

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00043

vom 28. September 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-09-28, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2021.00043

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00043 du 28 septembre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2021.00043 del 28 settembre 2023

Erwägungen

E. 1

3. September 2023 , Urk. 41), bei welcher er seit der en Eintragung im Handelsregister als Gesellschafter und Geschäftsführer mit einem Stammanteil von Fr. 16'000. bei einem Stammkapital von Fr. 20'000. (ab 7. Dezember 2021 mit einem Stammanteil von Fr. 20'000. bei einem Stammkapital von Fr. 20'000 .--) amte,

bei der Helsana Zusatz versicherungen AG (nachfolgend: Helsana) im Rahmen einer Kollektiv-Kranken taggeldversicherung gegen die Folgen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähig keit

versichert (Urk. 9/96). Mit Krankmeldung vom 24. November 2020 teilte die Y. ___ GmbH mit , dass X. ___ seit 8. Oktober 2020 wegen Krankheit arbeitsunfähig sei (Urk. 9/1). In der Folge leistete die Helsana Krankentaggelder (vgl. Urk. 9/73 S. 1, Urk. 9/ 93) .

Nachdem die Helsana ihre Krankentaggeldleistungen ab 9. März 2021 bis zum Einkommensnachweis durch den Versicherten vorläufig eingestellt hatte , hob sie die bestehende Versicherungsdeckung gestützt auf Art. 40 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) rückwirkend auf den Zeitpunkt des Schadens ereignisses vom 8. Oktober 2020 auf, verzichtete indessen auf eine Rückforderung der bereits ausbezahlte n Taggelder (Urk. 2/4 = Urk. 9/67 = Urk. 9/68).

E. 1.1

Am 1. Januar 2022 sind die geänderten Bestimmungen des VVG in Kraft getreten. In zeitlicher Hinsicht sind vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen (vgl. Art. 103a VVG in der ab 1. Januar 2022 geltenden Fassung) grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend , die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (vgl. BGE 146 V 364 E. 7.1, 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweisen). Daher sind vor liegend die bis 31. Dezember 2021 gültig gewesenen Rechtsvorschriften anwend bar, die nachfolgend auch in dieser Fassung zitiert werden.

E. 1.2

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversi cherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Auf sicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichts gesetz, KVAG) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungs vertragsgesetz, VVG). Sie sind privatrech tlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Kranken taggeld versicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeld versicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatz versicherung zur sozialen Krankenversicherung sub sumiert (BGE 142 V

448 E. 4.1).

E. 1.3

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

E. 1.5

Gemäss Art.

E. 2

Am 2. Dezember 2021 (Urk. 1) erhob X. ___ gegen die Helsana Klage mit dem Antrag, die Helsana sei zu verpflichten, ihm Fr. 40'115.20 zuzüglich Zins zu 5 % ab dem 23. Juli 2021 zu bezahlen. Ausser dem sei sie zu verpflichten, ab Dezember 2021 weiterhin Krankentaggelder gestützt auf die in der Folge ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit zu bezahlen zuzüglich Zins zu 5 % ab mittlerem Verfall zwischen dem 1. Dezember 2021 und dem Datum der Rechtskraft des Urteils (S. 2 oben). Am 17. März 2022 (Urk. 8) schloss die Helsana auf Abweisung der Klage. Widerklageweise beantragte sie, der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von Fr. 18'762. zurückzuerstatten (S. 2 oben).

Am 4. Juli 2022 zog das Gericht die Akten der Schweizerischen Invalidenversicherung (Urk. 17/1-24

E. 2.1

Grundlage für den geltend gemachten Taggeldanspruch ist primär der Kollektivversicherungsvertrag zwischen der Arbeitgeberin des Klägers und Widerbeklagten und der Beklagten und Widerklägerin. Unstreitig ist die Versicherungspolice vom 15. März 2019 (Urk. 9/96) massgebend. Demzufolge sind die darin genannten Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 2014, (Urk. 9/98) anwendbar und die Bestimmungen des VVG massgebend (Urk. 9/96 S. 3 oben).

E. 2.2

Gemäss Police vom 15. März 2019 (Urk. 9/96) ist bei einer Krankheit 80 % des effektiven Lohnes versichert, wobei die Leistungen höchstens 730 Tage pro Fall mit Anrechnung einer Wartefrist von 14 Tagen dauern (S. 2 Mitte).

E. 2.3

Gemäss Ziff. 6.1 AVB gilt als Grundlage für die Bemessung der Taggelder der letzte vor Beginn des Versicherungsfalls bezogene Lohn (Abs. 1; Urk. 9/98 S. 3).

Bei Selbständigerwerbenden, Betriebsinhabern und deren Familienmitgliedern, sofern diese nicht in der Lohnbuchhaltung aufgeführt sind, ist maximal das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert (Ziff. 6.2 AVB; Urk. 9/98 S. 3).

E. 2.4

Der Versicherer fordert den Versicherungsnehmer jeweils Ende Jahr auf, die definitiven Lohnsummen zu deklarieren. Der Versicherer stellt dem Versicherungsnehmer dazu ein Lohnsummendeklarationsformular zu, welches er innerhalb von 30 Tagen vollständig und wahrheitsgetreu ausgefüllt zurückzu senden hat. Der Versicherer erstellt daraufhin die definitive Prämienabrechnung für das vorangehende Jahr (Ziff. 29.1 AVB; Urk. 9/98 S. 9).

E. 2.5.1

Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die nach Massgabe des Art. 39 dieses Gesetzes obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). 2.

E. 2.7

Die Rechtsfolge einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs besteht darin, dass der Versicherer „an den Vertrag nicht gebunden“ ist. Er kann somit seine Leistung verweigern und vom Vertrag zurücktreten. Die letztere Möglichkeit - Rücktritt vom Vertrag - besteht indes nur gegenüber dem betrügerischen Anspruchsberechtigten, der gleichzeitig Versicherungsnehmer, also Vertragspartner des Versicherers ist. Gegenüber einer versicherten Drittperson - die nicht Vertragspartei ist - steht ein Rücktritt vom Vertrag nicht zur Disposition. Ist die versicherte Drittperson Anspruchsberechtigte und hat sie ihren Versicherungsanspruch nach Art. 40 VVG betrügerisch begründet, steht dem Versicherer einzig das Recht auf Verweigerung der Leistung zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3.

März 2015 E. 5.2). 3. 3.1

Zur Begründung seiner Klage führte der Kläger und Widerbeklagte im Wesentlichen aus (Urk. 1), er sei im Verlaufe des Jahres 2020 erkrankt und ab dem 8. Oktober 2020 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen. Die Arbeitsunfähigkeit sei seitens der Beklagten und Widerklägerin nie bestritten worden (S. 2 Ziff. 2) und diese habe ab dem 8. Oktober 2020 Taggelder im Betrag von Fr. 156.70 pro Tag bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % geleistet. Am 6. Juli 2021 habe sie die Versicherungsdeckung rückwirkend auf den 8. Oktober 2020 wegen angeblicher betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs aufgehoben (S. 3 Ziff. 3).

Im Dezember 2019 sei eine Lohnerhöhung auf Fr. 5'174.65 beschlossen worden und dieser Lohn sei während neun Monaten vor der Anmeldung des Leistungs falles ausbezahlt worden, die Lohngutschriften seien ausgewiesen (S. 4 oben). Die Lohnerhöhung sei erfolgt, weil er bis im Jahre 2019 in zwei Restaurants als Geschäftsführer zu je einem 50%-Pensum tätig gewesen sei und auch zwei Löhne bezogen habe. Nachdem der Lohn als Geschäftsführer des Restaurants in Z.____

im Jahr 2020 entfallen war, habe er ab Januar 2020 nur noch

bei der Y.____ GmbH als Geschäftsführer in einem Pensum von 100 % gearbeitet. Aufgrund des Umsatzes der Y.____ GmbH im Jahr 2019 sei eine Anpassung des Lohnes für ein verdoppeltes Pensum angebracht und berechtigt gewesen. Dass das Jahr 2020 aus bekannten Gründen ein erheblich schlechteres Resultat bringen würde, habe niemand voraussehen können (S. 4 Ziff. 4).

Die Beklagte und Widerklägerin habe ihren Beschluss, die Taggeldleistungen ein zustellen, aufgrund unvollständiger Unterlagen gefällt. Ausserdem könne sie nur Mutmassungen vorbringen und diese stütze sie auf provisorische und unvollständige Zahlen, aber auch auf eine falsche Annahme des Zeitablaufs. Der für 2020 erhöhte Lohn sei ausgewiesen (S. 7 Ziff. 7). 3.2

Die Beklagte und Widerklägerin hielt dem mit Klageantwort (Urk. 8) zusammen gefasst entgegen, aufgrund der Lohngutschriften auf dem Konto Nr. «1»

(KK Inh. Verbindlichkeiten) habe der Nettolohn beziehungsweise hätten die Lohnzahlungen nicht glaubhaft belegt werden können. Stattdessen sei durch die gewählte Buchhaltungsmethode sogar anzunehmen, dass die Lohnhöhe nach dem Einfordern der Buchhaltungsunterlagen zu Gunsten des Klägers und Widerbeklagten verändert worden sei. Es sei offen, ob eine Lohnerhöhung bei einem tieferen Firmenertrag im Jahr 2020 gegenüber 2019 betriebswirtschaftlich begründet werden könne. Die Gesellschaft habe im Jahr 2020 einen Geschäftsverlust erlitten. Der gegenüber der beruflichen Vorsorge angegebene Jahreslohn habe für die Jahre 2019 bis 2021 lediglich Fr. 38'998.20 betragen. Ein Bruttolohn von Fr. 71'497.80 habe aus dem Geschäftsgang keineswegs erwirtschaftet werden können, was dem Kläger und Widerbeklagten habe bewusst sein müssen. Es sei ihr absichtlich ein höheres Bruttoerwerbseinkommen vorgetäuscht worden, um höhere Taggeldleistungen zu erlangen. Eine solche Lohnerhöhung im Jahr 2020, unmittelbar nach der Anmeldung des Leistungsfalles, könne, ausser mit Täuschungsabsichten, nicht begründet werden. Selbst wenn, wie vom Kläger und Beklagten behauptet, Fr. 100'000. durch eine Mitarbeiterin unterschlagen worden wären, vermöge er sein behauptetes Einkommen nicht zu belegen (S. 6 f. Ziff. 12). Die Voraussetzungen von Art. 40 VVG seien erfüllt, weshalb der Kläger und Widerbeklagte, gegenüber welchem sie ein direktes Rückforderungsrecht habe, keinen Anspruch auf Krankentaggelder habe und die bereits ausbezahlten Taggelder im Betrag von Fr. 18'762. zurückzuzahlen habe (S. 7 f. Ziff.

14 und 16). 3.3

Mit Replik führte der Kläger und Widerbeklagte aus (Urk. 34), er sei in allen kaufmännischen und wirtschaftlichen Angelegenheiten völlig unbedarft. Alle schriftlichen Anfragen und Dokumente seien von Vertrauenspersonen beantwortet worden. Er habe zu keinem Zeitpunkt beabsichtigt, der Beklagten und Widerklägerin falsche Zahlen zukommen zu lassen (S. 2 Ziff. 1). Die Beklagte und Widerklägerin könne die Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 40 VVG (vorsätzliche Täuschung) nicht beweisen (S. 2 Ziff. 2). Für die Beurteilung der Frage, ob der Kläger und Widerbeklagte (oder seine Beauftragten) zur Täuschung geeignete Unterlagen eingereicht habe, um höhere Taggeldleistungen zu erreichen, seien die Unterlagen massgebend, welche zur Berechnung der Taggelder im Jahr 2020 eingereicht worden seien und nicht die im Juni 2021 vom Treuhänder nachgereichte Bilanz und Erfolgsrechnung (S. 3 Ziff. 3). Es gehe nur um die Frage, welchen Lohn er bezogen habe, bevor er arbeitsunfähig geworden sei. Dieser sei im Dezember 2019 festgelegt worden, die Umsatzzahlen für das pandemiebedingte sehr schlechte Jahr 2020 hätten keinen Einfluss auf die Festlegung und Auszahlung des Lohnes gehabt. Dass dieser entsprechend dem schlechten Geschäftsgang zu hoch gewesen sei, möge zutreffen, der Geschäftsgang habe aber erst im Verlaufe des Jahres erkannt werden können (S. 3 Ziff. 4). Der Beweis des unrechtmässigen Taggeldbezugs sei nicht erbracht, weshalb die Widerklage abzuweisen sei (S. 4 Ziff. 5). Der Ausgang des Strafverfahrens gegen seine Mitarbeiterin habe auf das vorliegende Verfahren keine Auswirkung (S. 4 Ziff. 7). 3.4

Mit Duplik brachte die Beklagte und Widerklägerin vor (Urk. 39), dass der Kläger und Widerbeklagte unfähig sei, Geschäfte zu führen, ändere nichts daran, dass er als Geschäftsführer für die Handlungen seiner Angestellten und Hilfspersonen einstehen müsse (S. 2 Ziff. 1). Die Beweislast für das behauptete Einkommen liege nicht bei ihr, sondern beim Kläger und Widerbeklagten. Er habe zu beweisen, dass ihm der behauptete Lohn

beziehungsweise die rückwirkend behauptete Lohnerhöhung tatsächlich ausbezahlt worden sei, was ihm nicht gelungen sei. Es müsse eine tatsächliche Überweisung oder Auszahlung nachgewiesen werden können, was vorliegend nicht der Fall sei (S. 3 Ziff. 2). Die Lohnerhöhung sei nach erfolgter Krankmeldung rückwirkend für das Jahr 2020 geltend gemacht worden. Die Behauptung, dass er im Jahr 2019 je zu 50 % in zwei verschiedenen Restaurants gearbeitet habe und ab dem Jahre 2020 zu 100 % nur noch bei der

Y.____

GmbH gearbeitet habe, sei falsch. Ausweislich der

Akten habe er mit Vertragsbeginn per 1. Januar 2020 einen Vertrag mit der Restaurant A.____

GmbH für eine 100%-Anstellung abgeschlossen. Somit habe er nicht auch noch gleichzeitig einen Vertrag mit einem 100%-Pensum mit Y.____

GmbH abgeschlossen können. Es gebe gar keinen Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und der Y.____ GmbH, sondern nur einen Vertrag zwischen ihm und dem Restaurant

A.____ GmbH (S. 3 f. Ziff. 3). 3.5

Streitig und zu prüfen ist, ob die Beklagte und Widerklägerin dem Kläger zu beweisen vermag, dass dieser zum Zwecke der Täuschung einen zu hohen versicherten Lohn angegeben hat, und sie demzufolge gegenüber ihm nicht an den Vertrag gebunden ist.

Weiter ist die Rückforderung im Rahmen der Widerklage zu prüfen. 4. 4.1

Im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG muss die Beklagte und Widerklägerin zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Kläger und Widerbeklagten (vorstehende E. 2.5.2) und zweitens die Täuschungsabsicht (vorstehende E. 2.5.3).

Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht demgegenüber keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen. Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen, sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht (BGE 148 III 134 E. 3.4.3 mit Hinweisen). 4.2

Vorab ist darauf hinzuweisen, dass der Kläger und Widerbeklagte als mit der Geschäftsführung beauftragter Gesellschafter verantwortlich war für die korrekte administrative Führung inklusive Lohnmeldungen und Buchhaltung der Y.____ GmbH (vgl. Art. 81 0-81 1 des Obligationenrechts, OR), wurde doch die Geschäftsführung nach Lage der Akten weder ganz noch teilweise einer Drittperson übertragen. Damit sind die Handlungen der Gesellschaft dem Kläger und Widerbeklagten zuzuschreiben, weshalb im Folgenden nicht unterschieden wird zwischen ihm und der Gesellschaft.

Offen bleiben kann, ob der Kläger und Widerbeklagte

mit der Mehrheit der Stammanteile (vgl. Urk. 41) als Betriebsinhaber zu gelten hat, denn er war in der Lohnbuchhaltung aufgeführt, weshalb Ziff. 6.2 AVB (vgl. vorstehende E. 2.3) für ihn ohnehin keine Anwendung findet. 4.3

Eine Meldung der Löhne im Voraus ist laut den AVB nicht vorgesehen (vgl. vorstehende E. 2.4), so dass eine aktuelle Lohnmeldung üblicherweise frühestens mit einer Schadensmeldung erfolgt. Mit derjenigen vom 24. November 2020

gab der Kläger und Widerbeklagte einen Monatslohn von Fr. 5'500. zuzüglich 13.

Monatslohn von Fr. 458.15 an (Urk. 9/1), was einem Jahreseinkommen von rund Fr. 71'500.

(12

x Fr. 5'958.15 = Fr. 71'497.80) entspricht.

Laut Besoldungsblatt für das Jahr 2020 (Urk. 9/36 S. 12) betrug der Lohn des Klägers und Widerbeklagten bis September Fr. 5'958.15

brutto und Fr. 5'174.65 netto (Urk. 9/36 S. 12), was der Lohndeklaration vom 24. November 2020 (Urk. 9/1) entspricht. Wie sich der ab Oktober ausbezahlte Lohn von Fr. 13'250.65 zusammensetzt, ist nicht nachvollziehbar, jedenfalls entspricht er weder den ausgerichteten Taggeldern noch der Lohnfortzahlung von 80 % des vereinbarten Gehalts gemäss Art. 23 des Landes-Gesamtarbeitsvertrages für das Gastgewerbe (L-GAV).

Insgesamt erzielte der Kläger gemäss Besoldungsblatt im Jahr 2020 einen Lohn von Fr. 67'642.79 brutto beziehungsweise von Fr. 60'525.44 netto. Dies entspricht dem im Buchhaltungskonto Nr. «2»

(Transferkonto) aus gewiesenen Brutto- beziehungsweise Nettolohn (Urk. 9/84 /2 S. 1). Die Gutchriften auf dem Buchhaltungskonto Nr. «1»

(KK Inh. Verbindlichkeiten) betragen

total Fr. 60'525.44 (Urk. 9/86 S. 1-9) und entsprechen dem im Besoldungsblatt aufgeführten Nettolohn. Auf dem Buchhaltungskonto Nr. «3»

(Lohndurchlaufkonto) sind dementsprechend Fr. 60'525.44 belastet worden (Urk. 9/85 S. 1-5). Zusammenfassend ergibt sich somit, dass die im Lohnblatt aufgeführten Löhne für das Jahr 2020 in den Buchhaltungskonten Nrn. «2», «3» und «1» übereinstimmend verbucht worden sind. 4. 4

Für das Jahr 2020 liegen drei Jahresabschlüsse im Recht, wobei keiner der drei datiert ist. Derjenige, welcher mit «provisorisch» bezeichnet ist (Urk. 9/36 S. 17-19), ist nicht vollständig und die am 1. Januar 2020 ausgewiesenen Saldi der Bestandskonten stimmen nicht mit der Bilanz per 31. Dezember 2019 (Urk. 9/36 S. 13-14) überein. Die anderen beiden eingereichten Jahresabschlüsse sind mit einem Eingangsstempel vom 3. Juni 2021 (Urk. 9/89/1) und vom 17. Januar 2021 (richtig wohl: 2022; Urk. 9/89/2), wobei die Jahresabschlüsse selber nicht datiert sind. Während die Anfangs- und Schlussaldi des Buchhaltungskontos Nr. «1» (KK Inh. Verbindlichkeiten, Urk. 9/86) im Jahr 2019 noch mit der Bilanz per 31. Dezember 2019 (Urk. 9/36) übereinstimmen, wurde der Schlussaldo per 31. Dezember 2019 von Fr. -59'145.24 als Anfangssaldo in die Versionen der Bilanz 2020 vom 3. Juni 2021 (Urk. 9/89/1 S. 2) und 17. Januar 2022 (Urk. 9/89/2 S. 2) übertragen, wobei diese aber nicht mit dem Anfangssaldo des Buchhaltungskontos Nr. «1»

übereinstimmt, welches einen Anfangssaldo von Fr. - 13'979.91 (Urk. 9/86/2 S. 1) aufweist. Der Anfangssaldo von Fr. -13'979.91 findet sich allerdings wieder in der provisorischen Bilanz (Urk. 9/36 S. 18). Der Schlussaldo des Buchhaltungskontos Nr. «1» von Fr. - 32'740.85 (Urk. 9/86 S. 9) ist in keiner der vorhandenen Bilanzen per 31. Dezember 2020 ausgewiesen.

Ausserdem stimmt die Summe der auf dem Buchhaltungskonto Nr. «2»

(Transferkonto) verbuchten Bruttolöhne von Fr. 197'750.38 (Urk. 9/84/2 S. 2) nicht mit dem auf dem Gegenkonto Nr.

«4»

(Lohnaufwand) in der Erfolgsrechnung ausgewiesenen Betrag von Fr. 180'790.38

übereinstimmt. Während in der provisorischen Erfolgsrechnung ein Lohnaufwand von Fr. - 137'563.05 ausgewiesen wurde (Urk. 9/36 S. 19), betrug dieser in der am 3. Juni 2021 eingegangenen Erfolgsrechnung Fr. - 180'790.38 (Urk. 9/89/1 S. 3) und in der am 17. Januar 2022 eingegangenen Fr. - 183'088.68

(Urk. 9/89 S. 3) . 4. 5

Der Kläger und Widerbeklagte liess sich seinen Lohn nicht auf ein privates Konto überweisen, sondern schrieb diesen auf dem Buchhaltungskonto Nr. «1»

(KK Inh. Verbindlichkeiten; Urk. 9/86/2) gut. Aufgrund der Kontobewegungen muss geschlossen werden, dass er sein Privatleben über die Gesellschaft finanzierte. Da der Anfangssaldo dieses Kontos von Fr. -13'379.91 nicht dem Betrag in der Bilanz per 31. Dezember 2019 (Urk. 9/36/14) entspricht und der Saldo per 31. Dezember 2020 in den der Beklagten und Widerklägerin eingereichten Bilanzen drei verschiedene Beträge aufweist (Fr. 50'098.43 am 7. April 2021, Urk. 9/36 S. 18; Fr. 6'553.58 am 3. Juni 2021, Urk. 9/89/1 S. 2; Fr. 9'225.27 am 17. Januar 2022, Urk. 9/89/2 S. 2), ist allerdings nicht nachvollziehbar, wie hoch seine privaten Bezüge, welche offensichtlich gleichzeitig seinem Lohnbezug entsprachen,

ausfielen . 4. 6

Gemäss dem Auszug aus dem individuellen Konto (IK-Auszug) vom 17. März 2021 (Urk. 9/26) deklarierte der Kläger und Widerbeklagte ein in den Jahren 2018 und 2019 von der Y.____ GmbH ausbezahltes Bruttoeinkommen von lediglich Fr. 38'998.

beziehungsweise Fr. 45'498. (Urk. 9/26 S. 4). Die gegenüber dem Vorjahr massive Erhöhung des Lohnes auf Fr. 71'500.

begründete er damit, dass sein Pensum auf das Jahr 2020 verdoppelt wurde

(vorstehende E. 3.1). Zur Untermauerung seiner Behauptung reichte er mehrere Arbeitsverträge ins Recht: Mit dem Arbeitsvertrag vom 1. August 2017 wurde er bei der Y.____ GmbH ab 1. August 2017 als Geschäftsführer in einem 100%-Pensum und zu einem Bruttolohn von monatlich Fr. 6'499.80 inklusive 13. Monatslohn beziehungsweise einem Jahreseinkommen von rund Fr. 78'000. brutto (12 x Fr. 6'499.80 = Fr. 77'997.60) angestellt (Urk. 9/36 S. 6-8). Mit Vertrag vom 20. Januar 2018 wurde seine Tätigkeit als Geschäftsführer bei der Y.____ GmbH ab 1. Januar 2018 auf 50% reduziert und ein monatlicher Bruttolohn von Fr. 3'249.90 inklusive 13. Monatslohn beziehungsweise ein Jahreseinkommen von rund Fr. 39'000. brutto (12 x Fr. 3'249.90 = Fr. 38'998.80) vereinbart

(Urk. 9/36 S. 4-5). Am 25. Dezember 2019 schloss der Kläger und Widerbeklagte mit der Restaurant A.____ GmbH einen Vertrag, mit welchem er ab 1. Januar 2020 als Geschäftsführer in einem Pensum von 100 % und zu einem monatlichen Brutto lohn von Fr. 5'958.15 inklusive 13. Monatslohn beziehungsweise zu einem Jahreseinkommen von rund 71'500. brutto (12 x Fr. 5'958.15) angestellt wurde (Urk. 9/36 S. 2-3). Das mit der Ausgleichskasse abgerechnete Einkommen für das Jahr 2017 von Fr. 29'899. (Urk. 9/26 S. 4) liegt tiefer als das im Vertrag vom 1. August 2017 angegebene Einkommen, selbst wenn der Kläger im Jahr 2017 erst ab 1. August ein Einkommen erzielt hätte, welches gemäss Vertrag mindestens Fr. 32'499. (5 x Fr. 6'499.80) hätte betragen müssen. Das ab 1. Januar 2018 vereinbarte Bruttogehalt von Fr. 39'998.80 entspricht dem jenigen, welches im IK-Auszug für das Jahr 2018 aufgeführt ist (Urk. 9/26 S. 4). Dass der Kläger wie behauptet (Urk. 1 S. 4 oben) daneben bis Ende 2019 noch ein anderes Restaurant, welches er nicht zu benennen wusste, in Z.____ geführt haben will, ist nicht glaubhaft, wurden doch aus einem Arbeitsverhältnis im Kanton St. Gallen laut IK-Auszug keine Beiträge abgerechnet (Urk. 9/26 S. 4). Die Restaurant A.____ GmbH, welche ihren Sitz im Übrigen in B.____

SG hatte, übernahm der Kläger ohnehin erst im September 2019 und sie war bereits im Zeitpunkt des behaupteten Vertragsabschlusses mit Konkurserkennntnis des Konkursrichters des Kreisgerichts St. Gallen vom 3. Dezember 2019 mit Wirkung ab 3. Dezember 2019 aufgelöst (Urk. 42). Das im Vertrag vom 25. Dezember 2019 vereinbarte Gehalt entspricht zwar dem in der Schadensmeldung angegebenen, allerdings betrifft sie eine Tätigkeit als Geschäftsführer für die damals schon in Konkurs gefallene Restaurant A.____ GmbH und nicht eine Anstellung bei der Versicherungsnehmerin, der Y.____ GmbH . 4. 7

Zusammenfassend lässt sich aus all den beschriebenen Ungereimtheiten konstatieren, dass der Kläger und Widerbeklagte die Buchhaltung seiner Gesellschaft nur ungenügend führte und hieraus der Geschäftsgang nicht nachvollzogen werden kann. Nachdem weder der Ausdruck der eingereichten Buchhaltungskonti betreffend die Löhne Nr. «2» (Transaktionskonto), Nr. «3» (Lohndurchlaufkonto) und Nr. «1» (KK Inh. Verbindlichkeiten) noch das Besoldungsblatt 2020 (Urk. 9/36 S. 12) noch die verschiedenen Versionen der Buchhaltungsabschlüsse des Jahres 2020 datiert sind, ist davon auszugehen, dass er im Laufe der Abklärungen durch die Beklagte und Widerklägerin die Lohnbuchhaltung korrigiert hat ohne offenzulegen, welche Korrekturen aus welchem Grund vorgenommen worden sind. Nur so ist zu erklären, dass der im Besoldungsblatt 2020 deklarierte Lohn mit den eingereichten Konten der Buchhaltung übereinstimmt, die Saldi dieser Konten aber nicht den Zahlen in Bilanz und Erfolgsrechnung entsprechen (vgl. vorstehende E. 4.4). Indem der Kläger und Widerbeklagte sich seinen Lohn nicht auf ein Privatkonto auszahlte, sondern auf dem Buchhaltungskonto

Nr. «1» gutschrieb, war es für ihn ein Leichtes, die Buchhaltung seinem behaupteten Lohn anzupassen, wobei er die Anpassungen allerdings nicht konsequent durchgeführt hat. Ausserdem scheint eine Lohnerhöhung auf Fr. 71'500. nicht plausibel, nachdem der Kläger und Widerbeklagte im Jahr 2019 laut IK-Auszug ein Bruttoeinkommen von lediglich Fr. 45'498. erzielt hatte (Urk. 9/26 S. 4) und ein weiterer Verdienst durch eine Tätigkeit in einem anderen Restaurant im gleichen Jahr nicht ausgewiesen ist. Damit misslingt auch der Versuch, die Lohnerhöhung von Fr. 26'000. damit zu erklären, er habe im Jahr 2019 nur zu 50 % und ab dem Jahr 2020 zu 100 % als Geschäftsführer gearbeitet. Da der Gewinn der

Gesellschaft im Jahr 2019 lediglich Fr. 10'109.91 betrug und in der Bilanz ein Darlehen von über

Fr. 37'000. an die konkursite Restaurant A.____ GmbH als Aktivum aufgeführt ist (Urk. 9/36 S. 13 und S. 16) , welches schon Ende 2019 als nicht mehr einbringlich erachtet werden musste, kann sich der Kläger und Widerbeklagte auch nicht auf den guten Geschäftsabschluss 2019 berufen, welche r eine derartige Erhöhung seines Gehalts rechtfertigen würde. Überdies bedeutet ein hoher Umsatz allein nicht auch ein guter Geschäftsgang (vgl. Urk. 34 S. 3 Ziff. 4), betrug doch der Gewinn vor Abschreibungen, Wertberichtigungen und Steuern nur Fr. 19'335.16 (Urk. 9/36 S. 16). Hätte die Y.____ GmbH das uneinbringliche Darlehen an die Restaurant A.____ GmbH korrekterweise abgeschrieben, hätte sie bereits Ende 2019 einen Verlust und keinen Gewinn ausgewiesen. Selbst aber wenn der Kläger und Widerbeklagte

anfangs Jahr vorgesehen haben sollte, im Jahr 2020 einen Lohn von Fr. 71'500. zu beziehen, ist aufgrund der unsorgfältig erstellten Buchhaltung und aufgrund dessen, dass der Lohn nicht auf ein Privatkonto überwiesen wurde, nicht erstellt, dass er auf dieser Grundlage vor Eintritt der Krankheit effektiv Lohn bezogen hat . Dass er den angegebenen Lohn erhalten hat, ist dem nach nicht bewiesen und auch nicht überwiegend wahrscheinlich. 4.8

Wie bereits erwähnt, liegt i n objektiver Hinsicht eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn die versicherte Person Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können , wobei nur jene Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung ist , welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste der anspruchsberechtigten Person bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (vgl. vorstehend E. 2.5.2) . Indem der Kläger und Widerbeklagte einen Lohn von Fr. 71'500.-- als entgangener Verdienst deklariert hat, hat er wahrheitswidrige Fakten mitgeteilt, welche geeignet waren, die Leistungspflicht der Beklagten und Widerklägerin zu beeinflussen. Anhand der oben erwähnten Belege ist der Beweis der objektiven Voraussetzung mit dem strikten Beweismass erbracht (vgl. BGE 148 III 134).

In subjektiver Hinsicht ist eine Täuschungsabsicht des Klägers und Widerbeklagten erforderlich, wonach er mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (vgl. vorstehend E. 2.5.3). Mit der Angabe von Fr. 71'500.-- als entgangener Verdienst hat der Kläger und Widerbeklagte mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit mit Wissen und Willen unwahre Angaben gemacht und damit die Klägerin und Widerbeklagte getäuscht.

Dass dahinter die Absicht stand, Taggelder auf der Basis des deklarierten Lohnes zu erlangen, ist überwiegend wahrscheinlich, ist doch kein anderer Grund für die Täuschung ersichtlich . Daran ändert auch das Vorbringen nichts, der Kläger und Widerbeklagte sei in kaufmännischen und wirtschaftlichen Angelegenheiten völlig unbedarft und der deutschen Sprache nicht mächtig, wes halb er sich habe auf Vertrauenspersonen stützen müssen (vorstehende E. 3.3), trägt er doch als im Handelsregister eingetragener Gesellschafter und Geschäftsführer der Gesellschaft die Verantwortung für eine korrekte Geschäftsführung, einen transparent dokumentierten Geschäftsgang und insbesondere korrekte Lohnmeldungen. D er Kläger und Widerbeklagte muss sich nach dem Dargelegten den

Vorwurf gefallen lassen, gegenüber der Beklagten und Widerklägerin zum Zwecke der Täuschung einen nicht nachvollziehbaren entgangenen Verdienst gemeldet zu haben, weshalb diese sich zu Recht nicht an den Vertrag gebunden erachtet. 4.

E. 5

) bei (Urk. 16). Gleichentags fand eine Instruktionsverhandlung statt (Protokoll S. 3, Urk. 12). Mit Verfügung vom 6. Juli 2022 zog das Gericht die Akten der Arbeitslosenkasse des Kantons Zürich betreffend im Jahr 2020 ausgerichtete Kurzarbeitsentschädigung an die Y.____ GmbH bei (Urk. 19). Die Arbeitslosenkasse teilte am 25. Juli 2022 mit, dass keine Kurzarbeitsentschädigung an die Gesellschaft ausgerichtet worden sei (Urk. 20). Auf entsprechende gerichtliche Aufforderung hin (vgl. Urk. 21) teilte der Kläger und Widerbeklagte am 20. Oktober 2022 mit, er habe bei der Stadtpolizei Zürich Anzeige gegen eine Mitarbeiterin eingereicht (Urk. 24). Nachdem die Stadtpolizei Zürich dem Gericht telefonisch mitgeteilt hatte, dass sich die Staatsanwaltschaft Zürich mit der Strafuntersuchung befasse (Urk. 26), holte das Gericht am 14. November 2022 bei der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat Auskünfte betreffend Stand und Ausgang der Strafuntersuchung ein (Urk. 27). Am 2. Dezember 2022 bediente die Staatsanwaltschaft Zürich-Sihl das Gericht mit der Verfügung vom 6. Dezember 2022, wonach das Strafverfahren gegen die Mitarbeiterin des Klägers und Widerbeklagten betreffend Betrug etc. eingestellt worden ist

(Urk. 30).

Mit Replik vom 10. Mai 2023 beantragte der Kläger und Widerbeklagte die Gutheissung seiner Klage sowie die Abweisung der Widerklage vom 17. März 2022 (Urk. 34). Am 7. Juni 2023 teilte er mit, dass die Invalidenversicherung in Aussicht gestellt habe, ihm vom 1. Oktober 2021 bis 31. Oktober 2022 eine ganze Invalidenrente auszurichten, wobei er gegen die Befristung der Rente Einwände erhoben habe (Urk. 37). Die Beklagte und Widerklägerin hielt mit Duplik vom 18. August 2023 an ihrem Rechtsbegehren fest (Urk. 39), was dem Kläger und Widerbeklagten am 21. August 2023 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 40).

Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 5.1

Der am 6. Juli 2021 erklärte Vertragsrücktritt nach Art. 40 VVG (vgl. Urk. 9/68) bewirkt das Dahinfallen des Vertrages, wobei kein Versicherungsanspruch aus dem Schadensereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchsberechtigte einer Täuschung schuldig machte, besteht.

Da die Beklagte
und Widerklägerin

bereits Taggeldleistungen erbracht hat, steht ihr ein Rückforderungsrecht zu, wobei vorliegend offenbleiben kann, ob der Rückforderungsanspruch bereicherungsrechtlicher oder vertraglicher Natur ist, hat doch der Kläger und Widerbeklagte die Einrede der Verjährung nicht vorgebracht.

Selbst wenn von einem Rückersatzanspruch nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art.

62 ff. OR auszugehen wäre, wäre die Rückforderung der Beklagten und Widerklägerin im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht verjährt gewesen, denn ihr lagen frühestens mit der letzten Einreichung der geforderten Unterlagen vom 17. Juni 2021 durch den Buchhalter des Klägers und Beklagten (Urk. 9/63 S. 1) genügend Unterlagen zur Beurteilung vor, ob zu Unrecht Taggeldleistungen ausgerichtet worden sind (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 6.2 mit Hinweisen). Mit der Erhebung der Widerklage vom 17. März 2022 (Urk. 8) hätte sie die einjährige Verjährungsfrist nach Art. 67 OR gewahrt.

E. 5.2

Die Beklagte und Widerklägerin richtete dem Kläger und Widerbeklagten Taggelder im Betrag von Fr. 18'762. aus, welche von diesem mangels Leistungsgrund vollständig zurückzuerstatten sind. 6.

Nach dem Dargelegten ist die Klage abzuweisen. In Gutheissung der Widerklage ist der Kläger und Widerbeklagte zu verpflichten, die ihm ausgerichteten Taggelder in Höhe von Fr. 18'762.

der Beklagten und Widerklägerin zurückzuzahlen. 7. 7.1

Der unentgeltliche Rechtsvertreter machte mit Replik einen Aufwand von 13.5 Stunden geltend, was angemessen erscheint. Unter Berücksichtigung des gerichtüblichen Ansatzes von Fr. 220. ist er mit Fr. 3'200. inklusive Mehrwertsteuer (MWS T) aus der Gerichtskasse zu entschädigen. 7.2

Das Verfahren ist kostenlos, da es sich um eine Streitigkeit aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung handelt (vgl. Art.

114 lit.

e ZPO i.V.m. § 33 Abs. 1 GSVGer). Der nicht durch eine externe Rechtsanwältin vertretenen obsiegenden Beklagten und Widerklägerin steht praxisgemäss keine Parteientschädigung zu (BGE 133 III 439 E. 4). Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

In Gutheissung der Widerklage wird der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 18'762.

zurückzuerstatten. 3.

Das Verfahren ist kostenlos. 4.

Der unentgeltliche Rechtsvertreter des Klägers und Widerbeklagten, Rechtsanwalt Dr. Marco Mona, Zürich, wird mit Fr. 3'200.-- (inkl. Barauslagen und MWST) aus der Gerichtskasse entschädigt. Der

Kläger und Widerbeklagte wird auf die Nachzahlungspflicht gemäss § 16 Abs. 4 GSVGer hingewiesen. 5.

Der Beklagten und Widerklägerin wird keine Parteientschädigung zugesprochen. 6.

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Dr. Marco Mona - Helsana Versicherungen AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

sowie an: - Gerichtskasse 7.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG) eingereicht werden. Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit dem 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift der beschwerdeführenden Partei oder ihrer Rechtsvertretung zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Die Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Grieder-Martens Tiefenbacher

E. 5.3

In subjektiver Hinsicht ist eine Täuschungsabsicht der versicherten Person erforderlich, wonach die anspruchstellende Person mit Wissen und Willen un wahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (Urteile des Bundesgerichts 4A_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2, 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3). Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn die anspruchstellende Person um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteil des Bundesgerichts 4A_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2). 2. 6

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, ändert 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. 7

der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO, in Verbindung mit § 2 Abs. 2 lit . b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSvGer ; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4). 1.4

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.

E. 8

des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte

ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechts vernichtenden 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 Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung 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 Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen (BGE 148 III 105 E. 3.1; BGE 130 III 321 E. 3.1). 1. 6

Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten.

Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (BGE 148 III 134 E. 3.4.1 mit Hinweisen). 2.

E. 9

An diesen Schlussfolgerungen ändern auch die Ausführungen des Klägers und Widerbeklagten, eine Mitarbeiterin habe schwere Vermögensdelikte zum Nachteil der Y. GmbH verübt (Urk. 1 S. 5 Ziff. 4) und es sei neu in der Bilanz 2020 die Kurzarbeitsentschädigung enthalten (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6, Urk. 2/7), nichts, zu mal gemäss Angaben des zuständigen Amtes keine Kurzarbeitsentschädigung ausgerichtet worden ist (Urk. 20) und in Bezug auf die geltend gemachten Vermögensdelikte eine Einstellungsverfügung erlassen wurde (Urk. 30). Entsprechend drängt sich auch eine

Zeugeneinvernahme

des Treuhänders

zur Erklärung der Abweichungen (Urk. 1 S. 6 Ziff. 6) auf (antizipierte Beweis würdigung ; BGE 143 III 297 E. 9.3.2; 140 I 285 E. 6.3.1; 138 III 374 E. 4.3.2 ; 134 I 140 E. 5.3). 5.

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