

# **ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00027**

## **vom 26. April 2023**

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-04-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_sozialversicherungsgericht\\_KK.2021.00027](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00027)

FR: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00027 du 26 avril 2023

IT: ZH\_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00027 del 26 aprile 2023

### **Erwägungen**

#### **E. 1**

Abs.

#### **E. 3**

MB/KT 09 der AVB Barmenia erbracht wurden, wobei dessen berufliche Tätigkeit bei Eintritt des Versicherungsfalls - verstanden als Berufsbild in seiner konkreten Ausprägung, so wie es zuletzt ausgeübt wurde - in der Arzttätigkeit in einem Anstellungsverhältnis bestand. 4.5

##### 4.5.1

Demnach steht fest, dass die Beklagte und Widerklägerin gestützt auf Art. 17 Abs.

1 AVB ihre eigenen Taggeldleistungen nur in Ergänzung zu den Versicherungsleistungen der Barmenia zu erbringen hat oder anders gesagt die Leistungen der Barmenia von den eigenen Taggeldleistungen in Abzug bringen darf. Insoweit sich der Kläger und Widerbeklagte darauf beruft, Art. 17 Abs. 1 AVB sei nicht anwendbar, trifft das nach dem Gesagten insoweit zu, als die Bestimmung nicht als Grundlage für die Rückforderung an sich herangezogen werden kann. In Bezug auf den Umfang der Leistungsansprüche entfalten die AVB hingegen nicht nur für den Versicherungsnehmer, sondern sehr wohl auch für den Versicherten Wirkung (Urteil des Bundesgerichts 4A\_197/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3.3).

Die Beklagte und Widerklägerin (Urk. 5 S. 8 ff.) macht daher zu Recht geltend, dass sich ihre Leistungspflicht aufgrund von Art. 17 Abs. 1 AVB darauf beschränkt, dass sie die Krankentaggeldleistungen der Barmenia lediglich bis zur Höhe des bei ihr versicherten Krankentaggeldes zu ergänzen habe. Die darüber hinaus entrichteten Leistungen sind demnach ohne vertragliche Grundlage und daher zu Unrecht ausbezahlt worden, so dass der die Leistung

empfangende Kläger und Widerbeklagte rechtsgrundlos beziehungsweise un gerechtfertigt bereichert ist (BGE 133 III 356 E. 3.2.1).

Da die Beklagte und Widerklägerin weder vom Versicherungsnehmer noch dem Versicherten von der Doppelversicherung in Kenntnis gesetzt worden war, hat sie ihre Leistungen im entsprechenden Umfang irrtümlich im Sinne von Art. 63 Abs. 1 OR erbracht bis zum Zeitpunkt, in dem ihr das Schreiben der Barmenia vom 6. September 2019 (Urk. 6/101) über die ihrerseits geleisteten Krankentaggelder zugeing (vgl. dazu Urk.

#### **E. 5**

S. 3) . Bis da hin hatte die Beklagte und Widerklägerin keinen Anhaltspunkt , die bei ihr Zweifel an ihrer Schuldpflicht hätten hervorrufen müssen.

Demnach ist im Weiteren der Umfang der Rückerstattung zu prüfen ( Art. 64 OR). Demnach kann die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. 4.5.2

Die Beklagte und Widerklägerin beruft sich (Urk. 5 S. 10 f.)

zwecks Anrechnung der Dittleistungen der Barmenia im Sinne von Art. 17 Abs. 1 AVB auf ihre Überentschädigungsberechnung vom 8. Juli 2020 (Urk. 6/192), wonach sie von ihren Krankentaggeldleistungen vom 24. Juli 2018 bis 1. Juli 2019 den Betrag von Fr. 41'355.55 in Abzug bringen will . Dieser Betrag wurde vom Kläger und Widerbeklagten in betraglicher Hinsicht nicht gerügt. Er hat zwar mit einem an deren Eurokurs die von der Barmenia in diesem Zeitraum erbrachten Leistungen von Euro 39'375.-- (Urk. 6/188/3.2-15) auf Fr.

43'891.31 um gerechnet (Urk. 1 S. 9) . Da es sich dabei indes um einen höheren Betrag handelt, kann dahingestellt bleiben, ob dieser korrekt sei. 4.5.3

Der Kläger und Widerbeklagte hat keine Einwendungen erhoben oder Tatsachen behauptet, die gemäss Art. 64 OR seiner Rückerstattungspflicht allenfalls entgegenstehen könnte. Selbst wenn dies darauf zurückgeführt werden könnte, dass die Beklagte und Widerklägerin die bereicherungsrechtlichen Grundlagen nicht angerufen hat , hat es der anwaltlich vertretene Kläger und Widerbeklagte selbst zu vertreten, wenn er sich dazu nicht geäussert und substantiierte Bestreitungen und Einwendungen erhoben hat. Denn es obliegt dem Bereicherten, die Umstände zu behaupten und zu beweisen, die seine Rückerstattungspflicht ausschliessen oder mindern (BGE 92 II 168 E. 6c). Er hätte - wenn er gutgläubig war - etwa die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung erheben müssen (Schulin/Vogt, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I [BSK OR I] , 7. Auflage, Basel 2020 , Art. 64 N. 5) , was er jedoch unterlassen hat (vgl. dazu Urk. 14 und Urk. 21).

Allerdings hat das Gericht die sich im Prozessstoff befindende Einwendungstatsachen von Amtes wegen bei der Beurteilung der Rechtslage zu berücksichtigen, unbesehen, ob die Parteien bewusst oder unbewusst die rechts hindernden oder rechtsaufhebenden Tatsachen - hier die Voraussetzungen von Art. 64 OR - in den Prozess eingeführt haben. Das Gericht hat aber nicht ausserhalb von Tatsachenvorträgen der Parteien von sich aus nach möglichen Einwendungen zu forschen (Schaller, Einwendungen und Einreden im Schweizerischen Schuldrecht, Zürich 2010, S. 46 Rz 110 und S.

68 f. Rz 159 -162 ) . 4.5.4

Mit Blick auf eine sich seitens des Klägers und Widerbeklagten allenfalls ergebende prekäre Finanzlage ( vgl. etwa die Ausführung im Protokoll des Landgerichts der Insolvenzverwalterin; Urk. 33/1 S. 2-3 ) , welche auf eine Entreicherung im Sinne von Art. 64 hindeuten könnte, ist festzuhalten, dass bei Ersparnisbereicherung der Einwand der Bereicherung von vornherein entfällt . Hat der Bereicherte das rechtsgrundlos Erhaltene für etwas verwendet, was er auch sonst aus eigenen Mitteln getätigt hätte, so hat er dies bei seinen Ausgaben gespart

(Schulin/Vogt, a.a.O., Art. 64 Rz 5). Es ist nicht ersichtlich und auch nicht dargetan, dass hier nicht eine Ersparnisbereicherung anzunehmen wäre.

Angesichts dessen, dass nicht von einer nicht mehr vorhandene n Bereicherung auszugehen ist, kann die Frage des guten Glaubens

offen gelassen werden. Immerhin bleibt zu bemerken, dass zwar der gute Glaube vermutet wird. Allerdings erscheint es zumindest als zweifelhaft, dass beim Verhalten des Klägers und Widerbeklagten von einem guten Glauben ausgegangen werden könnte. Denn er hat zunächst gleichzeitig von der Beklagten und der Widerklägerin ein Taggeld von Fr. 427.40 ( Urk. 6/13-14)

sowie seitens der Barmenia Taggeldleistungen von Euro

105.-- (später von Euro 28.-- ) bezogen ( Urk. 6/188/3.2-15). Angesichts dieser erheblichen Beträge hätte ihm auffallen müssen, dass der gleichzeitige Leistungsbezug nicht korrekt sein könnte. Dennoch hat er sich nicht selbst mit den Versicherern und insbesondere mit der Beklagten und Widerklägerin in Kontakt gesetzt, um sich nach der Rechtmässigkeit der empfangenen Leistungen zu erkundigen. 4.5.5

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte und Widerklägerin für die Zeit vom 24. Juli 2018 bis 1. Juli 2019 gestützt auf Art. 17 Abs. 1 AVB die von der Barmenia an den Kläger und Widerbeklagten geleisteten Krankentaggelder anrechnen darf und dieser die damit in diesem Umfang zu viel ausgerichteten Krankentaggeldleistungen von Fr. 41'355.55 an die Beklagte und Widerklägerin zurückzuerstatten hat. 4.5.

### **E. 5.1**

Strittig und zu prüfen ist weiter, ob die Beklagte und Widerklägerin aufgrund von Verletzungen der Mitwirkungsobliegenheiten

des Klägers und Widerbeklagten die Krankentaggelder der Barmenia auch für den restlichen Zeitraum vom 2. Juli 2019 bis zur Leistungseinstellung per 5. Februar 2020 an ihre Krankentaggeldleistungen anrechnen darf, was für den Zeitraum vom 2.

Juli 2019 bis 31. Oktober 2019 zu einer Rückforderung von Fr. 17'043.40 führen würde (gegebenenfalls abzüglich der nicht ausbezahlten, bereits verrechneten Krankentaggelder von Fr. 11'106.25 für die Zeit vom 1. November 2019 bis 5. Februar 2020) und vom 1. November 2019 bis zum 5. Februar 2020 die Kürzung der Krankentaggelder der Beklagten und Widerklägerin um Fr. 139.70 pro Taggeld (von Fr. 427.40 auf Fr. 287.70) zur Folge hätte ( Urk. 6/189, Urk. 6/192 S. 2).

Die Beklagte und Widerklägerin stellt sich hierzu auf den Standpunkt, dass sie den Kläger und Widerbeklagten aufgefordert habe, seine Ansprüche gegenüber der Barmenia zu wahren. Indem er dies nicht getan habe und deren Leistungseinstellung per 1.

Juli 2019 aufgrund der Verletzung seiner Mitwirkungspflichten erfolgt sei, sei sie aufgrund der Schadenminderungspflicht des Versicherten und des diesbezüglichen Weisungsrechts des Versicherers nach Art.

61 VVG berechtigt, ihre Leistungen um den entstandenen Schaden zu kürzen, wobei sie auch

gestützt auf Art. 21 ff. AVB, insbesondere Art. 24 AVB,

sowie gestützt auf Art. 53 VVG wegen der fehlenden Information über die zusätzliche Versicherung in Deutschland zur Einstellung ( richtig : Kürzung und Verrechnung , Urk. 6/189 , Urk. 6/1 92 S. 2 ) der Leistungen ab November 2019 berechtigt gewesen sei (Urk. 5 S.

### **E. 5.2**

Nach Art. 61 Abs. 1 VVG ist der Anspruchsberechtigte verpflichtet, nach Eintritt des befürchteten Ereignisses (Versicherungsfall) tunlichst für Minderung des Schadens zu sorgen. Er muss, wenn nicht Gefahr im Verzuge liegt, über die zu ergreifenden Massregeln die Weisung des Versicherers einholen und befolgen. Die Obliegenheit zur Minderung des Schadens hat die versicherte Person nicht nur bei einer Schaden-, sondern auch bei einer Summenversicherung ( BGE 142 III 671 E. 3.7.2 mit Hinweisen). Hat der Anspruchsberechtigte diese Pflichten in nicht zu entschuldigender Weise verletzt, so ist der Versicherer nach Abs. 2 dieser Bestimmung berechtigt, die Entschädigung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten vermindert hätte.

Laut Abs.

### **E. 5.3.1**

Es ist unstrittig und überdies belegt , dass die Beklagte und Widerklägerin den Kläger und Widerbeklagten aufgefordert hat , seinen Mitwirkungspflichten gegen über der Barmenia nachzukommen. Und zwar hat sie ihn in der E-Mail vom

13. Januar 2020

aufgefordert, mit der Barmenia Kontakt aufzunehmen und die gewünschten Unterlagen /Informationen einzureichen, sofern er von dieser seit dem 1. Juli 2019 keine weiteren Leistungen erhalten habe ( Urk. 6/136 S. 1 = Urk. 2/17 ).

Nicht in Abrede gestellt wurde ferner , dass die Barmenia ihre Leistungen per 1.

Juli 2019 eingestellt hat, weil sie von einer Verletzung der Mitwirkungsobliegenheiten des Klägers und Widerbeklagten ausging. Im Schreiben an den Rechtsvertreter des Klägers und Widerbeklagten vom 11. Februar 2020 erklärte die Barmenia dazu , die mit Schreiben vom 15.

und 24.

Juli 2019 (Urk. 2/21.2-6) angeforderten Unterlagen würden ihr bis zum heutigen Tag (am 11. Februar 2020) nicht vorliegen. Mit Schreiben vom 16. August 2019 habe sie die Leistungen für den kompletten Leistungsausfall abgelehnt. Aufgrund der vorsätzlichen Verletzung der vertraglichen Obliegenheit sei sie von der Verpflichtung zur Leistung frei. Eine nachträgliche Zusendung führe zu keiner Änderung. Die vertraglichen Vereinbarungen würden vorsehen, dass eine Leistung nur erfolgen könne, wenn die von ihr geforderten Nachweise erbracht würden. Hierbei handle es sich um die ärztliche Bescheinigung zur Arbeitsunfähigkeit (Folgebescheinigung), welche zur Beantragung der vertraglichen Leistungen dem Kläger und Widerbeklagten zugesandt worden seien. Eine Auszahlung ohne diesen Nachweis sei nicht möglich. Bei der Selbstauskunft handle es sich ferner um einen Fragebogen. Die vertraglichen Leistungen seien bis einschliesslich 1. Juli 2019 erbracht worden. Aufgrund der fehlenden Zusendung der erbetenen Unterlagen sei darüber hinaus keine weitere Auszahlung erfolgt (Urk. 2/21.1).

Unbestritten ist weiter, dass die Barmenia nach dem Hinweis des Rechtsvertreters des Klägers und Widerbeklagte n in der E-Mail vom 17. Februar 2020 (Urk. 2/22) , er habe eben gerade wegen seiner Krankheit der vertraglichen Obliegenheit nicht nachkommen können , auf die Angelegenheit einging ( Urk. 1 S. 7 f. ). So erklärte sie im Schreiben vom 20. Februar 2020 an den Rechtsvertreter des Klägers und Widerbeklagten, er möge ihr zusätzlich zu den bisher fehlenden Unterlagen (unter anderem) einen ausführlichen Bericht über die Behandlungen, welche seit dem 1.

Juli 2019 erfolgt seien, und einen ärztlichen Nachweis zur Thematik der Obliegenheitsverletzung zukommen lassen. Sie werde nach Eingang der Unterlagen auf den Sachverhalt zurückkommen

( Urk. 2/23). 5. 3 .2

Die Parteien haben im Verlauf dieses Verfahrens nicht geltend gemacht, dass die Barmenia 2019 nach diesen Schreiben vom 17. Februar 2020 und vom 20.

Februar 2020 (Urk. 2/22-23) auf ihre Leistungseinstellung per 1.

Juli tatsächlich zurückgekommen ist und dem Kläger und Widerbeklagten

weitere Krankentaggeldleistungen ausgerichtet hat. Dies ist auch nicht aktenkundig , weshalb davon nicht auszugehen ist . Im Übrigen würden weitere Krankentaggeldleistungen der Barmenia über den 1. Juli 2019 hinaus nichts ändern. Denn in diesem Fall wäre die Beklagte und Widerklägerin ohnehin - und aus den gleichen Gründen wie unter der Erwägung 4 hiervor ausgeführt - dazu berechtigt, die Krankentaggelder der Barmenia in Anwendung von Art. 17 Abs. 1 AVB an die von ihr ab dem 2. Juli 2019 erbrachten respektive bis zum 5. Februar 2020 zu erbringenden Taggelder anzurechnen.

Soweit der Kläger und Widerbeklagte eine Obliegenheitsverletzung durch ihn gegenüber der Barmenia bestreitet (Urk.

14 S. 5) , würde dies gegebenenfalls eben falls dazu führen, dass er Anspruch auf weitere Krankentaggeldleistungen gegen über der Barmenia hat, welche die Beklagte und Widerklägerin an ihre Leistungen anrechnen dürfte . Daher ist auch das als « Noveneingabe » nachgereichte Beweis mittel ( Art. 229 ZPO) , das Protokoll des Landgerichts Freiburg im Breisgau zur öffentlichen Sitzung vom 8. Februar 2023 (Urk. 33/1), nicht dazu geeignet, eine Anrechnung von Krankentaggeldern der Barmenia an die Leistungen der Beklagten und Widerklägerin ab dem 2. Juli 2019 abzuwenden. In diesem Protokoll hat das Landgericht Freiburg im Breisgau , soweit sich der Kläger und Widerbeklagte in seiner Eingabe vom 24.

März 2023 in diesem Zusammenhang darauf beruft ( Urk. 32 S. 1), unter dem Titel «Das Gericht weist die Klägerin noch auf folgendes hin:» ausgeführt, im Hinblick auf die eigentlichen Krankentaggeldansprüche müsse gesehen werden, dass Obliegenheitsverletzungen eingewandt würden, von denen das Gericht davon ausgehe, dass sie am Ende des Tages kein scharfes Schwert der Beklagten (gemeint ist die Barmenia) darstellen würden. Selbst wenn daraus , wie der Kläger und Widerbeklagte geltend macht (Urk. 32 S. 1), gefolgert werden könnte, dass das Landgericht letztlich darauf erkennen werde, er habe seine Mitwirkungsobliegenheiten gegenüber der Barmenia nicht verletzt, könnte er daraus nichts für sich gewinnen. Denn das würde lediglich dazu führen, dass die Barmenia die Krankentaggelder ab dem 2. Juli 2019 nach zahlen müsste, so dass die Beklagte und Widerklägerin in ihrer Position erst recht gestärkt würde , da sie die se

## Dritteleistungen

gemäss Art. 17

Abs. 1 AVB an ihre Leistungen anrechnen dürfte. 5. 3 .3

Dem Vorbringen des Klägers und Widerbeklagten, dass im Zusammenhang mit der behauptete Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit vorgeworfene Verhalten habe seinen Ursprung in seiner psychischen Erkrankung (Urk. 1 S. 13), ist zudem entgegenzuhalten, dass dies nichts daran ändert, dass er seine Mitwirkungsobliegenheiten - insofern unstrittig - (Zusenden von Selbstauskunft und ärztlichen Bescheinigungen ; Urk. 2/21.1 -6 ) gegenüber der Barmenia trotz mehrmaliger Aufforderung nicht nachgekommen ist und dies zur Einstellung ihrer Leistungen geführt hat. Ein entschuldbarer Grund ist darin überdies nicht zu sehen. Denn der Kläger und Widerbeklagte war in der Zeit, in welcher die Barmenia von ihm Unterlagen und Informationen einverlangte , letztmals im Juli 2019 (Urk. 2/21.2-6) , weder bewusstlos , noch in stationärer Behandlung und nicht ohne Möglichkeit, Dritte um Hilfe zu bitten beziehungsweise zur Vornahme der erbetenen Handlungen zu bevollmächtigen , zumal er sich in dieser Zeit gemäss dem Bericht von Dipl.-Psych. F.\_\_\_\_ vom 23. Oktober 2019 bereits seit dem 4. März 2019 in regelmässiger psychologischer Behandlung befand (Urk.

22/10) . Zudem konsultierte er am 17. Juli 2019 Dr.

med. K.\_\_\_\_ , Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, in dessen Praxis (Urk. 6/126.7). Auch war er anlässlich der vertrauensärztlichen Untersuchung bei Dr. med. L.\_\_\_\_ , Facharzt für Neurologie, Psychiatrie und Psychotherapie, vom 31. Juli 2019 (Urk. 6/126.5) in der Lage, den Arbeitsplatzfragebogen auszufüllen (Urk. 6/126.4). Des Weiteren hatte er der Beklagten und Widerklägerin am 10. Juli 2019 die aktualisierte Fassung der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mit der Bitte um Auszahlung des Krankentaggeldes zugesandt (Urk. 6/93). Es ist deshalb nicht einzusehen, weshalb es ihm , insbesondere

in dieser Zeit im Juli 2019 ,

nicht auch hätte möglich sein sollen , dafür zu sorgen, dass die von der Barmenia (zuletzt am 24. Juli 2019, Urk. 2/21.1-6) verlangten Unterlagen dieser zugestellt werden. Damit ist insbesondere auch die Behauptung des Klägers und Widerbeklagten, er habe seine Wohnung nicht mehr verlassen und seine Post nicht mehr öffnen können

(Urk.

1 S. 13) , bezüglich des entscheidenden Zeitraums im Juli 2019 nicht haltbar.

Vor diesem Hintergrund ist auch das weitere Vorbringen des Klägers und Widerbeklagten, die Beklagte und Widerklägerin habe selbst in der E-Mail vom 13. Januar 2020 (Urk. 6/136 S. 1 = Urk. 2/17) festgehalten , dass ihrer Ansicht nach

kein Vorsatz bestehe, weshalb er Anspruch auf Leistungen (gegenüber der Barmenia) habe (Urk.

1 S. 13) , nicht stichhaltig . Zudem

hat die Beklagte und Widerklägerin in dieser E-Mail darauf hingewiesen, dass der Entscheid darüber nicht in ihrer Verantwortung stehe (Urk. 6/136 S. 1). Sie handelt daher jedenfalls nicht gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB) , wenn sie sich dennoch auf die Ver

letzung von Mitwirkungsobliegenheiten beruft .

#### **E. 5.3.4**

Ebenfalls nicht gefolgt werden kann dem

Argument des Klägers und Wider beklagten , es sei kein Grund erkennbar, weshalb die Beklagte und Widerklägerin von der behaupteten Verletzung der Mitwirkungsobliegenheit gegenüber der Barmenia auf eine Verletzung ihr gegenüber zu schliessen vermöge, obschon es sich zudem um zwei separate Verträge ohne Wirkung füreinander handle (Urk.

1 S.

13). Denn zum einen ist die Beklagte und Widerklägerin aufgrund von Art. 17 Abs. 1 AVB dazu berechtigt, Drittleistungen wie jene der Barmenia an ihre Krankentaggeldleistungen anzurechnen . Zum anderen sieht Abs. 7 dieser Bestimmung vor , dass sie nicht leistungspflichtig ist, wenn die versicherte Person eine Forderung gegenüber einem Dritten nicht rechtzeitig geltend macht oder sich nicht um ihren Eingang bemüht. Die Wirkung der Höhe und Dauer der Leistungen der Krankentaggeldversicherung bei

der Barmenia auf jene der Beklagten und Widerklägerin wird dadurch begründet und konkret definiert, auch wenn die Ver sicherungen unabhängig voneinander abgeschlossen wurden.

Dadurch wirkt sich di e durch das (nicht zu entschuldigende) Verhalten des Klägers und Widerbeklagten verursachte Minderleistung der Barmenia ab dem 2. Juli 2019 unmittelbar auf die Leistungspflicht der Beklagten und Widerklägerin aus. Diese beruft sich daher zu Recht darauf, dass die Unterlassung des Klägers und Widerbeklagten sie im Zuge des ( rechtsprechungsgemäs s allgemeinen ; BGE 128 III 34 E. 3b)

Rechtsg rundsatzes der Schadenminderungspflicht des Anspruchs berechtigten nach Art. 61 VVG dazu berechtigt, die Entschädigung respektive die Krankentaggeldleistung um den Betrag zu kürzen, um den sie sich bei Erfüllung jener Obliegenheiten

vermindert hätte . Die versicherungsvertragliche Regelung in Art. 17 Ziff. 7 AVB sieht zudem gleichermassen im Sinne einer Schaden minderungspflicht des Anspruchsberechtigten vor, dass dieser sich um den Ein gang seiner Drittleistungsansprüche bemühen muss, anderenfalls die Leistungs pflicht der Beklagten und Widerklägerin entfällt.

Dass die vertraglichen Bestimmungen unter dem Titel «Verhaltenspflichten» von Art.

20 -24 AVB, wo sich weitere Konkretisierungen der Schadenminderungs pflicht finden, keine hierzu passende Regelung vorsieht, ändert bei dieser Sach- und Rechtslage nichts. Nichts zur Sache tut im Übrigen auch der Einwand des Klägers und Widerbeklagten, er habe die Beklagte und Widerklägerin stets informiert und mit Unterlagen versorgt

(Urk.

1 S.

13).

#### **E. 5.4.1**

Nach dem Gesagten ist festzuhalten, dass die Beklagte und Widerklägerin zu Recht geltend macht, dass sie die (hypothetischen) Krankentaggelder der Barmenia an den Kläger und Wider beklagten

auch über deren Einstellung per 1. Juli 2019, mithin vom

2. Juli 2019 bis am 5. Februar 2020 von ihren eigenen Krankentaggeldleistungen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 AVB in Abzug bringen darf.

#### **E. 5.4.2**

Der Betrag von Fr.

17'043.40, welcher gemäss ihrer Überentschädigungsberechnung vom 8. Juli 2020 dem Krankentaggeldanspruch des Klägers und Wider beklagten gegenüber der Barmenia für die Zeit vom 2. Juli 2019 bis 31. Oktober 2019 entspricht respektive entsprochen hätte (Urk. 6/192 S. 2), und den die Beklagte und Widerklägerin als (Teil der) Rückforderung geltend macht, entspricht einem Taggeld von Fr. 139.70 (an 122 Tagen vom 2. Juli 2019 bis 31. Oktober 2019).

Dieser wird vom Kläger und Widerbeklagten mengenmässig nicht gerügt, weshalb es damit sein Bewenden hat.

#### **E. 5.4.3**

Es ist somit festzuhalten, dass die Beklagte und Widerklägerin eine (weitere) Rückforderung von Fr.

17'043.40 gegenüber dem Kläger und Widerbeklagten hat. 6.

#### **E. 6**

Im Umfang von Fr. 41'355.55 ist die Widerklage folglich gutzuheissen. 5.

#### **E. 6.1**

Da somit die besagte Rückforderung der Krankentaggeldleistungen der Beklagten und Widerklägerin gegenüber dem Kläger und Widerbeklagten Bestand hat, ist auch die Verrechnung mit dessen Anspruch auf die (zu Recht um Fr. 139.70 pro Taggeld reduzierten) Krankentaggelder

von

insgesamt Fr.

11'106.25 für die Zeit vom 1. November 2019 bis 5. Februar 2020

(vgl. Leistungsabrechnung vom 8. Juli 2020; Urk. 6/189) rechtmässig (vgl. Art. 120 OR).

Der Kläger und Widerbeklagte hat gegen die Rechtmässigkeit der Verrechnung an sich denn auch nichts eingewendet. Er rügt lediglich, dass keine Gründe ersichtlich seien, welche die Beklagte und Widerklägerin zur Verweigerung der Nachzahlung der Krankentaggelder berechtigen würden (Urk. 1 S. 14), was sich indes - wie hiervoor ausgeführt - als unzutreffend erweist. Eine Auszahlung des Betrages von Fr. 11'106.25 bleibt dem Kläger und Widerbeklagten damit zufolge der zulässigen Verrechnung mit der Rückforderung durch die Beklagte und Widerklägerin verwehrt, weshalb seine Klage auch in diesem Umfang abzuweisen ist.

#### **E. 6.2**

Daraus folgt, dass die Widerklage auch im restlichen Umfang von Fr. 5'937.15 gutzuheissen ist ( Fr. 17'043.40 - Fr. 11'106.25 respektive Fr. 47'292.70 [Urk.

5 S. 2] - Fr. 41'355.55 [E. 4.5.3] ).

Von den beantragten Beweiserhebungen, namentlich der Abnahme der vom Kläger und Widerbeklagten offerierten Parteibefragungen zur Frage der Ver sicherung der notärztlichen Tätigkeit ( Urk. 1 S. 9 ) und zur Verletzung der Mit wirkungsobliegenheit ( Urk. 1 S. 14 ) , ist abzusehen , da davon auszugehen ist, dass sie die gewon nene Überzeugung nicht zu erschüttern vermö chten (antizipierte Beweiswürdi gung; 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). 7.

## **E. 7**

von Art. 17 AVB ist die Swica

nicht leistungspflichtig, wenn die ver sicherte Person eine Forderung gegenüber einem Dritten nicht rechtzeitig geltend macht oder sich nicht um ihren Eingang bemüht.

Art. 17 Abs.

### **E. 7.1**

Gemäss Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugs zins en zu 5 % für das Jahr zu bezahlen. Der Eintritt des Verzugs setzt nach Art. 102 Abs. 1 OR eine Mahnung der fälligen Verbindlichkeit voraus.

Als Mahnung gilt auch die Erhebung einer Klage oder einer Widerklage ; der Verzug tritt in diesem Fall mit Zustellung der Eingabe an die Gegenpartei (sei es durch das Gericht, sei es vom Gläubiger mittels Kopie) ein ( Urteil des Bundesgerichts 4A\_11/2013 vom 1 6. Mai 2013

E.

5; BGE 111 II 421 E.

### **E. 7.2**

Die Beklagte und Widerklägerin macht einen Zins von 5 %

auf die gesamte Rück forderung von Fr.

47'292.70 ( Fr. 41'355.55 + Fr. 17'043.40 - Fr.

11'106.25)

ab dem 8. Juli 2020 geltend (Urk. 5 S. 2) , mithin ab dem Datum ihres an den Kläger und Widerbeklagten gerichteten Schreibens vom 8. Juli 2020, mit welchem sie die Überentschädigungsberechnung vornahm, ihre Rückforderung bezifferte und erstmals dem Kläger und Widerbeklagten gegenüber geltend machte (Urk. 6/192) . Dass hernach eine Mahnung erfolgte, wurde nicht behauptet; auch wurde keine solche eingereicht. Als Mahnung hat daher d ie Widerklage vom 10.

August 2021 (Urk. 5) zu gelten, welche der Kläger und Widerbeklagte mit Gerichtsverfügung vom 1 1. August 2021 ( Urk. 8) am 2 3. August 2021 erhalten hat ( vgl. Sendungs information der Post;

Urk. 11 ). Der Verzug wurde mit der Zustellung der Widerklage am 23. August 2021 ausgelöst.

Der Zins von 5 % auf die Rückforderung von insgesamt Fr. 47'292.70 ist daher ab dem 23. August 2021 geschuldet. 8.

Der Kläger und Widerbeklagte ist somit in teilweiser

Gutheissung der Widerklage zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin Krankentaggelder im Betrag von Fr. 47'292.70 zuzüglich Zins von 5 % ab dem 23.

August 2021

zurückzu erstatten .

Die Klage dagegen ist im gesamten Betrag von Fr. 51'709.25 ( Fr. 40'603.-- + Fr. 11'106.25 ) zuzüglich Zins (Urk. 1 S. 2) abzuweisen. 9 .

9 .1

Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteienschädigung (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). 9 .2

Die Beklagte und Widerklägerin obsiegt sowohl bezüglich der Klage als auch -abgesehen eines insofern vernachlässigbaren Teils des Zinsenlaufs - bezüglich der Widerklage.

Sie wurde jedoch nicht durch einen externen Anwalt, sondern durch ihren eigenen Rechtsdienst vertreten. Sie hat entgegen ihrem Antrag (Urk. 5 S. 2) praxisgemäss - mangels eines besonderen Aufwandes (vgl. BGE 110 V 72 E. 7) - daher keinen Anspruch auf eine Parteienschädigung (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A\_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; vgl. auch BGE 133 III 439 E. 4 ) . 10.

Die vom Kläger und Widerbeklagten mit Eingabe vom 24. März 2023 als Eventualantrag beantragte Sistierung des Verfahrens (Urk. 32; Art. 126 ZPO) ist vor dem Hintergrund der Erwägungen 4.4.8 (betreffend Nebentätigkeit) und 5.3.2 (betreffend Obliegenheitsverletzung) nicht angezeigt. Wie der Kläger und Widerbeklagte selbst ausführt und wie aus diesen Erwägungen deutlich wird, ist eine Abhängigkeit des vorliegenden Prozesses und dieses Urteils von jenen des Landgerichts Freiburg im Breisgau im Verfahren 14 O351/21 (Urk. 33/1) nicht gegeben. Es besteht in diesem Zusammenhang auch kein anderer Grund für eine Sistierung. Das Sistierungsgesuch ist daher abzuweisen. Das Gericht beschliesst:

Das Sistierungsgesuch des Klägers und Widerbeklagten vom 24. März 2023 wird abgewiesen. und erkennt sodann :

**E. 8**

AVB sieht zudem vor , dass die versicherte Person die Swica über Art und Ausmass sämtlicher Leistungen Dritter unverzüglich zu informieren hat .

**E. 12**

; Widmer Lüchinger/Wiegand, in: BSK OR I, Art. 102 Rz 9 ).

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