

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00007**

## **vom 3. November 2019**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2019-11-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2018.00007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2018.00007)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00007 du 3 novembre 2019

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2018.00007 del 3 novembre 2019

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E).

4.1). Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für solche Streitigkeiten zuständig ist ( Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung; ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht ( § 2 Abs. 2 lit . b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer ). Das Verfahren richtet sich nach Art. 244 bis 247 ZPO ( vereinfachtes Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit . f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die

Beklagte anerkannte die vom Kläger dargelegte sachliche und örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich zur Beurteilung der eingereichten Klage ( Urk. 1 Ziff. 3 f. ; Urk. 14

S. 3 oben ). Weitere Ausführungen hierzu erübrigen sich.

#### **E. 1.2**

Das Gericht stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest ( Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO). Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO allerdings nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien selbst den Stoff beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1 bis 2.3.3 und die dortigen Verweise). 2.

#### **E. 1.3**

Die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG richtete nach Ablauf der Wartefrist vom 14. Juli bis 4. August 2017

#### **E. 2**

) mit der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG eine kollektive Krankentag geld versicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) ab ( Urk. 1 Ziff.

### **E. 2.1**

Die Parteien setzten den Versicherungsbeginn auf den 25. November 2014 fest und erklärten unter anderem

die Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung und die Zusatzbedingungen (ZB) für die Krankentag geld-Versicherung, jeweilige Ausgabe 2008, zum Bestandteil des Vertrages (Urk. 15/14 S. 2). Da das Vertragsverhältnis eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_680/2014 vom 29. April 2015 E. 2.1 mit Hinweisen) betrifft, sind nebst den vertraglichen Bestimmungen auch diejenigen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (VVG) zu beachten (Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG] in der bis zum 31. Dezember 2015 gültig gewesenen Fassung und Art. 2 Abs. 2 des am 1. Januar 2016 in Kraft getretenen Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung [KVAG]); vgl. auch Art. 1 AB; Urk. 34 Ziff. 5).

### **E. 2.2**

und B 103/06 vom 2. Juli 2007 E. 3.3).

Das vorstehend Ausgeführte gilt umso mehr, wenn der Versicherer im Anschluss an offengehaltene Fragen nicht genügend Raum in Form von Leerzeilen zur Verfügung stellt, um allfällige Zweifel oder Erläuterungen zur Antwort anzubringen (BGE 134 III 511 E. 5.2.1). 4.4

Daraus folgt, dass ein Versicherter die Anzeigepflicht verletzt, wenn er eine bestimmte und unzweideutig formulierte Frage zu den bei ihm bestehenden oder vorbestandenen gesundheitlichen Störungen verneint, denen er nach der ihm zumutbaren Sorgfalt Krankheitscharakter beimessen müsste. Hingegen würde es zu weit führen, wenn der Aufnahmebewerber vereinzelt aufgetretene Unpässlichkeiten, die er in guten Treuen als belanglose, vorübergehende Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens betrachten darf und bei der gebotenen Sorgfalt nicht als Erscheinungsformen eines ernsthafteren Leidens beurteilen muss, anzuzeigen verpflichtet wäre. Das Verschweigen derartiger geringfügiger Gesundheitsstörungen begründet keine Verletzung der Anzeigepflicht (BGE 134 III 511 E. 3.3.4 mit Hinweisen; vgl. zum Ganzen Urteile des Bundesgerichts 9C\_471/2015 vom 11. März 2016 E. 5.2 und 5.3, 9C\_671/2008 vom 6. März 2009 E. 3.2.2 und 9C\_194/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 3.1.4). 5.5.1

Wie die Beklagte zutreffend darlegte (Urk. 14 S. 3 f. ad Ziff. 5, S. 6

ff. Ziff. 22,

### **E. 2.3**

Zwischen den Parteien ist in erster Linie umstritten, ob die Kündigung der Beklagten vom 28. September 2017 wegen einer Anzeigepflichtverletzung rechtmässig ist. Diesbezüglich gilt es im Wesentlichen zu klären, ob der Kläger die Frage 10 im Formular «Gesundheitsfragen» am 24. November 2014 (Urk. 15/1) wahrheitsgemäss beantwortet hat, indem er diese trotz früher aufgetretener

Kniebeschwerden verneinte. Die Frage 10 lautete : «Bestehen oder bestanden bei Ihnen jemals gesundheitliche Beeinträchtigungen infolge Krankheit oder Unfall des Bewegungsapparates (z.B. Knochen, Gelenke, Wirbelsäule, Bandscheiben, Muskeln, Bänder, Sehnen) wie Rücken-, Nacken- oder Schulterbeschwerden, Arthrose , Rheuma , chronische Schmerzen?» ( Urk. 1 Ziff. 7 und 15 ; Urk. 14 S. 4 Ziff. 11 und S. 10

Ziff. 44 ).

Ferner bestritt die Beklagte, dass mit den vorhandenen

medizinischen Berichten eine Arbeitsunfähigkeit in der angestammten respektive einer angepassten Tätigkeit rechtsgenügend nachgewiesen sei ( Urk. 14 S. 4 Ziff. 8). Sie machte zudem geltend, der Kläger könne in einer angepassten Tätigkeit ein sein bisheriges Gehalt übersteigendes Einkommen erzielen ( Urk. 42 Ziff. 16). Der Kläger hielt dem die Bildbefunde vom 21. Juli 2017 entgegen ( Urk. 34 Ziff. 42) und bestritt die Ausführungen zur fehlenden Einkommens einbusse als unbelegt ( Urk. 46 Ziff. 33). 3.

### 3.1

Nach Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (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 rechts hindernden 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 130 III 321 E. 3.1). 3.2

Vorliegend trägt somit der Kläger die Beweislast sowohl für den Eintritt des Versicherungsfalls als auch für den Umfang des Anspruchs. Entsprechend hat er zu beweisen, dass er Anspruch auf Taggelder hat, was unter anderem voraussetzt, dass er arbeitsunfähig ist. Dagegen kann die Beklagte den Gegenbeweis antreten, etwa indem sie die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nachweist; um einen von ihr zu erbringenden Hauptbeweis handelt es sich dabei aber nicht. Die Folgen der Beweislosigkeit bezüglich Arbeitsunfähigkeit trägt der Kläger. Diese Beweislastverteilung ändert sich auch nicht dadurch, dass die Beklagte zunächst Tag geldleistungen erbrachte (BGE 141 III 241 E. 3.1; zum Ganzen Urteil des Bundes gerichts 4A\_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2). Es bleibt anzumerken, dass die Beweislastverteilung die Folgen der Beweislosigkeit regelt. Gelangt das Gericht dagegen in Würdigung der Beweise zum Schluss, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 mit Hinweisen).

### 3.3

Die Hausärztin Dr. Z.\_\_\_\_ überwies den Kläger nach Konsultationen am 16. und 23. Mai 2017

- unter Bescheinigung einer Arbeitsunfähigkeit ab 15. Mai 2017 (vgl. dazu auch Beilagen zu Urk. 2/7) - an die Fachärztin Dr. A.\_\_\_\_ ( Urk. 2/5). Diese

schlussfolgerte im Bericht vom 12. September 2017 in Kenntnis der

MRI-Befunde vom 21. Juli 2017 sowie

nach eigener klinischer Untersuchung und Behandlung (vgl. dazu auch Prot. S. 4 oben), der Kläger sei aktuell als Maler nicht arbeitsfähig. Er könne keine Gewichte über 5 kg heben und nicht in kniender oder länger stehender Position oder auf einer Leiter arbeiten. Für leichte Arbeiten ohne Tragen von Lasten über 5 kg und in wechselnden Positionen sei er

« zumindest teilweise » arbeitsfähig. Diese Arbeitsfähigkeit sei aber nicht umsetzbar, falls eine Operation anstehe. Für diesbezügliche Abklärungen stehe eine Konsultation in der Knieprechstunde der Orthopädie B.\_\_\_\_ an. Diese sei richtungsweisend für die Prognose. Sie rechne mit einer steigenden Arbeitsfähigkeit, doch werde der Kläger als Maler voraussichtlich eingeschränkt arbeitsfähig bleiben. Eine Umschulung sei sinnvoll (Urk. 2/6). Im Rahmen der weiteren Konsultationen bis zur Klageanhebung attestierte Dr. A.\_\_\_\_

dem Kläger jeweils eine volle Arbeitsunfähigkeit als «Maurer» in der Krankenkarte zuhanden der Beklagten (Urk. 2/7 S. 1).

Ergänzend ist festzuhalten, dass der Kläger im Standortgespräch vom 22. November 2017 gegenüber der Invalidenversicherung erwähnte, die Ärzte hätten ihm geraten, mit einer Operation zuzuwarten, da es keine Garantie gebe, dass es nachher besser werde (Urk. 15/9). Dies gab er ebenso

in der Parteibefragung zu Protokoll (Prot. S. 4 Mitte). 3.4

Die fachärztliche Arbeitsfähigkeitseinschätzung von Dr. A.\_\_\_\_ erfolgte somit

gestützt auf eine allseitige Untersuchung, deren Befunde von der Beklagten nicht beanstandet wurden. Die bis zur Berichterstattung durchgeführten medizinischen Massnahmen hatten keine Wirkung gezeigt, eine Knieoperation wurde nicht durchgeführt. Es ist daher nicht ersichtlich, inwiefern sich die bildgebend nachgewiesenen degenerativen Veränderungen an den Knien des Klägers nach dem Bericht von Dr. A.\_\_\_\_

soweit gebessert haben könnten, dass er mit überwiegender Wahrscheinlichkeit wieder zu wenigstens 75 % als Maler hätte tätig sein können. Das

von Dr. A.\_\_\_\_ definierte Belastungsprofil macht vielmehr deutlich, dass Malerarbeiten für den Kläger praktisch nicht mehr ausführbar sind.

Dass sie in der Krankenkarte versehentlich den Beruf «Maurer» angab, ist insoweit belanglos.

Des Weiteren versuchte die Hausärztin zunächst, die Beschwerden kurzfristig mit Irten zu behandeln (Urk. 2/5), bereits im Juni 2017 erfolgte jedoch die Erstkonsultation bei der Fachspezialistin (Urk. 2/6 Ziff. 2) und im Juli 2017 wurde ein MRI durchgeführt (Urk. 15/2). Dem Kläger ist deshalb beizupflichten, dass die Bildbefunde die ab Mai 2017 ärztlich dokumentierten Kniebeschwerden mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu erklären vermögen (Urk. 34 Ziff. 42). Die Befunde wurden zeitnah zum ersten Arztbesuch erhoben und Indizien für eine plötzliche Entstehung der festgestellten Pathologie, wie ein Unfall oder eine akute Erkrankung, bestehen nicht. Die Beklagte dringt mit ihrer Argumentation, die attestierte Arbeitsunfähigkeit beruhe teilweise einzig auf den Angaben des Klägers, somit nicht durch

(Urk. 14 S. 4 Ziff. 8). 3.5

Nach Art. 10 Abs. 3 AB hat die versicherte Person verschiedene Vorkehren zur Schadenminderung zu treffen. Unter anderem hat sie nach lit. a ihre bisherige Tätigkeit anzupassen oder eine andere zumutbare Tätigkeit auszuüben. Sie wird hierzu von der Beklagten unter Ansetzung einer angemessenen Frist aufgefordert (Urk. 15/14). In seinem Entscheid 4A\_73/2019 vom 29. Juli 2019 E. 3.1 erwog das Bundesgericht hierzu, dem Versicherten müsse zusammen mit der Abmahnung zum Berufswechsel eine angemessene Übergangsfrist eingeräumt werden, während der er sich anpassen und eine neue Stelle finden könne. In der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung habe sich diesbezüglich eine Frist von 3 bis 5 Monaten etabliert, welche auch im Rahmen von Krankentaggeldversicherungen Gültigkeit beanspruchen (BGE 133 III 527

E. 3.2.1 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts 4A\_304/2012 vom 14. November 2012 E. 2.3, nicht publ. in: BGE 138 III 799

mit Hinweisen; vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C\_830/2014 vom 21. Januar 2015 E. 2 mit Hinweisen).

Gemäss BGE 129 V 460 E. 5.2 beträgt die Übergangsfrist üblicherweise vier Monate. 3.6

Wie dargelegt, attestierte Dr. A.\_\_\_\_ dem Kläger im Bericht vom 12. September 2017 eine «zumindest teilweise» Arbeitsfähigkeit in angepassten Tätigkeiten. Die Beklagte machte in diesem Kontext geltend, es sei dem Kläger möglich, in einer solch angepassten Tätigkeit mehr als das bisher erzielte Jahreseinkommen als selbständiger Maler von Fr. 19'000.-- zu verdienen. Werde ihre Leistungspflicht wider Erwarten bejaht, sei zu beachten, dass dem Kläger bereits aufgrund des MRI vom 21. Juli 2017 klar gewesen sein müsse, dass der bisherige Beruf nicht mehr in Frage komme und er sich umschulen lassen müsse. Es wäre ihm daher eine Übergangsfrist bis längstens 21. Oktober 2017 zu gewähren gewesen (Urk. 42 Ziff. 16 und 61).

Nach unbestrittener Darstellung des Klägers hat die Beklagte von ihm

indessen effektiv weder einen Berufswechsel verlangt, noch ihm eine Übergangsfrist für die Suche einer angepassten Tätigkeit angesetzt (Urk. 46 Ziff. 57). Darüber hinaus ist

aus dem zitierten Bericht von Dr. A.\_\_\_\_

zu schliessen, dass erst nach der orthopädischen Abklärung in der B.\_\_\_\_ feststand, dass einem Berufswechsel keine medizinischen Massnahmen entgegenstanden. Im Übrigen brachten die Parteien keine Gründe vor, die für eine kürzere oder längere als die übliche Übergangsfrist sprechen würden. 3.7

Zusammenfassend ist

somit eine

seit 15. Mai 2017 bis mindestens zur Klageanhebung andauernde volle Arbeitsunfähigkeit des Klägers in der angestammten Tätigkeit als Maler mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausgewiesen. Wahrscheinlich ist aber eine, wie vom Kläger zutreffend angemerkt (Urk. 34 Ziff. 41; ferner Urk. 46 Ziff. 33), bis anhin zu wenig abgeklärte Arbeitsfähigkeit in angepassten Tätigkeiten gegeben. Die fehlenden Parteibehauptungen und Beweismittel (z.B. betreffend den Grad der Arbeitsfähigkeit in angepassten Tätigkeiten, die Verdienstmöglichkeiten sowie die Erforderlichkeit einer Abmahnung bei umstrittener Kündigung) zeitigen im Rahmen der vorliegenden Teilklage allerdings noch keine Folgen. Die Beklagte hatte dem Kläger keine Übergangsfrist angesetzt, bevor sie Ende September

2017 den Vertrag kündigte . Zudem war dannzumal

noch eine Abklärung bezüglich eines invasiven Eingriffs hängig . Folglich waren a b Ende September 2017 noch während mindestens vier Monaten Leistungen geschuldet , sofern die Beklagte den Versicherungsvertrag nicht rechtsgültig ge kündigt hat. Da der Kläger einstweilen nur Taggeldleistungen für den Zeitraum bis Ende Januar 2018 eingeklagt hat ( Urk. 1 Ziff. 20), bleibt die Beweislosigkeit (noch) ohne Folgen. 4. 4.1

Die Parteien haben die Anzeigepflicht nicht speziell vertraglich geregelt ( Urk. 34 Ziff. 5 ) . Gemäss Art. 4 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen ( Abs. 1). Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen , die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben ( Abs. 2). Die Gefahrstatsachen , auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden als erheblich vermutet ( Abs. 3). 4 .2

Nach Art. 6 VVG ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen, wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache , die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam ( Abs. 1). Die Leistungspflicht des Versicherers erlischt dabei auch 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 ( Abs. 3). Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat ( Abs. 2). 4 .3

Nach der Rechtsprechung weist die Anzeigepflicht des Antragstellers keinen umfassenden Charakter auf. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Angabe jener Gefahrstatsachen , nach denen der Versicherer im Sinne von Art. 4 Abs. 3 VVG ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt hat. Der Antragsteller ist also nicht verpflichtet, von sich aus über bestehende Gefahren Auskunft zu geben (BGE 134 III 511 E.

3.3.2; 116 II 338 E.

1a; 116 V 218 E.

5a; Urteil des Bundesgerichts 4A\_134/2013 vom 11. September 2013 E. 4.1). In Art. 4 Abs. 3 VVG wird zudem die Erheblichkeit derjenigen Tatsachen, über die der Versicherer mit den schriftlichen Fragen Auskunft verlangt, nur vermutet. Mit anderen Worten statuiert das Gesetz eine widerlegbare Rechtsvermutung (Urteile des Bundesgerichts 9C\_671/2008 vom 6. März 2009 E. 3.2.2 und 9C\_194/2008 vom 6. Oktober 2008 E. 3.1.4) .

Die Tragweite der einzelnen Fragen bestimmt sich - gleich wie der Vertragsinhalt - nach dem Vertrauensprinzip. Es ist dabei darauf abzustellen, was vernünftigerweise gemeint sein muss und der konkrete Antragsteller annehmen darf, wenn er über die Fragen der Versicherungsgesellschaft in der vom VVG verlangten Weise ernsthaft nachdenkt (BGE 136 III 334 E. 2.3; 118 II 333 E. 2b). Die Rechtsprechung hat in diesem Zusammenhang den Begriff des « subjektiven Verständnishorizonts » geschaffen (BGE 134 III 511 E. 3.3.3 und E. 5.2.2). Es ist zu beachten, dass eine Frage einschränkend auszulegen ist, wenn sie an

sich oder aufgrund ihrer Beziehung zu den übrigen dem Antragsteller vorgelegten Fragen Zweifel über den Umfang der Deklarationspflicht weckt. Das folgt einerseits aus dem Grundsatz, dass die Anzeigepflicht nur soweit besteht, als die Fragen des Versicherers reichen. Andererseits wird ganz allgemein eine Verletzung der Anzeigepflicht nur mit Zurückhaltung angenommen, weil damit die einschneidende Folge des Wegfalls des Versicherungsvertrags verbunden ist (BGE 118 II 333 E).

2b mit Hinweis; Urteile des Bundesgerichts 5C.103/2005 vom 26. September 2005 E.

#### **E. 2.4**

Das Beweisverfahren wurde mit Beschluss vom 13. Juni 2019 einstweilen auf das Einholen von Leistungsaufstellungen der Krankenkassen des Klägers

beschränkt (Urk. 49). Mit Schreiben vom 19. Juli 2019 (Urk. 52) und 19. August 2019 (Urk. 54) brachte dieser

Leistungsauskünfte der Krankenkassen Concordia (Urk. 53 und 55/1) und

Swica (Urk. 55/2) bei. Innert der mit Verfügung vom 21. August 2019 angesetzten Frist (Urk. 56) nahmen der Kläger am

9. September 2019 (Urk. 59) und die Beklagte am 12. September 2019 (Urk. 60) dazu Stellung. Die Eingaben wurden der jeweiligen Gegenpartei zur Kenntnis gebracht (Urk. 61). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

#### **E. 5**

). Als versicherte Person wird in der Versicherungspolice Nr. «...»

einzig sein Name aufgeführt. Gemäss der am 24. November 2014 unterzeichneten Police (gültig vom 25. November 2014 bis 1. Januar 2018) war ein Taggeld nach Ablauf einer Wartefrist von

#### **E. 6**

0 Tagen in der Höhe von 100 % des versicherten Verdienstes von Fr.

#### **E. 6.1**

Zusammenfassend

entfaltete die von der Beklagten mit Schreiben vom 28. September 2017 per sofort erklärte Kündigung (Urk. 15/1) der Krankentaggeldversicherung, Police Nr. «...»

(Urk. 15/14),

keine Rechtswirkung, da der Beklagten der Nachweis der geltend gemachten

Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht durch den Kläger

misslang. Der Kläger hat somit für den eingeklagten Zeitraum grundsätzlich Anspruch auf Taggeldleistungen der Beklagten, da er in dieser Zeit aufgrund seiner Kniebeschwerden als Maler nachweislich voll arbeitsunfähig war und die ihm für einen Stellenwechsel zustehende Übergangsfrist – im für die Beklagte günstigsten Fall – frühestens Ende Januar 2018 endete.

#### **E. 6.2**

Hinsichtlich der Höhe der eingeklagten Forderung gilt es zu beachten, dass die Beklagte dem Kläger unstrittig bereits Taggel der in Höhe von Fr. 4'220. -- für den Zeitraum vom 14. Juli 2017 bis 4. August 2017 ausbezahlt hat ( Urk. 43/17 ; Urk. 42 Ziff. 59 ). In diesem Umfang ist nicht auf die Klage einzutreten, zumal auch kein Rechtsschutzinteresse an einer Feststellungsklage dargelegt wurde .

### **E. 6.3**

Der Kläger verlangt e ferner einen Verzugszins von 5 % seit dem 14. Juli 2017 ( Urk. 1 Ziff. 20), welcher von der Beklagten bestritten wurde ( Urk. 14 S. 12 Ziff. 53). Der Versicherer fällt nach Ablauf der vierwöchigen Deliberationsfrist von Art. 41 Abs. 2 VVG nicht automatisch in Verzug. Erforderlich ist grundsätzlich eine Mahnung durch den Versicherungsnehmer . Wird in den allgemeinen Versicherungsbedingungen indes vereinbart, dass die Leistungen innerhalb einer bestimmten Anzahl Tage nach Erhalt aller Auskünfte und medizinischen Unterlagen zu erbringen sind, wird dies als Verfalltaggeschäft qualifiziert ( vgl. Art. 102

des Bundesgesetz es betreffend die Ergänzung des Sc hweizerischen Zivilgesetz buches, F ünfter Teil: Obligationenrecht, OR) . Lehnt der Versicherer seine Leis tungspflicht zu Unrecht definitiv ab, werden die Ansprüche auf diesen Zeitpunkt hin ohne Weiteres fällig ( Art. 108 Ziff. 1 OR ; vgl. Grolimund /Villard , in: Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, 2012, S.154 zu Art. 4 1 VVG mit Hinweisen ) .

Nachdem der Kläger weder einen vereinbarten Verfalltag noch eine frühere Mah nung dargetan hat, ist auf die Ablehnung der Leistungspflicht durch die Beklagte mit Schreiben vom 28. September 2017 abzustellen. Werden von den einge klag te n 195 Tagen die 79 Tage zwischen dem 14. Juli und 30. September 2017 abge zogen und die Hälfte der verbleibenden 116 Tage ab diesem Datum aufgerechnet , so resultiert als mittlerer Verfalltag der 27. November 2017.

### **E. 6.4**

Die Beklagte ist folglich zu verpflichten, dem Kläger f ür den Zeitraum vom 14. Juli 2017 bis Klageerhebung [recte: 24. Januar 2018 ]

noch Fr. 33'177.10 zuzüglich 5 % Zins seit 27 . November 2017 zu bezahlen (vgl. Urk. 1 Ziff. 20: «per dato» bei 195 Tagen ab 14. Juli 2014 offensichtlich ein Versehen).

In diesem Sinne ist die Klage gutzuheissen, soweit darauf eingetreten wird. Einer förmlichen Vor mer knahme des Nachklagevorbehaltes bedarf es nicht (vgl. Urteil des Bundes gerichts 4A\_427/2017 vom 22. Januar 2018 E. 1.2 mit Hinweisen). 7.

D ie sachlich zusammenhängende Widerklage der Beklagten ist bei diesem Aus gang des Verfahrens ohne Weiterungen abzuweisen. Entgegen der Auffassung des Klägers ( Urk. 34 Ziff. 109-111 ; Urk. 46 Ziff. 55 ) ist diese mit dem Rechts begehren und Urk. 14 Ziff. 52 ausreichend substantiiert. Rechtsschriften sind nach Treu und Glauben auszulegen , dabei war es f ür den Kläger offensichtlich, welchen Betrag die Beklagte auf welcher Grundlage zu rückforderte respektive dass der Klage und der Widerklage ein- und derselbe Sachverhalt zugrunde liegt. Es besteht somit kein Grund, nicht auf die Widerklage einzutreten. 8.

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO werden bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine Gerichtskosten gesprochen. Das Verfahren ist kostenlos. 8.2

Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Parteientschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

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

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

Für unnötigen oder geringfügigen Aufwand einer Partei wird keine Parteientschädigung (§ 7 Abs. 1 GebV

SVGer) bzw. keine Entschädigung für die unentgeltliche Rechtsvertretung (§ 8 GebV SVGer) zugesprochen. 8.3

Der Kläger obsiegt beinahe vollumfänglich, die Widerklage deckt sich inhaltlich mit dem ursprünglich gegenstandslosen Teil der Klage. Rechtsanwalt Lang reichte als unentgeltlicher Rechtsvertreter des Klägers bei Klageeinleitung die Honorarnote vom 23. März 2018 ein. Darin machte er einen Gesamtbetrag von Fr. 6'756.70 geltend unter Berücksichtigung eines Aufwands von 16.9 Stunden à Fr. 360.-- und einer Kleinkostenpauschale von 3 % sowie der Mehrwertsteuer von 7.7 % beziehungsweise 8 % (Urk. 11/1).

Vorprozessuale Anwaltskosten werden in der Regel mit der Parteientschädigung entgolten (BGE 133 II 361 E. 4.1; 117 II 394 E. 3 mit Verweisen). Dies gilt namentlich im Anwendungsbereich der ZPO (vgl. BGE 139 III 190 E. 4.2 ff.). Sie können nur ganz ausnahmsweise separat als Schaden eingeklagt werden, wobei die Widerrechtlichkeit ihrer Verursachung durch die Gegenpartei eigens begründet werden muss. Sonst gehören sie in aller Regel zu den Kosten des laufenden Verfahrens, die ebenso wenig wie die Zinsen zum Streitwert gerechnet werden (vgl. Art. 91 ZPO) und nicht als selbständiger Anspruch eingeklagt werden können (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_148/2016 vom 30. August 2016 E.

2.4). In seinem Urteil 4A\_264/2015 vom 10. August 2015 E. 4.2.2 hob das Bundesgericht hervor, dass die Partei, die den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten einklage, substantiiert darzutun habe, d.h. die Umstände zu nennen habe, die dafür sprechen würden, dass die geltend gemachten Aufwendungen haftpflichtrechtlich als Bestandteil des Schadens zu betrachten seien, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen gewesen seien, der Durchsetzung der Forderung gedient hätten und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt seien. In diesem Zusammenhang genüge ein blosser Verweis auf die Honorarnote nicht. Konkretisierungen und Erläuterungen derselben seien unerlässlich.

Nachdem der klägerische Rechtsvertreter die zum grossen Teil vorprozessualen Kosten (vgl. Urk. 11/2) nicht näher im Sinne der dargelegten Rechtsprechung erläuterte, ist dem unentgeltlichen Rechtsvertreter keine höhere Prozessentschädigung als in Fällen mit vergleichbarem Aufwand und Schwierigkeitsgrad zu sprechen, selbst wenn sich die Prozessentschädigung im vorliegenden Verfahren nicht nach dem Streitwert richtet. Der geltend gemachte zeitliche Aufwand

wie auch der weit über dem gerichtlichen Ansatz von Fr. 220.-- liegende Stundenansatz sind

angesichts des überschaubaren Sachverhalts und der wenigen relevanten Akten als deutlich zu hoch zu qualifizieren. Die einzige nennenswerte Eingabe von Rechtsanwalt Lang, die Klageschrift, umfasst insgesamt 7,5 Seiten – davon 1 Seite Deckblatt, 1 Seite Rechtsbegehren und 1 Seite Darlegungen zur unstrittigen Zuständigkeit.

Für das Einholen von Instruktionen, das Aktenstudium sowie das Verfassen der Klageschrift rechtfertigt sich ein Aufwand von maximal 10 Stunden. Bei einem Stundenansatz von Fr. 220.-- und einer Pauschalen von Fr.

#### **E. 7**

0'000.-- während einer Leistungsdauer von maximal 730 Tagen vereinbart (Urk. 15/14 S. 2; Urk. 1 Ziff. 20 f.; 14 S. 12 Ziff. 54).

#### **E. 12**

).

Im November 2017 meldete sich der Versicherte bei der Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 15/8; Urk.

#### **E. 14**

S. 6 Ziff. 21; Urk. 34 Ziff. 83) und löste schliesslich per September 2018 sein Unternehmen auf (Urk. 34 Ziff. 48; Urk. 42 Ziff.

#### **E. 19**

; Prot. S. 5 unten).

#### **E. 22**

Krankentaggelder im Betrag von insgesamt Fr. 4'220.-- aus (Urk. 43/17), kündigte indes mit Schreiben vom 28. September 2017 den Versicherungsvertrag mit sofortiger Wirkung. Zur Begründung führte sie aus, der Versicherte habe die Frage 10 im Formular «Gesundheitsfragen» vom 24. November 2014 (Urk. 15/1) nicht korrekt beantwortet und damit eine Anzeigepflichtverletzung begangen (Urk. 2/8).

Dementsprechend forderte sie von ihm mit Schreiben vom 16. Oktober 2017 die Rückerstattung der irrtümlich bereits erbrachten Leistungen ( Urk. 2/9).

Die Kündigung wurde dem Versicherten am 30. September 2017 zugestellt ( Urk. 14 Ziff. 48). Gegen die Kündigung erhob der Versicherte am 20. Oktober 2017 schriftlich Einwände ( Urk. 2/10) , worauf die Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG mit Schreiben vom 15. Dezember 2017 am Vorwurf der Anzeigepflichtverletzung festhielt ( Urk. 2/11; Urk. 1 Ziff. 7-9 ; Urk. 34 Ziff. 10 ; Urk. 14 S. 4 Ziff. 9-11 und S. 6 Ziff.

#### **E. 24**

und S. 10 Ziff. 45; Urk. 34 Ziff. 62 f. ). Zudem veranlasste sie die Rücküberweisung der Jahresprämie 2018 auf das Konto des Versicherten ( Urk. 28/8, Gutschrift vom 20. April 2018 ; Urk. 46 Ziff. 31 ). 2.

#### **E. 26**

,

#### **E. 28**

f. und 44 ; Urk. 42 Ziff. 5 , 6 und 8 ) , ist aus dem Eintrag in der Krankengeschichte von Dr. Z.\_\_\_\_ vom 16. Mai 2017 («seit fünf Jahren Schmerzen [...] in den Knien , verstärkt bei Belastung, aber manchmal auch in der Nacht » , Urk. 2/5 ) , dem Bericht von Dr. A.\_\_\_\_ vom 12.

September 2017 («seit dem 18. Lebensjahr zunehmend und mittlerweile invalidisierende, belastungsabhängige

Schmerzen beider Kniegelenke, intermittierend auch unter Nacht/Ruhe schmerzen » , Urk. 2/6 ) , den Akten des Truppenarztes (« ausserdem Knie- und Rückenschmerzen seit er im Militär ist, abends verstärkt » , Urk. 15/5 Eintrag vom 3. Mai 2013 ) und den Angaben des Klägers gegenüber der Invalidenversicherung («bereits in der Lehre [...] Probleme mit den Knien » , Urk. 15/9 Ziff. 5) zu schliessen, dass der Kläger bereits vor Abschluss der Krankentaggeldversicherung Kniebeschwerden hatte .

Der Beklagten ist ferner beizupflichten, soweit sie postulierte , die bildgebende Abklärung vom 21. Juli 2017 ( vgl. Urk. 15/2) habe diverse Pathologien zu Tage gefördert , die sich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit über längere Zeit entwickelt hätten ( Urk. 14 S. 7 Ziff. 26 und S. 11 Ziff. 52 ;

Urk. 42 Ziff. 5 und 48 ). Mangels Indizien für einen Unfall oder eine akute Erkrankung als Auslöser der aktuellen Kniebeschwerden sowie mit Blick auf die soeben zitierten Angaben des Klägers und den ausgeprägten Bildbefund sind die diesbezüglichen Bestreitungen des Klägers zu wenig substantiiert ( Urk. 34 Ziff. 68 und Ziff. 106 ) . Darüber hinaus räumte er in der Parteibefragung selbst ein, dass es wahrscheinlich schon immer schlecht gewesen sei ( Prot. S. 4).

#### **5.2**

Damit ist indes tatsächlich noch nichts über das Ausmass der Beschwerden in einem bestimmten Zeitpunkt ausgesagt ( Urk. 46 Ziff. 8) . Der Kläger legte glaubhaft dar , bis zum Vertragsabschluss nur nach starker Belastung

( im Rahmen von sportliche n Betätigung en und kniende n Arbeiten  
sowie im

Militärdienst als Infanterist )

und

zudem nur vorübergehend Kniebeschwerden gehabt zu haben , die er als belanglos und  
ohne Krankheitswert einstufte ( Prot. S. 3-5; Urk. 34 Ziff. 15 und 18 ; Urk. 46 Ziff. 7 , 12  
und 17 ) .

Dass er die damaligen Beschwerden im Jahr 2017 retrospektiv für e rwähnenswert hielt ,  
steht dem nicht entgegen ( Urk. 14 S. 9 Ziff. 35 ; Urk. 42 Ziff. 18 ) . Erste unscheinbare  
Anzeichen einer Krankheit werden oftmals erst aufgrund des späteren Beschwerdeverlaufs  
als solche erkannt. Vielmehr hob der Kläger zu Recht

hervor , dass bezüglich der früher aufgetretenen Kniebeschwerden weder

echtzeitliche Arztberichte existie ren noch Leistungen der Krankenkassen erbracht

w u rden (vgl. Urk. 55/1-2 ); b ei Vertragsschluss sei er weder im Rahmen seiner Arbeit  
noch seine r Freizeit aktivitäten eingeschränkt gewesen und habe immer alles wie gewohnt  
gemacht

( Urk. 1 Ziff. 11, Urk. 34 Ziff. 14 , 18 , 40, 45 , 67 und 70 ;

Urk. 46 Ziff. 16 f. ; Urk. 59 Ziff. 8-11 ) .

Soweit aktenkundig wurden d ie Kniebeschwerden

erstmal im Mai 2017 näher ärztlich abgeklärt und deswegen eine Arbeitsunfähigkeit als  
Maler attestiert . Zudem gab der Kläger bereits vor der ersten Vertragskündigung gegen  
über Dr. A.\_\_\_\_ an, erst ab Anfang 2017 k niebedingt in Beruf und Alltag ein geschränkt  
gewesen zu sein ( Urk. 2/6 ) . In d er Parteibefragung vom 27. September 2018 bestätigte er  
nochmals , erst seit ein- bis eineinhalb Jahren extreme Knie schmerzen zu haben (Prot. S.  
3).

Folglich lässt sich gestützt auf die medizinischen Unterlagen aus dem Jahr 2017

entgegen der Auffassung der Beklagten ( Urk. 14 S. 7 Ziff. 26; Urk. 42 Ziff. 7 und

37 ) nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen, dass die Knie beschwerden

bereits bei Vertragsabschluss mehr als eine bei starker Belastung auftretende,

vorübergehende Beeinträchtigung des Wohlbefindens darstellten. D ie Anamnesen in den

Berichten umfassen nämlich einen Zeitraum von rund zweieinhalb Jahren nach

Vertragsabschluss, für welchen keine ärztlichen Be hand lungen nachgewiesen sind. Dr.

A.\_\_\_\_ berichtete den n auch ausdrücklich von «mittlerweile » invalidisierenden Schmerzen

( Urk. 2/6 ) , was wiederum keinen Aufschluss über das Beschwerdeausmass Ende 2014 gibt

. Infolgedessen erübrigt sich die vom Kläger zum Gegenbeweis offerierte

«Zeugeneinvernahme» von Dr. A.\_\_\_\_ ( Urk. 1 Ziff. 12).

Aus der unstrittigen Tatsache, dass der Kläger zunächst seine Krankenkassen nicht preisga

b ( Urk. 43/14; Urk. 42 Ziff. 6; Urk. 46 Ziff. 10 und 21), kann die Beklagte in Anbetracht

der bereits vorgängig ausgesprochenen Kündigung und der inzwischen eingeholten

Auskünfte

( Urk. 55/1-2) nichts zu ihren Gunsten ableiten.

Da sie die Beweislast für die Anzeigepflichtverletzung trägt und nicht umgekehrt der Kläger seine Beschwerdefreiheit vor Vertragsabschluss zu beweisen hat, gilt dies auch für die zahlreichen von ihr mit Nichtwissen bestrittenen Behauptungen – zumal sie keine weiteren als die abgenommenen Beweismittel offerierte ( Urk. 42 Ziff. 7 und 9 ; Urk. 60 ). 5 . 3

Es kommt hinzu, dass der Kläger nachweislich bei der Rekrutierung eine Militärsportauszeichnung erhielt und – in Präzisierung zur klägerischen Darstellung ( Urk. 34 Ziff. 51) – im Jahr 2013 mehr als 200 Dienstage als Infanterist sowie in den Jahren 2014 und 2015 Wiederholungskurse

absolvierte ( Urk. 2/12 , Dienstbuchlein S. 11 f. ; Urk. 1 Ziff. 12 ; Urk. 34 Ziff. 16; Urk. 42 Ziff. 11; Urk. 46 Ziff. 24 ) . Dabei ergeben sich aus dem sanitätsdienstlichen Dossier ( Urk. 15/5) entgegen der Darstellung der Beklagten ( Urk. 14 S. 5 f f. Ziff. 15-19 , 26 und 28 ; Urk. 42 Ziff. 7 , 9 f. und 21 ) keine relevanten Kniebeschwerden . Wie der Kläger aufzeigte, können nur wenige

Einträge Kniebeschwerden zugeordnet werden und erweisen sich diese als belanglos ( Urk. 34 Ziff. 17 , 50 -54 und Ziff. 74-76 ; Urk. 46 Ziff. 13 , 19 f. und 37 ).

Gemäss

Eintrag vom 3. Mai 2013 gab der Kläger unter anderem an, Knie- und Rückenschmerzen zu haben, seit er im Militär sei. Neben einem Hämatom an der rechten Wade und einem muskulären Leiden am Rücken zeigte sich im Befund ein kleiner Gelenkerguss am rechten Knie bei voller aktiver Beweglichkeit und ohne Druckdolenz . Unter Hinweis auf «Knie, Rücken» schloss der Truppenarzt

auf eine generelle

muskuloskelettale Überlastung und ordnete neben Kniebinden auch Dispensen und Analgetika – wie die Beklagte einräumte ( Urk. 42 Ziff. 21) – ohne klaren Bezug zu den Kniebeschwerden an . Damit im Einklang stehen die Angaben des Klägers in der Parteibefragung (Prot. S. 3 unten). Die von ihm erwähnte Physiotherapie bezog sich aktenkundig auf seine Rückenbeschwerden ( Urk. 15/5 , Eintrag vom 11. Oktober 2013 und dazugehörige Verordnung).

Dem Eintrag vom 31. Juli 2013

ist zu entnehmen , dass der Kläger beim Fussball spielen am Vortag eine Knie-Distorsion erlitten hatte . Gemäss der Un terfrage zur umstrittenen Frage 10 im Formular «Gesundheitsfragen» wurden zwar einzig mehr als zwei Jahre zurückliegende Verstauchungen und Verrenkungen von Armen und Beinen von der detaillierten Deklaration spflicht ausgenommen , aufgrund des damals erhobenen Befundes durfte der Kläger aber wiederum davon ausgehen, es handle sich bei der fraglichen Knie-Distorsion bloss

um eine vorübergehende Un pässlichkeit ohne Krankheitswert . So konnte der Truppenarzt am Folgetage keine sichtbare Schwellung oder Rötung feststellen und alle von ihm durchgeführten Tests

( insbesondere auch das Zohlen -Zeichen zur Beurteilung der Knorpel situation ) fielen negativ aus . Erhoben werden konnte einzig eine Druckdolenz über der distalen Biceps Femoris -Sehne , weshalb der Truppenarzt eine Sehnen-Zerrung diagnostizierte , Irfen und Voltaren -Gel verordnete und eine Belastung nach Massgabe der Beschwerden empfahl.

Wie die Parteien übereinstimmend feststell t en , liegen nach Juli 2013 keine Ein träge zu Kniebeschwerden mehr vor ( Urk. 34 Ziff. 17 und 50-56 ; Urk. 42 Ziff. 21).

Demnach

hatte der noch junge Kläger , wie von ihm behauptet ( Urk. 34 Ziff. 94), auch nach Konsultation des Truppenarztes keinen Grund zur Annahme, dass seinen jeweils bei starker Belastung aufgetretenen B eschwerden eine krankhafte Veränderung de r Kniegelenk e zugrunde liegen könnte. Im Übrigen behauptete die Beklagte selbst

nicht, die damals erlittene , nicht angezeigte

Kniedistorsion sei für die aktuellen Beschwerden (mit-)ursächlich.

Dass der Kläger bei der Rekrutierung und Untersuchung im Juli 2013 s einen Gesundheitszustand gegenüber dem Truppenarzt allenfalls aus Prestige Gründen geleugnet haben soll , bleibt eine unbelegte Behauptung

der Beklagten ( Urk. 42 Ziff. 8 ; Urk. 46 Ziff. 16 ). 5 . 4

Allfällige allgemeine

Zweifel an der Glaubhaftigkeit der klägerischen Angaben

vermögen die

nach den vorstehenden Erwägungen fehlenden objektiven Anhalts punkte für anzeigepflichtige Kniebeschwerden bei Vertragsabschluss nicht zu ersetzen . Insofern erübrigt sich eine Prüfung von behaupteten ( Urk. 14 S. 10 f. Ziff. 45; Urk. 42 Ziff. 11 , abweichend noch Urk. 14 S. 7 Ziff. 14 letzter Satz ) , aber bestrittenen ( Urk. 34 Ziff. 22 ff. , 57 und 63 f. ) Falschangaben im Zusammenhang mit Rückenbeschwerden, einem Alkohol- und Drogenkonsum sowie einer ADHS . Ein direkter Kausalzusammenhang zwischen diesen möglichen A nzeigepflicht verletzungen und der eingeklagten Leistungspflicht wurde von der Beklagten nicht dargetan .

Die vom Kläger offerierte Parteibefragung zu diesen Vorwürfen ist

deshalb entbehrlich ( Urk. 34 Ziff. 23 und 64 ).

Nur der Vollständigkeit halber sei angefügt, dass die Beklagte zu Recht bestritt ( Urk. 14 S. 8 Ziff. 30), dass die Gründung des Malergeschäfts keinen Aufschluss über die körperliche Leistungsfähigkeit gebe ( Urk. 1 Ziffer 13; Urk. 34 Ziff. 78). Selbst wenn konkrete Angaben zu Umfang und Art der ausgeführten Arbeiten vorlägen, wären diese durch die Auftragslage und finanzielle Situation des Klägers

beeinflusst. Vom Kläger zu wenig substantiiert dargelegt ( Urk. 1 Ziff. 17) und von der Beklagten zu Recht bestritten wurde ( Urk. 14 S. 9 Ziff. 37) , dass seine ADHS zu berücksichtigen wäre . So hat er nie behauptet, die Frage krankheitsbedingt falsch verstanden oder beantwortet zu haben. 5 . 5

Keiner Erläuterung bedarf es, dass Beeinträchtigungen des Bewegungsapparates Kniebeschwerden selbstredend miteinschliessen. Die Aufzählung von Schulterbeschwerden etc. erfolgte, wie der Kläger selbst erkannt hat, nur beispielhaft (Urk. 1 Ziff. 16; Urk. 14 S. 9 Ziff. 36 und S. 10 ad. Ziff. 19). Indes ist dem Kläger

bei zupflichten (Urk. 1 Ziff. 16), dass in der umstrittenen Frage 10, die Adressen der behandelnden Ärzte erfragt

wurden. Zudem

wird Krankheit in Art. 3 Abs. 1 AB als jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit definiert, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat, was beide Parteien bei der Auslegung von Frage 10 mitberücksichtigen (Urk. 34 Ziff. 19 f., 72 und 81; Urk. 42 Ziff. 9 und 34; Urk. 46 Ziff. 38). Es kommt hinzu, dass das Formular «Gesundheitsfragen»

trotz der äusserst umfassenden Formulierung von Frage 10 («gesundheitliche Beeinträchtigungen des Bewegungsapparates») kaum Platz bot, um konkrete Leiden anzugeben. Beispielhaft wurden schliesslich

«chronische Schmerzen» genannt (Urk. 15/1).

In diesem Sinne unterscheidet sich der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt – wie vom Kläger moniert (Urk. 34 Ziff. 80) – wesentlich von jenem im von der Beklagten angeführten Urteil des Bundesgerichts 9C\_199/2008 vom 19. November 2008 (Urk. 14 S. 8 Ziff.

### **E. 33**

f., S. 9 Ziff.

### **E. 36**

und S. 10 Ziff.

### **E. 39**

). Im Rahmen einer Auslegung nach Treu und Glauben ist die Sichtweise des Klägers, es würden nur Beschwerden erfragt, die Anlass zu einem Arztbesuch gegeben hatten, respektive bloss vorübergehende Beschwerden nach starker Belastung seien nicht anzeigepflichtig, nicht zu beanstanden. Ob, wie von der Beklagten eingewendet (Urk.

### **E. 42**

Ziff. 2, 11 und 13; Urk.

### **E. 46**

Ziff. 5, 23 und 27-31). Die zweite Kündigung erfolgte bereits nach eigener Darstellung der Beklagten mehr als vier Wochen nach Kenntnisnahme der vermeintlichen Anzeigepflichtverletzung

und damit verspätet (Urk. 14 S. 11 Ziff.

### **E. 48**

; unsubstantiiert bestritten in Urk. 34 Ziff. 103). 6.

### **E. 50**

.- für Barauslagen ist die Parteientschädigung für diesen Verfahrensteil auf gerundet Fr. 2'400.- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen. 8.4

Rechtsanwältin Schneider reichte keine Honorarnote ein, weshalb die Prozessentschädigung für das restliche Verfahren nach Ermessen festzusetzen ist (vgl. § 7

Abs. 2 GebV

SVGer).

Mit Eingabe vom 24. September 2018 stellte Rechtsanwältin Schneider ein Gesuch um unentgeltliche Rechtsvertretung (Urk. 26). Sie nahm so dann an der Gerichtsverhandlung vom 27. September 2018 teil, die mit einer Stunde Verspätung begann und von 11.00 bis 12.45 Uhr

dauerte (Prot. S 2 und 6). Am 7. Januar 2019 erstattete

Rechtsanwältin Schneider, vertreten durch Rechtsanwältin Sieber, die Replik/Klageantwort (Urk. 34) und reichte mit Eingabe vom 28. Mai 2019 eine Stellungnahme zu den Dupliknoten/Widerklageduplik ein (Urk. 46). Es ist anzumerken, dass sich diese Eingaben in Anbetracht des überschaubaren Sachverhalts und der wenigen relevanten Unterlagen als zu umfangreich erweisen. Dies ist im Wesentlichen auf zahlreiche unnötige und unübersichtliche Wiederholungen zurückzuführen (vgl. dazu die Vielzahl der Belegstellen für jede Parteibehauptung). Der Kläger wurde so dann im Beweisverfahren verpflichtet, Leistungsaussagen seiner Krankenkassen zu edieren (Urk. 49), welche Rechtsanwältin Schneider bei brachte (Urk. 52-54 und 55/1-2). Diese nahm schliesslich mit Eingabe vom 9. September 2019 zum Beweisergebnis Stellung (Urk. 59). Daneben finden sich ein Akteneinsichtsgesuch (Urk. 20), ein Fristerstreckungsgesuch (Urk. 33), Telefonnotizen (Urk. 22, 50 und 58) und die Mitteilung einer Adressänderung (Urk. 38).

Trotz des eher einfachen Sachverhalts und der wenigen relevanten Akten

fanden ein umfassender

Schriftenwechsel, eine Verhandlung und ein Beweisverfahren statt. Es ist deshalb von einem erhöhten Zeitaufwand für den Verfahrensabschnitt ab September 2018 auszugehen. Kein

Anspruch auf

Entschädigung besteht für die unnötigen Kosten, welche

durch den Anwaltswechsel

(erneutes Einlesen und Instruieren)

und das verspätete Erscheinen

des Klägers zur Verhandlung angefallen sind. Hierfür ist vom als angemessen erscheinenden zeitlichen Aufwand von 23 Stunden für das Aktenstudium, das Verfassen der Rechtsschriften, die Teilnahme an der Verhandlung und die Edition der Krankenkassenbelege ein Abzug von 4 Stunden angezeigt. Bei einem Stundenansatz von Fr. 220.- und einer Pauschalen von Fr. 200.- für Barauslagen ist der

an Rechtsanwältin Schneider auszahlende Teil der Prozessentschädigung

auf gerundet

Fr. 4' 7 00.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) zu beziffern . 8.5

Zusammenfassend ist die Beklagte daher zu verpflichten, den unentgeltlichen Rechtsvertretern des Klägers direkt (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 4A\_170/ 2018 vom 20. Juni 2018 E. 1.3) eine Prozessentschädigung wie folgt zu bezahlen: Rechtsanwalt Lang Fr. 2' 4 00.-- und Rechtsanwältin Schneider Fr. 4 ' 7 00.-- (jeweils inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen). Das Gericht erkennt:

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