

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00007**

## **vom 1. November 2022**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2022-11-01, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2021.00007](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00007)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00007 du 1 novembre 2022

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00007 del 1 novembre 2022

### **Erwägungen**

#### **E. 1.1**

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz [KVAG]) dem VVG und sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 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).

#### **E. 1.2**

.2

Soweit der Beklagte sowohl in der Klageantwort (Urk. 14 S. 5) als auch in der Duplik (Urk. 27 S. 4) die örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage bestreitet und vorbringt, die Klage hätte sich gegen die Arbeitgeberin des Beklagten, die Y.\_\_\_\_ GmbH mit Sitz in C.\_\_\_\_, Kanton Thurgau, zu richten, weshalb die Gerichte des Kantons Thurgau örtlich zuständig seien, verfängt dies nach dem vorstehend Ausgeführten nicht. Vielmehr handelt es sich beim Beklagten um eine aus Versicherungsvertrag begünstigte (natürliche) Person mit Wohnsitz in D.\_\_\_\_ im Kanton Zürich, mithin um einen Konsumenten im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ZPO, weshalb die Klägerin ihre Klage gestützt auf Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO zu Recht beim hiesigen Gericht anhängig machte. 1.

#### **E. 1.2.1**

Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten über den Anspruch aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung sachlich zuständig ist. Im

Kanton Zürich liegt diese Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht GSVGer; vgl. auch BGE 138 III 2 E. 1.2.2).

Die für das Sozialversicherungsgericht verbindliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung findet sich in Art. 32 ZPO. Demnach ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, worunter regelmässig auch Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen fallen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_695/2011 vom 18. Januar 2012 E. 3.1), für Klagen des Konsumenten gegen den Anbieter das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit

. a ZPO) , für Klagen des Anbieters gegen den Konsumenten hingegen einzig das Gericht am Wohnsitz des Konsumenten zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit . b ZPO ; vgl. auch Haas/Strub, in: Oberhammer/ Domej /Haas [Hrsg.], Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung ZPO, 2. Auflage, Basel 2014, Art. 32 N 18 f. ; ferner Kaiser Job, in: Spühler / Tenchio /Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 32 N 18 ) .

Unter einem Konsumenten im Sinne von Art. 32 Abs. 2 ZPO wird dabei grundsätzlich ein Letztverbraucher verstanden, der aufgrund des Bezuges auf den Wohnsitz in Art. 32 Abs. 1 lit . b ZPO zugleich eine natürliche Person sein muss . Bei Streitigkeiten über Versicherungsverträge besteht insofern eine Besonderheit, als mangels eines speziellen Gerichtsstandes für Versicherungssachen nicht nur Versicherungsnehmer, sondern auch Versicherte oder aus Versicherungsvertrag begünstigte Personen sowie ihre Rechtsnachfolger als Konsumenten gelten ( Haas/Strub, a.a.O., Art. 32 N 10 ).

### **E. 1.3**

Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei nach Art. 243 Abs. 2 lit . f ZPO das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt und die Klage direkt – mithin ohne vorgängiges Schlichtungsverfahren – beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und E. 4.6).

Nach Art. 247 Abs. 2 lit . a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit . f ZPO untersteht die Streitigkeit der Untersuchungsmaxime. Danach stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. 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 den Stoff folglich selbst beschaffen; das Gericht kommt ihnen lediglich mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden, es ermittelt jedoch nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei der 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. 2.3.1-2.3.3 und die dortigen Verweise).

Im Übrigen gelten die Bestimmungen der ZPO für das ordentliche Verfahren sinn gemäss für das vereinfachte Verfahren, soweit die ZPO für letzteres nichts anderes bestimmt (Art. 219 ZPO).

### **E. 1.4**

#### **1.4.1**

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. Demnach hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden respektive rechtsvernichtenden oder rechts hindernden 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. Sie gilt

auch im Rahmen des Versicherungsvertrages (BGE 130 III 321 E. 3.1) .

#### **E. 1.4.2**

Im Rahmen des Versicherungsvertrages hat somit der Anspruchsberechtigte

– in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs (Art. 39 VVG) zu behaupten und zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrages, den Eintritt des Versicherungsfalles sowie den Umfang des Anspruchs. 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 141 III 241 E.

3.1; 130 III 321 E.

3.1; Urteil des Bundesgerichts 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E.

2.1). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1).

#### **E. 1.4.3**

Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden; vielmehr genügt es, wenn das Gericht am Vorliegen behaupteter Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Lehre und Rechtsprechung herausgearbeitet worden. Dabei wird in dem Sinne eine Beweisnot vorausgesetzt, dass 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. Im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Versicherungsfalles geht die Rechtsprechung davon aus, dass namentlich bei der Diebstahlversicherung in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt. Dies gilt hingegen nicht für eine behauptete Arbeitsunfähigkeit, welche ohne weiteres mit einem entsprechenden Zeugnis bewiesen werden kann. Diesbezüglich gilt das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (BGE 148 III 134 E. 3.4.1-3.4.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1) . 1.

#### **E. 2**

.3

Entsprechend ist die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage gegeben.

#### **E. 2.3**

Aus dem Dargelegten ergibt sich, dass nur der versicherte Beklagte persönlich Taggeldansprüche einklagen könnte, mithin stünde ein allfällig aus diesem Versicherungsverhältnis entstandener Anspruch ihm als Arbeitnehmer zu. Nur er selbst wäre

folglich zur Einklagung von Leistungsansprüchen aus dem Versicherungsverhältnis aktivlegitimiert, weshalb er somit im Umkehrschluss passivlegitimiert ist (vgl. dazu auch das Urteil des Bundesgerichts 4D\_29/2014 vom 3. Juli 2014 E. 3).

Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin die Taggelder an die Arbeitgeberin ausbezahlt hat, zumal der Direktanspruch – wie vorstehend ausgeführt – unabhängig von internen arbeitsvertraglichen Vereinbarungen zwischen Arbeitgeberin und Arbeitnehmer besteht und Anhaltspunkte, dass der Beklagte diesen Anspruch an seine Arbeitgeberin abgetreten hat, den Akten nicht zu entnehmen sind; eine solche Abtretung wird im Übrigen vom Beklagten auch nicht geltend gemacht, weshalb sich insoweit eine weitere Prüfung erübrigt.

Entsprechend ist die Passivlegitimation des Beklagten vorliegend zu bejahen. 3.3.1

Ebenfalls vorab zu prüfen ist die Verjährungseinrede seitens des Beklagten.

Unter Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur relativen einjährigen Verjährungsfrist des Bereicherungsrechts (Art. 67 Abs. 1 des Obligationenrechts [OR]) führt der Beklagte aus, unabhängig davon, ob auf die formfehlerbehaftete Klage der Klägerin vom 18. Februar 2021 oder auf die formell korrekt und terzeichnete Klage vom 10. März 2021 (Eingangsdatum) abgestellt werde, sei die Forderung als verjährt anzusehen. So würden rechtsprechungsgemäss für den Beginn der Verjährungsfrist Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung sowie die Person des Bereicherten genügen. Ausschlaggebend sei folglich der Zeitpunkt, in welchem die Klägerin eine ungefähre Kenntnis der präsumptiv zu viel bezahlten Taggelder gehabt habe, was spätestens am 13. Februar 2020 der Fall gewesen sei, da die Klägerin an diesem Tag der B.\_\_\_\_ ausführlich mitgeteilt habe, welche Punkte sie in der Buchhaltung der Y.\_\_\_\_ GmbH beanstandete respektive welche Lohnangaben und Belege als unkorrekt angesehen würden. In jenem Zeitpunkt sei der Klägerin nicht bloss ungefähr, sondern ziffernmässig genau bekannt gewesen, welchen «Schaden» sie geltend machen würde; mithin seien im E-Mail an die B.\_\_\_\_ sämtliche auch in der Klage vorgebrachten Punkte erwähnt worden. Bereits am 5. Februar 2020 habe der Treuhänder

der Klägerin über diesen Buchhaltungsabschluss für das Jahr 2019 sowie die Kontendetails zu kommen lassen, weshalb die Klägerin in jenem Zeitpunkt über sämtliche notwendigen Informationen verfügt habe. Folglich habe die Verjährungsfrist zwischen dem 5. und dem 13. Februar 2020 zu laufen begonnen, weshalb die Forderung im Zeitpunkt der Klageeinreichung (am 18. Februar oder am 10. März 2021) verjährt gewesen sei (Urk. 14 S. 19-21 und Urk. 27 S. 14 f.).

Demgegenüber hält die Klägerin dafür, die Ausführungen des Beklagten, wonach die einjährige Verjährungsfrist bereits mit der Schadenmeldung zu laufen begonnen habe, seien ebenso verfehlt wie sein Verweis auf die Rechtsprechung zu Fällen der Invalidenversicherung. Vielmehr seien die Bestimmungen des VVG anwendbar; die fristauslösende Kenntnisnahme für den Beginn der einjährigen Verjährungsfrist liege vor, wenn ein Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit über den Bereicherungsanspruch habe, dass nach Treu und Glauben gesagt werden könne, er habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Vorliegend seien die bis zur Mandatierung der B.\_\_\_\_ getroffenen Abklärungen gerade

noch nicht ausreihend gewesen, um Gewissheit über den Rückforderungsanspruch zu haben, weshalb eine Spezialistin beigezogen worden sei. Vom Beginn der Verjährungsfrist sei frühestens am 11. März 2020 auszugehen, weshalb die Klage noch vor Eintritt der Verjährung rechtshängig gemacht worden sei (Urk. 21 S. 10). 3.2

Zwischen den Parteien zu Recht unbestritten ist die Anwendbarkeit des Bereicherungsrechts, mithin die Anwendbarkeit von Art. 67 OR auf den hier zu beurteilenden Fall (vgl. auch Nef, a.a.O., Art. 40 N 55). Allerdings verkennen die Parteien im Rahmen ihrer Ausführungen, dass am 1. Januar 2020 das revidierte Verjährungsrecht in Kraft getreten ist.

Dieses sieht vor, dass ein Bereicherungsanspruch gestützt auf Art. 67 Abs. 1 OR nunmehr mit Ablauf von drei Jahren, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, verjährt. Auch wenn gemäss Art. 1 Abs. 2 SchlT ZGB grundsätzlich die « Regel der Nichtrückwirkung » gilt, begründet Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB in Abweichung davon eine unechte Rückwirkung: Demnach gilt, sofern das neue Recht eine längere Frist als das bisherige Recht bestimmt, das neue Recht, wenn die Verjährung nach bisherigem Recht noch nicht eingetreten ist. Ist folglich die Verjährung am 31. Dezember 2019 noch nicht eingetreten, gelangt die Verjährungsfrist desjenigen Rechts zur Anwendung, die länger ist (vgl. zum Ganzen Fellmann, Das neue Verjährungsrecht, in: ZBJV 156/2020 S. 201 ff., S. 226; Pichonnaz, Das revidierte Verjährungsrecht: Drei bemerkenswerte Punkte, in: SJZ 115/2019, S. 739 ff., S. 747; Verde, Neues Jahrzehnt – neues Verjährungsrecht, in: AJP 2020 S. 171 ff., S. 185). 3.3

Vorliegend ist unbestritten, dass die Verjährung der Rückforderung am 31. Dezember 2019 noch nicht eingetreten ist (vgl. E. 3.1).

Da der revidierte Art. 67 Abs. 1 OR eine Verjährungsfrist von drei Jahren, mithin eine längere Verjährungsfrist als die altrechtliche einjährige Verjährungsfrist vorsieht, findet auf den hier zu beurteilenden Fall der revidierte Art. 67 Abs. 1 OR Anwendung (Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB). Entsprechend verjährt der Rückforderungsanspruch der Klägerin mit Ablauf von drei Jahren, nachdem sie von ihrem Anspruch Kenntnis erhalten hat.

Vor diesem Hintergrund kann vorliegend offengelassen werden, ob die

Klägerin – wie vom Beklagten behauptet – bereits am 5. Februar 2020 respektive spätestens am 13. Februar 2020 Gewissheit über den Bereicherungsanspruch hatte oder diese erst – wie die Klägerin vorbringt –

am 11. März 2020 vorlag, zumal ihr Rückforderungsanspruch im Zeitpunkt der Klageerhebung – unabhängig davon, ob dabei auf den 18. Februar 2021 oder den 10. März 2021 abgestellt wird – jedenfalls noch nicht verjährt war. 4. 4.1

Es ist vorliegend unbestritten, dass der Beklagte aufgrund der von seiner Arbeitgeberin, der Y. GmbH, mit der Klägerin abgeschlossenen Krankentaggeldversicherung (Kollektivvertrags-Nr. ...) gemäss den Angaben im Datenblatt der Police (Urk. 22/128 S. 3), den Zusatzbedingungen (ZB) für die Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2008 (Urk. 22/128 S. 12 f.), sowie den Allgemeinen Bedingungen (AB) für die Kollektiv-Krankenversicherung, Ausgabe 2008 (Urk. 22/128 S. 14-18), für ein Taggeld versichert war (Urk. 21 S. 2; Urk. 27 S. 3). Gemäss dieser Police leistet die Klägerin im Krankheitsfall 720 Taggeldeinheiten innerhalb 90 aufeinanderfolgenden Tagen im Umfang von 80 % des versicherten Lohnes abzüglich einer Wartefrist von 90 Tagen; versichert ist das

ge samte Personal ( Urk. 22/128 S. 3 ).

Ebenfalls unbestritten ist die Arbeitsunfähigkeit des Beklagten i m fraglichen Zeit raum (Urk. 14 S. 7 und S. 19 ; Urk. 21 S. 3 ) . 4.2

Vorliegend strittig ist demgegenüber , ob ein Rückforderungsanspruch seitens der Klägerin im Umfang von Fr. 96'588.-- zuzüglich 5 % Verzugszins seit 26. März 2020 besteht und ob der Beklagte verpflichtet ist, diesen Betrag einschliesslich des Verzugszins es

der Klägerin zu erstatten . 4.2.1

Die Klägerin begründet ihren Rückforderungsanspruch mit Verweis auf Art. 40 VVG. Da der Beklagte auf betrügerische Art und Weise versucht habe, Leistungen zu erwirken, habe sie von ihrem Kündigungsrecht gestützt auf Art. 40 VVG Gebrauch gemacht und den zwischen ihr und der Y.\_\_\_\_ GmbH abgeschlossenen Vertrag aufgelöst , weshalb die bereits erbrachten Leistungen zurück zuerstatten seien (Urk. 1 und 6 S. 2 und S. 5) . Im Verlaufe der Abklärungen ihrer Leistungspflicht habe sie das Dossier zwecks Prüfung, ob der geltend gemachte Monatslohn vor dem Eintritt des versicherten Ereignisses effektiv Fr. 18'000.-- betragen habe, der B.\_\_\_\_ unterbreitet. Diese habe ausgeführt, dass vor Eintritt des Schadenereignisses im Februar 2019 in den Monaten Januar und Februar 2019 ein Lohn von Fr. 9'000.-- ausbezahlt und erst am 15. März 2019, nach Schadens eintritt, der höhere Lohn nachbezahlt worden sei; überdies sei die Mutationsmeldung beim BVG-Versicherer erst am 19. März 2019 eingegangen. Dies führe zum Schluss, dass die Dokumente, welche die angebliche Lohnerhöhung vor Eintritt des versicherten Ereignisses belegen sollten, im Nachhinein erstellt und sowohl die Mutationsmeldung vom 11. Dezember 2018 als auch der zweite Arbeitsvertrag vom 16. Dezember 2018 zurückdatiert worden seien, um höhere Tag geldleistungen zu erwirken (Urk. 1 und 6 S. 3-5) . Andernfalls wären Taggelder auf der Basis von Fr. 9'000.-- ausgerichtet worden; die Verfälschung dieser Tatsachen sei objektiv betrachtet geeignet, Bestand und Umfang der Leistungspflicht zu beeinflussen, weshalb die objektive Voraussetzung der betrügerischen An spruchs begründung erfüllt sei . Dasselbe gelte auch für den subjektiven Tatbestand, da der Beklagte wissentlich und willentlich im Nachhinein diese Dokumente produziert habe, um höhere Taggeldleistungen zu erwirken. Auch sei der Täuschungserfolg eingetreten, habe doch sie, die Klägerin, über Monate hinweg ein überhöhtes Tag geld ausgerichtet. Dabei müsse sich die Y.\_\_\_\_ GmbH das betrügerische Verhalten des Beklagten als Organ anrechnen lassen (Art. 55 Abs. 2 ZGB), zumal letzterer alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift sei (Urk. 1 und 6 S. 6) . 4.2.2

Demgegenüber bringt der Beklagte zunächst vor, er sei nicht Vertragspartei der Klägerin, weshalb er nicht unter Bezugnahme auf das VVG respektive einen Versicherungsvertrag mit Dritten belangt werden könne (Urk. 14 S. 6) ; ebenso wenig liege eine Organstellung vor (Urk. 14 S. 18) . Auch würden die vom Treuhänder getätigten Aussagen weder ihn als Beklagten persönlich noch seine Arbeitgeberin, die Y.\_\_\_\_ GmbH, zu binden vermögen , da keine im Handelsregister eingetragene Zeichnungsbefugnis vorliege. Vielmehr seien weder er noch seine Arbeitgeberin in Kenntnis der Bedeutung von Lohnmeldungen, Versicherungsverträgen, Steuererklärungen oder Ähnlichem; soweit also Lohnangaben nicht korrekt gewesen seien, könne weder ihm noch seiner Arbeitgeberin ein Vorwurf gemacht werden. Die Handlung des Treuhänders rechtfertige insbesondere keinen Durchgriff auf ihn als Arbeitnehmer (Urk. 14 S. 7 , S.

**E. 5**

Am 1. Januar 2022 ist das revidierte VVG in Kraft getreten. In zeitlicher Hinsicht sind vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen grundsätzlich diejenigen Rechtsätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1; 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweisen). Gemäss der in Art. 103a VVG geregelten Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2020 gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung abgeschlossen worden sind, folgende Bestimmungen des neuen Rechts: die Formvorschriften ( lit . a) und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b ( lit . b). Da diesen Bestimmungen vorliegend keine Entscheidelevanz zukommt, sind die bis 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Rechtsvorschriften anwendbar, die nachfolgend auch in dieser Fas sung zitiert werden. 2 . 2 . 1

Vorab zu prüfen ist, wie es sich mit der Passivlegitimation des Beklagten als Arbeitnehmer der Y.\_\_\_\_ GmbH verhält.

D ie

Klägerin bringt diesbezüglich vor, bei einem Kollektiv-Versicherungsvertrag handle es sich um einen echten Vertrag zu Gunsten Dritter, womit dem Dritten, dem Arbeitnehmer, ein direktes Forderungsrecht gegen den Versicherer zustehe. Dies ergebe sich auch aus Art. 87 VVG, wonach demjenigen, zu dessen Gunsten eine Versicherung abgeschlossen worden sei, ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zustehe. Folglich sei nur dieser zur Klage aktivlegitimiert und im Umkehrschluss passivlegitimiert; dieser Direktanspruch bestehe unabhän gig allfälliger interner arbeitsvertraglicher Vereinbarungen, auch stehe diesem der Um stand, dass die Taggelder an die Arbeitgeberin geleistet worden seien, nicht entgegen. S ie habe die Taggelder, welche sie zurückfordere, an die Arbeitgeberin und Versicherungsnehmerin , die Y.\_\_\_\_ GmbH,

ausbezahlt , welche diese sodann – wie in der Praxis üblich –

im Rahmen der Lohnfortzahlung an den Beklagten als Arbeitnehmer weitergeleitet habe . Damit sei der Beklagte im Umfang der geleisteten Zahlungen ungerechtfertigt bereichert, weshalb er, und nicht etwa die Arbeitgeberin, zur Rückerstattung verpflichtet sei (Urk. 21 S. 2 f. ).

Demgegenüber bestreitet der Beklagte seine Passivlegitimation , indem er aus führt , aus dem Bezug aus einem Leistungsfall, welcher (zwingenderweise) von der Arbeitgeberin gemeldet werde, könne der versicherte Arbeitnehmer nicht belangt werden. Ein allfälliger Rückforderungsanspruch

sei gegenüber der Arbeitgeberin als Vertragspartei und Versicherungsnehmerin geltend zu machen. Ein persön liches Verschulden seinerseits, welches eine ausservertragliche Haftung begrün den würde, sei weder vorhanden noch werde dies behauptet oder gar nachge wie sen (Urk. 14 S. 3 und Urk. 27 S. 2 f. ). 2 . 2

Art. 87 VVG sieht vor, dass derjenigen Person, zu deren Gunsten eine kollektive Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zusteht. Entsprechend er wirbt der Versicherte mit dem Eintritt des Versicherungsfalls von Gesetzes wegen einen eigenen, direkten Anspruch gegen den Versicherer, mithin wird er zum An spruchsberechtigten

(Stein, in: Honsell /Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basler Kom mentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, Art. 87 N 15 und N 23; vgl. auch Frey/Lang, in:

Honsell /Vogt/Schnyder/ Groli mund [Hrsg.], Basler Kommentar, Versicherungsvertragsgesetz, Nach füh rungs band, Ba sel 2012, Art. 87 ad N 15 und ad N 23). Dies gilt a uch dann, wenn der Versiche rungs vertrag die Ausrichtung der Leistungen an die Arbeitgeber in vor sieht ( Frey/Lang, a.a.O., Art. 87 ad N 18 ) .

Der Versicherer kann mit be frei ender Wirkung aus schliesslich an die anspruchsberechtigte Person leisten, nicht je doch an den Ver sicherungsnehmer ; folglich erfüllt der Versicherer seine Pflicht erst und nur inso fern, als die für ihn als Zahlstelle handelnde Arbeitgeberin die dem Ar beitnehmer zu stehenden Taggelder in vollem Umfang weiterleitet res pek tive aus zahlt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_514/2018 vom 28. November 2018 E. 2.1) .

Art. 98 VVG führt Art. 87 VVG unter denjenigen Bestimmungen auf, welche nicht zu Ungunsten des Versicherungsnehmers respektive de r

a nspruchsberech tig ten Person abgeändert werden dürfen. Die Bestimmung von Art. 87 VVG be trifft dabei das Verhältnis zwischen dem Versicherer einerseits und dem Versiche rungsnehmer sowie der anspruchsberechtigten Person andererseits. Sie hindert die anspruchsberechtigte Person nicht, ihre Ansprüche nach eingetretenem Ver si cherungsfall an den Versicherungsnehmer oder an eine andere Person abzutre ten, wobei sich die Abtretung von Leistungen aus einer privaten Krankenversi che rung nach Art. 73 Abs. 1 VVG richtet. Dementsprechend bedarf es für deren Gül tigkeit der Schriftform und der Übergabe der Police sowie der schriftlichen An zeige an den Versicherer (Art. 73 Abs. 1 Satz 2 VVG; vgl. zum Ganzen Stein, a.a.O., Art. 87 N 16; Frey/Lang, a.a.O., Art. 87 ad N 16 ) .

### **E. 5.1**

D er Beklagte bestreitet zunächst den Bestand der Forderung respektive die

« Wei ter leitung» der ausgerichteten Taggelder an ihn als Arbeitnehmer und führt aus, rückerstattungspflichtig sei – sofern Taggelder geflossen seien – nicht er als Arbeitnehmer , sondern seine Arbeitgeberin, die Y.\_\_\_\_ GmbH

(vgl. E. 4.2.2 und E. 4.2.4).

### **E. 5.2**

Den Akten ist zu entnehmen, dass die Klägerin folgende Taggeldleistungen an die Arbeitgeberin des Beklagten, die Y.\_\_\_\_ GmbH, erbracht hat:

AUF 100 % vom 24.05.2019 - 30.06.2019, 38 Tage à 522.08, Fr. 19'840.-- (Urk. 2/26)

AUF 100 % vom 01.07.2019 - 31.07.2019, 31 Tage à 522.08, Fr. 16'185.-- (Urk. 2/32)

AUF 100 % vom 01.08.2019 - 31.08.2019, 31 Tage à 522.08, Fr. 16'185.-- (Urk. 2/38)

AUF 100 % vom 01.09.2019 - 30.09.2019, 30 Tage à 522.08, Fr. 15' 663.-- (Urk. 2/44)

AUF 100 % vom 01.10.2019 - 31.10.2019, 31 Tage à 522.08, Fr. 16'185.-- (Urk. 2/48)

AUF 100 % vom 01.11.2019 - 30.11.2019, 30 Tage à 522.08, Fr. 12'530.-- (Urk. 2/62)

Total 191 Tage, Fr. 96'58 8 . --

Die Taggeldleistungen überwies die Klägerin jeweils auf ein Konto bei der Bank E.\_\_\_\_ ( vgl. Urk. 2/26, 2/32, 2/38, 2/44, 2/48, 2/62 ) .

Dem Kontoblatt der Y.\_\_\_\_ GmbH (Urk. 2/123 ab S. 30) ist zu entnehmen, dass die Taggeldleistungen bei der Arbeitgeberin des Beklagten unter dem Buchungstext «Allianz TG» verbucht und folglich effektiv an diese geleistet wurden (vgl. S. 8, S. 9, S. 11, S. 12,

S. 15, Konto 1020 [Bank E.\_\_\_\_ Firmenkonto],

sowie insbesondere S. 71, Konto 5020 [Leistungen von Sozialvers.]). Vor diesem Hintergrund läuft die Behauptung des Beklagten, wonach fraglich sei, dass überhaupt Taggelder geflossen seien (vgl. E. 4.2.2), ins Leere. Dasselbe gilt für die angeblich fehlende Spezifizierung der entsprechenden Unterlagen (vgl. E. 4.2.2), ist doch – wie die Klägerin zu Recht festhält (vgl. E. 4.2.3) – dem E-Mail des Treuhänders vom 26. Februar 2020 (Urk. 2/100 S. 1 f.) eindeutig zu entnehmen, um welche Unterlagen es sich dabei handelt, mithin um den Kontoauszug der Y.\_\_\_\_ GmbH bei der Bank E.\_\_\_\_, was zudem auch aus der Bezeichnung der dem E-Mail im Anhang beigefügten pdf-Datei und dem Kontoblatt selbst hervor geht.

### **E. 5.3**

Soweit der Beklagte die Weiterleitung der Taggelder an ihn bes treitet, ist ebenfalls auf das Kontoblatt zu verweisen, welchem zu entnehmen ist, dass seine Arbeitgeberin die Taggeldleistungen in Form von Lohnzahlungen an den Beklagten weiterleitete (vgl. Urk. 2/123 S. 71, Konto 5020 [Leistungen von Sozialvers.]).

Im Übrigen ist vor dem Hintergrund, dass der Beklagte sowohl alleiniger beherr schender Gesellschafter (Inhaber sämtlicher Stammanteile) und Geschäftsführer mit Einzelunterschrift der Y.\_\_\_\_ GmbH (vgl. E. 1.1 des Sachver haltes) als auch Arbeitnehmer dieser Gesellschaft ist, seine Behauptung, es sei nicht bewiesen, dass die Gesellschaft die Taggelder auch an ihn weitergeleitet habe (vgl. E. 4.2.4), mithin seine Berufung auf die rechtliche Selbständigkeit der Gesellschaft,

als klar rechtsmissbräuchlich zu qualifizieren. Vorliegend handelt es sich um einen Durchgriffsfall, wonach sich die wirtschaftlich identischen, aber rechtlich grundsätzlich getrennten Rechtssubjekte jeweils das Handeln des anderen zurechnen lassen müssen, folglich

der

Beklagte sich das Handeln der Y.\_\_\_\_ GmbH (und umgekehrt) anrechnen lassen muss (vgl. zum Durchgriff bspw. BGE 136 I 65 E. 5.4; Urteil des Bundesgerichts 2C\_396/2011 vom 26. April 2012 E. 4.2.1).

### **E. 5.4**

Nach dem Gesagten steht zunächst fest, dass die Klägerin Taggelder im Umfang von Fr. 96'588.-- an die Y.\_\_\_\_ GmbH ausgerichtet hat, welche wiederum die Lohnfortzahlungen in der Höhe des Taggeldanspruches des Beklagten effektiv an diesen geleistet hat. Dementsprechend geht auch die Behauptung des Beklagten, wonach seine Arbeitgeberin, und nicht er, rückerstattungspflichtig sei, fehl, zumal der Beklagte die Taggelder über seine Arbeitgeberin effektiv erhalten hat (vgl. auch E. 2). 6.1

Zu prüfen bleibt, ob ein Rückforderungsanspruch der Klägerin im Umfang der geleisteten Taggelder besteht. 6.2

Die Klägerin stützt ihren Anspruch auf Art. 40 VVG (vgl. E. 4.2.1 und E. 4.2.3), welcher die betrügerische Begründung eines Versicherungsanspruches betrifft. Demnach ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten (dem Versicherten, vgl. E. 2.2) nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat oder die ihm nach Massgabe des Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat.

Art. 40 VVG setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass der Anspruchsberechtigte unrichtige Mitteilungen macht oder wichtige Tatsachen verschweigt, beispielsweise solche, welche die Leistungspflicht des Versicherers erhöhen.

Dabei ist nicht jede Verfälschung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, die objektiv geeignet ist, den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; mithin müsste der Versicherer dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. Verlangt wird allerdings kein Täuschungserfolg, es genügt ein Verhalten, welches objektiv die Irrführung des Versicherers verursachen kann. Missbilligt wird folglich bereits der erfolglose betrügerische Versuch, wobei der Umstand, dass der Versicherer den wahren Sachverhalt im Augenblick des Täuschungsversuchs bereits kannte oder bei der Prüfung des Anspruchs hätte erkennen müssen, nichts an der Taxierung des erwähnten Verhaltens als betrügerisch und gesetzlich missbilligter Akt ändert (vgl. zum Ganzen Nef, a.a.O., Art. 40 N 12-17).

In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 40 VVG die Täuschungsabsicht. Der Anspruchsberechtigte muss dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben machen, um einen Vermögensvorteil zu erlangen, wobei die Täuschungsabsicht auch dann schon gegeben ist, wenn der Anspruchsberechtigte um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss und dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert. Hingegen setzt Art. 40 VVG keine Arglist voraus, auch ist bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen der Täuschungserfolg ohne Belang, mithin kommt es nicht darauf an, ob der Anspruchsberechtigte den Versicherer tatsächlich in die Irre zu führen vermochte oder ob dieser dadurch einen finanziellen Schaden erlitt. Das Handeln oder Schweigen in Täuschungsabsicht allein genügt (vgl. zum Ganzen Nef, a.a.O., Art. 40 N 23 f.).

Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber nicht an den Vertrag gebunden. Entsprechend hat der Versicherer das Recht, die Leistung zu verweigern und gegenüber dem Versicherungsnehmer vom Vertrag zurückzutreten (Nef, a.a.O., Art.

40 N 44). Hat der Versicherer die Leistung bereits erbracht, steht ihm ein Rückforderungsrecht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zu (Nef, a.a.O., Art. 40 N 55; vgl. auch BGE 129 III 649 E. 2.3). Da es sich beim Recht, vom Vertrag zurückzutreten und die Leistung zu verweigern, um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, hat der Versicherer den (Haupt-)Beweis zu leisten, wobei er hinsichtlich der Täuschungsabsicht von einer Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises profitieren kann (vgl. Nef, a.a.O., Art. 40 N 57; BGE 148 III 134 E. 3.4.3), den Nachweis der wahrheitswidrigen Darstellung von Fakten, mithin den Beweis der objektiven

Voraussetzung demgegenüber mit dem strikten Beweis zu erbringen hat ( Nef, a.a.O., Art 40 N 59; BGE 148 III 134 E. 3.4.3 ) . 6. 3 6.3.1

In objektiver Hinsicht verweist die Klägerin zur Begründung ihres Rückforderungsanspruches auf die Ausführungen der B.\_\_\_\_, welche zum Schluss führen würden, dass die Dokumente, welche eine angebliche Lohnerhöhung belegen sollten, im Nachhinein erstellt und sowohl die Mutationsmeldung zuhanden des BVG-Versicherers als auch der zweite Arbeitsvertrag zurückdatiert worden seien

(vgl. E. 4.2.1). Dies belege der Umstand, dass der Treuhänder

wenige Tage vor dem Unfallereignis eine Lohnreduktion gemeldet habe, obwohl er laut dem Beklagten bereits über eine Lohnerhöhung informiert gewesen wäre (vgl. E. 4.2.3).

Unbestritten und der Krankheitsmeldung zu entnehmen ist, dass der Beklagte seit dem 23. Februar 2019 arbeitsunfähig war (Urk. 2/1). Dieser Krankheitsmeldung, welche vom 30. April 2019 datiert, ist zudem zu entnehmen, dass ein versicherter Lohn von Fr. 117'000.-- aufgeführt ist. Wie die Klägerin weiter zutreffend ausführt, wurde in den Monaten vor dem Schadenereignis vom 23. Februar 2019

je weils ein Lohn auf der Basis von Fr. 9'000.-- ausbezahlt (Urk. 2/123 S. 53 und S. 56 des Kontoauszuges), ab März 2019 hingegen ein Lohn auf der Basis von Fr. 18'000.-- (Urk. 2/123 S. 45 und S. 48 des Kontoauszuges; vgl. auch die entsprechenden Ausführungen der B.\_\_\_\_ vom 11. März 2020, Urk. 2/102a); über dies ist dem Kontoauszug zu entnehmen, dass dem Beklagten am 15. März 2019 ein weiterer als Lohn bezeichneter Betrag in der Höhe von Fr. 15'792.45 ausbezahlt wurde (Urk. 2/123 S. 50 des Kontoauszuges; Urk. 2/102a).

Weiter ist der Lohnliste der Y.\_\_\_\_ GmbH aus dem Jahr 2019 (Urk. 2/122) zu entnehmen, dass sich der gegenüber dem BVG-Versicherer gemeldete Lohn des Beklagten von bisher Fr. 121'550.-- um die vereinbarten Pauschalspesen von monatlich Fr. 350.-- auf Fr. 117'000.-- reduziert hatte und dass die entsprechende Meldung durch den Treuhänder am 20. Februar 2020 um 08:05 Uhr online erfasst wurde (S. 4 der Lohnliste). Zwar handelt es sich bei der Lohnliste – wie der Beklagte vorbringt (vgl. E. 4.2.2) – um einen reinen Computerausdruck, allerdings sind diesem sehr wohl das Ursprungsdatum samt Uhrzeit (20. Februar 2020, 08:05 Uhr) sowie die Herstellungsart (Sammelstiftung BVG der Allianz Suisse Lebensversicherungs-Gesellschaft) und die Eingabeart (Online im Listenportal) zu entnehmen.

Ebenso ist ersichtlich, dass es sich dabei um die Lohnliste 2019 für die Y.\_\_\_\_ GmbH in C.\_\_\_\_, Vertrags-Nr.

... , handelt und dass die Gesellschaft – und folglich auch der Beklagte als deren Vertreter – über die entsprechende Eingabe schriftlich informiert wurde (vgl. Begleitschreiben Urk. 2/122 S. 3 f.). Schliesslich geht aus den Akten ebenfalls hervor, dass die Änderung respektive die Erhöhung des anrechenbaren Lohnes

des Beklagten auf Fr.

234'000.-- am 19. März 2019 beim BVG-Versicherer einging und mutiert wurde (Urk. 2/85).

Was der Beklagte gegen die klägerischen Ausführungen

vorbringt, vermag vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen. So

verfängt zunächst seine Auffassung, wo nach die vom Treuhänder getätigten Aussagen weder ihn noch die Y.\_\_\_\_ GmbH zu binden vermögen, nicht, zumal gestützt auf Art. 40 VVG der Anspruchsberechtigte auch für das Verhalten seines Vertreters verantwortlich ist. Dabei ist allerdings nicht bloss der Stellvertreter im eigentlichen Sinne gemeint, dessen Handeln sich nach rechtsgeschäftlich erteilter Vollmacht richtet, sondern vielmehr jeder Dritte, der dem Versicherer gegenüber für den Anspruchsteller dessen Auskunfts Pflichten erfüllt, mithin umfasst dies auch einen

allfälligen Mittelsmann. Selbst wenn die ser Vertreter – ohne dazu ermächtigt zu sein – in Geschäftsführung ohne Auftrag nach Art. 419 ff. OR handelt, hat der Anspruchsberechtigte für das Handeln seines «Vertreters» die Verantwortung und die Rechtsfolgen dann zu tragen, wenn er dessen Intervention ausdrücklich oder stillschweigend billigt. Auf diese Weise soll der betrügerische Einsatz eines Strohmannes verhindert werden, welcher die Mitwisserschaft des Anspruchstellers zu verschleiern bezweckt (vgl. Nef, a.a.O., Art. 40 N 9). Dementsprechend hat sich der Beklagte die vom Treuhänder getätigten Aussagen entgegenhalten zu lassen, was umso mehr gilt, als dieser von der Y.\_\_\_\_ GmbH mit der

Buchführung und Saläradministration

beauftragt ist (Urk. 2/22). Dass der Beklagte dessen Intervention billigt, geht sowohl aus der Korrespondenz zwischen der Klägerin und dem Treuhänder hervor, wo nach letzterer in regelmässigem Austausch mit dem Beklagten stand (vgl. beispielsweise Urk. 2/74, 2/94 oder 2/107), als auch aus der Vollmacht, welche durch den Beklagten unterzeichnet wurde (Urk. 2/110 S. 12). Soweit der Beklagte in diesem Zusammenhang

überdies zu nächst darauf hinweist, die Aussagen des Treuhänders würden weder ihn noch seine Arbeitgeberin zu binden vermögen, und sich gleichzeitig mehrfach auf dessen Aussagen beruft (vgl. E. 4.2.2 und E. 4.2.4), verhält er sich

klar widersprüchlich.

Dass der Treuhänder

weiter den gegenüber dem BVG-Versicherer gemeldeten und um die Pauschalspesen reduzierten Lohn von Fr. 117'000.-- eigenmächtig, mithin ohne das Wissen des Beklagten und der Y.\_\_\_\_ GmbH, bestätigt haben soll, überzeugt angesichts dessen auftragsrechtlicher Stellung nicht, da ein Beauftragter – wie die Klägerin zutreffend festhält (vgl. E. 4.2.3) – im Regelfall stets auf Weisung des Auftraggebers hin entsprechend tätig wird (vgl. Oser/Werber, in: Widmer Lüchinger /Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel 2019, Art. 394 N 2 f. und Art. 397 N 4 f.).

Eben so wenig überzeugt vor dem Hintergrund, dass der Treuhänder mit der Saläradministration beauftragt ist, die Aussage, wonach er vom Beklagten nicht direkt im Anschluss an die ausserordentliche Generalversammlung vom 11. Dezember 2018 (vgl. Urk. 2/110 S. 13 f.) über die beschlossene Lohnerhöhung informiert worden sei, zumal diese unmittelbare Auswirkungen auf die Saläradministration

gehabt hätte. Gegen die vom Beklagten behauptete, bereits im Dezember 2018 beschlossene Lohnerhöhung (vgl. E. 4.2.2) spricht zudem, dass der Treuhänder, obwohl er gemäss eigenen Angaben im Januar über diese Lohnerhöhung informiert worden war (Urk. 2/110 S. 7), auch im Februar 2019 keine Anpassung des Lohnes vornahm, sondern

vielmehr am 20. Februar 2019 – zwei Monate später – gegenüber dem BVG-Versicherer gar eine n um die Pau schal spesen reduzierten Lohn bestätigte (vgl. Urk. 2/122 ) .

Eben so spricht da gegen, dass die Nachzahlung des höheren Lohnes erst am 15. März 2019 erfolgte, mit hin erst nach Schadens ein tritt, wie die B. \_\_\_ am 11. März 2020 bestätigte (Urk. 2/102a ; vgl. auch Urk. 2/123 S. 50 des Kontoauszuges ) und dass die vom 11. Dezember 2018 da tie rende Mutationsmeldung (Urk. 2/83 S. 11) erst am 19. März 20

## **E. 9**

und S.

### **E. 9.1**

Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Diese Bestimmung betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht jedoch die Parteientschädigung an die Gegen partei (in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.1 des Urteils des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010).

### **E. 9.2**

Die Klägerin beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 1 und 6 S. 2).

Diese richtet sich nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 6 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht ( GebV SVGer )

und bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rück sicht auf den Streitwert (§ 34 Abs. 3 GSVGer )

### **E. 9.3**

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat auch der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung, sofern er durch einen externen Rechtsanwalt vertreten ist (in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.2.1 des Ur teils des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 ; Urteile des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; 5C\_244/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5 ).

Die Klägerin war im vorliegenden Verfahren indes nicht durch einen externen Rechtsanwalt vertreten, weshalb sie keinen Anspruch auf Parteientschädigung hat. Das Gericht erkennt:

## **E. 13**

) . Entsprechend wü r den sämtliche Voraussetzungen eines Vertragsrücktrittes nach Art. 40 VVG be stritten, da diese Ausnahmeregelung aufgrund der gravierenden Konsequenzen klaren Fällen vorbehalten sei. Vorliegend sei der Fall indes alles andere als klar: Auf den Kontoauszügen der Bank E. \_\_\_ fehle jegliche Spezifizierung, welche eine Zuordnung zur Y. \_\_\_ GmbH zulassen würde, weshalb bestritten werde, dass es sich dabei um ebensolche handle. Auch aus den Unterlagen des BVG-Versicherers könne die Klägerin nichts zu ihren Gunsten ableiten, handle es sich dabei doch um reine Computerausdrucke, deren Ursprungsort- und -datum sowie Herstellerschaft

un bekannt seien (Urk. 14 S. 8 und S. 12 f.) .

Auch wenn der Klägerin eine Lohnerhöhung vor Schaden s eintritt nicht genehm sei, ver möge dies an ihrer Leistungspflicht nichts zu ändern , was umso mehr gelte, als die Lohnerhöhung auf objektiven Faktoren basiere und eine Genehmigung sei tens des

Krankentaggeldversicherers nicht notwendig sei . Eine Rückdatierung irgendwelcher Dokumente werde entschieden zurück gewiesen (Urk. 14 S. 17) . Über die Gründe für die unregelmässigen Lohnzahlungen sei die Klägerin sodann durch den Treuhänder informiert worden (Urk. 14 S. 8) , zudem führe dieser im Schreiben vom 20. April 2020 einlässlich aus, weshalb auf die Einschätzung der B.\_\_\_\_ nicht abgestellt werden könne (Urk. 14 S. 9-11) . Der Umstand, dass die Klägerin zunächst während Monaten Abklärungen tätige, dann Taggelder ausrichtete und sie nun wieder zurückfordere, verstosse überdies gegen den Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr (Art. 2 Abs. 2 ZGB), weshalb eine Berufung auf Art. 40 VVG missbräuchlich sei.

Aus diesem Grund sei auch die Rückforderung der ausgerichteten Leistungen – soweit überhaupt Taggelder bezahlt worden seien, was bestritten werde – nicht rechtens (Urk. 14 S. 11, S.

### **E. 15**

und S. 19) . Schliesslich würde, so eine Bereicherung denn bestünde, diese einzig den Fr. 117'000.-- übersteigenden Betrag umfassen, zumal der Jahreslohn von Fr. 117'000.-- unbestritten sei

(Urk. 14 S.

### **E. 19**

– drei Monate später – beim BVG-Versicherer einging und mutiert wurde (Urk. 2/85) . Angesichts des sen

bestehen – mit der Klägerin (vgl. E. 4.2.3) – vorliegend keine ernsthaften Zweifel daran , dass die Lohnerhöhung nicht bereits im Dezember 2018 beschlossen wurde, sondern erst nach Eintritt des versicherten Ereignisses. Dies gilt umso mehr, als einerseits die Y.\_\_\_\_ GmbH – und somit auch der Beklagte – mit Schreiben vom 20. Februar 2019 (Urk. 2/122 S. 3 f.) über die vom Treuhänder gemeldete Lohnbestätigung

informiert wurde, ohne dass

entsprechende

korrigierende Schritte eingeleitet wurden , und dass andererseits in der Krankheitsmeldung vom 30. April 2019 (Urk. 2/1) noch ein Lohn von Fr. 117'000.-- aufgeführt wurde , obwohl in diesem Zeitpunkt die Lohnerhöhung bereits seit vier Monaten hätte bekannt sein sollen .

Entsprechend bestehen vorliegend keine ernsthaften Zweifel daran , dass der Beklagte sowohl die Mutationsmeldung vom 11. Dezember 2018 (Urk. 2/83 S. 11) als auch den zweiten Arbeitsvertrag vom 16. Dezember 2018 (Urk. 2/22 S. 5) zurückdatiert hat, um Taggeldleistungen auf der Basis von monatlich Fr. 18'000.-- zu erwirken. Damit

ist der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt , zumal die seine nicht den Tatsachen entsprechenden Dokumente objektiv geeignet waren, den Umfang der Leistungspflicht der Klägerin zu beeinflussen , welche vorliegend denn auch effektiv Taggeldleistungen auf der Basis von monatlich Fr. 18'000.-- anstatt auf der Basis von monatlich Fr. 9'000.-- ausrichtete (vgl. E. 5.2) . 6.3.2

In subjektiver Hinsicht hält die Klägerin dafür, der Beklagte habe wissentlich und willentlich im Nachhinein Dokumente produziert, um höhere Taggeldleistungen zu erwirken (vgl.

E. 4.2.1).

Auch wenn die von Art. 40 VVG verlangte Täuschungsabsicht als innerpsychisches Phänomen naturbedingt schwierig nachzuweisen

ist, können anhand einer wertenden Analyse sämtlicher Umstände und Indizien Schlüsse auf ein mögliches Motiv gezogen werden (vgl. Nef, a.a.O., Art. 40 N 61). Vorliegend befand sich die Y.\_\_\_\_ GmbH gemäss Angaben der B.\_\_\_\_ vom 11. März 2020 (Urk. 2/102a) sowie vom 24. April 2020 (Urk. 2/112) in einer wirtschaftlich schwierigen Lage, so

dass Ende 2018 eine Überschuldungssituation vorgelegen hat und der Gesellschaft ohne Debitoreneingänge im Februar bereits vor Ende Februar 2019 die Mittel ausgegangen wären, woran ein Rangrücktritt, wie vom Treuhänder behauptet (Urk. 2/110 S. 2), nichts geändert hätte. Dem ist zuzustimmen, beseitigt ein Rangrücktritt doch weder eine Überschuldung noch stärkt er die Liquidität, sondern sorgt einzig dafür, dass die Pflicht zur Benachrichtigung des Richters durch die Verantwortlichen der Gesellschaft entfällt (vgl. Wüstiner, in: Honsell/Vogt/Watter [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht

II, Art. 530-964 OR inkl. Schlussbestimmungen, 5. Auflage, Basel 2016, Art. 725 N 47). Die Ausführungen der B.\_\_\_\_

hinsichtlich der wirtschaftlich schwierigen Lage, zu den im Jahr 2019 noch nicht bezahlten Mehrwertsteuerzahlungen und zum Darlehensguthaben, welches durch Einlagen und Kostenübernahmen durch den Beklagten entstand, lassen sich anhand der Kontodetails nachvollziehen (vgl. bspw. Urk. 2/123 S. 2, Konto 1020, Urk. 2/96 S. 45, Konto 2260, Urk. 2/123 S. 47, Konto 2201), weshalb vorliegend erstellt werden kann, dass sich die Gesellschaft in einer wirtschaftlich schwierigen Lage befunden hat und der Beklagte aus finanziellen Motiven im Nachhinein Dokumente produzierte, um höhere Taggeldleistungen zu erwirken. Dafür spricht auch das Verhalten des Treuhänders, welcher zu nächst versucht hatte, die Herausgabe der Jahresrechnung und der Buchhaltung zu verhindern (Urk. 2/57 S. 2), und im Laufe der Abklärungen Unterlagen verzögert respektive erst auf Nachfrage hin übermittelte (Urk. 2/70, 2/75, 2/99) und schliesslich auf die Abklärungen der Klägerin derart ungehalten reagierte (Urk. 2/72, 2/76 f., 2/79, 2/93), dass schliesslich die B.\_\_\_\_ zur Prüfung der Streit Sache hinzugezogen werden musste (Urk. 2/86; vgl. auch Urk. 2/96).

All diese Indizien lassen mit überwiegender Wahrscheinlichkeit den Schluss zu, dass beim Beklagten eine Täuschungsabsicht bestand, er folglich mit Wissen und Willen der Klägerin gegenüber unwahre Angaben hinsichtlich seines Jahreslohnes gemacht hat, um einen Vermögensvorteil im Sinne höherer Taggeldleistungen zu erlangen. Entsprechend ist somit auch das subjektive Element von Art. 40 VVG erfüllt. 6.3.3

Nach dem Gesagten sind die Voraussetzungen einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG erfüllt, weshalb der Klägerin das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung zusteht (vgl. E. 6.2). Der Beklagte hält zwar zu Recht dafür, dass das Recht auf Vertragsrücktritt einzig gegenüber dem Versicherungsnehmer besteht (vgl. E. 4.2.4), allerdings handelt es sich vorliegend um einen Durchgriffsfall (vgl. E. 5.3), weshalb die Klägerin gegenüber dem Beklagten den Rücktritt erklären konnte und sich die Y.\_\_\_\_ GmbH das Handeln des Beklagten anrechnen lassen muss, mithin die Rücktrittserklärung vom 24. März 2020 (Urk. 2/104) auch ihr gegenüber Bestand hat.

Der am 24. März 2020 erklärte Rücktritt nach Art. 40 VVG bewirkt das Dahinfallen des Vertrages, wobei diesfalls kein Versicherungsanspruch aus dem Schadenereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchsberechtigte einer Täuschung schuldig machte, besteht (vgl. Nef, a.a.O., Art. 40 N 53). Folglich fällt der Vertrag (Kollektivvertrags-Nr. ...) bereits mit Eintritt des Versicherungsfalles dahin, mithin per 23. Februar 2019 (vgl. Urk.

2/1 und E. 4.1), und der Beklagte hat keinen Versicherungsanspruch aus dem Schadenereignis. Da die Klägerin ihre Taggeldleistungen bereits erbracht hat, steht ihr ein Rückforderungsrecht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zu (vgl. E. 6.2). 6.4

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 OR). Insbesondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund (*sine causa*) oder aus einem nicht verwirklichten (*causa non secuta*) oder nachträglich weggefallenen Grund (*causa finita*) eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR). Auch wenn die Klägerin die Vermögensverschiebung ursprünglich gewollt hatte, ist vorliegend der Leistungsgrund mit der Rücktrittserklärung und dem Dahinfallen des Vertrages nachträglich weggefallen (vgl. E. 6.3.3), die Bereicherung des Beklagten entstand somit aus Leistungskondition.

Wer eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann das Geleistete dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldpflicht im Irrtum befunden hat (Art. 63 Abs. 1 OR). Bei einer Nichtschuld handelt es sich entweder um eine Schuld, welche nie bestanden hat oder die im Zeitpunkt der Leistung bereits erloschen war (vgl. Schulin/Vogt, in: Widmer Lüchinger / Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel 2019, Art. 63 N 3). Vorliegend fiel der Vertrag mit Eintritt des Versicherungsfalles, mit hin per 23. Februar 2019, dahin (vgl. E. 6.3.3), die Klägerin richtete

am 12. Juli 2019 erstmals Taggelder aus (Urk. 2/26; vgl. auch E. 5.2). Entsprechend war in diesem Zeitpunkt die Schuld bereits erloschen.

Da ein Irrtum über die Schuldpflicht dann anzunehmen ist, wenn – wie vorliegend – nach den Umständen des Falles aus geschlossen werden kann, dass der Leistende eine Schenkung beabsichtigte (vgl. Schulin/Vogt, a.a.O., Art. 63 N 4), sind vorliegend die in Art. 63 Abs. 1 OR genannten Voraussetzungen erfüllt.

Entgegen der Auffassung des Beklagten (E. 4.2.2 und E. 4.2.4) umfasst der Rückforderungsanspruch der Klägerin nicht einzig den Differenzbetrag zwischen Taggeldleistungen basierend auf Fr. 117'000.-- und solchen basierend auf Fr. 234'000.--, sondern – wie die Klägerin zu Recht ausführt (E. 4.2.3) – angesichts des Rücktritts vom Vertrag sämtliche ausgerichteten Leistungen, weil die Klägerin aufgrund eines bestehenden Vertrages erfüllt hat und dieser Vertrag im Nachhinein weggefallen ist (vgl. Schulin/Vogt, a.a.O., Art. 62 N 14 ff.). Folglich hat der Beklagte der Klägerin sämtliche ausgerichteten Taggeldleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 96'588.-- (vgl. E. 5.2) zurückzuerstatten, zumal der Beklagte keinen Nachweis dafür erbringt, im Zeitpunkt der Rückforderung nicht mehr bereichert zu sein (Art. 64 OR). 6.5

Soweit der Beklagte abschliessend darauf hinweist, der Beizug der Akten des BVG-Versicherers stelle einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht dar (E. 4.2.4), verfährt dies nicht. Den Akten ist vielmehr zu entnehmen, dass der Beklagte am 15. Mai

2019 sowie am 11. Februar 2020 je eine Vollmacht unterzeichnete, welche die Klägerin unter anderem dazu ermächtigte, beim Arbeitgeber, bei Amtsstellen und Dritten, insbesondere bei IV-Stellen, beruflichen Vorsorgeeinrichtungen (Pensionskassen), Krankenkassen und anderen beteiligten Sozial- und Privatversicherern Auskünfte einzuholen sowie in deren Akten Einsicht zu nehmen. Dabei war der Versicherungsträger, der Akteneinsicht gewährte, befugt, der Klägerin Kopien der zur Abwicklung des angemeldeten Schadens relevanten Akten auch ohne erneutes Gesuch zuzustellen. Ebenso ist den Vollmachten zu entnehmen, dass die Klägerin berechtigt war, diesen Stellen Daten zu übermitteln, weshalb eine Verletzung des Datenschutzes zu verneinen ist

(Urk. 2/4 und 2/96 S. 3). Ebenfalls zu verneinen ist ein Verstoß gegen den Grundsatz des Verhaltens nach Treu und Glauben seitens der Klägerin (vgl. E. 4.2.2), zumal es dieser freistand, Abklärungen hinsichtlich der Erfüllung des Tatbestandes von Art. 40 VVG zu tätigen und entsprechend die ausgerichteten Taggelder zurückzufordern. 6.6

Nach dem Gesagten besteht die Rückforderung der Klägerin aus ungerechtfertigter Bereicherung gegenüber dem Beklagten im Umfang von Fr. 96'588.-- zu Recht, weshalb die Klage diesbezüglich gutzuheissen ist. 7. 7.1

Klageweise beantragt die Klägerin die Entrichtung eines Verzugszinses von 5 % ab 26. März 2020 (Urk. 1 und 6 S. 6) und führt aus, mit Zugang der Kündigung sei die Forderung zur Rückzahlung fällig geworden, eine gesonderte Mahnung sei deshalb nicht erforderlich gewesen. Da der Beklagte die Rückzahlung selbst bei expliziter Abmahnung verweigert hätte, hätte sich eine solche ohnehin als unnützerweise erwiesen (Urk. 21 S. 9).

Demgegenüber hält der Beklagte dafür, mit dem Rücktritt vom Vertrag trete nicht eo ipso der Verzug für die ausbezahlten Taggelderleistungen ein (Urk. 14 S. 18), insbesondere stelle die Rückforderung keinen festen Verfalltag nach Art. 102 Abs. 2 OR dar.

Da weder eine Mahnung erfolgt sei noch eine spezialgesetzliche Grundlage im VVG existiere, bestehe vorliegend keine Verzugszinspflicht

(Urk. 27 S. 12 f.). 7.2

Ist ein Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld im Verzug, so hat er Verzugszinsen von 5 % zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR). Dieser gesetzlichen Regelung liegt die Fiktion zugrunde, dass der verzugsbelastete Schuldner bis zur Erfüllung weiterhin über den Betrag verfügen kann und dem Gläubiger dadurch eine dementsprechende Vermögensbeeinträchtigung widerfährt. Es bedarf weder eines Schadensnachweises seitens des Gläubigers noch eines Verschuldens seitens des Schuldners, weshalb letzterer auch dann Verzugszinsen zu leisten hat, wenn er im Zeitpunkt des Verzugesintritts keine Kenntnis von seiner Zahlungspflicht oder deren Höhe hatte (Widmer Lüchinger /Wiegand, in: Widmer Lüchinger /Oser [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7. Auflage, Basel 2019, Art. 104 N 1). 7.3

Die Verzugszinspflicht setzt einerseits Fälligkeit der Forderung und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss (Widmer Lüchinger /Wiegand, a.a.O., Art. 102 N 4). Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung entstand mit Eintritt der Bereicherung des Beklagten, folglich im Zeitpunkt der erfolgten Taggelderleistungen, gleichzeitig wurde die Forderung fällig. Vorliegend mahnte die Klägerin den Beklagten nicht, indes gerät ein Schuldner nach Art. 102 Abs. 2 OR ohne

Mahnung in Verzug, wenn für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet wurde oder sich ein solcher infolge einer vorbestehenden oder gehörig vorgenommenen Kündigung ergibt; die gleiche Wirkung hat ein durch Kündigung ausgelöster Verfalltag, was sowohl für vertragliche als auch für gesetzliche Kündigungsmöglichkeiten gilt. Daneben gibt es weitere Fälle, in denen der Gläubiger von einer vorgängigen Mahnung absehen kann; ihre Gesamtheit besteht darin, dass sich der Eintritt des Verzuges aus der ratio

legis und dem Grundsatz von Treu und Glauben ergibt. Dies gilt für den Fall, da aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, dass er die Leistung ohnehin nicht erbringen werde und sich demzufolge eine Mahnung als überflüssig erweisen würde. In diesem Fall kann der Gläubiger analog Art. 108 Ziff. 1 OR auf sie verzichten (Widmer Lüchinger/Wiegand, a.a.O., Art. 102 N 10 f.; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_122/2014 vom 16. Dezember 2014 E. 3.4.1). Vorliegend kündete die Klägerin mit Schreiben vom 24. März 2020 (Urk. 2/104) den Vertrag, weshalb der Beklagte auch ohne Mahnung in Verzug geriet. Überdies geht aus dem Verhalten des Beklagten

eindeutig hervor, dass er keine Rückzahlung leisten werde (Urk. 2/100, 2/105, 2/110), weshalb sich eine Mahnung der Klägerin ohne hin als überflüssig erwiesen hätte und sie folglich darauf verzichten konnte.

Demzufolge ist nicht zu beanstanden, dass die Klägerin von einem Verzugsseintritt am 26. März 2020, einen Tag nach Erhalt ihres Schreibens vom 24. März 2020 (Urk. 2/104), ausging. Der Verzugszins von 5% ist vom Beklagten folglich ab 26. März 2020 geschuldet. 8.

Nach dem Gesagten besteht ein Anspruch der Klägerin gegenüber dem Beklagten aus ungerechtfertigter Bereicherung im Umfang von Fr. 96'588.--. Die Klage ist in diesem Umfang, zuzüglich eines Verzugszinses von 5% seit 26. März 2020, gut zuheissen. 9.

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