

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00051 vom 2. November 2020

ZH Sozialversicherungsgericht, 2020-11-02, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2019.00051

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00051 du 2 novembre 2020

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2019.00051 del 2 novembre 2020

Erwägungen

E. 1

S. 2; Urk. 2/5 -8). Daneben tätigte sie verschiedene Abklärungen (etwa Urk. 10 /2/K12, 10 /2/K13, 10 /2/K15 und 10 /5/M1-15). Insbesondere liess sie X.____ im Zeitraum vom 1 4. Juli bis 1 5. September 2016 an mehreren Tagen observieren (Urk. 10 /3). Mit Schreiben vom 4. Oktober 2016 teilte sie ihm alsdann mit, ihn rückwirkend per 1. April 2016 aus dem versicherten Personenkreis aus zuschliessen; es würden folglich keine weiteren Taggelder mehr ausbezahlt und die bereits geleisteten Taggelder von Fr. 40'054.40 sowie die «Schadenausmittlungskosten» von Fr. 23'238.20 von ihm zurückgefordert (Urk. 2/34 und 10 /2/K20). Im Übrigen erklärte sie mit Schreiben vom 1 2. Februar 2018 bis 1. April 2020 auf die Erhebung der Einrede der Verjährung für zum damaligen Zeitpunkt noch nicht verjährte Ansprüche zu verzichten (Urk. 10 /2/31).

E. 1.1

und 1.2).

Unabhängig davon, ob schon

der Ausbruch der Krankheit oder erst der Eintritt der dadurch bedingten Arbeitsunfähigkeit (wofür etwa Art. K.1 und N.3 AV B sprechen) als befürchtetes Ereignis gilt, verwirklichte sich dieses somit , bevor der Abschluss des Versicherungsvertrages mit Zustellung der am 8. April 2016 aus gestellten Police an die Arbeitgeberin erfolgte. E s liegt daher eine unzulässige Rückwärtsversicherung und damit zumindest eine Teilnichtigkeit des V ertrages bezüglich der am 1. April 2016 beim Kläger eingetretene n Arbeitsunfähigkeit vor (vgl. auch obgenanntes Bundesgerichtsurteil 8C_324/2007 E. 4.2.1) .

4.2

Daran vermag entgegen der Auffassung des Klägers der Umstand nichts zu ändern, dass in den Offerten und Policen als Vertragsbegi nn rückwirkend der 29. Februar 2016 respektive 1. April 2016 festgelegt wurde. Der Vertragsbeginn beschlägt die Frage des Eintritts der Vertragswirkungen und nicht den Abschluss des Vertrages an sich. Ist ein Vertragsverhältnis im Hinblick auf ein konkretes Ereignis als nicht gültig zustande gekommen zu beurteilen, so kann es – jeden falls bezogen auf diesen Vorfall – auch keine Wirkungen mehr entfalten. So äussern sich auch

die Art. B.2 („Der Versicherungsvertrag beginnt und endet an den in der Police genannten Daten.“) und K.1 („Der Versicherungsschutz beginnt t für die einzelne versicherte Person mit dem Tag der tatsächlichen Arbeitsaufnahme beim Versicherungsnehmer, frühestens jedoch mit dem in der Police festgelegten Datum .“) letztlich nur zu den Wirkungen des – zustande gekommenen – Vertra ges, nicht aber zu dessen Abschluss selbst (vgl. ob

genanntes Bundesgerichtsurteil 8C_324/2007 E. 3.2.1 zu einem vergleichbaren Fall im Bereich der Unfallversicherung ; Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2016.00066 vom 23. März 2018 E.

E. 1.2

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO allerdings nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Stoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1 bis 2.3.3 und die dortigen Verweise).

E. 1.3

Da nach Abschluss des Schriftenwechsels (Urk. 21) keine der je durch einen (externen) Rechtsanwalt vertretenen Parteien die Durchführung einer mündlichen Verhandlung beantragt hat, ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sodann von einem konkludenten Verzicht darauf auszugehen (Urteil des Bundesgerichts 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E. 3.4). 2.

E. 2

Mit Eingabe vom 5. Dezember 2019 erhob der Versicherte, vertreten durch Rechtsanwalt Baumann, Klage gegen die Mobiliar (Urk. 1; Beilagen Urk. 2/2-35). Darin beantragte er, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm für den Zeitraum vom 13. August 2016 bis 31. März 2018 Taggelder in der Höhe von Fr. 200'983.65 zuzüglich 5 % Zins zu bezahlen; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten (Urk. 1 S. 2). Mit Verfügung vom 11. Dezember 2019 wurde der Beklagten eine Frist von 30 Tagen zur Einreichung einer Klageantwort angesetzt (Urk. 4). Diese wurde innert erstreckter Frist (Urk. 8) mit Eingabe vom 10. Februar 2020 erstattet mit dem Antrag, die Klage sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers (Urk. 9). Am 12. Februar 2020 ordnete das Gericht einen zweiten Schriftenwechsel an (Urk. 11). In der innert erstreckter Frist (Urk. 12, 14 und 19) eingereichten Replik vom 2. Juni 2020 (Urk. 15) respektive Duplik vom 2. September 2020 (Urk. 20) hielten die Parteien an ihren Anträgen fest. Die Duplik wurde dem Kläger mit Verfügung vom 7. September 2020 zur Kenntnis gebracht (Urk. 21). Die mit Schreiben vom 7. Oktober 2020 eingereichte Kostennote der Beklagten (Urk. 22 und 23) wurde dem Kläger am 4. November 2020 zur Kenntnis gebracht (Urk. 24). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beklagte dem Kläger Krankentaggelder von insgesamt Fr. 200'983.65 nebst 5 % Zins zu bezahlen hat, nämlich 19 Tage à Fr. 305.45 (Arbeitsunfähigkeit 90 %) vom 13. bis 31. August 2016 und 577 Tage à Fr. 338.30 (Arbeitsunfähigkeit 100 %) vom 1. September 2016 bis 31. März 2018 (Urk. 1 Rechtsbegehren und S. 5 f.).

E. 2.2

Der Kläger beantragte im Wesentlichen die Befragung seiner Ärzte sowie ein psychiatrisches Gutachten zum Beweis, dass er im behaupteten Ausmass arbeitsunfähig war (Urk. 1 S. 3 f.). Die Beklagte machte vorab geltend, es liege eine unzu lässige Rückwärtsversicherung nach Art.

E. 2.3

Des Weiteren brachte die Beklagte vor, Dr. B.____ habe am 24. Mai 2016 berichtet, der Kläger arbeite zu 50 % , worauf dieser observiert und dabei beobachtet worden sei, wie er mehrere Stunden in seinen Hotels verbracht, mit Freunden gefeiert und ein Geschäftsessen sowie einen Geschäftstermin bei der Gastrosocial wahrgenommen habe wie auch längere Strecken selbst Auto gefahren sei. Dies stehe im Widerspruch zu seinen Angaben und begründe einen Fall nach Art. 40 VVG (Urk.

E. 2.4

Die Beklagte ergänzte, dass die Arbeitsunfähigkeit überdies auch unzureichend substantiiert sei. So datiere der letzte Bericht von Dr. B.____ vom 4. Oktober 2016 (Urk.

E. 2.6

) . 5. 5.1

Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist bei dieser Sachlage zu prüfen, ob der Versicherer aus der zwischen Vertrag und Delikt angesiedelten Vertrauenshaftung schadenersatzpflichtig wird. Im Vordergrund steht hierbei die Haftung aus „culpa in contrahendo“ , die bei Verletzung von Neben- oder Verhaltenspflichten der Vertragsparteien (z.B. Haftung für Rat und Auskunft) aus Gründen der Praktikabilität im Vertragsnexus zu belassen ist (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 E. 2.2). 5.2

Ob das Verhalten der Beklagten im Rahmen der Vertragsverhandlungen mit der Arbeitgeberin des Klägers (vertreten durch Z.____ bzw. den Kläger) als treuwidrig zu bezeichnen ist, weil der Vertragsbeginn rückwirkend festgelegt wurde , ohne dass Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich die beiden Vertreter der Arbeitgeberin des Rückwärtsversicherungsverbots bewusst respektive von der Beklagten hierüber aufgeklärt worden waren, kann offen bleiben .

Zum einen unterscheidet sich die vorliegende Konstellation wesentlich von denjenigen in den bundesgerichtlichen Urteilen 8C_324/2007 vom 12. Februar 2008 und 5C.45/2004 vom 9. Juli 2004 , in welchen das Bundesgericht ein treuwidriges Verhalten bejahte: So hat der Kläger weder behauptet noch ist sonst

wie aus den Akten ersichtlich, dass die Beklagte vor der Krankmeldung vom 23. Mai 2016, insbesondere vor Vertragsabschluss, über die seit 1. April 2016 bestehende Arbeitsunfähigkeit des Klägers informiert wurde. Das Ausnutzen eines solchen Wissensvorsprungs schliesst ein «schutzwürdiges» Vertrauen aus und wird auch künftig nach Inkrafttreten der Änderung des VVG vom 19. Juni 2020 vom Gesetz nicht geschützt. So wird

Art. 10 Abs. 1 des geänderten

VVG zwar vorzusehen , dass die Wirkungen des Vertrages auf einen Zeitpunkt vor dessen Abschluss zurückbezogen werden können, sofern ein versicherbares Interesse besteht. Nach

Abs. 2 der genannten Bestimmung wird eine Rückwärtsversicherung aber weiter hin nichtig sein, wenn lediglich der Versicherungsnehmer oder der Versicherte wusste oder wissen musste, dass ein befürchtetes Ereignis bereits eingetreten ist. Gemäss der Botschaft zur Änderung des VVG vom 28. Juni 2017 ergäbe sich diese Regel schon aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, wurde aber der Klarheit

halber explizit geregelt (vgl. BBl 2017 S. 5114).

Zum anderen müsste zur Bejahung eines enttäuschten Vertrauens als Haftungsgrundlage das widerrechtliche Verhalten der Beklagten kausal für den beim Kläger eingetretenen Schaden sein. Es scheint indessen unwahrscheinlich, dass die Arbeitgeberin des Klägers den Versicherungsvertrag nicht abgeschlossen hätte, wenn seitens der Beklagten eine Versicherungsdeckung hinsichtlich der vorbestehenden Arbeitsunfähigkeit des Klägers ausgeschlossen worden wäre. So wäre es ihr aufgrund von Art. 9 VVG auch nicht möglich gewesen, einen anderen Versicherer zu finden, der sich verbindlich dazu hätte verpflichten können, dieselben Leistungen zu erbringen. Zudem erfolgte der Vertragsschluss wie auch die Erhöhung der versicherten Lohnsumme zugunsten aller Arbeitnehmer und nicht allein zugunsten des Klägers (vgl. hierzu das sachverhaltsmässig ähnlich gelagerte obgenannte Bundesgerichtsurteil 8C_324/2007 E. 4.2.2). Es fehlt somit an einem natürlichen Kausalzusammenhang zwischen der vom Kläger erlittenen finanziellen Einbusse durch die fehlende Versicherungsdeckung und dem Verhalten der Beklagten. 6.

Zusammenfassend ist der Versicherungsfall, für welchen der Kläger Taggelder leisten verlangt, vor dem Vertragsschluss eingetreten. Aufgrund des Rückwärtsversicherungsverbots nach

Art. 9 VVG sind deshalb keine Leistungen geschuldet. Die Voraussetzungen für eine Schadenersatzpflicht aus culpa in contrahendo, die gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in solchen Fällen als weitere Rechtsgrundlage zu prüfen ist, sind nicht gegeben. Die Klage ist folglich abzuweisen. Eine Widerklage wurde nicht erhoben.

Damit

erübrigen sich Ausführungen zur eventuellen von der Beklagten bestrittenen Arbeitsunfähigkeit des Klägers oder zur Höhe des versicherten Verdienstes. Dies betrifft insbesondere auch die

umstrittene Rechtmässigkeit und Notwendigkeit der durchgeführten Observation sowie die Würdigung von deren Ergebnissen. Auf die Abnahme der von den Parteien diesbezüglich angebotenen weiteren Beweismittel ist zu verzichten. 7.

E. 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 ohne Rücksicht auf den Streitwert nach Art. 244 bis 247 ZPO (vereinfachtes Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die vom Kläger dargelegte örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich (Urk. 1 S. 3) wird von der Beklagten nicht bestritten (vgl. Urk.

E. 7.1

Das Verfahren ist kostenlos, da es eine Streitigkeit aus einer Krankentaggeldversicherung betrifft, welche gemäss bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung; KVG) zu subsumieren ist (vgl. Art. 114 lit. e ZPO i.V.m. § 33 Abs. 1 GSVGer und das Urteil des Bundesgerichts 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 142 V 448 E. 4.1).

E. 7.2

Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Parteientschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Nach der zu alt Art. 47 Abs. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) ergangenen, weiterhin gültigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat dabei auch der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung, falls er durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteile des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III

47; 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen; bestätigt mit Urteil 4A_535/2015 vom 1. Juni 2016 E. 6.4.4).

Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl. 7. Titel des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 6 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV

SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

E. 7.3

Rechtsanwältin Sidiropoulos, die externe Rechtsvertreterin der obsiegenden Beklagten, machte in ihrer Honorarnote vom 7. Oktober 2020 einen Aufwand von 20 Stunden à Fr. 300.-- zuzüglich Barauslagen von Fr. 86.50 und Mehrwertsteuer geltend (Urk. 22). In diesem Zusammenhang kann der Argumentation des Klägers, wonach er das Rückwärtsversicherungsverbot bei nur unvollständig gewährter Akteneinsicht nicht habe erkennen können, was im Rahmen der Kostenverteilung im Falle einer Klageabweisung zu berücksichtigen sei (Urk.

E. 9

S. 3) ist soweit belegt (vgl. Urk.

E. 10

/1) und blieb seitens des Klägers unbestritten (vgl. Urk.

E. 15

S.

2), nicht gefolgt werden. Mindestens hätte er als Unterzeichner der eingereichten Police (Urk. 2/3) wissen müssen, dass diese nach Eintritt seiner Arbeitsunfähigkeit abgeschlossen und der Vertragsbeginn rückwärts festgelegt wurde; er hatte daher nicht nur Kenntnis, dass die von ihm unterzeichnete Police eine frühere ersetzte, sondern er hätte auch Anlass dazu gehabt, die erste Police explizit bei der Beklagten oder seiner Arbeitgeberin anzufordern.

Indessen ist festzuhalten, dass der Fall in den wesentlichen Punkten weder rechtlich komplex noch im Sachverhalt umstritten ist, was sich auch in sehr kurzen Rechtsschriften niederschlug. Dabei erbrachte die Beklagte zunächst Taggeldleistungen und berief sich – soweit aus den Akten ersichtlich – erst im Gerichtsverfahren auf das Rückwärtsversicherungsverbot, was dazu beitrug, dass sich der Kläger zur Klageerhebung veranlasst sah.

Es rechtfertigt sich daher mit Blick auf § 6 Abs. 2 und § 7 Abs. 1 GebV

SVGer nicht, einen Aufwand von mehr als 10 Stunden und einen höheren Ansatz

als den gerichtsüblichen

von Fr. 220.-- zu entschädigen. Dementsprechend ist der Beklagten eine Parteientschädigung von aufgerundet Fr. 2'500.-- (inkl. Barauslagen und Mehrwertsteuer) zuzusprechen. Das Gericht erkennt:

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