

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00011**

## **vom 24. Juli 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-07-24, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2021.00011](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00011)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00011 du 24 juillet 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00011 del 24 luglio 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

S. 3 Ziff. III.2; Urk. 2/5).

Mit Vereinbarung vom 27./28. September 2018 einigten sich die Parteien über die Abgeltung von Dr. Y. \_\_\_ mittels einer Pauschalzahlung von Fr. 200'000.-- unter Abschluss einer Saldoklausel für diesen Krankheitsfall (Urk. 13 S. 5 f. Ziff. II.3.1-3; Urk. 14/10; Urk. 31 S. 3 Ziff. III.A.4).

#### **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 Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG). Sie 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**

Das Sozialversicherungsgericht ist als einzige kantonale Gerichtsstanz für Klagen über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) zuständig

(Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit

§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVerG; BGE

138

III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO).

#### **E. 1.3**

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

Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken.

Das

Ge richt ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit . a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (BGE 141 III 569 E. 2.3.1-2.3.3; Urteil des Bundesgerichts 4A\_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1).

#### **E. 1.4**

Hat die anspruchsberechtigte Person oder ihr Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat sie die ihr nach Mass gabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber der anspruchs be rechtigten Person an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). In objektiver Hinsicht ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tat sachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versi cherer müsste der anspruchsberechtigten Person bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. Unter Art. 40 VVG fällt unter anderem auch das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäu schen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2 mit Hinweisen). In subjektiver Hinsicht ist eine Täuschungsabsicht der versicherten Person erforderlich, wonach die anspruchs s tellende Person mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen . Täuschungs absicht ist auch schon gegeben, wenn die anspruchs s tellende Person um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, in dem sie über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert ( in BGE 148 III 134 nicht publizierte E. 3.1-3.2 des Urteils des Bundesgerichts 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 mit zahlreichen Hinweisen ). Trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit steht es dem Versicherer frei, zu beweisen, dass eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vor liegt. Dass gemäss den anwendbaren Versicherungsbedingungen ein Anspruch auf Taggeldleistungen bei ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit besteht, än dert nichts daran. Eine solche Bestimmung schliesst die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG bei einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs nicht aus (Urteil des Bundesgerichts 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.3).

#### **E. 1.5**

Gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, wäh rend die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichten den oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128

III 271 E. 2a/ aa ). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruches» (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistungen berechtigen (beispielsweise wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses: Art. 14 VVG) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Be weisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 148 III 105 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.1). 1.

### **E. 1.8**

Anwendbar sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für Kollektiv-Lohnausfallversicherung

„cash“ nach VVG der Klägerin , Ausgabe 201 3 (Urk. 14 / 3 ), sowie die von der Beklagten 1 abgeschlossene Police, gültig ab 1. Januar 201 4 ( Urk. 2/4 = Urk. 14 / 2 ). Für das Risiko Krankheit wurde eine Leistung von 80 % des versicherten Lohnes über eine Dauer von 730 Tagen je Fall abzüglich Wartefrist von 30 Tagen vereinbart ( Urk. 2/4 S. 2; Urk. 14/2 S. 3 Ziff. B5.3 AVB ). Als Krankheit gilt gemäss Ziff. A5.1 AVB jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.

Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % er bringt die Klägerin die Leistungen entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (Ziff. B1.2). 2.

### **E. 2**

hiervor zu beseitigen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.»

### **E. 2.1**

Die Klägerin stützt e

ihre Klage (Urk. 1) auf den Tatbestand von Art. 40 VVG. Dieser sei dadurch erfüllt , dass der Beklagte 2 ihr gegenüber eine volle krank heitsbedingte Arbeitsunfähigkeit geltend gemacht habe , während er tatsäch lich

in

der Lage gewesen sei, am 14. August, 23. August , 1. September, 10. Dezember, 11. Dezember 12. Dezember, 17. Dezember, 19. Dezember 2018 und am

10. Januar 2019 Leistungen – namentlich die Behandlung vom 1. September

2018 - durchzuführen und diverse Konsilien zu erteilen sowie hierfür über

die

Beklagte 1 Honorar zu beziehen. Hätte sie von der Tätigkeit

beziehungsweise

der Arbeitsfähigkeit des Beklagten 2 gewusst, hätte sie das Taggeld nicht oder nicht in voller Höhe erbracht ( S. 4 ff. Ziff. III.11-15). Sein Verhalten als Verwaltungsrat mit Einzelunterschrift sei der Beklagten 1 als ihr eigenes anzurechnen, weshalb die Klägerin berechtigt gewesen sei, vom Vertrag mit der Beklagten 1 rückwirkend zurückzutreten (Ziff. III.16). Eine Täuschungshandlung sei spätestens mit der nachgewiesenen ärztlichen Behandlung vom 1. September 2018 aus gewiesen, weshalb die Leistungen ab diesem Datum einschliesslich Zins zurück gefordert würden ( S. 6 Ziff. III.17; Ziff. III.20). Die Beklagten hafteten für den Rückforderungsbetrag solidarisch ( S. 6 Ziff. III.18 ).

### **E. 2.2**

Die Beklagten stellen sich demgegenüber auf den Standpunkt (Urk. 13), wenn der Beklagte 2 nicht arbeiten könne, stehe der ganze Betrieb still und der Umsatz der AG reduziere sich auf null. Der Beklagte 2 habe daher auch während seines 100%igen Ausfalls infolge der Handoperation den Praxisbetrieb auf einem Minimalstandard aufrechterhalten müssen ( S. 12 Ziff. III.1.1). Er habe deshalb seine im Teilzeitpensum tätige Medizinische Praxisassistentin (MPA) B.\_\_\_\_

vermehrt eingesetzt, welche neben der Bedienung des Telefons Medikamente aus gegeben, bereits diktierte Berichte geschrieben und sonstige kleinere Aufgaben ausgeführt habe ( S. 13 Ziff. III.1.2). Für dringende ärztliche Aufgaben oder Anfragen sei gelegentlich der befreundete Chirurg Dr. A.\_\_\_\_ eingesprungen, sei auch der MPA bei Fragen zur Verfügung gestanden, habe ab und zu telefonische Konsilien und gemeinsam mit der MPA am 17. Dezember 2018 Sprechstunde in der Praxis des Beklagten 2 gemacht ( S. 13 Ziff. III.1.3). Dabei müsse das auf der

Rechnung erscheinende Datum nicht zwingend mit demjenigen übereinstimmen, an welchem der Arzt eine Leistung erbracht habe. Bei einem nicht formalisierten Bericht etwa kämen verschiedene mögliche Abrechnungsdaten in Frage ( S. 14 Ziff. III.3.1 ). Die wenigen ärztlichen Leistungen, die während der 100%igen Arbeitsunfähigkeit abgerechnet worden seien, hätten entweder sein Stellvertreter oder unter Instruktion die MPA erbracht , oder aber es handle sich um Leistungen, die er selbst vor oder nach seiner Abwesenheit ausgeführt habe ( S. 15 f. Ziff. III.3.2, vgl. im Einzelnen Ziff. III.4.1). So oder anders seien die ab gerechneten Leistungen von derart untergeordneter Bedeutung, dass sie schlicht nicht relevant seien ( S. 16 Ziff. III.4.3).

Betreffend den 1. September 2018 bestehe eine Besonderheit. Der Beklagte 2 sei bis am 2. September 2018 krankgeschrieben gewesen. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung sei anzunehmen, dass der behandelnde Arzt die Absicht gehabt habe, den Beklagten 2 bis Ende August 2018 gänzlich krankzuschreiben und die Arbeitsaufnahme zu 50 % auf den 1. September 2018 zu datieren. Da der 1. und 2. September 2018 auf ein Wochenende gefallen seien, habe er für den Arbeitsbeginn den Montag, 3. September 2018, festgelegt. Treffe diese Annahme zu,

so sei er am 1. September 2018 bereits wieder zu 50 % arbeitsfähig gewesen und habe zum Vornherein keine «unberechtigten» ärztlichen Leistungen erbringen und abrechnen können ( S. 17 Ziff. III.5.1). Selbst wenn die Krankschreibung bis zum 2. September 2018 gegolten

hätte, sei klar, dass diese in den letzten zwei Tagen nicht mehr die vollen 100 % betragen hätte. Eine Arbeitsunfähigkeit kippe nicht über Mitternacht von 100 % auf 50 %, dies sei ein schleichender Prozess ( S. 17 Ziff. III.5.2). So oder anders könne ihm die Patientenbehandlung vom 1. September 2018 nicht zum Vorwurf gemacht werden, habe er diesen Tag doch als «Test-Arbeitstag» benötigt. Er habe nicht gewusst, ob das manuelle Arbeiten mit der operierten Hand am 3. September 2018 funktionieren würde. Dies habe er nicht erst am Montagmorgen versuchen und damit das Risiko eingehen wollen, dass er bei Nichtgelingen sämtlichen eingeschriebenen Patienten kurzfristig hätte absagen müssen. Dieser Testtag sei aus ärztlicher und betrieblicher Sicht sowie auch zum Wohle der Patienten absolut geboten gewesen und es könne darin keine Täuschungsabsicht erblickt werden ( S. 18 Ziff. III.5.3).

Selbst wenn dem Beklagten 2 einige Minuten an ärztlicher Leistung zugerechnet würden, wären diese Einnahmen marginal und würden die zusätzlichen Lohnkosten für das erhöhte Pensum der MPA nicht decken. Für die Beklagten sei es

somit finanziell ein Verlustgeschäft gewesen. Zudem sei der Beklagte 2 der Überzeugung gewesen, dass er ab Anfang September 2018 nur noch 50

% arbeitsunfähig gewesen sei.

Der Testlauf vom 1. September 2018 sei nicht mit dem

Ziel erfolgt, einen Umsatz zu generieren. Eine Täuschungsabsicht habe er nie

gehabt ( S. 19 f. Ziff. III.7.2 ). Es lägen auch keine Tatsachen vor, die die Leistungspflicht der Klägerin ausgeschlossen oder gemindert hätten. Selbst wenn einige der verrechneten ärztlichen Leistungen dem Beklagten 2 zugerechnet würden, würden sich diese im Minutenbereich bewegen. Da kein Arzt seinem Patienten eine 99%ige Arbeitsunfähigkeit attestiere, hätte der Taggeldanspruch so oder so 100 % betragen ( S. 20 f. Ziff. III.7.3). Damit sei Art. 40 VVG doppelt nicht erfüllt ( S. 21 f. Ziff. III.7.4).

Die Widerklage stützen die Beklagten zur Hauptsache auf eine neue psychische Erkrankung ab 21. November 2018 mit einer daraus resultierenden Taggeldforderung in der Höhe von Fr. 180'876.58 für den Zeitraum von April 2019 bis November 2020 ( S. 22 ff. Ziff. IV.1) . Ausserdem bestehe eine Taggeldforderung auf Grund der orthopädischen Arbeitsunfähigkeit ab März 2018 infolge unzulässiger Kürzung durch die Klägerin in den Monaten Oktober, November und Dezember 2018 ( S. 26 Ziff. IV.2).

### **E. 2.3**

Die Klägerin replizierte ( Urk. 31 ), die ZSR-Nummer, die auf den meisten Abrechnungen erscheine, sei jene des Beklagten 2 persönlich, nur auf einer Rechnung erscheine die ZSR-Nummer der Praxis. Die ZSR-Nummer von Dr. A. \_\_\_ sei eine andere ( S. 4 f. Ziff. III.A.16). Entsprechend sei davon auszugehen, dass

die

abgerechneten Arbeiten vom Beklagten 2 erbracht worden seien ( S. 5 Ziff. III.A.17). Für die Anwendung von Art. 40 VVG komme es laut Bundesgericht

nicht darauf an, wie «bedeutsam» die Falschangabe sei ( S. 5 Ziff. III.A.21).

Betreffend den 1./2. September 2018 stellten die Beklagten unzulässige Spekulationen an. Erfolge eine Genesung schrittweise, sei dies auch so zu attestieren. Der Beklagte 2 habe am

1. September 2018 unbestrittenermassen ein Taggeld entsprechend einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit bezogen, während er gearbeitet und Umsatz generiert habe. Dies allein sei massgeblich ( S. 6 Ziff. III.A.22). Die Behandlung sei gegenüber der Krankenkasse voll verrechnet worden. Ob es sich um eine «Test-Behandlung» gehandelt habe, sei irrelevant ( S. 6 Ziff. III.A.23). Die Täuschungsabsicht sei zu bejahen. Es sei nicht Voraussetzung von Art. 40 VVG, dass die Schädigung der Klägerin Selbstzweck der Tätigkeit sei. Gleiches gelte für die anderen, gegenüber den Krankenkassen in Rechnung gestellten Leistungen. Der Beklagte 2 habe gewusst, dass sich eine Reduktion der Arbeitsunfähigkeit direkt auf die Leistungspflicht der Klägerin auswirke, zumal er im Verlauf verschiedenste Arbeitsunfähigkeitsgrade zwischen 30 und 100 % attestiert erhalten habe ( S. 6 f. Ziff. III.A.25). Die Tätigkeit am 1. September 2018 entspreche einer mindestens 10%igen Arbeitsfähigkeit. Bestehe eine kleine Restarbeitsfähigkeit, attestierten Ärzte eine tiefere Arbeitsunfähigkeit wie zum Beispiel 90 %. Entsprechend hätte die Klägerin nur diese entschädigt ( S. 7 f. Ziff. III.A.26).

#### **E. 2.4**

Die Beklagten duplizierten (Urk. 37) , dass die Arbeiten von Dr. A.\_\_\_\_ teil weise unter der persönlichen ZSR-Nummer des Beklagten 2 abgerechnet worden seien, sei ein Versehen, ändere aber nichts daran, dass Dr. A.\_\_\_\_ und nicht der Beklagte 2 gearbeitet habe. Im Dezember 2018 sei der Beklagte 2 nicht anwesend gewesen und habe daher Rücksprache mit der MPA genommen, welche ihm mitgeteilt habe, welche telefonischen Konsilien und Untersuchungen durch Dr. A.\_\_\_\_ gemacht worden seien. Diese habe der Beklagte 2 nach trüglich fälschlicherweise unter seiner persönlichen ZSR-Nummer erfasst ( S. 9 Ziff. II.15.4 ).

Der behandelnde Arzt des Beklagten 2 habe diesem gesagt , dass er bis Ende August 2018 zu 100 % arbeitsunfähig sei und ab September 2018 wieder 50 % arbeiten könne. Für den Beklagten 2 sei es völlig logisch gewesen, dass die teilweise Gesundheitschreibung auf Anfang Monat falle und er wäre nicht auf die Idee gekommen, dass der behandelnde Arzt die 100%ige Krankenschreibung erst am 2. September 2018 habe enden lassen. Der Beklagte 2 sei daher der Überzeugung gewesen, dass er bereits wieder am 1. September 2018 arbeiten dürfen. Zudem sei ihm schlicht nicht bewusst gewesen, dass das Wochenende überhaupt von den Taggeldern betroffen gewesen sei, da er die Taggeldabrechnungen nie angeschaut habe. Es sei ihm nicht einmal die Idee einer falschen Willensbildung bei der Klägerin gekommen ( S. 13 Ziff. II.21.1). Mangels Bewusstseins , dass er nicht hätte arbeiten dürfen, habe es auch nicht pflichtwidrig unterlassen können, die Klägerin über den Testlauf zu informieren ( S. 14 f. Ziff. II.24.1). Aufgrund des sehr chaotischen Dokumentenmanagements der Klägerin hätten die Beklagten im September 2018 gar keine Kenntnis der Taggeldabrechnung der Klägerin vom 3. September 2018 gehabt ( S. 15 Ziff. II.24.2). Es werde nicht bestritten, dass der Beklagte 2 am 1. September 2018 zu

#### **E. 2.5**

Strittig und zu prüfen ist demnach, ob die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind und die Klägerin entsprechend zu Recht mit Wirkung per 1. September 2018 vom Kollektivvertrag zurückgetreten ist. Nur bei Verneinen dieser Frage ist die Begründetheit der Widerklage zu prüfen. 3.

### 3.1

Unbestrittenermassen wurde der Beklagte 2 infolge eines Carpal-Tunnelsyndroms ärztlicherseits mit folgenden Arbeitsunfähigkeitsgraden krankgeschrieben (Urk. 1 Ziff. III.5; Urk. 2/7 -9 ; Urk. 13 Ziff. III.2; Urk. 14/11) :

30

% vom 29. März bis 22. April 2018

50 % vom 23. April bis 14. Mai 2018

70 % vom 15. Mai bis 27. Juni 2018

100 % vom 28. Juni bis 2. September 2018

50 % vom 3. bis 30. September 2018

50 % vom 1. bis 31. Oktober 2018

40 % vom 1. bis 20. November 2018

50 % vom 21. November bis 5. Dezember 2018

100 % vom 6. Dezember bis 31. Dezember 2018

100 % vom 1. bis 13. Januar 2019

70 % vom 14. Januar bis 22. Februar 2019

50 % vom 23. Februar bis 31. März 2019

3.2  
Der Beklagte 2 bestreitet auch nicht, am Samstag, den 1. September 2018, einen Patienten in seiner Praxis behandelt und diese Behandlung der Krankenkasse in

Rechnung gestellt zu haben. Konkret rechnete er am 22. September 2018 gegenüber der Swica Gesundheitsorganisation für den 1. September 2018 eine Behandlung durch den Facharzt für Angiologie von 12 Mal 5 Minuten ab (Urk. 2/15). Die Rechnung umfasste diverse weitere Positionen – wie etwa diverse

Duplex-Sonografien für einen Betrag von insgesamt Fr. 775.68 (2 x 112.64 + 2 x 96.43 + 2 x 70.33 + 2 x 108.44) -, die sich auf ein Total von Fr. 1'433.60 summierten.

3.3  
Ebenfalls unbestritten ist, dass der Beklagte 2 am 1. September 2018 somit entgegen der ärztlichen Bescheinigung und entgegen seinen Angaben gegenüber der Klägerin nicht mehr zu 100 % arbeitsunfähig war. Laut Klägerin entspreche die Tätigkeit am 1. September 2018 einer mindestens 10%igen Arbeitsfähigkeit (E. 2.3), was die Beklagten anerkannten (E. 2.4). Mit Blick auf den nicht unerheblichen an diesem Tag erzielten Umsatz in der Höhe von Fr. 1'433.60 (E. 2.3) erscheint diese Prozentzahl als sicherlich nicht zu hoch angesetzt. Der Beklagte

2

hat der Klägerin diese bereits am 1. September 2018 wiederhergestellte

Teilarbeitsfähigkeit nicht gemeldet. Damit hat er Fakten wahrheitswidrig dargestellt

beziehungsweise verheimlicht. Der Entscheid darüber, ob sich das Ausführen gewisser Arbeiten leistungsmindernd auswirkt oder nicht, ist vom – entsprechend informierten – Versicherer, nicht aber vom Versicherten selber zu fällen. Es besteht eine entsprechende

Mitteilungspflicht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6. 3 ). Diese hat der Beklagte 2 verletzt.

Gemäss Ziff. B.1.2 AVB erbringt die Klägerin die Leistungen entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit (vgl. E. 1.8). Hätte sie von der höchstens 90%igen Arbeitsunfähigkeit gewusst, hätte sie für den 1. und 2. September 2018 somit nicht volle Taggelder (vgl. Urk. 32/23), sondern kleinere Entschädigungen ausge richtet. Das Gewicht dieser Unkorrektheit mag möglicherweise im Vergleich zu den gesamthaft im Raum stehenden Beträgen (vgl. etwa E. 2.1-2) gering erschei nen. Dies bleibt jedoch ohne Bedeutung (Urteil des Bundesgerichts 5C.125/2006 vom 12. Dezember 2006 E. 3). Entsprechend kann auch offenbleiben, ob der Be klagte 2 möglicherweise gar schon vor dem 1. September 2018 wieder über eine massgebliche Arbeitsfähigkeit verfügt hatte, nachdem diese gemäss seinen Dar legungen nicht über Mitternacht von 100 % auf 50 % kippe, sondern es sich dabei um einen schleichenden Prozess handle (E. 2.2). Dies wird denn auch nicht gel tend gemacht.

Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung des Beklagten 2, wonach sein behan delnder Arzt das Wiedererlangen der 50%igen Arbeitsfähigkeit eigentlich auf den 1. September 2018 habe datieren wollen (E. 2.2). Im Bericht de s behandelnden Orthopäden der Klinik C.\_\_\_\_\_

vom 14. August 2018 war explizit festgehalten worden, da der Beklagte 2 für die Tätigkeit als Angiologe manuell sehr einge spannt sei, bestehe derzeit noch eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit bis zum 2. September 2018. Wiederaufnahme der Arbeit zu 50 % ab 3. September 2018, die 50%ige Tätigkeit sei bis zum 30. September 2018 zu planen und dann voll umfängliche Arbeitsfähigkeit ab dem 1. Oktober 2018 (Urk. 2/8 S. 1 unten).

Ärztlicherseits wurde also nicht nur der 3. September 2018 explizit als Datum der Arbeitsaufnahme genannt, sondern auch der 2. September 2018 als letzter Tag der vollständigen Arbeitsunfähigkeit. Dass hier dennoch etwas anderes gemeint gewesen oder mündlich gesagt worden sei, bleibt mangels irgendwelcher Nach weise unwahrscheinlich beziehungsweise eine reine Spekulation der Beklagten und ist ohnehin irrelevant. Massgeblich ist mit der Klägerin (E. 2.3) alleine, dass der Beklagte 2 am 1. September 2018 gestützt auf ein eindeutig formuliertes ärzt liches Attest ein Taggeld entsprechend einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit bezog, während er arbeitete und Umsatz generierte.

Gemeldet hat er dies der Versiche rung weder damals noch später. Der hierfür notwendige volle Beweis ist erbracht.

Anzufügen bleibt, dass die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit

auch dann rele vant für die Leistungspflicht der Klägerin und daher mitteilungspflichtig gewesen wäre , wenn es sich bloss um einen Arbeitsversuch gehandelt hätte ( in BGE 148 III 134 nicht publizierte E. 5.3 des Urteil s des Bundesgerichts 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022.

Der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG ist damit erfüllt (E. 1.4 ; E. 1.6; E. 1.7 ). 3.4

Der subjektive Tatbestand erfordert eine Täuschungsabsicht der versicherten Per son, welche mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermö gensvorteil zu erlangen (E. 1.4).

Der Beklagte 2 bezog bereits seit dem 29. März 2018 Krankentaggelder, wobei sich die attestierte Arbeitsunfähigkeit schrittweise von 30 % über 50 % und 70 % auf schliesslich 100 % gesteigert hatte (E. 3. 1 ). Diese abgestuften Arbeitsunfähig keiten wirkten sich

unmittelbar und substanziell auf die Taggeldhöhe aus, betrug doch ein volles Taggeld Fr. 657.55 (Urk. 32/23), ein halbes Taggeld hingegen nur Fr. 328.80 (vgl. auch E. 2.3). Es ist somit plausibel, dass der Streit im Januar 2019 um die Taggeldzahlungen beim Beklagten 2 Existenzängste auslöste (vgl. Urk. 13 Ziff. II.6.2). Angesichts der Bedeutung, die die Taggeldhöhe für den Beklagten 2 gehabt haben muss, der bereits über Monate erfolgten Taggeldzahlungen, deren Höhe vom Arbeitsunfähigkeitsgrad des Beklagten 2 unmittelbar abhing, und der entsprechenden expliziten und unzweideutigen Grundlage im Kollektivvertrag (E. 1.8) liegt es auf der Hand, dass dem Beklagten 2 die Bedeutung und Massgeblichkeit der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit von 100 % für den 1. September 2018 bekannt war und er diese Falschangabe bewusst nicht berichtete beziehungsweise die effektiv vorhandene Arbeitsfähigkeit gewollt verheimlichte, um einen Vermögensvorteil in Form der vollen Taggelder zu erlangen. 3.5

So vermochte der Beklagte 2 auch keinerlei Erklärung zu liefern, welche wahr scheinlicher ist als diejenige der bewussten Täuschung. Ausführlich legte er dar, dass eine Arbeitsunfähigkeit nicht über Mitternacht von 100 auf 50 % kippe und dass es sich am 1. September 2018 nur um einen Test-Arbeitstag gehandelt habe (E. 2.2). Beides würde nichts an der Tatsache ändern, dass er während der voll ständigen Krankschreibung mit vollem Taggeld gearbeitet, einen entsprechenden Umsatz generiert und insbesondere diese Tatsache – nebst der von ihm erwähnten graduellen Verbesserung des Gesundheitszustandes - nicht der Versicherung gemeldet hat. Sodann verfängt seine Argumentation, wonach er nicht gewusst habe, ob er am 3. September 2018 mit der operierten Hand arbeiten könne, weswegen er den Test-Arbeitstag durchgeführt habe, um den eingeschriebenen Patienten nicht kurzfristig absagen zu müssen (vgl. E. 2.2), nicht. Denn auch eine Terminabsage am Samstagnachmittag oder (eher wenig wahrscheinlich) am Sonntag für Termine vom Montag ist kurzfristig, sodass nicht einleuchtet, weshalb der Beklagte 2 nicht am 3. September 2018 einen Testtag absolvieren und erst für den 4. September 2018 dann mehr Patienten hätte einschreiben können, denen er bei Bedarf am Montag hätte absagen können, zumal die Arbeitsfähigkeit zu jenem Zeitpunkt bloss 50 % betrug, welche sich auf die Anzahl

Patienten ausgewirkt haben dürfte und einen Arbeitsversuch erlaubt hätte. Dies ist umso weniger nachvollziehbar, als der Umsatz am 1. September 2018 immerhin Fr. 1'433.60 betrug (E. 3.2).

Die erst mit der Replik vorgebrachten Darlegungen, wonach ihm der behandelnde Arzt gesagt habe, er könne bereits ab September 2018 wieder 50 % arbeiten (E. 2.4), erscheint angesichts des eindeutig verfassten Arztberichts (E. 3.3) als unglaubhaft, umso mehr, als die Zeugenaussage des betreffenden Arztes gar nicht

zum Beweis offeriert wurde. Angesichts des genau formulierten, unzweifelhaften und eindeutigen Inhalts besagten Arztberichtes ist es auch nicht nötig, den

behandelnden Arzt hierzu zu befragen, falls diesbezüglich überhaupt eine Beweisofferte vorliegt (vgl. Urk. 13 S. 17 Ziff. III.5.1; antizipierte Beweiswürdigung,

BGE 134 I 140 E. 5.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1 und 4A\_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2).

Dies gilt umso mehr, als die Beklagten selbst mit Schreiben vom 2. März 2020 festgehalten haben, dass der Beklagte 2 ab 3. September 2018 wieder mit Arbeiten habe beginnen

müssen (Urk. 2/23).

Dass ihm nicht bewusst gewesen sei, dass das Wochenende überhaupt von Tag geldern betroffen gewesen sei, da er die Taggeldabrechnungen nie angeschaut habe, erscheint angesichts der finanziellen Bedürftigkeit und bereits seit Monaten bezogenen Taggeldern in unterschiedlicher Höhe (vgl. E. 3.4) als nicht überzeugend. Dem Beklagten 2 wird eben gerade nicht vorgeworfen, «nach zweimonatiger Krankschreibung am letzten Tag eine gute Stunde Testarbeit verrichtet» zu haben (E. 2.4). Vorgeworfen wird ihm, dies verschwiegen zu haben, während er gegenüber der Krankenkasse einen vierstelligen Frankenbetrag verrechnete. Dass er dies bewusst und gewollt tat, ist nach dem Gesagten im erforderlichen überwiegenden Mass wahrscheinlicher als das geltend gemachte Versehen, das sich auf keinerlei konkrete Indizien zu stützen vermag.

Der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG ist damit mit dem erforderlichen Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt (E. 1.7).

Betreffend dieses Beweisthema offerierte die Beklagten im Übrigen keine weiterführenden Beweismittel (vgl. Urk. 13 S. 25 Ziff. IV.1.6 ; Urk. 25) . 3.6

Das Verschweigen der bereits am 1. September 2018 wiederhergestellten Teil arbeitsfähigkeit erfüllt nach dem Gesagten den Tatbestand von Art. 40 VVG.

Da der Beklagte 2 auf Grund seiner Stellung als einziger Verwaltungsrat die Handlungen der Beklagten 1 geprägt hat, ist ihr sein Verhalten als ihr eigenes anzurechnen. Die Klägerin war damit nicht länger an den mit der Beklagten 1 geschlossenen Kollektivvertrag gebunden und durfte davon zurücktreten (Urteil des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.2.7). 3.7

Damit kann an sich offenbleiben, ob auch die weiteren vom Beklagten 2 während vollständiger Krankschreibung verrechneten Leistungen den Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllen. Der Vollständigkeit halber ist indes auch auf diese noch kurz einzugehen. 4. 4.1

4.1.1

Gegenüber der Visana Services AG verrechnete der Beklagte 2 für den

14. August

2018 drei Mal 5 Minuten für eine «Telefonische Konsultation durch den Facharzt», Tarifziffer 00.0110 (Urk. 2/13). 4. 1. 2

Gegenüber der CSS Versicherung verrechnete der Beklagte 2 für den 10.,

12., 17. und 19. Dezember 2018 jeweils eine «Konsiliarische Beratung (Konsilium) durch den Facharzt»,

Tarifziffer 00.2110, sowie für den 10. Januar 2019 einen nicht formalisierten Bericht, Tarifziffer 00.2285 (Urk. 2/14). 4. 1. 3

Gegenüber der Helsana AG verrechnete der Beklagte 2 für den 23. August 2018 ein 30-minütiges Aktenstudium in Abwesenheit des Patienten (Tarifziffer 00.0141) und einen nicht formalisierten Bericht (Tarifziffer 00.2285) sowie für den 11. Dezember 2018 einen nicht formalisierten Bericht (Urk. 2/16). 4.2

4.2.1

Mit der Klageantwort reichten die Beklagten ein undatiertes Schreiben von Dr. A.\_\_\_\_ (Urk. 14/25) an den Beklagten 2 ein mit folgendem Inhalt: «Ich be stätige Dir, dass ich während Deiner Abwesenheit wegen Krankheit im 2018

für unsere gemeinsamen Patienten für Deine Assistentin Frau B.\_\_\_\_ telefonisch Auskunft gegeben habe und am 17. Dezember 2018 Sprechstunde in Deiner Pra xis (...) für unsere gemeinsamen Patienten gemacht habe». 4.2.2

Am 31. März 2023 (Urk. 55) erstattete Dr. A.\_\_\_\_ seine schriftliche Auskunft zuhanden des Gerichts. Auf die Frage, an welchen Tagen im Jahr 2018 er Stell vertretungen für den Beklagten 2 übernommen habe (vgl. Urk. 51 E. 5.2) , führte Dr. A.\_\_\_\_ aus, er sei am 17. Dezember 2018 in der Praxis des Beklagten 2 gewesen und habe einige von dessen Patienten persönlich behandelt. Schon vor

dem 17. Dezember 2018 und in den Tagen danach habe er telefonischen Kontakt mit der MPA gehabt und habe mit ihr das Vorgehen bei Patienten besprochen. Die genauen Daten könne er nicht nennen, da er für die telefonischen Auskünfte keine Konsultationen verrechnet habe (Ziff. 5.2). Es sei dabei vor allem um Nachkontrollen (Verbandswechsel, Fadenentfernung) bei Patienten gegangen,

welche man gemeinsam operiert habe (Ziff. 5.3). Auf seiner Praxissoftware ha be er Abrechnungen von 5 Patienten gefunden. Weitere Patienten seien wahr scheinlich vom Beklagten 2 abgerechnet worden (Ziff. 5.4). Betreffend die Ab rechnungsmodalitäten (vgl. Urk. 51 E. 5.5) habe man sich bei Patienten, welche man gemeinsam operiert habe, das Honorar geteilt (Ziff. 5.5). Bei den erwähnten 5 Patienten habe Dr. A.\_\_\_\_ selber Rechnung gestellt. Die Behandlung der wei teren Patienten und die telefonischen Auskünfte habe er nicht abgerechnet. Dies sei ein Freundschaftsdienst gewesen für einen Kollegen, welcher in Not geraten sei (Ziff. 5.6). 4.3

#### 4.3.1

Betreffend die verrechnete Leistung vom 14. August 2018 (E. 4.1.1) machten die Beklagten geltend, der Beklagte 2 habe während seiner Abwesenheit keine telefonischen Konsultationen gemacht. Die telefonischen Konsultationen vom 14. August 2018 müssten durch seinen Stellvertreter Dr. A.\_\_\_\_ durchgeführt worden sein (Urk. 13 S. 15 Ziff. I II.4.1). Dies ist keine substantiierte Bestreitung der auf eine entsprechende eindeutige Abrechnung (vgl. E. 4.1.1) gestützten klägerischen Sachdarstellung, dass der Beklagte 2 am 14. August 2018 gearbeitet

habe. Auf entsprechende Nachfrage durch das Gericht nach Stellvertretungen im Jahr 2018 erwähnte Dr. A.\_\_\_\_ denn auch lediglich Leistungen im Dezem ber 2018 (E. 4.2.2), nicht jedoch solche im August 2018.

Entgegen den Beklagten (Urk. 65) kann die Angabe von Dr. A.\_\_\_\_ , er habe schon vor dem 17. Dezember 2018 und in den Tagen danach telefonisch Kon takt

mit der MPA gehabt, mit der Klägerin (Urk. 59) nur so verstanden werden, dass diese Telefonate am 17. Dezember 2018 und in den Tagen davor und da nach,

mithin um den 17. Dezember 2018 herum, stattfanden, was sich denn auch

mit de n Abrechnung sdaten gegenüber der Krankenkasse deckt (vgl. vorste hend E. 4.1.2 beziehungsweise nachstehend E. 4.3.2). Selbst wenn Dr. A.\_\_\_\_ dies anders gemeint hätte,

wäre die Angabe, er sei « schon vor dem 17. Dezember

2018» für den Beklagten 2 eingesprungen, zu unspezifisch, um eine Leistung des Beklagten 2 am Abrechnungsdatum vom 14. August 2018 zu widerlegen.

Es ist demnach erwiesen, dass der Beklagte 2 die Leistung vom 14. August 2018 selber erbracht und dies

gegenüber der Klägerin verschwiegen hat.

Hätte die Klägerin von dieser Leistung gewusst, wäre sie in der Lage gewesen,

zeitnah weitere Abklärungen hinsichtlich der Arbeitsfähigkeit des Beklagten 2 einzuleiten.

Es ist daran zu erinnern, dass der Entscheid darüber, ob

sich

das Ausführen gewisser Arbeiten leistungsmindernd auswirkt oder nicht,

vom – entsprechend informierten – Versicherer, nicht aber vom Versicherten selber zu fällen ist und eine entsprechende Mitteilungspflicht besteht (Urteil des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.2.7; vgl. vorstehend E. 3.3). Entsprechend ist auch das Verschweigen der Leistung vom 14. August 2018 tatbeständlich im Sinne von Art. 40 VVG. 4.3.2

Dr. A.\_\_\_\_

erklärte zwei Mal übereinstimmend, dass er am 17. Dezember 2018 Sprechstunde in der Praxis des Beklagten 2 gehalten habe (E. 4.2.1-2).

Sodann

gab er gegenüber dem Gericht an, er habe auch schon vor dem 17. Dezember

2018 und in den Tagen danach telefonischen Kontakt mit der MPA gehabt und das Vorgehen besprochen.

Dabei habe es sich vor allem um Nachkontrollen bei zuvor gemeinsam operierten Patienten gehandelt (E. 4.2.2). Dies erscheint glaubhaft. Nachdem er bei 5 Patienten offenbar selber Rechnung gestellt hat, dürfte es sich bei den verbleibenden über die Nummer des Beklagten 2 abgerechneten Konsultationen vom Dezember 2018 um nichtgemeinsame Patienten des Beklagten 2 handeln (E. 4.1.2). Es bestehen daher relevante Zweifel, dass der Beklagte 2 die gegenüber der CSS Versicherungen AG für den 10.,

12., 17. und 19. Dezember 2018 abgerechneten Leistungen (E. 4.1.2) selber erbracht hat. Dies ist somit nicht rechtsgenügend bewiesen (E. 1. 6-7).

Die Klägerin machte geltend, der Tatbestand von Art. 40 VVG sei dadurch erfüllt, dass der Beklagte 2 dank dieses unentgeltlichen «Freundschaftsdienstes» durch Dr. A.\_\_\_\_ während seiner 100%igen Arbeitsunfähigkeit Einnahmen generiert habe, denen keine Aufwände gegenüber gestanden seien, während er gleichzeitig das volle Taggeld bezogen habe, wodurch ein Vermögensvorteil erzielt worden sei (Urk. 59 S.

2). Diese Frage kann vorliegend offenbleiben, nachdem der Tatbestand von Art. 40 VVG ohnehin bereits erfüllt ist (vgl. E. 3.6-7).

4.3.3

Betreffend die gegenüber der Helsana AG verrechneten Leistungen (E. 4.1.3) vermochten die Beklagten einzig hinsichtlich des Aktienstudiums vom 23. August

2018 näher aufzuzeigen, dass diese Position im Zeitpunkt der Aktenabgabe am 23. August 2018 erfasst wurde anstatt im Zeitpunkt der effektiven Leistung durch den Beklagten 2 am 12. September 2018. Der zweitgenannte Zeitpunkt ergebe sich aus der Krankengeschichte, zudem wurde die MPA als Zeugin offeriert (Urk. 37 S. 11 f. Ziff.

II.18.3), wobei angesichts der detaillierten Angaben in angetizipierter Beweiswürdigung davon auszugehen ist, dass die MPA diese anlässlich einer Zeugenbefragung bestätigen würde, weshalb auf eine solche verzichtet werden kann.

Betreffend die verbleibende gegenüber der Helsana AG abgerechnete Position vom 11. Dezember 2018 (E. 4.1.3) sowie die gegenüber der CSS Versicherungen AG abgerechnete Position vom 10. Januar 2019 (E. 4.1.2) beschränkten sich die Beklagten im Wesentlichen auf allgemeine Ausführungen,

weshalb das auf der Rechnung erscheinende Datum grundsätzlich nicht mit dem Leistungsdatum übereinstimmen müsse (E. 2.2). Wann die se

beiden Leistungen durch den Beklagten 2 indes effektiv erbracht

– sprich die verrechneten Berichte verfasst oder diktiert

- worden seien, konnten sie weder näher substantiieren noch belegen.

Die Abrechnungen

andererseits sind eindeutig. Beide Leistungsdaten fallen in die selbe

Periode attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit. Damit vermochten die Beklagten keine Zweifel betreffend den Zeitpunkt der Leistungserbringung zu wecken. Auch hier verschwieg der Beklagte 2 gegenüber der Versicherung somit Einkünfte beziehungsweise eine geringere Arbeitsunfähigkeit als die attestierte. 4.4

Die Voraussetzungen von Art. 40 VVG sind somit erfüllt. In erster Linie ist dem Beklagten 2 das Verschweigen seiner vorhandenen Teilarbeitsfähigkeit und der erzielten Einkünfte am 1. September 2018 zum Vorwurf zu machen (E. 3.7). Da neben erfüllt jedoch auch das Verschweigen der Leistungen vom 14. August 2018 (E. 4.3.1), vom 11. Dezember 2018 und vom 10. Januar 2019 (E. 4.3.3) den Tatbestand von Art. 40 VVG, was hinsichtlich der durch Dr. A.\_\_\_\_ im Dezember 2018 erbrachten Leistungen offenbleiben kann (E. 4.3.2). 4.5

4.5.1

Im Zeitraum vom 1. September 2018 bis zum 31. März 2019 erbrachte die Klägerin Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 83'395.80 (Urk. 1 S. 4 Ziff. III. 8). Diese r

Rückforderungsbeitrag ist in der Höhe ausgewiesen (Urk. 2/10) und unbestritten (Urk. 13 S. 14 Ziff. III.2). 4.5.2

Die Klägerin beantragte eine Verzinsung ihrer Rückforderung zu 5 % seit dem 1.

September 2018, dem Datum der Rücktrittserklärung vom Vertrag.

Da den AVB keine Bestimmungen über den

Verzugszins zu entnehmen sind, findet sich die Rechtsgrundlage dafür in Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 des Obligationenrechts (OR). Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugszinsen zu 5 % für das Jahr zu bezahlen. Der Eintritt des Verzugs setzt nach Art. 102 Abs. 1 OR eine Mahnung voraus. Die Zustellung einer Rechnung gilt dann als Mahnung, wenn darin unmissverständlich ausgedrückt wird, dass die Zahlung nach Ablauf einer bestimmten Frist erwartet wird (Gauch/Schlupe/Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Zürich 2020, Bd II, N 2706).

Indes ist nach der Rechtsprechung eine Mahnung für die Fälligkeit der Versicherungsverpflichtungen

in analoger Anwendung von Art. 108 OR nicht erforderlich, wenn der Versicherer seine Leistungspflicht

definitiv verneint (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_16/2017

vom 8. Mai 2017 E. 3.1). 4.5.3

Mit Regulierungsschreiben vom 24. Januar 2020 (Urk. 2/6) forderte die Klägerin den Betrag von Fr. 151'584.40 vom Beklagten 2 zurück, wobei als Zahlungsziel der 28. Februar 2020 angegeben und der Beklagte 2 gebeten wurde, bei Zahlungsschwierigkeiten einen Ratenzahlungsplan einzureichen. Dies kann noch nicht als Mahnung gewertet werden. Im Rahmen der darauf

folgenden Korrespondenz vom 7. Februar 2020 hielt die Klägerin – nach Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 30. Januar 2020 (Urk. 21/17) –

am Regulierungsschreiben und damit an der Rückforderung fest (vgl. Urk. 21/18), woraufhin die Beklagten

am 2. März 2020 weitergehende Taggeldansprüche geltend machten und die Rückerstattung der Rückforderung damit ablehnten (Urk. 21/19). Am 13. März 2020 hielt die Klägerin an ihrer Auffassung fest und verweist die Beklagten für allfällige weitere Schritte auf den Rechtsweg (Urk. 21/20). In der Folge erfolgte die Zustellung des Zahlungsbefehls vom 12. November 2020 im Rahmen der beim Betreibungsamt Zürich angehobenen Betreibung (Urk. 2/17).

Nachdem die Beklagten mit Schreiben vom 2. März 2020 die Rückerstattung der Rückforderung abgelehnt und weitergehende Taggeldansprüche geltend gemacht hatten (Urk. 21/19), hielt die Klägerin mit Schreiben vom

## **E. 6**

Der Beweis gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts dann als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dabei wird keine absolute Gewissheit verlangt, sondern es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 mit Hinweisen). 1.

## **E. 7**

Ausnahmen vom Regelbeweismass der vollen Überzeugung ergeben sich zum einen aus dem Gesetz selbst, zum andern sind sie durch Rechtsprechung und

Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen, in denen rechtsprechungsgemäss keine volle Überzeugung verlangt wird, sondern eine überwiegende Wahrscheinlichkeit genügt, liegt die Überlegung zugrunde, dass die

Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach nach der Formulierung des Bundesgerichts eine Beweisnot voraus.

Diese Voraussetzung ist gemäss Bundesgericht erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können (BGE 148 III 105 E. 3.3.1 mit Hinweisen).

Für den der Versicherung obliegenden Beweis der Täuschungsabsicht gilt das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit. Für den ihr obliegenden Nachweis der wahrheitswidrigen Darstellung von Fakten durch den Versicherten

besteht hingegen keine generelle Beweisnot, sodass grundsätzlich das reguläre Beweismass des strikten Beweises zur Anwendung kommt ( BGE 148 III 134 E.

3.4).

#### **E. 10**

% arbeitsfähig gewesen sei, nur sei ihm nicht bewusst gewesen, dass er nicht arbeiten dürfe. Eine Absicht könne ihm nicht vorgeworfen werden, wenn er nach zweimonatiger Krankschreibung am letzten Tag eine gute Stunde Testarbeit verrichte ( S. 17 Ziff. II.25.3 ).

Es treffe zu, dass ab einer Arbeitsfähigkeit von 75 % die Leistungspflicht entfalle.

Die Forderung der Widerklage werde entsprechend um Fr. 34'716.-- auf Fr. 146'160.-- reduziert ( S. 18 Ziff. II.29.3 sowie angepasstes Rechtsbegehren S. 2 oben).

#### **E. 13**

März 2020 zu bezahlen.

Der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr.

„...“

des Betreibungsamtes Zürich (Zahlungsbefehl vom 12. November 2020 [Urk. 2/17] ) ist in diesem Umfang aufzuheben. 4.5.5

Die Widerklage ist entsprechend

abzuweisen (vgl. E. 2.5). 5. 5.1

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A\_194/2010 vom 17. November 2010 E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). 5.2

Die Parteientschädigung 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 zürcherische Verordnung über die Anwaltsgebühren. Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden.

Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer so wie nach den §§ 1, 5 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. 5.3

Ausgangsgemäss hat die vertretene Klägerin und Widerbeklagte Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Mit Honorarnote vom 21. Juli 2023 machte die Rechtsvertreterin der Klägerin einen Zeitaufwand von 28 Stunden sowie Barauslagen von Fr. 212.70 geltend (Urk. 68). Dies erscheint der Bedeutung der Streitsache und der Schwierigkeit des Prozesses als noch angemessen. Die Parteientschädigung ist daher unter Berücksichtigung des gerichtsüblichen Stundenansatzes von Fr. 220.-- (zuzüglich Mehrwertsteuer) auf Fr. 6'863.40 (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen. Das Gericht erkennt:

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