf Feststellung, dass der Versicherer für künftige eintretende Schäden aus einem bestimmten schadenstiftenden Ereignis haftet (BSK-ZPO - Paul Oberhammer, Art. 88 N 6). Dies ist vorliegend nicht der Fall, da der Kläger gerade Rechtssicherheit für nicht bestimmte künftige Ereignisse verlangt. Schliesslich ist auch nicht ersichtlich, weshalb die zentrale Voraussetzung des Rechtsschutzinteresses, das heisst die rechtliche Ungewissheit, bestehen soll, wird doch auch bei der Prüfung der Leistungsklage das Bestehen eines rechtsgültigen Vertrags als Vorfrage mitgeprüft und damit faktisch beantwortet. Auf das Begehren des Beschwerdeführers um Feststellung des Bestandes des Versicherungsvertrages ist deshalb nicht einzutreten.

### E. 3

3.1???? Der Kläger machte geltend, es seien sämtliche Gesundheitsfragen vollständig und wahrheitsgetreu beantwortet worden. Insbesondere habe er im Antragsformular der Beklagten und der dazugehörigen Gesundheitserklärung vom 21. Juni 2010 die Frage 3, ob Krankheiten bestanden oder bestanden hätten respektive ob diese ärztlich festgestellt worden seien, Unfallfolgen bestanden, er an Geburtsgebrechen leide oder sich einer Operation unterzogen habe, mit «ja» beantwortet und hierzu einen Leistenbruch aus dem Jahr 2002 aufgeführt. Es treffe zu, dass er am 16. Juni 2010 Dr. med. A.\_\_\_\_ wegen Handbeschwerden aufgesucht habe, dabei habe es sich jedoch um eine einmalige Konsultation des Hausarztes gehandelt, anlässlich derer keinerlei medizinischen Diagnosen hätten gestellt werden können (Urk. 1 S. 5). Ausserdem habe die Beklagte bereits am 23. Februar 2011 telefonisch Rücksprache mit Dr. A.\_\_\_\_ genommen und habe damit spätestens zu diesem Zeitpunkt vollständige Kenntnis von der im Kündigungsschreiben geltend gemachten, angeblich falsch mitgeteilten Gefahrstatsache gehabt (Urk. 1 S. 7), weshalb die Frist gemäss Art. 6 Abs. 2 VVG am 23. März 2011 abgelaufen und die mit Schreiben vom 25. März 2011 ausgesprochene Kündigung damit zu spät erfolgt sei (S. 11).

3.2???? Die Beklagte machte dagegen geltend, sie habe gestützt auf die Angaben des Klägers in der Gesundheitserklärung, im Rahmen derer er die Frage, ob er in ärztlicher Behandlung gewesen, respektive ob ein Arztbesuch vorgesehen sei, mit «nein» beantwortet habe, einen Business Compass Compact Krankentaggeldversicherungsvertrag per 1. Juli 2010 abgeschlossen (Urk. 1 S. 2). Am 23. Februar 2011 habe ihr beratender Arzt, Dr. med. B.\_\_\_\_, erfahren, dass der Kläger am 16. Juni 2010 wegen Arm- und Handbeschwerden die Praxis von Dr. A.\_\_\_\_ aufgesucht und dieser ihn in neurologische und orthopädische Betreuung weiterverwiesen hatte (S. 3 unten). Diese in Erfahrung gebrachten Tatsachen habe Dr. B.\_\_\_\_ per Post an sie weitergeleitet. Zudem sei diese Information auch mit Antwortschreiben von Dr. A.\_\_\_\_ vom 2. März 2011 direkt an sie bestätigt worden, weshalb die Kündigungsfrist mit Kündigungsschreiben vom 24. März 2011 gewahrt worden sei (S. 9 oben).

???????? Darüber hinaus habe der Kläger sie getuschelt, da dieser den Betrieb per 1. Juli 2010 einer Geschäftsführerin vermietet und gar nie selbst als Beteiligter an der angegebenen Adresse selbstständig tätig gewesen sei (S. 4 unten). Ebenfalls habe er die ärztliche Konsultation vom 16. Juni 2010 verschwiegen und sie damit auch getuschelt (S. 5) und eine Gefahrstatsache verheimlicht, weshalb eine Anzeigepflichtverletzung vorliege (S. 6 ff.). Schliesslich sei der Versicherungsvertrag aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbots nichtig (S. 9) und es liege zudem aufgrund des Umstandes, dass er sich seit Juli 2010 der Taxi-Ausbildung gewidmet habe, keine Arbeitsunfähigkeit vor (S. 10).

## E. 4

4.1???? Strittig und zu prüfen ist vorab, ob die Kündigung der Beklagten aufgrund einer Anzeigepflichtverletzung rechtzeitig erfolgte.

4.2???? Gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen.

???????? Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrentatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt wurde, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so kann der Versicherer gemäss Art. 6 VVG den Vertrag durch schriftliche Erklärung kündigen, wobei die Kündigung mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam wird (Art. 6 Abs. 1 VVG). Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (Art. 6 Abs. 2 VVG). Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung (Art. 6 Abs. 3 VVG). Nach der Rechtsprechung beginnt die vierwöchige Frist ab dem Zeitpunkt zu laufen, ab welchem der Versicherer vollständig über die Anzeigepflichtverletzung orientiert ist, das heisst darüber sichere, zweifelsfreie Kenntnis erlangt hat (BGE 118 II 340 E. 3a mit Hinweisen). Dieses Wissen kann er auch erlangen, wenn er zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt (BGE 119 V 287 E. 5a). Nicht ausreichend sind dagegen bloss Vermutungen, die als wahrscheinlich erscheinen lassen, der Versicherungsnehmer habe die Anzeigepflicht verletzt (BGE 118 II 340 E. 3a; 119 V 287 E. 5a in fine). Eine juristische Person verfügt über rechtlich relevante Kenntnis eines Sachverhaltes, wenn das betreffende Wissen innerhalb ihrer Organisation abrufbar ist (BGE 109 II 342 E. 2b; Urteil des Bundesgerichts 9C\_199/2008 vom 19. November 2008 E. 4.1).

4.3???? Am 18. November 2010 berichtete der beratende Arzt der Beklagten, Dr. med. B.\_\_\_\_, über das Telefonat mit Dr. med. Z.\_\_\_\_ am selbigen Tag und hielt fest, dass beim Kläger wohl eine cervikale Spinalkanalstenose und eine Ulnariseinklemmung bestehe (Urk. 12/9). Am 24. November 2010 kontaktierte Dr. B.\_\_\_\_ den Hausarzt des Klägers, Dr. A.\_\_\_\_, und berichtete der Beklagten, dass der Kläger zuletzt im Juni 2010 wegen Problemen mit der rechten Hand in dessen Praxis gewesen sei und dieser ihn dann an Dr. Z.\_\_\_\_ verwiesen habe (Urk. 12/10). Auf Nachfrage der Beklagten vom 11. Februar 2011 hin, berichtete Dr. B.\_\_\_\_ am 23. Februar 2011 unter anderem, dass am 16. Juni 2010 eine Konsultation bei Dr. A.\_\_\_\_ stattgefunden habe (Urk. 12/13 = Urk. 2/10). Daraufhin ersuchte die Beklagte mit Schreiben vom 1. März 2011 bei Dr. A.\_\_\_\_ direkt um Auskunft, an welchen Daten der Kläger im Juni 2010, eventuell schon vorher, wegen cervikaler Spinalkanalstenose und Ulnariseinklemmung in Behandlung war, wobei sie Frist zur Antwort bis 23. März 2011 einräumte. Am 2. März 2011 erfolgte von Frau Dr. med. D.\_\_\_\_ (mit Anschrift Zentrum E.\_\_\_\_), handschriftlich auf dem Schreiben der Beklagten die Antwort, wonach der Kläger am 16. Juni 2010 wegen Arm- und Handbeschwerden rechts einmalig in ihrer Praxis gewesen sei und sich im Anschluss in weitere neurologische und orthopädische Betreuung begeben habe (Urk. 12/14 = Urk. 2/11).

4.4???? Entgegen der Auffassung der Beklagten begann die Verwirkungsfrist von vier Wochen gem?ss Art. 6 Abs. 2 VVG im vorliegenden Fall nicht erst am 2. M?rz 2011, dem Datum des Faxeingangs der Antwort von der Praxis und dem Zentrum E.\_\_\_\_ (Urk. 12/14), zu laufen. Es ist festzustellen, dass mit der Aktennotiz vom 23. Februar 2011 ?ber das am selben Tag stattgefundene Telefonat zwischen dem beratenden Arzt der Beklagten und Dr. A.\_\_\_\_, die Beklagte Kenntnis vom Sachverhalt hatte, da sie sich das Wissen ihres beratenden Arztes anrechnen lassen muss. Das damalige Eidgen?ssische Versicherungsgericht hat im Zusammenhang mit der Wahrung der Frist des aArt. 6 VVG entschieden, dass zwar die Beantwortung der Frage, ob eine Anzeigepflichtverletzung vorliegt, der Beklagten obliegt; erfolgt diese Beurteilung jedoch in Zusammenarbeit mit dem Vertrauensarzt, hat die Beklagte sich dessen Kenntnis von Tatsachen, aus denen sich der sichere Schluss auf eine Verletzung der Anzeigepflicht ziehen l?sst, anrechnen zu lassen. W?rde f?r den Beginn des Fristenlaufs ungeachtet der Zeit, w?hrend der sich diese Information beim Vertrauensarzt befand, auf den Eingang der Mitteilung des Vertrauensarztes bei der Beklagten abgestellt, h?tte es diese in der Hand, den Beginn der Verwirkungsfrist nach Gutd?nken festzulegen. Die Frist von vier Wochen reicht aus, um zu entscheiden, ob der Versicherungsvertrag zu k?nden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts B 50/2002 vom 1. Dezember 2003, E. 3.2).

4.5???? Aus der vorstehenden Darlegung folgt, dass die vierw?chige Frist gem?ss Art. 6 VVG am 23. Februar 2011, dem Tag des Telefonats zwischen dem beratenden Arzt und Dr. A.\_\_\_\_, zu laufen begann. Aus den im Rahmen dieses Gespr?chs gewonnenen Informationen konnte der sichere Schluss auf eine Anzeigepflichtverletzung gezogen werden, da die Beklagte erfuhr, dass sich der Beschwerdef?hrer am 16. Juni 2010 aufgrund von Arm- und Handbeschwerden in ?rztliche Behandlung begeben hatte und vom behandelnden Arzt Dr. A.\_\_\_\_ anschliessend in neurologische und orthop?dische Betreuung ?berwiesen wurde sowie dass der Kl?ger beim Fragebogen zur Gesundheit am 21. Juni 2010 (Urk. 12/1) unter Ziffer 3 bei den Krankheiten und Operationen lediglich den Leistenbruch aus dem Jahre 2002 aufgefhrt und auch bei der Frage 2 einen vorgesehenen Arztbesuch verneint hatte.

???????? Der Umstand, dass nicht bekannt ist, wann der beratende Arzt seine handschriftliche Antwort vom Telefonat vom 23. November 2011 an die Beklagte weiterleitete, ist nach dem Gesagten nicht entscheidend. Die Frist begann somit am 23. Februar 2011 und endete am 23. M?rz 2011. Sp?testens zu diesem Zeitpunkt h?tte dem Kl?ger die K?ndigung zugehen m?ssen (Art. 6 Abs. 1 VVG). Die K?ndigung durch die Beklagte mit Schreiben vom 24./25. M?rz 2011 erfolgte nach Ablauf der vierw?chigen Verwirkungsfrist, weshalb die Frage, ob der Kl?ger die Anzeigepflicht verletzt hat, offen bleiben kann.

## **E. 5**

5.1???? Die Beklagte beruft sich weiter auf den Vorwurf der betr?gerischen Begr?ndung des Versicherungsanspruchs (Art. 40 VVG) durch den Kl?ger, da letzterer seit Versicherungsabschluss nie als B?cker t?tig gewesen sei (Urk. 22 S. 2 ff.). Die einschl?gige Bestimmung, Art. 40 VVG, setzt zwar dem Versicherer keine Frist, innert welcher er sein K?ndigungsrecht aus?ben muss. Dies bedeutet aber nicht, dass der Versicherer mit der Abgabe seiner K?ndigungserkl?rung beliebig zuwarten kann, da missbr?uchlich auch derjenige handelt, der mit der Aus?bung des Rechts allzu lange zuwartet (Art. 2 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, ZGB). Analog der vierw?chigen Frist gem?ss Art. 6 VVG und im Interesse der Rechtssicherheit ist daher ebenfalls auf diese Fristdauer

abzustellen (vgl. Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Z?rich-Basel-Genf 2011, ? 11 N 11.96). Folglich ist auch dieser Einwand der Beklagten gegen die Bindungswirkung des Versicherungsvertrages vom 8. Juli 2010 verwirkt, da ihr dieser Umstand, n?mlich die berufliche Umorientierung des Kl?gers zum Taxifahrer sowie die Untervermietung seines Gesch?ftslokals ab Juli 2010 seit der Situationsabkl?rung durch ihren Kundenbesucher am 2. Dezember 2010? bekannt gewesen war (vgl. Urk. 12/12).

??????? Ebenfalls f?hrt vorliegend auch die Geltendmachung der absichtlichen T?uschung im Sinne von Art. 28 OR nicht zur Vertragsaufl?sung. Aus dem eindeutigen Hinweis im K?ndigungsschreiben vom 24/25. M?rz 2011 auf Art. 6 VVG geht hervor, dass sich die Beklagte auf Art. 6 VVG und nicht auf Art. 28 OR berief. Den Vorwurf der absichtlichen T?uschung erhob sie erstmals mit der Klageantwort vom 9. November 2011 (Urk. 11 S. 4 ff.). Da zudem die Berufung auf die Irrtumsregeln von Art. 23 ff. OR wegen der Funktion von Art. 4 VVG als lex specialis zu Art. 23 ff. OR ohnehin nicht m?glich ist, kann sich die Beklagte nicht auf die Vertragsaufl?sung gem?ss Art. 28 OR berufen. Schliesslich w?re auch unabh?ngig der Kl?rung, ob sich der Willensmangel der Beklagten auf eine vom Kl?ger verschwiegene Gefahrstatsache bezieht oder nicht, gem?ss Rechtslehre - wie bereits beim vorgenannten Versicherungsbetrug - die kurze vierw?chige Anfechtungsfrist massgebend und nicht die einj?hrige Frist gem?ss Art. 31 Abs. 1 OR, was vorliegend im Ergebnis wiederum die Verwirkung des Anspruchs auf Aufl?sung des Versicherungsvertrages zur Folge hat (vgl. Hannes Baumann, Die Folgen von Willensm?ngeln in Versicherungsvertr?gen, in: HAVE 2002, S. 92 ff.). Nach dem Gesagten mangelt es auch bei der Anrufung des Versicherungsbetrugs und der absichtlichen T?uschung wiederum an der fristgerechten Geltendmachung, weshalb die Frage, ob eine absichtliche T?uschung oder ein Versicherungsbetrug vorliegt, offen bleiben kann.

5.2???? Des Weiteren vermag auch der Einwand der Beklagten, der Versicherungsvertrag sei aufgrund des R?ckw?rtsversicherungsverbotens im Sinne von Art. 9 VVG nichtig (Urk. 11 S. 9), nicht zu ?berzeugen, da die einmalige Konsultation beim Hausarzt am 16. Juni 2010 zwar vor Vertragsschluss, jedoch ohne konkrete Diagnosestellung erfolgte. Daf?r sprechen auch die erst Mitte und Ende September 2010 vorgenommenen weiteren medizinischen Abkl?rungen (vgl. Urk. 12/7) sowie der Umstand, dass der Kl?ger erst ab 1. September 2010 ?rztlich krankgeschrieben wurde und damit mit ??berwiegender Wahrscheinlichkeit nicht schon ab dem Besuch beim Hausarzt am 16. Juni 2010 arbeitsunf?hig war (Urk. 12/6).

5.3???? Ebenfalls greift der beklagtische Einwand zu kurz, wonach sich der Kl?ger seit Juli 2010 der Taxi-Ausbildung widme, womit keine Arbeitsunf?higkeit vorliege, welche Krankentaggeldleistungen begr?nden w?rde (Urk. 11 S. 10). Es liegen keine Beweise vor, welche diese Behauptung st?tzen w?rden. In den Akten findet sich der Hinweis des beratenden Arztes vom 23. Februar 2011, wonach der Kl?ger gem?ss Dr. A. \_\_\_ auf den Taxiservice umgeschult werde und am 4. November 2010 die Taxipr?fung abgelegt habe (Urk. 12/13), sowie eine E-Mail-Best?tigung des Strassenverkehrsamtes der Anmeldung zur theoretischen F?hrerpr?fung Kat. B Zusatztheorie vom 19. November 2010 (Urk. 19/8). Ausserdem berichtete der Kundenbesucher der Beklagten am 2. Dezember 2010, dass der Kl?ger die Arbeitsaufnahme als Taxifahrer im Januar 2011 anstrebe und er sich auf die Taxi-Pr?fung am Vorbereiten sei (Urk. 12/12 S. 1). Nach dem Gesagten bestehen Widerspr?che, ob und wann der Kl?ger die Taxipr?fung abgelegt respektive ab wann er die T?tigkeit als B?cker aufgegeben hat. Diese sich zum Teil widersprechenden Angaben

reichen vorliegend nicht aus um die Beweiskraft der ärztlichen Zeugnisse umzustossen und von einer vollen Arbeitsfähigkeit des Klägers seit Juli 2010 auszugehen.

5.4.??? Soweit die Beklagte sinngemäss geltend machte, der Erwerbsausfall des Klägers sei mittels Steuerakten, IK-Konten und dem Lohnnachweis von Juni bis August 2010 zu belegen, da gestützt auf die anwendbaren AVB bei der Bemessung der Taggelder der letzte AHV-Lohn massgebend sei (Urk. 11 S. 10), unterliegt sie einem Irrtum. Wie der Kläger in seiner Replik vom 1. März 2012 zutreffend ausgeführt hat, wurde bei Vertragsabschluss eine fixe Lohnsumme von Fr. 64'800.-- vereinbart (vgl. AVB, Urk. 12/3 Ziff. 35). Folglich gilt dieser vereinbarte Lohn und nicht der effektiv erzielte AHV-Lohn. Der Erwerbsausfall des Klägers ist daher ausgewiesen.

5.5.??? Zusammenfassend vermögen die von der Beklagten angerufenen Argumente am Bestand des Versicherungsvertrages und der sich hieraus ergebenden Leistungspflicht, nichts zu ändern, wenn der Beklagten auch dahingehend zuzustimmen ist, dass das an den Tag gelegte Verhalten des Klägers bei Vertragsabschluss doch sehr zweifelhaft war.

## **E. 6**

6.1.??? Nach dem Gesagten hat der Kläger Anspruch auf Taggelder im Rahmen seines versicherten Lohnes gemäss der abgeschlossenen Taggeldversicherung Business Compact vom 8. Juli 2010 (Urk. 12/4). Die Beklagte hatte unter Anrechnung der 14-Tägigen Wartefrist dem Kläger für die Monate September 2010 bis Januar 2011 Krankentaggelder basierend auf der zwischen den Parteien vereinbarten fixen Lohnsumme von Fr. 64'800.-- in der Höhe von Fr. 177.55 pro Tag ausgerichtet und hernach eingestellt (Urk. 2/4a-d, Urk. 2/12). Erstellt ist zudem die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bis zum 31. März 2012 (Urk. 2/3a-d, Urk. 19/7). Somit stehen dem Kläger ab 1. Februar 2011 die einstweilen geforderten Taggelder bis 31. März 2012 im Umfang von total Fr. 75'458.75 zu. Die Höhe dieses Betrages blieb von beklagter Seite unbestritten.

??????? Zusätzlich machte der Kläger einen Verzugszins von 5 % ab 1. März 2011 (mittlerer Verfall) geltend (Urk. 1 S. 2). Der Anspruch auf Verzugszinsen setzt nicht nur die Fälligkeit der Versicherungsleistungen, sondern auch die Inverzugsetzung des Schuldners durch den Gläubiger voraus (Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Jörg Nef, N 20 zu Art. 41 VVG). Die Ausrichtung der Krankentaggelder wurde gemäss klägerischen Ausführungen erstmals mit E-Mail vom 3. März 2011 (Urk. 2/11) gemahnt (Urk. 1 S. 13) und eine solche Erklärung ergibt sich zumindest sinngemäss aus fraglichem E-Mail, weshalb ab diesem Datum ein Verzugszins geschuldet ist. Der mittlere Verfalltag beläuft sich auf den 15. September 2011 (395 Tage zwischen 3. März 2011 und 31. März 2012 : 2). Folglich ist der Verzugszins in der Höhe von 5 % (Art. 104 OR) ab 15. September 2011 geschuldet.

6.2.??? Des Weiteren verlangte der Kläger die Rückerstattung der Auflösungsgebühr von Fr. 30.-- (Urk. 1 S. 2 Ziff. 3) und legte hierzu einen Auszug eines E-Mails der Beklagten vom 27. Juli 2011 (Urk. 2/13) ins Recht. Darin berechnete die Beklagte dem Kläger für die Auflösung des Versicherungsvertrages aufgrund einer Anzeigepflichtverletzung eine Gebühr von Fr. 30.--. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens mit der Feststellung, dass die Kündigung des Versicherungsvertrages durch die Beklagte zu spät erfolgte, ist diese Auflösungsgebühr vom Kläger nicht geschuldet und daher von der Beklagten zurückzuerstatten.

6.3.??? Zusammenfassend ist die Beklagte in Gutheissung der Klage zu verpflichten, dem Kl?ger einstweilen Krankentaggelder vom 1. Februar 2011 bis 31. M?rz 2012 im Umfang von total Fr. 75'458.75 zuz?glich Zins zu 5 % ab 15. September 2011 sowie Fr. 30.-- Aufw?nungsgeb?hr zu bezahlen.

7.??????

7.1???? Nach ? 34 Abs. 1 des Gesetzes ?ber das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Partei - auf Antrag oder wenn dies von anderen Gesetzen so vorgesehen ist - Anspruch auf den vom Gericht festzusetzenden Ersatz der Parteikosten, der ohne R?cksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache und nach der Schwierigkeit des Prozesses bemessen wird.

7.2???? Dem Kl?ger steht aufgrund seines Obsiegens entsprechend seinem Antrag (Urk. 1 S. 2) eine Prozessentsch?digung zu. Diese ist in Anwendung der massgebenden Kriterien ermessensweise auf Fr. 2'600.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1.???????? Die Klage wird gutgeheissen, soweit auf sie eingetreten wird, und die Beklagte wird verpflichtet, dem Kl?ger Fr. 75'458.75 zuz?glich 5 % Zins seit 15. September 2011 sowie Fr. 30.-- Aufw?nungsgeb?hr zu bezahlen.

2.???????? Das Verfahren ist kostenlos.

3.???????? Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kl?ger eine Prozessentsch?digung von Fr. 2'600.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4.???????? Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Christoph Frey
- SWICA Krankenversicherung AG
- Eidgen?ssische Finanzmarktaufsicht FINMA

5.???????? Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes ?ber das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht w?hrend folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

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

???????? Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begr?ndung 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 H?nden hat (Art. 42 BGG).

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