

NW_GERICHTE SV 22 38 vom 23. Oktober 2023

NW Gerichte, 2023-10-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_SV 22 38](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/nw_gerichte_SV_22_38)

FR: NW_GERICHTE SV 22 38 du 23 octobre 2023

IT: NW_GERICHTE SV 22 38 del 23 ottobre 2023

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Das Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG; SR 832.10) regelt die soziale Krankenversicherung (Art. 1a Abs. 1 KVG). Sie umfasst die obligatorische Krankenversicherung und eine freiwillige Taggeldversicherung. Den Krankenkassen steht es frei, neben der sozialen Krankenversicherung nach KVG Zusatzversicherungen anzubieten. Diese unterliegen dem VVG (Art. 12 Abs. 2 und Abs. 3 KVG). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 ZPO ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach KVG zuständig ist. Im Kanton Nidwalden liegt die sachliche Zuständigkeit bei der Abteilung für Sozialversicherungsstreitigkeiten (Art. 39 Abs. 1 Ziff. 1 Gerichtsgesetz [GerG; NG 261.1]). Nachdem der Kläger Wohnsitz im Kanton Nidwalden hat, damit neben der sachlichen auch die örtliche Zuständigkeit gegeben ist (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO), ein Schlichtungsverfahren entfällt (BGE 138 III 558 E. 4) und die weiteren Prozessvoraussetzungen (Art. 59 ZPO) zu keinen besonderen Bemerkungen Anlass geben, ist auf die Klage einzutreten. Gleiches gilt mutatis mutandis für die mit dieser in einem sachlichen Zusammenhang stehenden Widerklage (Art. 14 Abs. 1, Art. 224 Abs. 1 i.V.m. Art. 219 ZPO).

E. 1.2.1

Trotz Zuständigkeit des Versicherungsgerichts untersteht das Verfahren der ZPO: Die Streitigkeit ist im vereinfachten Verfahren (Art. 243 ff. ZPO) zu beurteilen (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Eine Widerklage ist zulässig (Art. 219 i.V.m. Art. 224 ZPO). Es gilt die Dispositionsmaxime (Art. 58 Abs. 1 ZPO) und der Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Das Gericht wirkt durch entsprechende Fragen darauf hin, dass die Parteien ungenügende Angaben zum Sachverhalt ergänzen und die Beweismittel bezeichnen (sog. «erweiterte Fragepflicht»; Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wenn sich aber – wie vorliegend – zwei anwaltlich vertretene Parteien gegenüberstehen soll und darf sich das Gericht mit der Fragepflicht zurückhalten wie im ordentlichen Verfahren (STEPHAN MAZAN, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK-ZPO, 3. A., 2017, N 19 zu Art. 247 ZPO m.w.H.).

E. 1.2.2

Neben den aufgelegten Urkundenbeweisen beantragt der Kläger im Zusammenhang mit Fragen zu seinem Gesundheitszustand sowie der Buchhaltung der Versicherungsnehmerin ein psychiatrisches Gerichtsgutachten sowie Zeugenbefragungen mit seiner Treuhänderin, den behandelnden Ärzten sowie seiner Ehefrau. Davon ist in antizipierter Beweiswürdigung abzu- sehen. Wie sich zeigen wird, lassen sich die medizinischen und buchhalterischen

Beweisthe- men ohne weiteres mittels der zur Verfügung stehenden Urkundenbeweise ergründen, womit keine Notwendigkeit für zusätzliche Beweisabnahmen besteht. 2. Klage 2.1 Der Kläger stellt sich in seinen Eingaben zusammenfassend auf den Standpunkt, er sei seit dem 1. September 2021 krankheitsbedingt arbeitsunfähig (Burnout). Er habe weder Mitwir- kungs- oder Schadensminderungspflichten noch sonstige Obliegenheiten verletzt. Die Leis- tungseinstellung per Ende November 2021 sei rechtswidrig. Nach wie vor bestehe eine voll- ständige Arbeitsunfähigkeit und damit weiter ein Anspruch auf die Ausrichtung eines Kranken- taggelds durch die Beklagte. Folgende Arbeitsunfähigkeit sei ärztlich attestiert und damit aus- gewiesen: Er habe sich nie einer fachärztlichen Behandlung verweigert, was der Hausarzt Dr. C. __ in seinem Bericht vom 27. August 2022 auch bestätige. Noch vor dem Schreiben der Beklagten

E. 6

■ 36

E. 6.1

Laut Vereinbarung der Beklagten und der Versicherungsnehmerin (vgl. KB 2, BB 34) war das gesamte Personal der Versicherungsnehmerin bis zu einer (jährlichen) Lohnsumme von ma- ximal Fr. 300'000.–/pro Person kollektiv-krankenversichert. Die versicherten Personen sind nicht namentlich und einer fixen Lohnsumme bezeichnet. Das Krankentaggeld beläuft sich auf 80% des versicherten Lohnes, wobei die Leistungen im Versicherungsfall während 730 Tagen erbracht werden, bei einer Wartefrist von 30 Tagen. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt unabhängig davon, ob es sich um einen neuen Schadensfall oder um einen Rückfall handelt, der AHV-pflichtige Lohn, den die

E. 6.2.1

Wie bereits festgehalten, ist die Leistungseinstellung per 30. November 2021 nicht zu bean- standen. Die Beklagte richtete Taggeldleistungen für den Oktober sowie November 2021 (s. KB 7; Fr. 185.80/Tag, massgebliche Lohnsumme: Fr. 84'772.–). Für diese Periode sind zwischen den Parteien die massgebliche Lohnsumme und die Taggeldhöhe streitig. Gemäss Art. 12 Ziff. 2 ZB KTG ist in erster Linie der AHV-pflichtige Lohn, den die versicherte Person im Kalendermonat vor Beginn des Schadensfalles vom Versicherungsnehmer tatsächlich be- zogen hat, massgeblich. Diesbezüglich ist unbestritten, dass der Kläger seit dem 1. Januar 2015 als Geschäftsführer bei der Versicherungsnehmerin angestellt ist und sich jeweils Ende Monat einen Nettolohn von Fr. 1'580.50 ausbezahlt. Dabei ist bei zwölf Zahlungen pro Jahr von einem jährlichen Bruttolohn von Fr. 21'000.– auszugehen; ein 13. Monatslohn wurde nicht ausbezahlt. Gemäss dem Auszug aus dem Individuellen Konto (IK) entsprach dies von 2015 bis und mit 2020 auch dem AHV-pflichtigen Bruttolohn, der ihm von der Versicherungsnehme- rin entrichtet wurde. Seine Haupterwerbsquelle war bis mindestens Ende 2020 seine selbst- ständige Erwerbstätigkeit in seiner Einzelfirma E. __ (BB 12). Der Kläger macht geltend, aufgrund einer Pensums- und Lohnerhöhung per 1. Januar 2021 verdiene er in der Geschäftsführertätigkeit Fr. 150'000.–. Seine parallele, selbstständigen Er- werbstätigkeit in seinem Einzelunternehmen E. __ (CHE-206.861.935) habe er aufgegeben, um ab dem 1. Januar 2021 in einem 100%-Pensum für die Versicherungsnehmerin tätig sein zu können. Die Entlohnung sei folgendermassen erfolgt: Einerseits habe er sich weiterhin mo- natlich Fr. 1'580.50 ausbezahlt. Der Rest seines Lohnes sei mit Einmalzahlungen von Fr. 60'000.– am 28. Mai 2021 resp. von Fr. 50'000.– am 14. Dezember 2021 ausbezahlt wor- den.

E. 6.2.2

In tatsächlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes: Laut Arbeitsvertrag vom 4. Dezember 2020, den der Kläger mit sich selbst, als einzelzeichnungsberechtigtes Verwaltungsratsmitglied der Versicherungsnehmerin, abschloss, wurde dessen Pensum per 1. Januar 2021 von 20% auf 100% und seinen Lohn von Fr. 21'000.– auf Fr. 150'000.– (BB 5) erhöht. In der Buchhaltung

E. 6.2.3.1

Die Beklagte hegte nach Eingang der Schadenmeldung am 22. September 2021 (BB 1) Zweifel am angegebenen, von den Vorjahren abweichenden Jahreslohn von Fr. 150'000.–. Entsprechend ersuchte sie die Versicherungsnehmerin am 24. September 2021 per E-Mail um

E. 6.2.3.2

Nach Darstellung des Klägers haben die folgenden Zahlungen in der Höhe von insgesamt Fr. 128'960.– Lohnzahlungen dargestellt: – 29.01.2021: Fr. 1'580.– – 30.07.2021: Fr. 1'580.– – 26.02.2021: Fr. 1'580.– – 31.08.2021: Fr. 1'580.– – 31.03.2021: Fr. 1'580.– – 30.09.2021: Fr. 1'580.– – 30.04.2021: Fr. 1'580.– – 29.10.2021: Fr. 1'580.– – 28.05.2021: Fr. 60'000.– – 30.11.2021: Fr. 1'580.– – 31.05.2021: Fr. 1'580.– – 14.12.2021: Fr. 50'000.– – 30.06.2021: Fr. 1'580.– Die übrigen vier Zahlungen seien Privatbezüge gewesen: – 01.02.2021: Fr. 25'056.20 – 01.04.2021: Fr. 8'000.– – 26.04.2021: Fr. 15'000.– – 28.05.2021: Fr. 60'000.– Für die Version des Klägers spräche grundsätzlich, dass im Lohnkonto der Buchhaltung (Konto-Nr. 5200 Löhne) eine Netto-Lohnsumme von Fr. 131'217.50 erfasst ist. Diese würde näherungsweise den als solche bezeichneten «Lohnbezügen» vom Kontokorrent-Konto des

E. 6.2.3.3

Die übrigen Indizien sprechen dafür, dass die vertraglich vereinbarte Erhöhung der Lohnsumme für das Jahr 2021 nicht umgesetzt wurde: Stark ins Gewicht fällt zunächst der Umstand, dass die regelmässigen Monatszahlungen von Fr. 1'580.50 auch im Geschäftsjahr 2021 beibehalten wurden, was – identisch zu den Vorjahren – auf einen Brutto-Jahreslohn von Fr. 21'000.– hinausgelaufen wäre. Es bleibt betreffend die nicht regelmässigen Zahlungen unklar, weshalb gerade die eine vom 28. Mai 2021 von Fr. 60'000.– sowie diejenige vom 14. Dezember 2021 von Fr. 50'000.– Lohnzahlungen dargestellt haben sollen, hingegen die andere vom 28. Mai 2021 von nochmals Fr. 60'000.– ebenso, wie diejenigen vom 1. Februar 2021 von Fr. 25'056.20, vom 1. April 2021 von Fr. 8'000.– sowie vom 26. April 2021 von Fr. 15'000.– nicht. Es liegt vielmehr die Annahme nahe, dass es sich – wie in früheren Jahren – bei den monatlichen Zahlungen von Fr. 1'580.50 um Auszahlungen des Nettolohns und bei allen anderen Bezügen vom Kontokorrent-Konto um Privatbezüge gehandelt hat.

E. 6.2.3.4

Die angebliche Veränderung der Lohnsumme ist denn auch weder der Beklagten noch der zuständigen Ausgleichskasse mitgeteilt worden. Der Beklagten teilte der Kläger am 28. Juni 2021 – rund zwei Monate vor Krankschreibung – telefonisch mit, er wolle den Versicherungsvertrag infolge einer Pensumerhöhung anpassen. Die erhebliche Veränderung der Lohnsumme kam dabei nicht zur Sprache (BB 0). Die Lohnsumme von Fr. 150'000.– wurde der

E. 6.2.3.5

Dass die neue Lohnvereinbarung vom 4. Dezember 2020 bzw. die neue Lohnsumme von Fr. 150'000.– vor der Erkrankung faktisch nicht umgesetzt wurde, wird nicht zuletzt darin begründet sein, dass ein solcher Jahreslohn für den Kläger als Geschäftsführer nicht ansatzweise finanzierbar gewesen ist. Aus der Jahresrechnung 2020 (BB 40 Bel. A) ergibt sich, dass die Versicherungsnehmerin für das Jahr 2020 einen Verlust von Fr. 248'380.89 auswies und das Eigenkapital nach Verbuchung des Verlustes per 31. Dezember 2020 Fr. -178'357.40 betrug. Gänzlich abwegig sind denn auch die Einwände des Klägers, zur Lohnerhöhung sei es gekommen, weil er alles abbezahlt habe (PBP-K dep. 21 S. 5), er gut geschaut und die Versicherungsnehmerin eine hohe Liquidität gehabt habe bzw. sein Lohn sichergestellt gewesen sei (PBP-K dep. 23 S. 6). Soweit aus den aufgelegten Buchhaltungsunterlagen ersichtlich (BB 40 Bel. A), war die Versicherungsnehmerin per Ende 2020 mutmasslich überschuldet und wies einen Liquiditätsgrad II (Quick Ratio) von weit unter 100% auf. Es waren kurzfristige (Finanz-) Verbindlichkeiten gegenüber Dritten von Fr. 301'961.47 (und langfristige Fremdkapital-Verbindlichkeiten von Fr. 190'066.20) offen, bei einem Umlaufvermögen von gerade einmal Fr. 260'139.47.

E. 6.2.3.6

Dabei war auch keine kurzfristige Verbesserung der Ertragslage absehbar, weil die Fitnesscenter ab dem 22. Dezember 2020 infolge der Massnahmen im Zusammenhang mit der Covid-19-Pandemie geschlossen waren. Mit dieser erneuten Schliessung der Fitnesscenter hat der Kläger, als er am 4. Dezember 2020 den neuen Geschäftsführervertrag abschloss, gemäss eigener Aussage nicht gerechnet (PBP-K dep. 21 S. 5). Das kann grundsätzlich nachvollzogen werden. Die Schliessung wurde vom Bundesrat nämlich erst am 18. Dezember 2020 kommuniziert. Diese zeitliche Abfolge und Umstände würden plausibel erklären, weshalb der Kläger

E. 6.2.3.7

Ein Blick in den IK-Auszug (BB 12) ergibt zudem, dass der Kläger seit 2015 bis 2019 ein AHV-pflichtiges Jahreseinkommen von maximal Fr. 55'200.– als Fitnesscoach bzw. Unternehmer im Fitnessbereich erzielte. Die Einkünfte aus seiner selbstständigen Erwerbstätigkeit sind dabei mitberücksichtigt. Im ersten Pandemiejahr 2020 erzielte er, mit Corona-Erwerbsersatzentschädigungen, erstmals ein höheres AHV-pflichtiges Jahreseinkommen von Fr. 64'392.–. Auch in Nachachtung des bisherigen Einkommens ist es wenig nachvollziehbar bzw. unwahrscheinlich, dass sich der Kläger, wäre er gesund geblieben, tatsächlich einen Bruttojahreslohn von Fr. 150'000.– ausbezahlt hätte. Dies selbst dann, wenn er seine selbstständige Erwerbstätigkeit aufgeben hätte, um per 1. Januar 2021 zu 100% für die Versicherungsnehmerin tätig zu sein. Ohnehin erscheint die Behauptung, er habe seine selbstständige Erwerbstätigkeit in seinem Einzelunternehmen per 30. Dezember 2020 aufgeben, um sein Pensum für die Versicherungsnehmerin per 1. Januar 2021 zu erhöhen, unplausibel. Einerseits bezog der Kläger für die selbstständige Tätigkeit im Jahr 2021 Corona-Erwerbsersatzentschädigungen (BB 45) bzw. entrichtete der Ausgleichskasse Zug bis mindestens am 13. Dezember 2021 noch Akontobeiträge auf ein provisorisches Einkommen von Fr. 66'600.– (BB 27), obwohl er dieser allfällige Änderungen in der voraussichtlichen Lohnsumme längst hätte mitteilen müssen (Art. 24 Abs. 4 AHVV). Andererseits ist das Einzelunternehmen E.____ (CHE-206.861.935) bis heute im Handelsregister eintragen und damit aktiv.

E. 6.3

Aufgrund der genannten Indizien ist davon auszugehen, dass sich der versicherte, für die Tag- geldberechnung relevante Bruttojahreslohn des Klägers demnach auf Fr. 21'000.– belief. Das Taggeld wäre gestützt auf dieses Einkommen zu berechnen gewesen. 7. Fazit Im Sinne eines Zwischenfazits ist demnach festzuhalten, dass die Arbeitsunfähigkeit des Klägers nicht erwiesen ist (vorne E. 4) und er seine vertragliche Obliegenheit verletzt hat, indem

E. 7

■ 36 am 8. August 2022 habe er sich beim Psychiater Dr. D.__ in Z.__ angemeldet. Die Zuweisung sei am 3. August 2022 durch den Hausarzt erfolgt. Er habe sich jedoch bereits vorgängig bei Dr. D.__ gemeldet. Ab dem 29. August 2022 habe er sich in dessen ambulanter psychiatri- scher Behandlung befunden. In der Folge habe er sich auch in einer Burnout-Klinik angemel- det, wo er sich seit dem 10. Oktober 2022 in Kur befinde. Die Konsultation eines Psychiaters sei, nachdem ihm dies von Dr. C.__ an einem Gespräch im Juli 2022 nahegelegt worden sei, sofort erfolgt. Bis zum besagten Gespräch im Juli 2022 sei eine fachärztliche Behandlung me- dizinisch nicht indiziert gewesen. Dr. C.__ sei bis zu diesem Zeitpunkt davon ausgegangen, dass er seine psychischen Probleme ohne fachärztliche Hilfe therapieren könne und keine Überweisung notwendig sei. Art. 16 der Allgemeinen Bedingungen für Kollektiv-Krankenversi- cherung («AVB»; Ausgabe 07.2020) schreibe eine fachärztliche Konsultation nur vor, wenn Anspruch auf Taggeld bestehe, was von der Beklagten bis zum 8. August 2022 gar noch nicht geprüft worden sei. Bis zu diesem Zeitpunkt sei noch gar nicht klar gewesen, ob er überhaupt Anspruch auf Taggelder habe. Die Beklagte habe ihn von Anfang nicht hinreichend über seine Obliegenheiten aufgeklärt oder ihm konkrete Weisungen betreffend weiteres Vorgehen gege- ben. Das Verhalten der Beklagten widerspreche ohnehin dem Grundsatz von Treu und Glau- ben. Die angeblich fehlende fachärztliche Behandlung bzw. die diesbezüglich behauptete Wei- gerung sei seit der Meldung vom 1. September 2021 nie Thema gewesen, sondern erstmals mit Schreiben vom 8. August 2022 bemängelt worden. Durch die krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit von 100% habe er einen Erwerbsausfall er- litten. Dieser betrage jährlich Fr. 150'000.– brutto, was seinem 100%-Pensum als Geschäfts- führer der Versicherungsnehmerin entspreche. Die bereits bis und mit Ende November 2021 bezahlten Krankentaggelder seien dementsprechend auch zu tief ausgefallen. Bis und mit No- vember 2022 belaufe sich das geschuldete Krankentaggeld auf total Fr. 85'831.60, wovon be- reits ausgerichtete Zahlungen von Fr. 9'068.– abzuziehen seien. Bis zum 30. März 2023 er- gebe sich eine Krankentaggeldforderung von Fr. 99'463.20 (Klageänderung mit Widerkla- geantwort vom 22. März 2023). Zusätzlich habe die Beklagte für vorprozessuale Anwaltskos- ten Fr. 8'691.80 zu bezahlen. Hinzu kämen jeweils Verzugszinsen von 5%. 2.2 Die Beklagte bringt in ihren Eingaben zusammengefasst vor, der Kläger mache einen versi- cherten Brutto-Jahreslohn von Fr. 150'000.– geltend, weil er sein Pensum zulasten des übr- igen Personals auf 100% erhöht habe. Vor der angeblichen Erhöhung des Pensums habe er angeblich in einem 20%-Pensum jeweils Fr. 21'000.– brutto verdient. Zusätzlich zur Pensums-

E. 8

■ 36 Erhöhung habe demnach eine Lohnerhöhung von Fr. 45'000.– stattgefunden, was der Kläger nie plausibel habe erklären können. Es seien deshalb weitere Abklärungen notwendig gewe- sen. Im Kanton Zug habe er für seine Einzelfirma E.__ auch im Jahr 2021

an die Ausgleichskasse Akontobeiträge auf ein provisorisches Einkommen von Fr. 66'600.– geleistet. Zudem habe er dafür im September-Dezember 2021 Corona-Erwerbsersatzentschädigungen bezogen und im entsprechenden Antrag einen Anspruch auf Taggelder anderer Versicherungen verneint. Sinngemäss habe er damit selbst bestätigt, dass er vollständig arbeitsfähig sei und lediglich aufgrund von Covid-19 keine Arbeitstätigkeit ausüben könne. Die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit widerspreche somit den bei der Ausgleichskasse Zug beantragten Unterstützungsgeldern. Es bestehe Zweifel hinsichtlich der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit resp. dem geltend gemachten Lohnausfall. Hinzu komme, dass der Kläger die angebliche Erhöhung seines Lohnes auf Fr. 150'000.– der Ausgleichskasse Nidwalden, mindestens bis am 15. November 2021, nicht gemeldet habe. Im Juni 2022 habe er dieser zudem Anträge für die Kurzarbeitsentschädigungen geschickt. Diesen lasse sich entnehmen, dass der Kläger für sich selbst ab September 2021 keine Kurzarbeitsentschädigung beantragt habe. Allerdings hätten im September-November 2021 mehr aktive Stunden bestanden, als durch die Mitarbeiter, welche Anspruch auf Kurzarbeit hatten, geleistet worden seien. Die Differenz (September 2021: 59.2h; Oktober 2021: 56.2h; November 2021: 71.2h) lasse sich einzig dadurch erklären, dass diese Stunden durch den Kläger erbracht worden seien. Aus den Buchhaltungsunterlagen der Versicherungsnehmerin ergebe sich, dass der schlussendlich für das Jahr 2021 verbuchte Nettolohn des Klägers (Fr. 131'158.50) nicht bereits anfangs 2021 eingeplant gewesen sei. Es gebe chronologische und systematische Widersprüchlichkeiten bei der Verbuchung des (angeblichen) Lohnes bzw. der beiden als Lohn bezeichneten Einzelzahlungen von Fr. 60'000.– im Mai 2021 bzw. Fr. 50'000.– im Dezember 2021. Nachvollziehbar ausgewiesen seien einzig periodische, monatliche Lohnzahlungen von netto Fr. 1'580.–. Augenfällig sei auch, dass die Versicherungsnehmerin im Jahr 2020 Löhne von insgesamt Fr. 164'136.80 bezahlt habe, im Jahr 2021 die Lohnsumme insgesamt Fr. 309'133.73 betragen habe. Die Aussage des Klägers, dass er sich ab dem 1. Januar 2021 zum Nachteil des übrigen Personals zu 100% (und nicht mehr 20%) angestellt habe, mache bei diesen Zahlen keinen Sinn. Aufgrund der Buchhaltung könne nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass alle vom Kläger als Lohnzahlungen bezeichneten Zahlungen tatsächlich Lohn darstellten. Der geltend gemachte Lohn von brutto Fr. 150'000.– sei nicht bewiesen.

E. 8.1

Die Beklagte beruft sich widerklageweise auf Art. 40 VVG. Der Kläger habe in der Schadenmeldung angegeben, einen Lohn von Fr. 150'000.–/Jahr zu erhalten. Er habe verschwiegen, dass er diesen Lohn vor dem Schadenfall noch nicht ausbezahlt habe. Der höhere Lohn sei nachträglich konstruiert worden. Ferner habe der Kläger widersprüchliche Angaben gemacht, indem er einerseits ihr gegenüber eine 80%-ige Arbeitsunfähigkeit geltend gemacht, andererseits im September bis Dezember 2021 für seine selbstständige Erwerbstätigkeit weiterhin Corona-Erwerbsersatzentschädigungen in Zug bezogen habe. Die falschen bzw. widersprüchlichen Angaben hätten einen Einfluss auf die (Höhe der) Taggeldleistungen. Auch der subjektive Tatbestand sei erfüllt. Der Kläger habe mit Wissen und Willen ihr gegenüber unwahre Angaben hinsichtlich seines Jahreslohnes gemacht, um einen Vermögensvorteil im Sinne höherer Taggeldleistungen zu erlangen. Der Vertrag werde gestützt auf Art. 40 VVG ab dem Zeitpunkt der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit (1. September 2021) aufgelöst; der Kläger schulde das negative Vertragsinteresse. Mit anderen Worten habe der Kläger die bereits ausbezahlten Taggelder in der Höhe von Fr. 9'068.– zuzüglich Verzugszins ab Widerklageeinreichung

zurückzuzahlen bzw. zu bezahlen.

E. 8.2

Der Kläger hält dem zusammengefasst entgegen, es sei nicht nachvollziehbar, inwiefern er Tatsachen falsch dargestellt oder verschwiegen haben solle. Er habe im Jahr 2021 einen Brutlohn von Fr. 150'000.– erhalten, welcher er auch in der Schadenmeldung angegeben habe. Die effektiven Lohnflüsse seien vollständig und wahrheitsgemäss dargelegt worden. Sämtliche Buchhaltungsunterlagen seien aufgelegt worden. Er habe für Einzelunternehmen von September 2021 bis Dezember 2021 Corona-Erwerbsersatzentschädigungen erhalten. Jedoch sei er im Jahr 2021 nicht mehr für das

E. 8.3

Im Hinblick auf die Beurteilung der Widerklage vom 25. Januar 2023, ist demnach die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs (E. 9) strittig. 9. Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs

E. 9

■ 36 Die Leistungspflicht sei nach drei Monaten gestützt auf Obliegenheitsverletzungen nach Art. 14 Ziff. 1 und Art. 16 Ziff. 1 lit. c AB eingestellt worden. Verletzt worden sei die Obliegenheit, unverzüglich eine fachärztliche Behandlung wahrzunehmen. Der Kläger habe gemäss Auskunft des Hausarztes eine Psychotherapie resp. die Konsultation eines Psychiaters verweigert. 2.3 Zusammenfassend sind demnach, im Hinblick auf die Beurteilung der Klage vom 16. November 2022, grundsätzlich drei Aspekte strittig, die Arbeitsunfähigkeit des Klägers (E. 4), die Obliegenheitsverletzung (E. 5) sowie der versicherte Lohn (E. 6). 3. Grundlagen 3.1 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen (BGE 141 III 241 E. 3.1). Dieser – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – hat nämlich die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruches» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, neben dem Eintritt des Versicherungsfalles namentlich auch das Bestehen eines Versicherungsvertrags und den Umfang des Anspruchs (Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.1 m.w.H.). 3.2 Es ist unumstritten, dass im hier relevanten Zeitraum die Kollektiv-Krankenversicherung mit der Police-Nr. T46.1.285.259, gültig ab dem 1. Juli 2021 (Versicherungsvertrag; KB 2, BB 34), bzw. die Allgemeinen Bedingungen für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe Juli 2020 (AB; KB 10, BB 16) und die Zusatzbedingungen für die Krankentaggeld-Versicherung (ZB-KTG; BB 15) massgeblich waren. Seit Beginn seiner Tätigkeit für die Versicherungsnehmer per 2015 bis (und mit) 2020 belief sich der (krankentaggeldversicherte) Bruttojahreslohn des Klägers auf Fr. 23'000.– (BB 6, 12).

E. 9.1.1

Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Massgabe von Art.

39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist das Versicherungsunternehmen gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1 m.w.H., nicht publ. In: BGE 148 III 134). Die unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Tatsachen müssen mit anderen Worten geeignet sein, die Leistungspflicht des Versicherers zu mindern oder auszuschliessen (LAURA MANZ/PASCAL GROLIMUND, BSK-VVG, a.a.O., N 21 ff. zu Art. 40 VVG). Das Unterschreiben eines von der Realität abweichenden Arbeitsvertrags stellt eine unrichtige Erklärung dar, welche nach Art. 40 VVG die Leistungspflicht des Versicherers entfallen lässt (Urteil des Bundesgerichts 4A_378/2021 vom 12. Oktober 2021 E. 4).

E. 9.1.2

Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen, wie u.a. die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.1 m.w.H.). Im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG hat das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt. In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Beweismass für die Täuschungsabsicht auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert sei, oder dass keine Gründe ersichtlich seien, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die vorliegende Konstellation [von Art. 40 VVG], namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen sei), Anwendung finden sollte. Soweit mit ersteren Entscheiden der Eindruck entstanden sein sollte, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für alle Voraussetzungen von Art. 40 VVG gelte, ist dies klarzustellen: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt eine Beweisnot voraus. Entsprechend ist zu prüfen, ob für den der Versicherung obliegenden Beweis der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches eine solche Not besteht. Gemäss Art. 40 VVG muss die Versicherung zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten und zweitens die Täuschungsabsicht.

E. 9.1.3

Rechtsfolge von Art. 40 VVG ist das Recht des Versicherers, die Leistung zu verweigern und gegebenenfalls vom Vertrag zurückzutreten; jedenfalls besteht hinsichtlich des strittigen Versicherungsfalls ein Recht zur vollständigen Leistungsverweigerung (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N 82, 93 zu Art. 40 VVG). Die allfällige Rückforderung bereits erbrachter Leistung erfolgt nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung

(Art. 62 ff. OR; MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N 96-98 zu Art. 40 VVG). Bezogene Leistungen, die vertraglich nicht geschuldet sind, sind zurückzuerstatten (Art. 18 AB). Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten. Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 1 und 2 OR).

E. 9.2

Der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG ist erfüllt, indem der Kläger namens der Versicherungsnehmerin mit Schadenmeldung vom 22. September 2021 mitteilte, er sei zu 100% für die Versicherungsnehmerin tätig und sein Bruttojahreslohn belaufe sich auf Fr. 150'000.– (BB 1). Diese Mitteilung war falsch. Wie an anderer Stelle dargelegt, existiert zwar ein diesbezüglicher Geschäftsführervertrag vom 4. Dezember 2020 (BB 5) und wurde Ende 2021 auch tatsächlich ein Jahreslohn von Fr. 150'000.– im Lohnkonto Nr. 5200 der Versicherungsnehmerin verbucht

E. 10

■ 36 4. Arbeitsunfähigkeit 4.1 Der Versicherungsvertrag bezweckt im Wesentlichen, für die Folgen eines Unglücks durch Verschaffung einer Vermögensleistung auszugleichen oder zu mildern. Mit dieser Vermögensleistung bietet der Versicherer dem vom Unglück betroffenen Versicherten (vollständigen oder teilweisen) wirtschaftlichen Ersatz für die Einbusse, welche das Unglück mit sich gebracht hat (MORITZ W. KUHN, Privatversicherungsrecht, 3. A., 2010, N 17). Die wesentlichen Punkte des Versicherungsvertrags sind die versicherte Gefahr respektive das Risiko, der Versicherungsgegenstand, die Leistung des Versicherers, die Prämie als Leistung des Versicherten sowie die Dauer (GERHARD STOESEL/YAEL STRUB, in: Grolimund/Loacker/Schnyder [Hrsg.], BSK-VVG, 2. A., 2023, N 11 zu Vor Art. 1/2; ähnlich: KUHN, a.a.O., N 459 f.). Das Versicherungsvertragsrecht untersteht als privates Vertragsrecht dem Obligationenrecht, wobei aber im Einzelnen die Bestimmungen des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG; SR 221.229.1) als *lex specialis* zu berücksichtigen sind (s. Art. 100 VVG; RHEA SPECOGNA, in: BSK-VVG, a.a.O., N 3 zu Art. 100 VVG). Gegenstand der Versicherung ist ein versicherbares Interesse des Versicherungsnehmers (Versicherung für eigene Rechnung) oder eines Dritten (Versicherung für fremde Rechnung). Sie kann sich auf die Person, auf Sachen oder auf das übrige Vermögen des Versicherungsnehmers (Eigenversicherung) oder eines Dritten (Fremdversicherung) beziehen (Art. 16 Abs. 1 VVG). In der Personenversicherung ist eine Person Gegenstand der Versicherung. Sie stellt auf Vorgänge ab, welche diese als solche treffen, namentlich Ereignisse wie Tod, Invalidität, Körperverletzung, Krankheit oder Alter (KUHN, a.a.O., N 453). Die Beklagte und die Versicherungsnehmerin haben, soweit hier relevant, im Rahmen einer – in- folge «Anpassung auf aktuelle Produkte» sowie «Änderung des Prämienfälligkeits- bzw. Ab- lauftermins» auf den 1. Juli 2017 angepassten und geltenden – Krankentaggeldversicherung (KB 2, BB 34) nachfolgende vertragliche Vereinbarungen getroffen: Gemäss der Versicherungs- rungspolice ist das gesamte Personal der Versicherungsnehmerin kollektiv-krankenversichert. Die Versicherung läuft bis zum 1. Januar 2024. Versichert ist der Hauptbetrieb der Versicherungsnehmerin, das F. ___ in Z. ___. Das versicherte Ereignis ist die Arbeitsunfähigkeit infolge einer Krankheit (Art. 3 ZB KTG). Als Schadensfall gilt ein versichertes Ereignis, sofern für die versicherte Person gemäss Versicherungsvertrag Deckung besteht. Der Schadensfall beginnt mit der durch

einen Arzt attestierten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25% (Art. 8 Ziff. 1 ZB KTG). Arbeitsunfähigkeit ist die durch die Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle

E. 11

■ 36 oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei längerer Dauer, spätestens nach sechs Monaten, wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich auf dem in Betracht kommenden ausgeglichene Arbeitsmarkt berücksichtigt. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Arbeitsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Krankheitsfremde Faktoren werden nicht berücksichtigt. Eine Arbeitsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist (Art. 3 Ziff. 4 AB). 4.2 Aus den medizinischen Akten ergibt sich Folgendes: 4.2.1 Der Allgemeinarzt Dr. med. C. ___ berichtet der Beklagten mit erstem Arztzeugnis vom 9. Oktober 2021 (BB 11) die Diagnose eines Burn-Outs/reaktive Depression aufgrund der gesellschaftlichen, sozialen und finanziellen (Covid-) Situation, welche die Lebensgrundlage des Versicherten zerstört habe. Das Leiden habe schleichend begonnen. Je grösser der Druck geworden sei, umso stärker sei die Depression/depressive Stimmung, Schlafstörungen, Antriebslosigkeit geworden. Der Kläger brauche eine begleitende Physiotherapie. Diese sei aber verweigert worden. 4.2.2 Mit Arztbericht vom 17. Juli 2022 (KB 16) hält Dr. med. C. ___ die Diagnosen psychosoziale Anpassungsstörung, und reaktive Depression fest. Der Heilungsverlauf sei protrahierend mit sozial getriggert Rückschlägen, meist geschäftlicher Natur. Er habe ihm beim letzten Gespräch empfohlen einen Psychiater aufzusuchen. Eine psychiatrische Konsultation sei angedacht. Der Kläger müsse sich noch etwas mit dem Gedanken anfreunden, denn als «selbstgewachsener Business-man» habe er bis anhin immer alle Probleme selber lösen können, jetzt funktioniere das nicht mehr. Die Arbeitsfähigkeit werde beeinträchtigt durch Schlaflosigkeit, konstante Müdigkeit, depressive Gefühle, selbstdestruktive Wut/Enttäuschung, daraus resultierend Konzentrationsstörung, Lebensmüdigkeit und Hoffnungslosigkeit würden ihn massiv in der Tätigkeit als Geschäftsführer beeinträchtigen. Seit Beginn der Corona-Pandemie habe er eine Niederlage nach der anderen einstecken müssen. Jetzt könne er nicht mehr und zerbräche innerlich daran. So wie er im Moment psychisch zerfalle/einbreche, werde er Zeit brauchen, um sich von dieser Depression lösen zu können. Das werde er ohne Hilfe kaum

E. 12

■ 36 schaffen. So wie es im Moment in seiner beruflichen Situation aussehe, werde er früher oder später einer anderen Tätigkeit nachgehen müssen. Die Arbeitsfähigkeit könne mit weiteren Massnahmen kaum verbessert werden. Das Angebot an den Kläger einer psychiatrischen Überweisung stehe, bei einer weiteren ablehnenden Haltung werde er darauf insistieren müssen. 4.2.3 In seinem als «Rekurs in Bezug auf Ablehnung der Taggeldzahlung» betitelten Bericht vom 27. August 2022 (KB 13) hält Dr. med. C. ___ zuhanden der Beklagten Folgendes fest: «Aus hausärztlicher Sicht hat er sicherlich Einwände anfänglich gegen die Psychotherapie. Was nicht ungewöhnlich ist bei manchen älteren Generationen. Zuviel Stigmatisierung hängt damit zusammen. Meist braucht es Zeit um sich an den Gedanken zu gewöhnen, dass hier die Hilfeleistung eines Psychiaters notwendig ist. Diese Entwicklung kommt mit der Arbeit am Patienten selbst und mit zunehmender Selbsteinsicht. Daher kann man hier nicht von einer kategorischen Ablehnung

sprechen. Es handelt sich mehr an ein heranzuführen. Deshalb habe ich auch als Hausarzt initial insistiert aber mit der Aussicht, dass wenn sich die psychosoziale Situation sich nicht verbessert, dass er diese Hilfeleistung, sprich Psychiater, in Anspruch nehmen müsse. Nun sind wir zu diesem Zeitpunkt an diesem Ort angelagert, schon lange vor ihrer Ablehnung wegen Verweigerung. Die psychiatrische Zuweisung wurde vor ca. einem Monat eingereicht und wegen Platzmangel wird er erst im September von dieser Konsultation gebrauch nehmen können. Man kann hier also nicht mehr von einer Verweigerung sprechen. Das wäre eine grobe Vereinfachung, welche der Komplexität des Falles nicht Rechnung trägt. Auch der festgelegte Zeitpunkt, wie schnell so eine Konsultation geschehen muss ist relativ und braucht wie gesagt von Patient zu Patient verschieden lange bis man diesen Punkt erreicht. Bei einem Chemotherapie-Patienten stoppen sie auch nicht nach 3 Monaten die Zahlungen, nur weil die Therapie nicht angeschlagen hat. Das geschieht oft erst nach dem 3. Zyklus oder nach veränderter Medikation. Das gleiche gilt für den psychologischen Patienten in Krise. Wir Hausärzte triagieren hunderte solche Patienten, oft mit sehr gutem Outcome, oft innert Monaten, ohne, dass je ein Psychiater miteinbezogen wurde, dass es bei[m Kläger] etwas länger dauert, ist nicht ungewöhnlich. (Die Psychiater haben auch gar nicht die Kapazität dazu, diese Patientenvolumen aufzunehmen). Wir kannten auch die Ursachen seiner Symptome bei ihm gut, klar reaktiv. Auch [der Kläger] konnte diese Ursachen genau formulieren und hofften auf einer baldigen Verbesserung, sobald die Stressfaktoren wegfallen würden. Was hätte dort ein Psychiater in einem solchen Moment beitragen können, was nicht schon angesprochen wurde? Eine pharmakologische Hilfeleistung rollte an und schlug auch bei den zu kontrollierenden Symptomen, wie der Insomnie und dem Gedankenrasen an. Eine Psychoanalyse wäre bei einer klaren Ursachenlage kaum hilfreich. Hier müssen die Ursachen angegangen werden und [der Kläger] war nicht untätig, sondern kämpfte an allen Fronten um sein Lebenswerk zusammenzuhalten. Der Fall [des Klägers] ist sicherlich nicht unser täglicher Burnout/reaktiver Depressionsfall aber in der Corona-Krise auch keine Ausnahme. Wenn man ihn aber studiert, sieht man die externen Kausalitäten genau: Die Corona-Krise, die finanziellen Einbussen, die behördlichen Schikanen, der Druck der Vermieter, und andere Faktoren. All das wurde zu viel und trieb ihn in eine einmalige Lebenskrise, die wir anfänglich beide Arzt und Patient unterschätzen und auf den heilenden Zeitfaktor hofften. Seine initial ablehnende Haltung gegen einen Therapeuten ist nachvollziehbar und zeugt auch von einer inneren Stärke, dass man Probleme noch selber durchstehen kann, ohne, dass man sofort zum Psychiater rennen muss. Leider hat sich seine Situation nicht zum besseren gewandt, nicht kampflös. Er hat seinen Betrag geleistet, aber die Krise zwang diesen starken Mann in

E. 13

■ 36 die Knie, nicht selbstverschuldet, sondern durch externe Faktoren, die ausser seiner Kontrolle lagen. Die klassischen depressiven Symptome, wie Müdigkeit, Konzentrationsstörungen, Energielosigkeit, Insomnie und kreisende negative Gedanken hatten sich daher noch verstärkt. Dass Sie ihn nun in dieser Krise fallen lassen, ist eine schwere Fehleinschätzung Ihrer Seite, die sicherlich nicht zur Linderung seiner Symptome beitragen, sondern ihn nur noch bestätigen, dass die ganze Situation/System fabriziert und korrupt ist und das Geld nicht dort ankommt, wo es benötigt wird, weil alle unter der gleichen Decke gegen ihn agieren. Also durchbrechen wir hier gemeinsam diesen Zyklus und helfen diesem Mann aus seiner Krise. Weil er sich bestimmt danach gestärkt daraus erholen wird. Ich bitte sie daher inständig, den Fall noch einmal aufzurollen und das

psychiatrische Gutachten abzuwarten, bevor sie zu voreiligen Schlussfolgerungen kommen, die nicht tragbar sind. Danke.» 4.2.4 In seinem Bericht vom 15. September 2022 (KB 19; BB 77) hält der Psychiater D. __, fest, dass er den Kläger seit 29. August 2022 ambulant behandle, aktuell mit wöchentlichen Konsultationen. Im März 2020 habe sich beim Kläger eine erstmalige Entwicklung starker Zukunftsängste, Perspektivlosigkeit, ständige starke Anpassung, innere Unruhe, Durchschlafstörungen mit plötzlichem schreckhaftem Erwachen zwischen 2 und 3 Uhr, anschliessendem Grübeln und Schlaflosigkeit gezeigt. Ab September 2021 eine Häufung von Migräne-Attacken mit Aura (Sehstörungen, Flackern) und extremen Kopfschmerzen bis zu 4x/Woche, Häufigkeit der Attacken stark stressabhängig. Zudem Phasen mit Dünnhäutigkeit, Phasen mit Gereiztheit, Überforderungsgefühle. Zudem Blähungen, Bauschmerzen. Wiederbeginn mit Zigarettenrauchen nach 30 Jahren Abstinenz zur «Stressbekämpfung» im März 2020, Zunahme des Alkoholkonsums (ebenfalls ab März 2020) «zum beruhigen» (seit 08.08.2022 Zigarettenkonsum wieder gestoppt, Alkoholkonsum stark reduziert auf 1-2 Glas Wein oder 1-2 Bier am Wochenende). Zuweisung in seine Praxis sei am 3. August 2022 durch Dr. med. C. __ erfolgt. Der Patient habe sich bereits zuvor bei ihm gemeldet, das Erstgespräch habe am 29. August 2022 stattgefunden. Eine ambulante Behandlung genüge nicht, da sich der Kläger nicht ausreichend von belastenden Umständen abgrenzen könne; er sei auf den beschützenden Rahmen einer spezialisierten Burnout-Station angewiesen. Am 9. September 2022 habe ein Vorgespräch bei der Privatklinik Meiringen stattgefunden und es sei die Indikation zur stationären Behandlung auf der Burnout-Station gestellt worden. Als Diagnosen werden eine mittelgradige depressive Störung (ICD-10: F32.1), ein Burnout (Z73.0) sowie eine akzentuierte Persönlichkeit mit perfektionistischen Zügen (Z73.1) festgehalten. Der Kläger sei für alle Tätigkeiten zu 100% arbeitsunfähig. Stark verminderte Leistungsfähigkeit, innere Unruhe, Stimmungstief, Antriebsverminderung, Überforderungsgefühle,

E. 14

■ 36 Durchschlafstörungen, Früherwachen, verminderte Konzentrationsspanne, Grübeln, rasche Erschöpfung, verminderte Konzentration und verkürzte Konzentrationsspanne, sozialer Rückzug. Eine stationäre psychiatrische Behandlung auf einer Spezialstation für Burnout-Erkrankungen sei indiziert. In den nächsten 3-4 Monaten sei mit einer Verbesserung des Gesundheitszustands und der Arbeitsfähigkeit zu rechnen. Aktuell sei keine Tätigkeit im 1. Arbeitsmarkt zumutbar. Der Kläger sei in den letzten 2.5 Jahren extrem hohen Belastungen/Druck ausgesetzt gewesen. Dieser Druck halte weiterhin an. Verschiedene somatische Erkrankungen seien gehäuft aufgetreten. Es sei eine stationäre Behandlung notwendig, um ihm eine Distanzierung und Abgrenzung von diversen Belastungen im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit zu ermöglichen, welche zur Entwicklung der depressiven Störung sowie des Erschöpfungssyndroms geführt hätten. Die Anmeldung bei der Invalidenversicherung sei erfolgt, das Erstgespräch finde am 20. September 2022 statt. Der Eintritt in die Privatklinik Meiringen Station au Soleil sei zirka Mitte Oktober möglich. Eine vertrauensärztliche Untersuchung erscheine ihm zurzeit nicht sinnvoll und stelle eine weitere Belastung für den Kläger dar. 4.2.5 Vom 10. Oktober 2022 bis zum 31. November 2022 war der Kläger in der Privatklinik Meiringen. Oberärztin Dr. med. G. __ und die Stationspsychologin Dr. phil. H. __ berichten der Beklagten diesbezüglich am 23. Dezember 2022 (BB 91) folgende Krankheitsentwicklung: Der Patient sei aufgrund einer mittelgradigen depressiven Episode bei langandauernder beruflicher und privater Belastungssituation auf die Fachstation für Depressionen und Stressfolge-

störungen (Station «au soleil») eingetreten. Der Patient habe berichtet, dass er seit 2-3 Jahren an einer niedergedrückten Stimmung leide und zunehmend seine Lebensfreude und Interessen verloren habe. Er werde schnell gereizt, sei innerlich unruhig, habe Mühe sich zu konzentrieren und sich sozial zurückgezogen. Die Symptomatik habe sich vor ungefähr einem Jahr verstärkt, da er aufgrund der Corona-Pandemie immer stärker unter Druck geraten sei. Er habe sich einerseits für das Wohl seiner Kunden und Angestellten verantwortlich gefühlt und eingesetzt, gleichzeitig sei er in finanzielle Schwierigkeiten geraten, weil er von den Behörden und Versicherungen kein Geld erhalten habe und trotzdem für die Mietkosten und Löhne aufkommen müsse. Aktuell befinde sich der Patient zudem in einem Rechtsstreit mit dem Ex-Vermieter eines seiner beiden Fitnesszentren. Da dieses Zentrum geschlossen werden musste, habe er auch Mitarbeitende entlassen müssen, was ihn zusätzlich belastet habe. Zudem laufe ein Rechtsstreit mit den Behörden und Versicherungen bezüglich Zahlungen

E. 15

■ 36 aufgrund der Corona-Pandemie. Er habe ständig kämpfen müssen und diesem Druck mit der Zeit nicht mehr standgehalten. Der Patient sei sehr müde. Seit Monaten leide er an Schlafproblemen mit Früherwachen. Hinzu kämen Migräne und Magenbeschwerden. Im Sommer 2021 habe er eine Netzhautablösung erlitten. Im Frühjahr 2022 habe er zwei Thrombosen gehabt, dann hätten ein Leistenbruch, Hautausschläge und vegetative Symptome wie Herzrasen und starke Übelkeit gefolgt. Der Patient leide auch an starken Existenz- und Zukunftsängsten. Aktuell kümmere sich sein Anwalt um die rechtlichen Angelegenheiten, wodurch er im Moment ein wenig Erleichterung erfahre. Eine weitere psychosoziale Belastung bestehe darin, dass es auch seiner Ehefrau gesundheitlich nicht gut gehe. Sie leide an einer depressiven Symptomatik mit psychosomatischen Beschwerden und aufgrund der ungewissen beruflichen Zukunft lebe sie aktuell in der Slowakei bei ihrer Familie. Der Patient beschreibe sich als sehr strukturiert, zielorientiert und pflichtbewusst. Die Corona-Massnahmen anzunehmen und umzusetzen sei ihm schwergefallen. Im Rahmen der Eintrittsuntersuchung habe der Patient im Maslach Burnout Inventory (MBI) hohe Punktwerte in den Bereichen emotionale Erschöpfung und Zynismus, Demotivierung gezeigt. Der Fragebogen Arbeitsbezogene Verhaltens- und Erlebensmuster (AVEM) habe auf folgende persönlichkeitspezifischen Muster hingewiesen: Eher hohe subjektive Bedeutsamkeit der Arbeit, eher hoher beruflicher Ehrgeiz und eher hohe Verausgabungsbereitschaft. Bei Eintritt habe der Patient im Beck Depression Inventory (BDI) einen Wert von 18 Punkten aufgewiesen, entsprechend der anfänglich eher dissimulierenden Haltung des Patienten, drei Wochen nach Klinikeintritt einen Wert von 24 Punkten (mittelschwere Symptomatik), beim Klinikaustritt einen Wert von 1 Punkt. Auf der Hamilton Depression Scale habe er im Rahmen der Eintrittsuntersuchung einen Wert von 19 Punkten aufgewiesen (mittelschwere Symptomatik). Der Fragebogen zur Tagesschläfrigkeit habe bei der Aufnahme einen auffälligen Wert gezeigt. Bei nächtlicher Sinusbradykardie ohne Pulsspitzen sowie keinen Auffälligkeiten in der Pulsoxymetrie habe man aktuell jedoch keine Hinweise für eine schlafbezogene Atemstörung gesehen. Zum Austrittszeitpunkt habe der Patient eine deutliche Symptomreduktion gezeigt. Seine Stimmung habe sich verbessert und stabilisiert, er habe mehr Lebensfreude empfunden und auch seine Interessen hätten wieder zugenommen. Die Müdigkeit sei nicht mehr vorhanden und er habe auch nicht mehr das Bedürfnis, sich tagsüber hinzulegen. Nachts könne er gut ein- und durchschlafen. Seine Konzentrationsfähigkeit habe sich verbessert, sei jedoch noch immer leicht beeinträchtigt.

Die Zukunftsängste und das negative Gedankenkreisen hätten abgenommen. Gegenüber seinem ausgeprägten Pflichtbewusstsein und den Schuldgefühlen könne er sich besser abgrenzen. Seine Motivation sei wieder vorhanden und er blicke zuversichtlicher in die Zukunft. Er leide nicht mehr an Migräne und auch die Magenbeschwerden hätten abgenommen. Der Patient sei in affektiv stabilem

E. 16

■ 36 Zustand ohne Anhalt hinsichtlich einer Selbstgefährdung in die weiterführende ambulante Behandlung ausgetreten. Die Berichtenden diagnostizieren eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10: F32.1), Probleme mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung: Burnout (Z73) sowie Krankheiten des Kreislaufsystems in der Eigenanamnese: St. n. Thrombose linkes Bein und Ellenbogen 2022 (Z86.7). 4.2.6 Der Psychiater D. __ berichtet am 19. Juni 2023 (KB 48) von seit dem Bericht vom 15. September 2022 unveränderten Diagnosen mit folgendem Befund: Wach, bewussteinklärer, allseits orientierter Patient. Aufmerksamkeit weiterhin durch Grübeln beeinträchtigt, Auffassung erhalten. Konzentration vermindert, verminderte Konzentrationsspanne (maximal 1 Stunde Büroarbeit pro Tag möglich, danach benötige er eine Pause, selbst nach der Pause sei ein konzentriertes Weiterarbeiten an administrativen Aufgaben nicht mehr möglich), Gedächtnis: vermehrte Vergesslichkeit, vergesse Termine wahrzunehmen. Formales Denken weiterhin umständlich, eingeengt, z.T. Grübeln, kohärent. Befürchtungen in seinem Alter keine Anstellung zu bekommen, Zukunftsangst, ausgeprägte Existenzangst. Leichte Kontrollzwänge (Türschlösser, Autotür). Inhaltliche Denkstörungen, Sinnestäuschungen und Ich-Störungen bestünden nicht. Im Affekt Stimmungswechsel, Stimmungseinbrüche im Zusammenhang mit Geschäftsangelegenheiten der Versicherungsnehmerin, bei persönlichen Angriffen im Zusammenhang mit der Schliessung des Betriebs, bei Beschuldigungen. Gefühl als Sündenbock «in allen geschäftlichen Belangen der Versicherungsnehmerin abgestempelt zu werden». Ratlosigkeit, Gefühl der Gefühllosigkeit, Freudlosigkeit, Affektarmut, Motivationslosigkeit, ausgeprägte Störung der Vitalgefühle, mittelgradig deprimiert, z.T. hoffnungslos, z.T. leicht ängstlich, innere Unruhe, Verarmungsgefühle. Antriebsarm, energielos, rasche Ermüdung bei administrativen Arbeiten und Schreiarbeiten, in der Folge Konzentrationsabfall, Antriebshemmung, Psychomotorik gehemmt. Z.T. Morgentief, Stimmungseinbrüche welche fast an allen Tagen auftreten. Die grösste Belastung stellen frustrierte ehemalige Kunden der Versicherungsnehmerin, gerichtliche Angelegenheiten, Beteiligungen dar, so dass sich der Kläger teilweise «nicht auf die Strasse traue, um nicht angesprochen zu werden». Sozialer Rückzug, meist allein in seiner Wohnung, telefonische Kontakte zur 82-jährigen Mutter, Ehefrau seit Juli 2022 getrennt. Keine Hinweise auf eine akute Selbst und Fremdgefährdung. Nachtschlaf am Wochenende 6-7 Stunden möglich mit leichter Durchschlafstörung, unter der Woche sei der

E. 17

■ 36 Schlaf häufig durch Grübeln, innere Unruhe, Sorgen, «Angriffe» beeinträchtigt im Sinne von Einschlafstörungen und Durchschlafstörungen. Im Dezember 2022 sei der berufliche Wiedereinstieg im Pensum von 20% erfolgt, ab Anfang Mai 2023 habe die Arbeitsfähigkeit auf 30% gesteigert werden können. Vermehrte Migräneattacken ab Ende Januar 2023 sowie eine erneute Venenthrombose im linken Oberschenkel hätten keine Steigerung der Arbeitsfähigkeit zugelassen. Zudem hätten die starken psychosozialen Belastungen immer wieder zu einer stark verminderten Leistungsfähigkeit, innerer Un-

ruhe, Stimmungstief, Antriebslosigkeit, Überforderungsgefühlen, Schlafstörungen, verstärkten Konzentrationsproblemen, Grübeln, rascher Erschöpfung, sowie vermehrtem sozialer Rückzug geführt. Eine erneute stationäre psychiatrische Behandlung wäre medizinisch indiziert, der Kläger könne sich jedoch eine längere Abwesenheit nicht leisten, er müsse sich persönlich um juristische Angelegenheiten, Lagerräumung, Firmendomizilwechsel und vieles mehr kümmern, Hilfe habe er dabei von niemandem. Er sei mit all dem überfordert. Was ihm helfe sich «über Wasser zu halten» und die Schlafqualität zu verbessern seien sportliche Aktivitäten wie fast tägliches Velofahren in der Natur, mentales Training (Meditationsübungen), Massage und Wellness wöchentlich. Diese Massnahmen hätten zu einer leichten Verbesserung des psychischen Zustandes geführt, so dass die Arbeitsfähigkeit im Mai 2023 auf 30% habe gesteigert werden können und ab Juli die Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 40% vorgesehen sei. Die psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung im Sinne einer IPPB erfolge monatlich, die Medikation mit Rebalance 500 mg morgens und Relaxane als Reservemedikation bei Schlafstörungen werde fortgeführt. Die Prognose sei vorsichtig optimistisch, er gehe von einer Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 80% bis Ende dieses Jahres aus. 4.3 4.3.1 Grundsätzlich ist festzuhalten, dass der Kläger seit dem 1. September 2021 in wechselndem Umfang arbeitsunfähig bzw. krankgeschrieben war. Dr. med. C. __ stellte ihm wegen Krankheit diverse Arbeitsunfähigkeitszeugnisse aus, ab 1. September 2021 bis 31. Januar 2022 zu 80%, im Februar 2022 zu 50%, ab 1. März 2022 bis 30. April 2022 zu 80%, ab 1. Mai 2022 bis 31. Juli 2022 zu 90%, 1. August 2022 bis 30. September 2022 zu 100% (KB 12). Oberärztin Dr. med. G. __, Privatklinik Meiringen, attestierte dem Kläger eine vollständige Arbeitsunfähigkeit vom 10. Oktober bis zum 30. November 2022 (KB 12). Psychiater D. __ schrieb den Kläger mit diversen Arbeitsunfähigkeitszeugnissen ab dem 29. August bis 30. November 2022 – mit Unterbruch während der stationären Behandlung in der Privatklinik Meiringen – zu 100%, ab dem

E. 18

■ 36 1. Dezember 2022 bis 30. April 2023 zu 80%, ab dem 1. Mai bis 30. Juni 2023 zu 70%, während dem Juli 2023 zu 60%, ab dem 1. August bis zum 30. September 2023 zu 50% und während dem Oktober 2023 zu 50% krank (KB 12, 22, 47, 50). Mit Blick auf die dargestellte medizinische Aktenlage erfolgten die Krankschreiben im Wesentlichen aufgrund einer mittelgradigen depressiven Episode (ICD-10: F32.1). Ebenfalls diagnostiziert wird, gemäss der Diagnose-Klassifikation aber ohne eigentlichen Krankheitswert, ein «Burnout» als Problem mit Bezug auf Schwierigkeiten bei der Lebensbewältigung (ICD-10: Z73). 4.3.2 Nach dem Gesagten bestehen gleichwohl erhebliche Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit des Klägers und er vermag den Eintritt des Versicherungsfalles nicht zu beweisen. Zunächst ist augenfällig, dass die psychiatrische Diagnose vom Hausarzt des Klägers, einem Internisten, und damit fachfremd gestellt wurde. Es war denn auch der Internist, welcher den Kläger während eines gesamten Jahres infolge einer psychiatrischen Diagnose krank- bzw. arbeitsunfähig schrieb. Entsprechend fehlt eine echtzeitliche Anamnese bzw. Befunderhebung durch einen Facharzt. Eine fachärztliche Untersuchung und Diagnosestellung erfolgte erstmalig anlässlich der Konsultation vom 29. August 2022 (KB 19) beim Psychiater D. __, mithin rund 12 Monate nach dem angeblichen Krankheitsbeginn (1. September 2021), wobei sich dieser – wie im Übrigen auch der Bericht der Privatklinik Meiringen (BB 91) – in seinen Berichten in weiten Teilen auf die Wiedergabe der subjektiven Angaben des Klägers beschränkt. Indes lassen auch die dokumentierten, ärztlichen Behandlungen an der behaupteten

Arbeitsunfähigkeit zweifeln: Gemäss dem hausärztlichen Bericht vom 17. Juli 2022 wurde der Kläger während des ersten Krankheitsjahres zwei pflanzlicher Arzneimittel in schwacher Dosierung (Rebalance 500 mg 1-0-0, Relaxane 0-0-2), behandelt in der Hoffnung, «dass [der Kläger] sich bei verbesserter sozial beruflicher Situation fangen könnte» (KB 16), was der Kläger in der Befragung bestätigte (PBP-K S. 4 dep. 16-18). Von einem gravierenden Krankheitsfall ist unter diesen Umständen kaum auszugehen. In fachspezifische, psychiatrische Behandlung begab sich der Kläger erstmals rund ein Jahr nach dem angeblichen Krankheitsbeginn. Ab dem 29. August 2022 konsultierte er einmal wöchentlich den Psychiater D. __ bei Fortführung der soeben erwähnten Medikation (KB 19). Dieser zurückhaltende Behandlungsplan steht im Widerspruch mit einem erheblichen Krankheitsfall bzw. einer Arbeitsunfähigkeit von 80-100%, wie sie im ersten Krankheitsjahr (mit Ausnahme des Februars 2022) attestiert wurde. Aufgrund der echtzeitlichen medizinischen Akten, namentlich der hausärztlichen Berichte, ist die Arbeitsunfähigkeit nicht bewiesen, vielmehr bestehen aus medizinischer Sicht erhebliche Zweifel an der vom 1. September 2021 an hausärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit.

E. 19

■ 36 4.3.3 Gegen eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. September 2021 spricht auch der Bezug von Entschädigungen des Erwerbsausfalls gemäss Art. 15 Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz; SR 818.102, Stand am 1. Januar 2021). Der Kläger hat für seine selbstständige Erwerbstätigkeit in seinem Einzelunternehmen E. __ im Kanton Zug für das Jahr 2021 Entschädigungen beantragt (BB 45). Das Einzelunternehmen bezweckt den «Betrieb einer Praxis für therapeutische und präventive Ernährungsberatung; Handel mit und Verkauf von Nahrungsergänzungsmitteln sowie Erbringung damit zusammenhängender Dienstleistungen; Erbringen von Dienstleistungen im Fitness- und Personal-Training; Veräussern von Lizenzen aller Art». Der Bezug von Entschädigungen infolge Einschränkungen durch behördliche Massnahmen im Zusammenhang mit dem Coronavirus setzte indes voraus, dass der Kläger in den Bezugsperioden seiner selbstständigen Einzelunternehmertätigkeit nachgegangen wäre, wenn keine Einschränkungen aufgrund behördlicher Massnahmen bestanden hätten (Art. 15 Covid-19-Gesetz i.V.m. Art. 2 Abs. 3 Covid-19-Verordnung Erwerbsausfall [SR 830.31, Stand am 8. Februar 2021]). Anders formuliert war der Leistungsbezug an die Voraussetzung geknüpft, dass der Kläger in genannten Zeiträumen hypothetisch arbeitsfähig und -tätig gewesen wäre, wenn es keine dies verhindernden behördlichen Massnahmen gegeben hätte. Für die hier relevante Zeitperiode vom 1. September bis 30. November 2021 liegen demnach widersprüchliche Angaben des Klägers vor: Einerseits machte er gegenüber der Ausgleichskasse Zug geltend, vollständig arbeitsfähig zu sein, um Covid-19-Entschädigungen wegen Erwerbsausfalls infolge behördlicher Massnahmen beziehen zu können. Andererseits stellt er sich gegenüber der Beklagten auf den Standpunkt, zu 80% arbeitsunfähig gewesen zu sein, um Krankentaggeld zu erhalten. Ferner erwähnte er im entsprechenden Antragsformular für den Bezug der Covid-19-Entschädigungen weder den gleichzeitigen Bezug des Kollektiv-Krankentaggelds – obwohl dies explizit gefragt war – noch die angebliche Erkrankung (BB 45).

4.4 Die Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab dem 1. September 2021 ist demnach gestützt auf die medizinischen Unterlagen nicht bewiesen.

E. 20

■ 36 5. Obliegenheitsverletzung 5.1 In Versicherungsverträgen und namentlich in den Besonderen und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) werden nebst dem versicherten Risiko und den Risikoausschlüssen typischerweise auch eine Reihe von Verhaltenspflichten des Versicherungsnehmers und der anspruchsberechtigten Personen umschrieben. Diese Pflichten werden herkömmlich unter dem Begriff der versicherungsrechtlichen Obliegenheiten zusammengefasst (PASCAL GROLIMUND, in: BSK-VVG, a.a.O., N 5 zu Art. 45 VVG). 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: a. die Verletzung den Umständen nach als eine unverschuldete anzusehen ist; oder b. der Versicherungsnehmer nachweist, dass die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und auf den Umfang der vom Versicherungsunternehmen geschuldeten Leistungen gehabt hat (Art. 45 Abs. 1 VVG). Wenn die vertraglichen Obliegenheiten nicht erfüllt werden, hat die Versicherung das Recht, ihre Leistungen nach freiem Ermessen zu kürzen oder einzustellen und in schweren Fällen zu verweigern. Dieses Recht besteht auch dann, wenn sich das Nichtbefolgen der Obliegenheit im Schadenfall nicht auf das Ausmass der Leistungen, insbesondere auf deren Höhe oder Dauer, auswirkt. Vorbehalten bleibt die zwingende Bestimmung Art. 45 VVG (Art. 17 Ziff. 1 AB). Ist ein versichertes Ereignis eingetreten, hat die versicherte Person unverzüglich einen Arzt beizuziehen und für fachgemässe Behandlung zu sorgen; die versicherte Person hat den Anordnungen des Arztes Folge zu leisten (Art. 14 Ziff. 1 lit. a AB). Der Versicherungsnehmer und die versicherte Person haben alles zu unternehmen und alle geeigneten Vorkehrungen zu treffen, um die Auswirkungen des eingetretenen versicherten Ereignisses und die erwerbsbedingten Folgen des Gesundheitsschadens der versicherten Person bestmöglich zu mildern (Art. 16 Ziff. 1 AB). Die versicherte Person hat zur Schadenminderung zudem insbesondere sich bei Anspruch auf Taggeld, ohne anderslautende schriftliche Vereinbarung, mindestens alle 4 Wochen einer Kontrolle durch einen Arzt zu unterziehen und spätestens nach drei Monaten eine fachärztliche Konsultation und Beurteilung durchführen zu lassen; der Versicherung ist unmittelbar danach ein Arztzeugnis des entsprechenden Arztes oder Facharztes mit Bestätigung über die Arbeitsunfähigkeit einzureichen (Art. 16 Ziff. 2 lit. c AB).

E. 21

■ 36 5.2 Strittig ist, ob die Beklagte die Leistungen zurecht infolge Obliegenheitsverletzung per 30. November 2021 einstellte. Aus den Versicherungsbedingungen ergibt sich, dass der Kläger die Obliegenheit hatte, spätestens nach drei Monaten eine fachärztliche Konsultation und Beurteilung durchführen zu lassen (Art. 16 Ziff. 2 lit. c AB). Aus den Akten erhellt, dass er sich wegen der Problematik erstmals am 29. August 2022 in ambulante psychiatrische Behandlung bei Dr. D. __ begab (KB 19). Wann sich der Kläger genau bei Dr. D. __ anmeldete oder von seinem Hausarzt angemeldet wurde, ist unklar resp. umstritten. Aus dem hausärztlichen Bericht vom 17. Juli 2022 ergibt sich klar, dass die Zuweisung dazumal noch nicht erfolgt war (BB 59). Allerdings ist angesichts der Tatsache, dass die fachärztliche Konsultation und Beurteilung so oder anders nicht nach drei Monaten, sondern frühestens nach zehn Monaten im Juli oder August 2022 in die Wege geleitet wurde, der exakte Zuweisungszeitpunkt irrelevant. Eine anderweitige, rechtzeitige fachärztliche Konsultation/Beurteilung wird vom Kläger nicht behauptet. Demnach ist erstellt, dass der Kläger seiner Obliegenheit, sich binnen drei Monaten fachärztlich konsultieren und beurteilen zu lassen, nicht

nachgekommen ist. Die Einwendungen des Klägers sind unbegründet. Er kann sich nicht darauf berufen, betreffend die vertraglichen Obliegenheiten nicht informiert gewesen zu sein. Er war nicht nur Arbeitnehmer, sondern zugleich einziger Aktionär und Verwaltungsrat sowie Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin. Jedenfalls waren ihm die Versicherungsbedingungen bekannt, hat er doch den Versicherungsvertrag selbst abgeschlossen. Ferner wendet der Kläger zu Unrecht ein, diese Versicherungsbestimmung gelange nicht zur Anwendung, weil die Beklagte seinen Taggeldanspruch im damaligen Zeitpunkt noch nicht anerkannt oder abgelehnt gehabt habe. Der Kläger hatte sich zum Bezug von Taggeldleistungen angemeldet. Er machte gestützt auf die Krankentaggeldversicherung einen Taggeldanspruch geltend. Die vertraglichen Obliegenheiten galten für ihn seit der Anmeldung und Geltendmachung eines Anspruchs, unabhängig davon, wann die Beklagte diesen abschliessend beurteilte. Unerheblich ist schliesslich, ob die Facharztkonsultation von der Beklagten oder vom behandelnden Hausarzt empfohlen bzw. gar angeordnet wurde. Art. 16 Ziff. 2 lit. c AB setzt nichts Diesbezügliches voraus. An dieser Stelle ist zu erinnern, dass der Hausarzt C. __ bereits in seinem ersten Bericht vom 9. Oktober 2021 eine begleitende Psychotherapie als notwendig vermerkte und eine Verweigerung seitens des Klägers («bräuchte begleitende Psychotherapie [verweigert]»; s. BB 11). Bei diesem Berichtswortlaut überzeugt der Einwand, der Hausarzt habe ihm eine psychiatrische Konsultation bzw. psychotherapeutische Behandlung erstmals im Juli 2022 nahegelegt und er habe sie umgehend befolgt, nicht. Daran vermag auch der hausärztliche Bericht vom 27. August

E. 22

■ 36 2022 (vgl. E. 3.2.3; KB 13) nichts zu ändern. Diese relativierende Stellungnahme wurde offenkundig auf Veranlassung des Klägers hin erstellt, nachdem ihm die Beklagte am 8. August 2022 mitgeteilt hatte, die fehlende fachärztliche Behandlung stelle eine Obliegenheitsverletzung dar (s. KB 7). Die Beklagte war demnach infolge Obliegenheitsverletzung gestützt auf die vereinbarten Versicherungsbedingungen berechtigt, die Leistungen drei Monate nach Beginn der behaupteten Arbeitsunfähigkeit, per 30. November 2021 einzustellen. Art. 45 Abs. 1 VVG steht der Leistungseinstellung nicht entgegen: Einerseits waren dem Kläger die Versicherungsbedingungen und demzufolge die Pflicht, sich nach drei Monaten fachärztlich untersuchen bzw. behandeln zu lassen bekannt. Zudem verweigerte er die hausärztlich empfohlene psychotherapeutische Begleitung während rund eines Jahres. Demnach kann von einer unverschuldeten Obliegenheitsverletzung keine Rede sein (Art. 45 Abs. 1 lit. a VVG). Andererseits weist der Kläger nicht nach, dass die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des befürchteten Ereignisses und auf den Umfang der vom Versicherungsunternehmen geschuldeten Leistungen gehabt hat (Art. 45 Abs. 1 lit. b VVG). Mitunter ist bei einer langwierigen, erheblichen depressiven Erkrankung ohne Fachbetreuung erfahrungsgemäss eher mit einem progredienten Krankheitsverlauf zu rechnen. 5.3 Die Beklagte ging demnach zu Recht von einer Obliegenheitsverletzung des Klägers aus, weil sich dieser nicht innert drei Monaten seit Krankheitsbeginn einer fachärztlichen Untersuchung und Behandlung unterzogen hat. Die Beklagte war gestützt auf Art. 17 Ziff. 1 AB berechtigt, die Taggeldleistungen per 30. November 2021 einzustellen. 6. Versicherter Lohn

E. 23

■ 36 versicherte Person im Kalendermonat vor Beginn des Schadensfalles vom Versicherungsnehmer tatsächlich mittels Überweisung oder Auszahlung bezogen hat.

Bezieht die versicherte Person in dieser Periode wegen Militärdienst, Zivildienst, Zivilschutzdienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft oder Kurzarbeit keinen oder keinen verminderten Lohn, so wird der AHV-pflichtige Lohn berücksichtigt, den sie ohne Militärdienst, Zivildienst, Zivilschutzdienst, Unfall, Krankheit, Mutterschaft oder Kurzarbeit erzielt hätte. AHV-pflichtige Lohnbestandteile, auf die ein Rechtsanspruch besteht, werden mitberücksichtigt. Darunter fallen insbesondere regelmässig ausgerichtete Vergütungen, deren Höhe arbeitsvertraglich vereinbart ist, wie der 13. Monatslohn. Variable Vergütungen, auf die kein Rechtsanspruch besteht, wie Gratifikationen und leistungsabhängige Boni, deren Höhe arbeitsvertraglich nicht vereinbart ist, werden lediglich dann berücksichtigt, wenn sie regelmässig während der letzten Jahre vor Beginn des Schadensfalles vom Versicherungsnehmer tatsächlich ausbezahlt wurden.

Bemessungsgrundlage bei variablen Vergütungen ist immer die letzte innerhalb eines Jahres vor Beginn des Schadensfalles vom Versicherungsnehmer tatsächlich ausbezahlte Vergütung. [...] (Art. 12 Ziff. 2 ZB KTG). Welcher Lohn AHV-pflichtig ist, bestimmt sich nach Art. 4 ff. des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung (AHVG; SR 831.10). Hier relevant gilt als massgebender Lohn 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). Der Anspruchsberechtigte muss auf Begehren des Versicherungsunternehmens jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind. Der Vertrag kann verfügen: 1. dass der Anspruchsberechtigte bestimmte Belege, deren Beschaffung ihm ohne erhebliche Kosten möglich ist, insbesondere auch ärztliche Bescheinigungen, beizubringen hat; 2. dass die in Absatz 1 und Absatz 2 Ziffer 1 dieses Artikels vorgesehenen Mitteilungen, bei Verlust des Versicherungsanspruches, binnen bestimmter, angemessener Frist gemacht werden müssen. Die Frist läuft von dem Tage an, an dem das Versicherungsunternehmen den Anspruchsberechtigten, unter Androhung der Säumnisfolgen, schriftlich aufgefordert hat, diese Mitteilungen zu machen (Art. 39 Abs. 1 und 2 VVG). Der Versicherungsnehmer hat der Versicherung Einsicht in alle Unterlagen zu gewähren, anhand derer sie die Lohnzahlungen nachvollziehen und den massgebenden Lohn bestimmen kann (z.B. Lohnbücher, Lohnabrechnung, Auszahlungskonten), und diese

E. 24

■ 36 Unterlagen auf Verlangen der Versicherung zuzustellen (Art. 15 Ziff. 3 lit. c AB). Im Übrigen wird betreffend die versicherungsrechtlichen Obliegenheiten auf die vorstehenden Erwägungen verwiesen (vorne E. 5.1).

E. 25

■ 36 ist jeweils Ende Januar bis und mit Juni 2021 ein Monatslohn von Fr. 11'289.15, ab Ende Juli 2021 bis und mit Dezember 2021 ein Monatslohn von Fr. 10'570.60 sowie Ende Dezember 2021 ein Monatslohn von Fr. 59.– verbucht (vgl. Lohnkonto-Nr. 5200). Demnach bestand laut Buchhaltung der Versicherungsnehmerin im Jahr 2021 ein Nettolohnanspruch des Klägers von Fr. 131'217.50 (KB 27). Der verbuchte Nettolohn wurde allerdings nicht ausbezahlt, sondern dem Kontokorrent-Konto des Klägers

gutgeschrieben. Vom Kontokorrent-Konto des Klägers (Kontoblatt Nr. 2562) wurden ihm im Jahr 2021 folgende Beträge effektiv ausbezahlt (KB 28), am – 29.01.2021: Fr. 1'580.– – 01.02.2021: Fr. 25'056.20 – 26.02.2021: Fr. 1'580.– – 31.03.2021: Fr. 1'580.– – 01.04.2021: Fr. 8'000.– – 26.04.2021: Fr. 15'000.– – 30.04.2021: Fr. 1'580.– – 28.05.2021: Fr. 60'000.– – 28.05.2021: Fr. 60'000.– – 31.05.2021: Fr. 1'580.– – 30.06.2021: Fr. 1'580.– – 30.07.2021: Fr. 1'580.– – 31.08.2021: Fr. 1'580.– – 30.09.2021: Fr. 1'580.– – 29.10.2021: Fr. 1'580.– – 30.11.2021: Fr. 1'580.– – 14.12.2021: Fr. 50'000.– Diese effektiven Auszahlungen lassen sich anhand der Kontounterlagen des Klägers belegen (KB 32-45).

E. 26

■ 36 Zustellung der Lohnjournale des Klägers (BB 2). Der Kläger reagiert mit E-Mail vom 27. September 2021 und begründete seinen höheren Lohn. Er gab gegenüber der Beklagten an, dass er sich bei seiner Firma (der Versicherungsnehmerin) per 1. Januar 2021 zu 100% angestellt habe. Dafür habe er das übrige Personal reduzieren müssen (BB 7). Aufgrund der Buchhaltung der Versicherungsnehmerin bestehen aber Zweifel an dieser Version. Hätte es sich tatsächlich bloss um eine Personalrestrukturierung bzw. Umschichtung der Arbeitspensen gehandelt, hätte sich von 2020 zu 2021 keine oder aber eine überschaubare Veränderung der Gesamtlohnsumme der Versicherungsnehmerin zeigen müssen. Das lässt sich aber nicht bestätigen: Der Personalaufwand (Aufwand-Konto-Nr. 5200) belief sich im Jahr 2021 auf Fr. 309'133.73 (KB 31). Im Vorjahr 2020 hatte dieser lediglich Fr. 164'136.80 betragen ([Lohnsumme 2019: Fr. 129'707.35] BB 40 Bel. A). Offenkundig wurde das übrig Personal nicht reduziert, sondern lediglich ein höherer Lohn des Klägers eingebucht. Die erste, echtzeitige Begründung des Klägers für die höhere Lohnsumme von Fr. 150'000.– gemäss E-Mail vom 24. September 2021 ist demnach ungläubhaft.

E. 27

■ 36 Klägers (von Fr. 128'960.–) resp. einem Bruttolohn von Fr. 150'000.– entsprechen. In der vorliegenden Konstellation kommt dem ansonsten gewichtigen Indiz des buchhalterisch im Lohnkonto erfassten Lohnes nur untergeordnete Bedeutung zu. Der Kläger hält nämlich selbst fest, dass die Lohnbuchungen im Lohnkonto erst Ende Jahr – als der Versicherungsfall schon angemeldet und die Lohnsumme strittig war – vorgenommen wurden (Replik, S. 17). Mit anderen Worten wusste der als einziger Verwaltungsrat für das Rechnungswesen letztverantwortliche Kläger (Art. 716a Abs. 1 Ziff. 3 OR) im Zeitpunkt der Erstellung der Buchhaltung und Erfassung der Lohnbuchungen bereits, dass die buchhalterisch erfasste Lohnsumme für die Berechnung des Krankentaggelds relevant sein würde. Für die Bestimmung des massgeblichen Lohnes kann entsprechend nicht auf den in der Buchführung 2021 erfassten Lohn abgestellt werden. Relevanter sind die effektiven Geldflüsse vor dem Beginn der Arbeitsunfähigkeit sowie die Begleitumstände bzw. ob diese darauf hindeuten, dass vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit effektiv ein Bruttojahreslohn von Fr. 150'000.– für das Jahr 2021 eingeplant war.

E. 28

■ 36 Beklagten erstmals mit der Anmeldung zum Bezug von Leistungen der Krankentaggeldversicherung mitgeteilt (BB 1). Gemäss Auskunft der Ausgleichskasse Nidwalden war ihr die angegebliche, wesentliche Erhöhung der Lohnsumme per 26. November 2021, mithin elf Monat nach der behaupteten Anpassung des Lohnes, noch nicht gemeldet geworden, obwohl der Kläger als Verwaltungsrat und Geschäftsführer der

Versicherungsnehmerin dazu verpflichtet gewesen wäre (Art. 24 Abs. 3 Verordnung über die Alters- und Hinterlassenenversicherung [AHVV; SR 831.101] in fine). Die Versicherungsnehmerin leistete mindestens bis dahin Akon- tozahlungen auf die bisherige Lohnsumme von Fr. 21'000.– (BB 24).

E. 29

■ 36 am 4. Dezember 2020 den neuen Geschäftsführervertrag abschloss, dieser in Anbetracht der neuen Umstände (sowie der gravierenden Finanzlage der Versicherungsnehmerin) in der Folge aber nicht umgesetzt wurde und er sich weiterhin lediglich Fr. 1'580.50 monatlich netto als Lohn ausbezahlte.

E. 30

■ 36 er sich nicht innert drei Monaten seit Krankheitsbeginn einer fachärztlichen Untersuchung und Behandlung unterzogen hat. So oder anders war die Beklagte berechtigt, die Taggeldleistungen per 30. November 2021 einzustellen (vorne E. 5). Ferner hätte das massgebliche Einkommen lediglich Fr. 21'000.– betragen, womit sich die Beklagte jedenfalls nicht vorwerfen lassen muss, das Taggeld für die Monate Oktober und November 2021 zu niedrig bemessen zu haben (vorne E. 6). Mangels Vertragsverletzung besteht entsprechend auch kein Ersatzanspruch für vorprozessuale Anwaltskosten. Die Klage vom 16. November 2022 ist demnach unbegründet und abzuweisen. 8. Widerklage

E. 31

■ 36 Einzelunternehmen tätig gewesen, sondern habe zu 100% für die Versicherungsnehmerin gearbeitet. Die 80%-ige Arbeitsunfähigkeit in diesen Monaten (September bis Dezember 2021) habe sich vollumfänglich auf seine Arbeitstätigkeit bei der Versicherungsnehmerin bezogen. Die Widerklage sei unbegründet und abzuweisen.

E. 32

■ 36 Zu den objektiven Voraussetzungen tritt das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzu (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N 29 zu Art. 40 VVG), wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.2 m.w.H., nicht publ. In: BGE 148 III 134). Von Versicherungsbetrug ist beispielsweise dann auszugehen, wenn gegenüber dem Versicherer – mit Täuschungsabsicht – falsche Angaben in einem Arbeitsvertrag betreffend Arbeitspensum sowie Entlohnung gemacht werden und infolgedessen in einem Schadensfall ein höheres Taggeld resultiert (Urteil des Bundesgerichts 4A_378/2021 vom 12. Oktober 2021; referenziert in: MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N 60 zu Art. 40 VVG).

E. 33

■ 36 Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht demgegenüber keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen. Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich

beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen, sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht (BGE 148 III 134 E. 3.4.2, 3.4.3 m.w.H.). Nach dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt ein Beweis als erbracht, wenn für die Richtigkeit der Sachbehauptung nach objektiven Gesichtspunkten derart gewichtige Gründe sprechen, dass andere denkbare Möglichkeiten vernünftigerweise nicht massgeblich in Betracht fallen (BGE 140 III 610 E. 4.1).

E. 34

■ 36 (vorne E. 6.2.3.2). Zahlreiche Indizien zeigen aber, dass der Kläger auch im Jahr 2021 einen Bruttolohn von Fr. 21'000.– bezogen hätte, wenn es nicht per 1. September 2021 zum von ihm behaupteten Krankheitsfall gekommen wäre. Dafür spricht namentlich, dass sich die erste Erklärung des Klägers seiner Lohn- und Pensumserhöhung (Personalrestrukturierung) als wahrheitswidrig erwies (vorne E. 6.2.3.1), weiterhin regelmässige, monatliche Auszahlungen von Fr. 1'580.– an den Kläger erfolgt sind (vorne E. 6.2.3.3), die angebliche Erhöhung der Lohnsumme den beteiligten Privat- und Sozialversicherern nicht mitgeteilt wurde (vorne E. 6.2.3.4), die Versicherungsnehmerin weiterhin Akontobeiträge auf einen voraussichtlichen Jahreslohn von Fr. 21'000.– leistete (vorne E. 6.2.3.4), die missliche Ertrags- und Liquiditätslage der Versicherungsnehmerin per 1. Januar 2021 (vorne E. 6.2.3.5), die Fitnesscenter-Schliessung zu Beginn des Jahres 2021 (vorne E. 6.2.3.6) sowie der Umstand, dass der Kläger seit 2015 mit seiner Tätigkeit als Fitnesscoach bzw. Unternehmer im Fitnessbereich – auch nicht nur ansatzweise – ein Einkommen in dieser Höhe zu erzielen in der Lage war (vorne E. 6.2.3.7). Die wahrheitswidrige Mitteilung eines höheren Einkommens hatte zur Folge, dass die Beklagte höhere Taggeldleistungen zu erbringen gehabt hätte. Ferner ist der objektive Tatbestand auch im Hinblick darauf erfüllt, dass der Kläger namens der Versicherungsnehmerin mit Schadenmeldung vom 22. September 2021 mitteilte, er sei zu 100% für die Versicherungsnehmerin tätig und in dieser Tätigkeit 80% seit dem 1. September 2021 arbeitsunfähig (BB 1). Der Kläger bezog unter anderem vom 1. September bis 30. November 2021 von der Ausgleichskasse Zug Corona-Erwerbsersatzentschädigungen für seine selbstständige Erwerbstätigkeit in seinem Einzelunternehmen, was bereits vorstehend erläutert wurde (vorne E. 4.3.3). Die Tätigkeit für sein Einzelunternehmen bzw. den Bezug von Corona-Erwerbsersatzentschädigungen – der eine Arbeitsfähigkeit voraussetzte – hat der Kläger der Beklagten verschwiegen. Hätte die Beklagte gewusst, dass der Kläger sich zur gleichen Zeit gegenüber einer anderen Sozialbehörde als arbeitsfähig ausgab und Sozialversicherungsleistungen bezog, hätte dies einen Einfluss auf ihre Prüfung des Anspruchs und damit auf die Leistungspflicht gehabt. Nach Gesagtem liegt auch das subjektive Tatbestandselement der Täuschungsabsicht vor: Der Kläger wusste, welche Arbeitspensen er für welches Geschäft ausübte und was ihm dafür an Lohn oder anderen Entschädigungen (Corona-Erwerbsersatzentschädigungen) zufloss. Ihm war namentlich bekannt, welche Zahlungen er von der Versicherungsnehmerin effektiv regelmässig als Lohnzahlungen erhielt (Fr. 1'580.–), zumal er als Alleinaktionär, einziger Verwaltungsrat sowie Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin ohnehin für deren Handlungen, insbesondere die buchhalterischen Vorgänge, letztverantwortlich ist. Obwohl der Kläger

E. 35

■ 36 in der späteren Befragung angab, er habe alles abgeben müssen (PBP-K dep. 18 S. 4), war er es, der die ihn selbst betreffende Schadenmeldung einreichte bzw. sich selbst als Kontaktperson aufführte (BB 1) und in der Folge mit der Beklagten kommunizierte (s. bspw. BB 7). Letztlich hat der Kläger damit der Beklagten gegenüber den Sachverhalt (Arbeitsunfähigkeit, Lohnsumme, Pensum) wissentlich und willentlich falsch dargestellt, um als Vermögensvorteil (höhere) Krankentaggeldleistungen zu erhalten. Die Beklagte ist demnach gestützt auf Art. 40 VVG berechtigt, sämtliche Leistungen in diesem Versicherungsfall zu verweigern. Die bereits ausgerichteten Krankentaggelder im Umfang von Fr. 9'068.– sind ihr vom Kläger zuzüglich Zins zu 5% seit Widerklageeinreichung gestützt auf Art. 62 Abs. 1 OR zurückzubezahlen. 10. Fazit Die Beklagte macht nach Gesagtem zu Recht eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches durch den Kläger geltend. Demnach ist die Widerklage vom 25. Januar 2023 vollumfänglich gutzuheissen und der Kläger zu verpflichten, der Beklagten Fr. 9'068.– zzgl. Zins zu 5% seit Widerklageeinreichung zu bezahlen. 11. Kostenfolgen Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO). Die Bestimmung umfasst einzig die Gerichtskosten und befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung gemäss Art. 95 Abs. 3 ZPO (VIKTOR RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: BSK- ZPO, a.a.O., N 1 zu Art. 114 ZPO). Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Als Parteientschädigung gilt in begründeten Fällen: eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO). Die Entschädigung einer Partei, die nicht berufsmässig vertreten ist, umfasst eine angemessene Umtriebsentschädigung, insbesondere für den Arbeitsaufwand und das notwendige Erscheinen vor einer Instanz, sowie der Ersatz der notwendigen Auslagen (Art. 30 PKoG). Dem Kläger ist zufolge vollständigen Unterliegens keine Parteientschädigung zuzusprechen. Die Beklagte stellt zwar Antrag auf Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers (Widerklage vom 25. Januar 2023 Antrags-Ziff. 4), begründet aber nicht, inwiefern bzw. in welcher Höhe ihr zu entschädigende Umtriebe entstanden sind. Von der Zusprache einer Entschädigung ist ebenfalls abzusehen.

E. 36

■ 36

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