

# ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2017.00049

## vom 15. April 2019

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-04-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2017.00049](https://mcp.opencaselow.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2017.00049)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2017.00049 du 15 avril 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2017.00049 del 15 aprile 2019

### Erwägungen

#### E. 1

X.\_\_\_\_, geboren 1980, unterzeichnete am 24./30. März 2016 einen Versicherungsantrag für Zusatzversicherungen nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) an die Concordia Schweizerische Kranken- und Unfallversicherung AG für eine Einzeltaggeldversicherung PLUS bei Krankheit und bei Unfall mit einer Taggeldhöhe von Fr. 200.-- ab 1. Juli 2016 (Urk. 9/12 = Urk. 9/22/2 = Urk. 2/4). In der Folge wurde mit Datum vom 6. Juli 2016 die Police Nr. «...», gültig ab 1. Juli 2016, ausgestellt (Urk. 2/5).

Der Versicherungsnehmer meldete sodann eine Arbeitsunfähigkeit ab 2. August 2016 (vgl. Urk. 9/22/45/1 = Urk. 2/10). Am 16. September 2016 meldeten er (Urk. 9/22/45/4 = Urk. 2/11) und die «Restaurant Z.\_\_\_\_» (Urk. 9/22/45/3 = Urk. 2/12) auf Formularen der Concordia eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit 2. August 2016.

Die Concordia teilte ihm mit Schreiben vom 28. April 2017 mit, die bisher er brachten Taggelderleistungen (vgl. Urk. 2/13-19) würden per 1. Mai 2017 eingestellt (Urk. 9/22/77).

Am 4. Juli 2017 erklärte die Concordia ihren Rücktritt vom Einzelvertrag (Urk. 9/22/95). Am 29. August 2017 forderte sie vom Versicherungsnehmer Fr. 59'923.90 (Fr. 47'800.-- bezogene Taggelder + Fr. 12'123.90 Abklärungskosten) zurück (Urk. 9/22/99), woran sie mit Schreiben vom 12. Oktober 2017 fest hielt (Urk. 9/22/102 = Urk. 2/25). 2.

Mit Klage vom 19. Oktober 2017 (Urk. 1) stellte X.\_\_\_\_ den Antrag, die Beklagte sei zu verpflichten, den Betrag von Fr. 36'800.-- zuzüglich 5 % Zins an ihn zu leisten (S. 2), dies für vom 1. Mai bis 31. Oktober 2017 geschuldete Taggeldzahlungen (S. 9 f. Ziff. 16).

Die Concordia beantragte mit Klageantwort vom 7. Dezember 2017 (Urk. 8) die Abweisung der Klage (S. 2 Ziff. 1) und erhob Widerklage im Betrag von Fr. 59'923.90 zuzüglich 5 % Zins seit 4. Juli 2017 (S. 2 Ziff. 2). Mit Ergänzung vom 27. Dezember 2017 (Urk. 10) änderte sie den Betrag auf Fr. 60'001.30 ab (S. 3).

Mit Replik vom 6. Juni 2018 (Urk. 16) hielt der Kläger und Widerbeklagte (nachstehend als Kläger bezeichnet) an seinem Antrag fest (S. 2 Mitte) und beantragte die Abweisung der Widerklage (S. 2 unten).

Mit Duplik vom 27. Juni 2018 hielt die Beklagte und Widerklägerin (nachstehend als Beklagte bezeichnet) an ihren Anträgen fest (Urk. 20).

Mit Gerichtsverfügung vom 20. Juli 2018 wurde der Antrag auf unentgeltliche Rechtsvertretung (vgl. Urk. 1 S. 2 unten) abgewiesen (Urk. 22). Am 4. September 2018 erneuerte der Kläger den Antrag auf unentgeltliche Rechtsvertretung (Urk. 25). Das Gericht zieht in Erwägung:

### **E. 1.1**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art.

### **E. 1.2**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsinstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG zuständig (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht; GSVGer; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4).

### **E. 1.3**

Gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO werden Ansprüche aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG ohne Rücksicht auf den Streitwert im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO beurteilt. Gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO stellt das Gericht im Verfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem KVG den Sachverhalt von Amtes wegen fest.

Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Das Gericht ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. 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 (BGE 141 III 569 E. 2.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1).

### **E. 1.4**

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs

(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. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 271 E. 2a/aa). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruchs» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen (z.B. wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses: Art. 14

VVG) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 130 III 321 E. 3.1).

### **E. 1.5**

Es obliegt der versicherten Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggeld erhält, wenn die Versicherung zunächst Taggeld ausbezahlt hat und sodann geltend macht, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig (BGE 141 III 241 E. 3.1). Dem Versicherer trifft demgegenüber 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 (BGE 130 III 321 E. 3.1).

### **E. 1.6**

Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst, andererseits sind sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2). Die Beweiserleichterung setzt demnach eine « Beweisnot » voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Die entsprechenden Überlegungen gelten unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist. Das Bundesgericht hat denn auch in Bezug auf den vom Versicherer zu erbringenden Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art. 14 VVG) entschieden, dass der Versicherer sich ebenfalls auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Diese Beweiserleichterung soll auch für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist) gelten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3).

### **E. 1.8**

Die Beweislastverteilung regelt die Folgen der Beweislosigkeit. Gelangt ein Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos. Tatsächliche Vermutungen lassen den Schluss auf das Vorhandensein oder das Fehlen bestimmter Tatsachen zu und bilden Teil der Beweiswürdigung. Dazu gehört auch die allfällige Vermutung, dass eine versicherte Person auch bei gesunder Verfassung keiner Erwerbstätigkeit nachgegangen wäre (BGE 141 III 241 E. 3.2).

### **E. 1.9**

Art. 4 VVG lautet:

1 Der Antragsteller hat dem Versicherer an Hand eines Fragebogens

oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen.

### **E. 1.10**

Art. 6 Abs. 1-3 VVG lautet:

1 Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder die kennen musste und über die er schriftlich befragt worden

ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung

zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam.

2 Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat.

### **E. 1.11**

Art. 40 VVG lautet:

Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen (...), so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden. 2.

### **E. 2**

Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben.

#### **E. 2.1**

Der Kläger stellte sich auf den Standpunkt (Urk. 1), entgegen der Annahme der Beklagten sei er auch ab 1. Mai 2017 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen, dies bis 31. Oktober 2017, was durch Arztzeugnisse belegt sei (S. 7 f. Ziff. 10 ff.). Der ihm gegenüber erhobene Vorwurf der Anzeigepflichtverletzung und betrügerischen Anspruchsbegründung sei aus näher dargelegten Gründen unhaltbar (Urk. 16 S. 14 ff. Ziff. 16 ff.).

#### **E. 2.2**

Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt (Urk. 8), die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit ab 1. Mai 2017 sei nicht ausgewiesen (S. 8 Ziff. 9), und begründete ihre Widerklage mit der von ihr geltend gemachten Anzeigepflichtverletzung und betrügerischen Anspruchsbegründung (S. 8 Ziff. 10, S. 14 f. Ziff. 30 ff.).

#### **E. 2.3**

Strittig ist somit, ob ab 1. Mai 2017 eine anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen sei (Klage), und ob die Beklagte infolge Anzeigepflichtverletzung oder betrügerischer Anspruchs begründung vom Vertrag zurücktreten durfte (Widerklage). Die zweitgenannte Frage ist zuerst zu prüfen, denn bejahendenfalls erübrigt sich die erste.

### **E. 3**

Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherers

für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang

durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche

Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht

schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung.

#### **E. 3.1**

Im Antrag, den der Kläger am 24./30. März 2016 unterzeichnete (Urk. 9/12 = Urk. 9/22/2 = Urk. 2/4), machte er unter anderem folgende Angaben:

In der Rubrik «Beruf (aktuelle Tätigkeit)» trug er «Telefon und Immobilienmarketing» ein (S. 1 Mitte).

Die Gesundheitserklärung (S. 3 f.) enthielt unter anderem folgende Fragen: 02

Hatten Sie jemals Krankheiten, Störungen, Beschwerden ... c) der Psyche? (z.B. Depressionen, Angststörungen, Selbsttötungsversuch, ADHS, Burnout, Ess-Störungen)

09

Waren Sie in den letzten 5 Jahren länger als 4 Wochen ganz oder teilweise arbeitsunfähig oder sind Sie gegenwärtig arbeitsunfähig? 10

Besteht eine Invalidität oder ein Geburtsgebrechen oder erfolgte jemals eine IV-Anmeldung?

Wenn ja, bitte Kopie der IV-Verfügung beilegen. 11

Stehen oder standen Sie in den letzten 5 Jahren in Behandlung, Kontrolle oder Abklärung oder sind solche empfohlen oder geplant?

Sämtliche Fragen beantwortete der Kläger mit «nein».

#### **E. 3.2**

Im Fragebogen für den Versicherten, den der Kläger am 16. September 2016 unterzeichnete, nannte er als seine genaue berufliche Tätigkeit «Managementleiter» (Urk. 9/22/45 4 Ziff. 2).

#### **E. 3.3**

In einer am 4. Juli 2017 abgegebenen Stellungnahme (Urk. 9/2 = Urk. 9/22/94) erklärte der Kläger unter anderem, zum Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung sei er nicht im Telefonmarketing tätig gewesen, das sei früher der Fall gewesen. Er sei als Einzelunternehmen im Gebiet der verschiedenen Ausführungsarbeiten tätig gewesen und habe ein Restaurant gekauft, um es zusammen mit seiner Frau zu übernehmen. Ab 1. Juni 2016 habe er dort begonnen, sich einzuarbeiten, nebst seinem Privatgeschäft, bis am

2. August die Krankheit eingetreten sei.

### **E. 3.4**

In der Klage (Urk. 1) wurde unter anderem ausgeführt, der Kläger sei im Zeitraum zwischen Versicherungsantrag und Versicherungsbeginn am 1. Juli 2017 (richtig: 2016) im Telefon- und Marketingbereich selbständig erwerbstätig gewesen. Ab 1. Juni 2016 habe er zusätzlich eine Festanstellung beim Restaurant Z.\_\_\_\_ als Management Leiter aufgenommen (S. 4 f. Ziff. 5).

### **E. 3.5**

In der Replik wurde unter anderem ausgeführt, der Kläger sei nicht separat, sondern als selbständiger Einzelunternehmer mit verschiedenen Ausführungsarbeiten gemäss Zusammenarbeitsvertrag (vgl. nachstehend E. 5.1), im Telefon- und Immobilienmarketing tätig gewesen (Urk. 16 S. 5 unten).

### **E. 4.1**

In seiner Anmeldung bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug (Umstellung) vom 21. März 2002 (Urk. 9/22/1/2) nannte der Kläger bei den Angaben zur Behinderung eine seit 6 Monaten bestehende Angststörung (Ziff. 7.2-3).

Dr. med. A.\_\_\_\_, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, nannte in ihrem Bericht vom 2. Mai 2002 als Diagnosen eine Panikstörung (ICD-10 F41.0), bestehend seit November 2001, und eine generalisierte Angststörung (ICD-10 F41.1), bestehend seit Sommer 2001 (lit. A), und attestierte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 1. Februar bis 10. März 2002 (lit. B).

Nach drei vom Kläger nicht wahrgenommenen Gesprächsterminen erklärte dieser telefonisch, er wünsche keine Berufsberatung, worauf mit Schreiben vom 20. Dezember 2002 die Bearbeitung des Gesuchs um berufliche Massnahmen abgeschlossen wurde (Urk. 9/22/1/19).

### **E. 4.2**

Am 10. Mai 2017 meldete sich der Kläger erneut bei der Invalidenversicherung an (Urk. 9/22/1/23). Als Hauptbeschäftigung nannte er «Koch - Restaurantleiter» seit 1. Juni 2016 (Ziff. 6.3.1).

Ferner gab er an, er sei von 2011 bis am 2. Juni 2016 arbeitslos gewesen, habe aber keinen Anspruch gehabt, da er vorher selbständigerwerbend gewesen sei (Ziff. 6.7.1).

Zur Art der Behinderung nannte er folgende Stichworte: Generalisierte allg. meine Angststörung, Depression, Konzentrationsstörung, Menschenangst bei Kontakt mit Menschen, Panikattacken und Angst bei Stress, Angst vor öffentlichen Verkehrsmitteln, öffentlichen Orten (Ziff. 7.2), dies seit August 2016 (Ziff. 7.3).

Unter Bemerkungen führte er aus, der letzte Arbeitgeber habe gemeint, er sei bei ihm nicht versichert. Er habe auch ab 1. Juni 2016 keinen Lohn und keinen Arbeitsvertrag erhalten (Ziff. 8).

In der Aktennotiz über das Standortgespräch vom 26. Mai 2017 (Urk. 9/22/1/27) wurde unter anderem ausgeführt, der Kläger habe kurz vor Eintritt der Erkrankung im Restaurant angefangen und habe bei allem mithelfen müssen (Servieren, Abrechnen, Kochen, Einkauf etc.). Er habe noch nie Lohn vom Arbeitgeber erhalten (S. 2 Mitte). Er sei seit 2005 im

Bereich Telekommunikation selbständig erwerbend gewesen und habe einen grossen Laden mit 20 Angestellten gehabt S. 3 oben).

#### **E. 4.3**

Im Auszug aus dem Individuellen Konto (IK-Auszug) vom 11. Mai 2017 (Urk. 9/1 = Urk. 9/22/81) sind unter anderem von 2005 bis 2011 Einkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit - mit dem grössten Betrag von Fr. 17'725.-- (Fr. 46'300.-- ./ Fr. 28'575.--) im Jahr 2007 - eingetragen. 2011 enthält den Eintrag von Fr. 2'515.-- (nichterwerbstätig), 2012 den Eintrag von Fr. 12'668.-- (vom anderen Ehegatten hinzugesplittetes Einkommen), für 2013 besteht kein Eintrag, und für die Jahre 2014, 2015 und 2016 lautet der Eintrag auf Fr. 4'667.-- (nicht erwerbstätig).

#### **E. 4.4**

Die Invalidenversicherung stellte ihre Akten (Urk. 9/22/1) am 26. Juni 2017 der Beklagten zu (vgl. Urk. 9/22/1/0).

#### **E. 4.5**

Am 11. März 2005 wurde die Einzelfirma B.\_\_\_\_ mit dem Zweck «Telefonmarketing» im Handelsregister eingetragen; am 11. März 2011 wurde sie gelöscht (vgl. Urk. 9/22/3).

#### **E. 5.1**

Am 5. Januar 2015 schloss der Kläger mit C.\_\_\_\_ und dessen D.\_\_\_\_ GmbH einen sogenannten Zusammenarbeitsvertrag (Urk. 9/6 = Urk. 9/22/89). Als Vorbemerkung wurde unter anderem ausgeführt, der Kläger («hinzugefügt Ehefrau») sei als Einzelunternehmer ein selbständiges Unternehmen «im Gebiete von Marketing, Akquisition, Kundenbetreuung, Buchhaltung, Planung von Firmenarbeiten, Auftragsüberwachungen sowie Führung eines Gastro-Betriebs» (S. 1 Mitte). Als Vertragsgegenstand wurde festgehalten, der Kläger übernehme treuhänderische, Akquisitions-, Marketing- sowie Kunden- und Planungsarbeiten. Er sowie seine frei hinzugefügten Mitarbeiter könnten im Rahmen der Geschäftstätigkeit Büroräumlichkeiten von C.\_\_\_\_ benutzen. Die D.\_\_\_\_ GmbH stelle ihm ein Geschäftsauto für Geschäfts- wie Privatnutzung zur Verfügung (S. 1 Ziff. 1). Unter dem Titel «Honorare und Provisionen» wurde ausgeführt, C.\_\_\_\_ bezahle dem Kläger sowie hinzugefügten Personen quartalsmässig je nach Abmachung seine Vergütungen aus (S. 2 Ziff. 4).

#### **E. 5.2**

Mit Kaufvertrag vom 30. Januar 2015 erwarb die Frau des Klägers von E.\_\_\_\_ das im Restaurant Z.\_\_\_\_ befindliche Gastro-Kleininventar für Fr. 170'000.-- (Urk. 9/3 = Urk. 9/22/93).

Gleichen Tags schlossen die gleichen Parteien einen Untermietvertrag betreffend das Restaurantlokal, welcher die Frau des Klägers berechnigte, sämtliche Räumlichkeiten uneingeschränkt für den vorgesehenen Zweck (Restaurantbetrieb) zu benutzen (Urk. 9/4 = Urk. 9/22/92).

Am 10. November 2015 schlossen die Frau des Klägers und die F.\_\_\_\_ AG einen Getränkelieferungsvertrag (Urk. 9/5 = Urk. 9/22/91).

Der Kläger reichte Rechnungen ein, von ihm ausgestellt und an die D.\_\_\_\_ GmbH gerichtet, jeweils «für diverse Aufträge», vom 22. März 2016 für die Periode Januar bis März 2016

im Betrag von Fr. 24'250.-- (Urk. 2/6), vom 22. Mai 2016 für die Periode Mai 2016 im Betrag von Fr. 8'000.-- (Urk. 2/7), vom 19. Juni 2016 für die Periode Juni 2016 im Betrag von Fr. 6'000.-- (Urk. 2/8) und vom 21. Juli 2016 für die Periode Juli 2016 im Betrag von Fr. 6'800.-- (Urk. 2/9).

Im Formular «Fragen an den Arbeitgeber», das am 16. September 2016 ausgefüllt und mit dem Firmenstempel Z.\_\_\_\_ versehen wurde (Urk. 9/45/3 = Urk. 2/12), wurde die Frage nach erfolgten Lohnzahlungen durchgestrichen (Ziff. 6), ein nicht gedeckter Lohnausfall von Fr. 6'696.-- deklariert (Ziff. 7), ferner angegeben, es würden keine Beiträge an eine bei der Beklagten abgeschlossene Krank-/Unfallgeldversicherung bezahlt (Ziff. 9) und angegeben, es bestehe kein Gesamtarbeitsvertrag (GAV) mit Bestimmungen über die Krankentaggeldversicherung (Ziff. 10).

### **E. 5.3**

In ihrem Formularbericht vom 16. September 2016 (Urk. 9/10 = Urk. 9/22/41) korrigierte Dr. A.\_\_\_\_ (vorstehend E. 4.1) die von der Beklagten verwendete Umschreibung der Tätigkeit des Klägers von «selbständiger Marketing Agent» zu «Selbständigerwerbender Management Restaurantbetrieb» (Ziff. 1 und 2).

Sie nannte als Diagnose eine Anpassungsstörung, Angst und Depression gemischt (ICD-10 F43.22), Differentialdiagnose (DD) depressive Episode (Ziff. 1), und führte aus, der Kläger sei seit Anfang August 2016 bei ihr in Behandlung (Ziff. 5). Es sei ihr nicht bekannt, ob er in den letzten fünf Jahren wegen des gleichen Leidens behandelt worden sei (Ziff. 6).

### **E. 5.4**

Med. pract. G.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_, Abklärungsstelle I.\_\_\_\_, erstatteten am 20. Dezember 2016 ein psychiatrisches Gutachten im Auftrag der Beklagten (Urk. 9/11 = Urk. 9/22/42 = Urk. 17/11). Als berufsanamnestische Angaben des Klägers hielten sie fest, er habe von 2005 bis 2016 im Telekommunikationsbereich als Subunternehmer bei der Swisscom, teilweise auch mit Mitarbeitern, gearbeitet (S. 4 unten). Seit Sommer 2016 sei er als Restaurantleiter beschäftigt, habe ein Restaurant erworben und vorgehabt, dieses vom Vorbesitzer zu übernehmen, der ihn zunächst habe einarbeiten sollen (S. 4 f.).

Als Diagnose wurde eine mittelgradige depressive Episode (ICD-10 F32.1) genannt (S. 8 Ziff. 4).

Es sei nun eine Intensivierung sämtlicher Behandlungsmassnahmen anzuraten, worauf spätestens per Ende Januar 2017 wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50 % und per Ende Februar 2017 eine solche von 100 % zu erwarten sei (S. 9 Mitte).

### **E. 5.5**

Der Kläger absolvierte vom 6. Februar bis 31. März 2017 ein achtwöchiges tagesklinisches Rehabilitationsprogramm im Zentrum J.\_\_\_\_, worüber am 4. April 2017 berichtet wurde (Urk. 9/19 = Urk. 9/22/43). Dabei wurden als Diagnosen eine mittelgradige depressive Störung (ICD-10 F32.1) und eine generalisierte Angststörung (ICD-10 F41.1) genannt (S. 1 Mitte).

### **E. 5.6**

Dr. med. K.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstattete am 28. März 2017 ein Aktengutachten im Auftrag der Beklagten (Urk. 9/18 = Urk. 9/22/11 = Urk. 2/21).

Dabei stützte er sich auf den Bericht von Dr. A.\_\_\_\_ (vgl. vorstehend E. 5.3), das I.\_\_\_\_-Gutachten (vorstehend E. 5.4) und im Rahmen einer von 29. November 2016 bis 9. Februar 2017 erfolgten Überwachung (vgl. Urk. 9/17 = 9/22/39) angefertigte Videoaufzeichnungen (S. 1 unten). Er führte zusammenfassend aus, die vorliegenden aktenkundigen, anamnestischen und psychopathologischen Befunde belegten, dass sich beim Versicherten seit August 2016 eine manifeste gesundheitliche Beeinträchtigung ergeben habe, welche im Rahmen einer gutachterlichen Beurteilung als mittelgradige depressive Episode (F32.1) diagnostiziert worden sei. Eine Intensivierung der Behandlung sei als indiziert erachtet und es sei bei guter prognostischer Validität auf eine dynamische Steigerung der Arbeitsfähigkeit nach durchgeführter Intensivierung hin gewiesen worden, was sich auch mit der entsprechenden Studienlage decke. Eine Sachverhaltsabklärung habe keine Hinweise auf eine Verschlechterung der psychopathologisch manifesten Verfassung gegeben, vielmehr dürfe bei fehlender sichtbarer Psychopathologie von der prognostizierten Verbesserung ausgegangen werden, sodass nach Beendigung der Behandlung im J.\_\_\_\_ derzeit von einem medizinischen Zustand ausgegangen werden dürfe, welcher eine volle Arbeitsfähigkeit nach Behandlungsabschluss (31. März 2017) als gerechtfertigt ausweise, wobei hierbei die gutachterliche Einschätzung schon von einem früheren Zeitpunkt der vorliegenden Leistungsfähigkeit ausgegangen sei. Eine Leistungspflicht sei ab dem 1. April 2017 aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes aus psychiatrischen Gründen nicht mehr ausgewiesen (S. 7 Mitte).

#### **E. 5.7**

Die Psychiaterin und zwei Fachpersonen des J.\_\_\_\_ stellten in ihrem Bericht vom 4. April 2017 in Aussicht, das achtwöchige Programm noch einmal durchzuführen (Urk. 9/19 = Urk. 9/22/43 S. 2).

Dr. K.\_\_\_\_ erachtete dies in seiner Stellungnahme vom 27. April 2017 aus näher dargelegten Gründen als nicht indiziert (Urk. 9/20). Dazu äusserten sich die Fachpersonen des J.\_\_\_\_ am 1. Juni 2017 (Urk. 9/22/84 = Urk. 2/22).

#### **E. 6.1**

Der Kläger meldete sich am 21. März 2002 bei der Invalidenversicherung an. Er litt erwiesenermassen seit Sommer 2001 an einer generalisierten Angststörung und seit November 2001 an einer Panikstörung, und es wurde ihm 2002 deswegen zeitweise eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert (vorstehend E. 4.1).

Dennoch verneinte er in der Gesundheitserklärung zum Versicherungsantrag so wohl die Frage, ob er jemals an Krankheiten der Psyche (wie beispielsweise Angststörungen) gelitten habe (Frage 2), als auch die Frage, ob jemals eine IV-Anmeldung erfolgt sei (Frage 10). Der Versuch, dies als blosses Missverständnis - in dem Sinne, dass lediglich nach den letzten 5 Jahren gefragt worden sei - hinzustellen, schlägt fehl, enthielten doch sowohl die unmittelbar vorangehende Frage 9 als auch die unmittelbar anschliessende Frage 11 eine solche Eingrenzung auf die letzten 5 Jahre, die hier massgebende Frage 10 aber gerade nicht, die im Gegenteil mit dem Begriff «jemals» unmissverständlich zeitlich unbegrenzt formuliert war (vorstehend E. 3.1).

Damit ist zweifelsfrei erwiesen, dass der Beschwerdeführer bei der Beantwortung von zwei Fragen unwahre Angaben gemacht hat.

#### **E. 6.2**

Im Versicherungsantrag vom März 2016 nannte der Kläger als aktuelle Tätigkeit «Telefon und Immobilienmarketing» (vorstehend E. 3.1). Im September 2016 verwendete er die Bezeichnung «Managementleiter» (vorstehend E. 3.2). Im Juli 2017 erklärte er, er sei im März 2016 nicht mehr im Telefonmarketing tätig gewesen (vorstehend E. 3.3). Klageweise erklärte er wiederum, er sei zwischen Antragstellung und Versicherungsbeginn (mithin März und Juli 2016) im Telefon- und Marketingbereich tätig gewesen (vorstehend E. 3.4). In der Klageantwort machte er schliesslich geltend, er sei ihm Rahmen von - an keiner Stelle näher erläuterten - «verschiedenen Ausführungsarbeiten» im Telefon- und Immobilienmarketing tätig gewesen (vorstehend E. 3.5).

Diese sich im Zeitverlauf diametral widersprechenden Angaben zur vor und bei Versicherungsbeginn ausgeübten Tätigkeit kontrastieren deutlich mit dem, was sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit aus den Daten im IK-Auszug (vorstehend E. 4.3), den vom Kläger eingereichten Unterlagen (vorstehend E. 5.1-2,) und von ihm andernorts gemachten

Angaben (E. 4.2, E. 5.4) ergibt: Von 2005 bis 2011 wurde er als selbstständig erwerbend - mit sehr niedrigen jährlichen Einkommen - abgerechnet, und ab 2011 war er gemäss eigenen Angaben arbeitslos, aber wegen der vorangegangenen Selbstständigkeit gegenüber der Arbeitslosenversicherung nicht anspruchsberechtigt. Beitragstechnisch galt der Beschwerdeführer - soweit überhaupt Einträge erfolgten - ab 2011 bis und mit 2016 als nichterwerbstätig. Ab 2015 sind Vorgänge dokumentiert, welche die Absicht erkennen lassen, das Restaurant Z.\_\_\_\_ zu übernehmen (wobei die vorhandenen Verträge von der Frau des Klägers abgeschlossen wurden). Dies führte zur Betätigung des Klägers im genannten Restaurant ab Juni 2016, allerdings keineswegs als «Managementleiter» und auch nicht im Anstellungsverhältnis, sondern ohne Vertrag und ohne Lohnzahlung, zum Zwecke der Einarbeitung unter Übernahme aller denkbaren im Betrieb anfallenden Arbeiten. Kurz darauf traten die psychischen Probleme auf, welche zur Meldung einer Arbeitsunfähigkeit führten, was wiederum die Taggeldzahlungen der Beklagten auslöste.

### **E. 6.3**

Mit «Telefonmarketing» hatte dies alles nicht das Geringste mehr zu tun. Die entsprechende Einzelfirma des Klägers war denn auch schon 2011 aus dem Handelsregister gelöscht worden (vorstehend E. 4.5). Vielmehr waren im Zeitpunkt der Antragsstellung im März 2016 die auf eine Übernahme des Restaurants ausgerichteten Vertragsschlüsse erfolgt und eine solche stand relativ kurz bevor, was die bereits Anfang Juni 2016, also nur gut zwei Monate später, aufgenommene Einarbeitungsphase deutlich werden lässt.

Indem der Kläger im Antragsformular seine Tätigkeit mit «Telefonmarketing» umschrieb, hat er verschwiegen, dass er im betreffenden Zeitpunkt seit mehreren Jahren arbeitslos (aber nicht anspruchsberechtigt) war und mit dem geplanten Betreiben eines Restaurants im Begriff stand, sich auf ein wirtschaftlich riskantes und psychisch anspruchsvolles Unterfangen einzulassen.

### **E. 6.4**

Es steht fest, dass der Kläger zwei Fragen in der Gesundheitserklärung wahrheitswidrig beantwortet hat (vorstehend E. 6.1). Ferner hat er die Beklagte über seine effektiven wirtschaftlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Antragsstellung getäuscht (vorstehend E. 6.3).

Damit sind die Anforderungen an die Erheblichkeit der Gefahrstatsachen gemäss Art. 4 VVG (vorstehend E. 1.9). erfüllt, denn im ersten Fall handelte es sich um Fragen in bestimmter, unzweideutiger Fassung (Abs. 3) und im zweiten Fall liegt auf der Hand, dass die Beklagte, wäre sie korrekt informiert gewesen, den Versicherungsvertrag so nicht abgeschlossen hätte (Abs. 2).

#### **E. 6.5**

Die Kündigung gemäss Art. 6 Abs. 1 VVG (vorstehend E. 1.10) ist rechtsgültig, wenn der Versicherer dem Versicherten schriftlich binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, mitteilt, welche Tatsache verschwiegen worden ist, und seinen Willen zur Kündigung des Vertrages bekundet (Urteil des Bundesgerichts 4A\_112/2013 vom 20. August 2013; vgl. BGE 129 III 713 E. 2.1). Die Kündigung muss ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen und die ungenau beantwortete Frage erwähnen Urteil (4A\_427/2010 vom 12. Oktober 2010 E. 2.3).

Auch dies ist der Fall. Die Beklagte erhielt mit Zustellung der Akten der Invalidenversicherung am 26. Juni 2017 (vorstehend E. 4.4) von den Umständen Kenntnis, welche auf eine Anzeigepflichtverletzung schliessen liessen, und sie hat die Kündigung am 4. Juli 2017 ausgesprochen, dies unter detaillierter Angabe der dafür massgebenden Gründe (Urk. 9/22/95).

Damit erweist sich die von der Beklagten vorgenommene Kündigung als wirksam.

#### **E. 6.6**

Gemäss Art. 6 Abs. 3 VVG erlischt die Leistungspflicht für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte Gefahrstatsache «beeinflusst» worden ist (vorstehend E. 1.10). Die Rechtsprechung geht diesbezüglich von einem weiten Kausalitätsbegriff aus, der erfüllt ist, wenn die verschwiegene Tatsache einen Bezug zum eingetretenen Risiko hat (Urteile des Bundesgerichts 4A\_150/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 7.4, 4A\_303/2010 vom 11. August 2010 E. 2.4). Nicht erfüllt ist er, wenn der eingetretene Schaden völlig losgelöst von der unrichtig angegebene Gefahrstatsache ist (Urteil des Bundesgerichts 9C\_18/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 6.2.2).

Im Jahr 2002 war der Beschwerdeführer - was er der Beklagten verschwiegen - infolge psychischer Probleme in Behandlung und es wurde ihm deswegen zeitweise eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert (vorstehend E. 4.1). Die Arbeitsunfähigkeit, für welche die Beklagte im Jahr 2016 und 2017 Taggeldleistungen erbrachte, wurde wiederum aufgrund von psychischen Beeinträchtigungen des Beschwerdeführers attestiert (vorstehend E. 5.3-6), wobei teilweise sogar identische Diagnosen genannt wurden wie schon 2002 (vorstehend E. 5.5).

Dies zeigt einen engen, jedenfalls rechtsgenügenden Zusammenhang zwischen der verschwiegenen Tatsache und der die erbrachten Leistungen auslösenden erneuten Arbeitsunfähigkeit.

#### **E. 6.7**

Somit erweist sich die beantragte Rückforderung von Taggeldleistungen im Umfang von Fr. 47'800.-- (Urk. 8 S. 17 Ziff. 38 f.; vgl. Urk. 9/22/99) als rechtens. Dies führt zur teilweisen Gutheissung der Widerklage.

### **E. 6.8**

Die zwischen Ende November 2016 und ungefähr Mitte Februar 2017 erfolgte Überwachung (vgl. Urk. 9//17= Urk. 9/22/39) wurde von der Beklagten veranlasst, um näheren Aufschluss über den damaligen Gesundheitszustand des Klägers zu erhalten (Urk. 8 S. 16 Ziff. 37). Mit der im Juni 2017 entdeckten Anzei gepflichtverletzung, welche nach dem Dargelegten zur Folge hat, dass die Beklagte nicht leistungspflichtig ist, konnte sie nur schon angesichts der zeitlichen Abfolge nicht in Zusammenhang stehen.

Eine Überwälzung der betreffenden Kosten ist somit nicht gerechtfertigt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_110/2017 vom 27. Juli 2017 E. 7). Im entsprechenden Umfang ist die Widerklage abzuweisen.

### **E. 6.9**

Nachdem feststeht, dass die Beschwerdegegnerin für die im August 2016 eingetretene Arbeitsunfähigkeit nicht leistungspflichtig ist, besteht kein Raum für eine allfällige Leistungspflicht ab 1. Mai 2017. Demnach ist die Klage abzuweisen.

### **E. 7.1**

Der Kläger beantragte mit Klage vom 19. Oktober 2017 die Bestellung von Rechtsanwalt Alex Le Soldat als unentgeltlicher Rechtsvertreter (Urk. 1 S. 2 unten). Mit Gerichtsverfügung vom 20. Juli 2018 (Urk. 22) wurde das Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung abgewiesen (S. 3 Dispositiv Ziff. 1) und es wurde zur Begründung ausgeführt, die eingereichten Rechtsschriften seien von Mag. iur. Y.\_\_\_\_ unterzeichnet. Rechtsanwalt Le Soldat sei im vorliegenden Verfahren nicht in Erscheinung getreten und in seinem Namen seien keine Rechtsschriften erfolgt (S. 3 E. 2.3).

Die betreffende Verfügung ist in Rechtskraft erwachsen.

### **E. 7.2**

Am 4. September 2018 (Urk. 25) beantragte der Kläger, nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Le Soldat, erneut, dieser sei als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen, dies ab 19. Oktober 2017 (S. 2), mithin rückwirkend ab diesem Datum. Dass sodann die Rückwirkung ab 19. Oktober 2018 geltend gemacht wurde (S. 6 oben), dürfte ein Schreibfehler sein. Als Beilagen wurden die echtzeitlich von Mag. iur. Y.\_\_\_\_ unterzeichneten Schriftsätze noch einmal von Rechtsanwalt Le Soldat unterzeichnet eingereicht (Urk. 26/1-4).

### **E. 7.3**

An der mit der rechtskräftigen Verfügung vom 20. Juli 2018 beurteilten Sachlage hat sich nichts geändert. Die Vertretung des Klägers im vorliegenden Verfahren hat Mag. iur. Y.\_\_\_\_ wahrgenommen und nicht Rechtsanwalt Le Soldat, was einen Aufwand von ihm, der im Rahmen der unentgeltlichen Rechtsvertretung zu übernehmen wäre, ausschliesst.

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