

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00007

vom 19. September 2023

ZH Sozialversicherungsgericht, 2023-09-19, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2022.00007

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00007 du 19 septembre 2023

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2022.00007 del 19 settembre 2023

Erwägungen

E. 1.1

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem 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 Gerichtsinstanz 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, GSVGer; BGE 138 III 2 E. 1.2.2), ohne dass vorgängig ein Schlichtungsverfahren durchzuführen ist (BGE 138 III 558 E. 4).

Die für das Sozialversicherungsgericht verbindliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung findet sich in Art. 32 ZPO. Demnach ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumentin oder des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO). Kläger und Beklagte haben ihren Wohnsitz beziehungsweise Sitz im Kanton Zürich; damit ist auch die örtliche Zuständigkeit des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich gegeben. 1. 3

Das Verfahren richtet sich nach der ZPO. 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.

Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen (Urteil des Bundesgerichts 4A_360/2015 vom 12. November 2015 E. 4.2).

Der Untersuchungsgrundsatz befreit die Parteien indessen nicht davon, bei der Feststellung des entscheidewesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken. Das Gericht ist im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO lediglich einer erhöhten Fragepflicht unterworfen. Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien den Stoff selbst beschaffen. Das Gericht kommt ihnen nur mit spezifischen Fragen zu Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden. Es ermittelt aber nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (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. 1.3

) besteht kein Anlass, da in vergleichbaren Konstellationen nach allgemeiner Erfahrung regelmässig zumindest eine Ersparnisbereicherung (vgl. vorstehende E. 5.5.2) vorliegt und die Replik und Widerklageantwort vom 21. März 2023 (Urk. 22), worin ein solcher Einwand hätte erhoben werden können, für den Kläger von einem Rechtsanwalt verfasst wurde (vgl. Urk. 21 und 24). Demnach liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung vor;

ein entsprechender Rückforderungsanspruch ist gegeben. Der Kläger ist

– in Gutheissung der Widerklage – zu verpflichten, der Beklagten

Fr. 31'410.45 zu bezahlen. 5.5.5

Die Beklagte und Widerklägerin verlangt vom Kläger und Widerbeklagten die Bezahlung eines Verzugszinses von 5 % (Urk. 11 S. 1).

Gemäss Art. 104 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, von Gesetzes wegen Verzugszinsen 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 Widerklage; der Verzug tritt mit Zustellung der Eingabe an die Gegenpartei ein (vgl. Widmer Lüchinger/Wiegand in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 102 Rz. 9).

Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung beziehungsweise die einzelnen Teilforderungen nach periodischer Auszahlung der Taggelder (Urk. 2/75) entstanden mit Eintritt der Bereicherung des Klägers. Gleichzeitig wurden die Forderungen fällig (Art. 75 OR). Mit der Zustellung der Widerklage (vgl. Urk. 14) am 5. Dezember 2022 (vgl. Sendungsinformation der Post [Urk. 15]) trat der Verzug ein. Mit hin schuldet der Kläger und Widerbeklagte der Beklagten und Widerklägerin seit diesem Datum zusätzlich Verzugszins von 5 % auf der Rückforderung von Fr. 31'410.45. 6.

6.1

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). 6.2

Nach der Praxis des Bundesgerichts, die schon vor dem Inkrafttreten der ZPO bestand und weiterhin massgebend ist, gilt jedoch der Grundsatz, dass der nicht durch einen externen Anwalt vertretenen Partei - versicherte Person oder Versicherungsträger - keine

Parteientschädigung zusteht, sofern ihr kein besonderer Aufwand entstanden ist (BGE 133 III 439 E. 4; Urteile des Bundesgerichts 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2 und 4A_109/2013 vom 27. August 2013 E. 5).

Die obsiegende Beklagte und Widerklägerin ist nicht durch einen externen Anwalt vertreten und ihr Aufwand im vorliegenden Verfahren kann nicht als ausserordentlich im Sinne der dargelegten Rechtsprechung bezeichnet werden. Ihr ist daher für ihr Obsiegen keine Parteientschädigung zuzusprechen. Das Gericht erkennt:

E. 1.4

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, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet (BGE 128 III 271 E. 2a/ aa). Nach dieser Grundregel hat im Bereich des Versicherungsvertrags der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - die Tatsachen zur «Begründung des Versicherungsanspruches» 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 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).

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).

E. 1.5

Am 1. Januar 2022 ist das revidierte Versicherungsvertragsgesetz (nVVG) in Kraft getreten. Gemäss der Übergangsbestimmung in Art. 103a nVVG gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, ab Inkrafttreten des Gesetzes die folgenden Bestimmungen des neuen Rechts: die Formvorschriften (lit . a) und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b nVVG (lit . b). Alle anderen Bestimmungen gelten lediglich für neu abgeschlossene Verträge (vgl. die Botschaft zur Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes vom 28. Juni 2017, BBl 2017 5089 ff., 5136; vgl. auch Stephan Fuhrer, Deutliche Verbesserungen für die Kunden von Versicherungen, in: Plädoyer 2/2021, S. 40 ff., S. 49).

Der Versicherungsvertrag, welcher der vorliegenden Streitsache zugrunde liegt, wurde im April 2019

abgeschlossen (Urk. 12/74/1-3) und

am 7. September 2020 gekündigt (Urk. 12/69). Beides

erfolgte somit vor dem Inkrafttreten des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes. Damit gelangen grundsätzlich

die Bestimmungen des VVG zur Anwendung, wie sie bis Ende 2021 gegolten haben. Sie werden daher nachfolgend, soweit nichts anderes vermerkt ist, in der bis Ende 2021 gültig gewesenen Fassung zitiert.

E. 1.6

Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten. Der Vertragsinhalt richtet sich häufig nach vorformulierten Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB; Michael Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis, unter Ausschluss der Anzeigepflichtverletzung, Freiburg, 1999, S. 23 N 72). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG - das hinsichtlich des (Zusatz-)Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält -

eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG; Rolf Nebel in: Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basel/Zürich 2000, Art. 100 Rz. 6).

E. 1.7

Nach Art. 87 VVG steht demjenigen, zu dessen Gunsten eine kollektive Unfall- oder Krankenversicherung abgeschlossen worden ist, mit dem Eintritt des Unfalls oder der Krankheit ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Versicherer zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_10/2016 vom 8. September 2016 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 112 E. 4.3, nicht publiziert in BGE 142 III 671). 2.

2.1

Gemäss

Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 224 Abs. 1 ZPO kann die beklagte Partei in der Klageantwort Widerklage erheben, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist.

Die Widerklage wurde von der Beklagten rechtzeitig mit ihrer Klageantwort vom 8. November 2022 erhoben (Prot. S. 8, Urk. 11 S. 1). Ferner betrifft sie Ansprüche, die mit demselben Versicherungsvertrag zusammenhängen und zwischen den gleichen Parteien bestehen, wie dies bei der Hauptklage der Fall ist. Sie ist folglich ebenfalls im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 ff. ZPO zu beurteilen und deshalb zulässig. 2.2

Mit Erklärung vom 5. Dezember 2022 zog der Kläger seine Klage vom 14. April 2022, soweit er damit die Bezahlung von Taggeldern für die Zeit vom 9. September 2019 bis 30. September 2020 im Umfang von Fr. 17'310.55 nebst Betreuungskosten von Fr. 103.30 und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung Nr. «2» des Betreibungsamtes Dübendorf beantragte, zurück (Urk.

16), weshalb das Verfahren insofern abzuschreiben ist (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 241 Abs. 3 ZPO).

Dieser Klagerückzug hat die Wirkung eines rechtskräftigen Entscheides (Art. 219 ZPO i.V.m. Art. 241 Abs. 2 ZPO),

Sollte das Vorbringen in der Widerklageantwort und Replik vom 21. März 2023, er mache Leistungen ab dem 5. März 2020 geltend, wobei höchstens der Leistungsanspruch für die Zeit vom 5. bis 9. März 2020 verjährt sei (Urk. 22 S. 11), als (teilweiser) Widerruf des Klagerückzugs zu verstehen sein sollte, ist Folgendes zu beachten: Ein Klagerückzug ist grundsätzlich bedingungsfeindlich und kann nach Eingang beim Gericht nicht widerrufen werden, ausser es liege ein Willensmangel vor (Gschwend/Steck, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Basel 2017, Art. 241 N.).

13). Da ein solcher nicht geltend gemacht wird, ist der Klagerückzug für das Gericht auf jeden Fall verbindlich, und es bleibt insofern bei der Abschreibung des Verfahrens. 3.3.1

Der Kläger macht in seiner Klage

zusammengefasst geltend, er habe für die Zeit vom 20. November 2020 bis 11. Februar 2022 Anspruch auf Krankentaggeld im Gesamtbetrag von Fr. 74'208.30, die auf Basis seines Bruttomonatslohns von Fr. 6'284.60 zu ermitteln seien.

Zusätzlich schulde ihm die Beklagte die Betreuungskosten von Fr. 103.30 (Prot. S. 5 f., Urk. 3/1).

Die Arbeitsunfähigkeit werde durch die eingereichten Arztzeugnisse (Urk. 9/1) ausgewiesen (Prot. S. 3 und 6). Der Vertragsrücktritt der Beklagten per 7. September 2020 sei nicht zulässig (Prot. S. 3, Urk. 3/1). 3.2

Die Beklagte

bringt dagegen in ihrer Klageantwort und Widerklage vor, er sei in Erwerbsausfall des Klägers sei von Beginn an nicht ausgewiesen. Die hierzu eingereichten Unterlagen (Steuererklärung, Lohnausweis, Lohnabrechnungen und Auszug aus dem individuellen Konto der AHV [IK-Auszug] für das Jahr 2019)

seien derart widersprüchlich, dass darauf nicht abgestellt werden könne (Urk. 11 S. 4 f. und 7). Anhand der Entwicklung der Jahreseinkommen in den Jahren 2018 bis 2020 gemäss Auszug aus dem individuellen Konto der AHV (IK-Auszug) lasse sich keine Erwerbseinbusse

im massgeblichen Zeitraum

nachweisen (Urk. 11 S.).

8). Ausserdem seien keine Lohnzahlungen nachgewiesen; weder Überweisungen noch Bankbezüge hätten in den entsprechenden Zeiträumen stattgefunden (Urk.

E. 4

. September 2019 meldete die Y.____ GmbH der Helsana, dass der Versicherte seit dem 10. September 2019 zu 100% arbeitsunfähig sei. Gestützt darauf und auf den angegebenen Monatslohn von Fr. 6'500.-- (inkl. 13.

Monatslohn [Urk. 12/1]) richtete die Helsana für die Zeit vom 10. September 2019 bis 4. März 2020 Krankentaggeld im Gesamtbetrag von Fr. 31'410.45 aus

(Urk. 12/75 S.

2

f.) . Danach erachtete sich der Versicherte zunächst wieder als uneingeschränkt arbeitsfähig (Urk. 12/33 -34).

E. 4.1

Unbestrittenermassen

war der Kläger im Zeitraum vom 1. April 2019 bis zum 31.

Dezember 2022 über die von seiner Arbeitgeberin, der Y. ___ GmbH , mit der Beklagten abgeschlossene kollektive Krankentaggeldversicherung für ein Taggeld von 90 % des effektiven Lohns gegen Krankheit versichert, und zwar für eine Leistungsdauer von maximal 730 Tagen nach einer Wartezeit von 3 Tagen (Urk.

E. 4.2.1

Strittig und zu prüfen ist zunächst, ob der Kläger in den Zeiträumen vom 10.

September 2019 bis 4. März 2020 sowie vom 20. November 2020 bis 11.

Februar 2022, die Gegenstand

der Widerklage (Urk. 11 S. 1) beziehungsweise der Klage bilden (Urk. 3/1), effektiv einen Erwerbsausfall im geltend gemachten Umfang erlitt. Da ein solcher Voraussetzung für die Begründung eines

Taggeldanspruchs bildet, hat der Kläger hierfür den Hauptbeweis zu erbringen. Dies gilt auch für das frühere Zeitintervall, für welches die Beklagte zunächst Taggelder ausbezahlt hat und nun geltend macht, die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden (vgl. vorstehend E. 1.4 sowie die Urteile des Bundesgerichts 4A_66/2017 vom 14. Juli 2107 E. 3.2 -3

und 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2

mit weiteren Hinweisen). Der Beklagten beziehungsweise Widerklägerin steht das Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2015

E. 4.2.2

Das Vorliegen eines Erwerbsausfalls setzt voraus, dass der Kläger zuvor Erwerbseinkünfte erzielt hat, die weggefallen sind. Der Kläger war im fraglichen Zeitraum gemäss eigenen Angaben im Stundenlohn angestellt und erzielte - je nach den geleisteten Arbeitsstunden - variierende Monatseinkommen (Urk. 2 S. 3 ; vgl.

auch den Arbeitsvertrag [Urk. 13/12/3]). Versichert ist gemäss Art. 6.1 AVB solchenefalls der Durchschnittslohn der letzten zwölf Monate vor Beginn des Versicherungsfalls, also der Monate September 2018 bis August 2019 (vgl. Urk. 12/69 S. 2). Der Kläger

behauptet, im Jahr

2019 einen Lohn von durchschnittlich Fr. 5'377.25 netto oder etwa Fr. 6'284.--

brutto pro Monat erzielt zu haben (Urk.

22 S. 2 und 9 ; vgl. auch Urk. 3/1 S. 1) , was einem

Nettojahreslohn von mindestens Fr. 64'025.75 entsprechen.

Im Jahr 2020 habe er netto mindestens Fr.

64'551.15 verdient (Urk. 22 S. 6). Die Beklagte macht dagegen geltend, die vom Kläger ein gereichten Belege seien widersprüchlich und es seien gar keine Lohnzahlungen ausgewiesen (Urk. 11 S. 5 und S. 7).

E. 4.2.3

In den monatlichen Lohnabrechnungen für das Jahr 2019, die der Beklagten ein gereicht wurden,

wird ein Bruttojahreslohn des Klägers von Fr. 44'464.30 ohne, und von Fr. 71'823.15 mit Einschluss der Kranken- und Unfalltaggelder aufgeführt (Urk. 12/61 S. 11-22 = Urk. 12/63 S. 47-64). Die dort dokumentierten Nettomonatslöhne (Urk. 12/61 S. 11-22 = Urk. 12/63 S. 47-64) entsprechen –

aufaddiert unter Berücksichtigung von Kranken- und Unfalltaggeldern – im Wesentlichen dem in der Buchhaltung für das Jahr 2019 ausgewiesenen Nettojahreslohn von Fr. 64'025.75 (Urk. 23/2 S. 2).

Für das Jahr 2020 liegen nur die Lohnabrechnungen des Klägers für die Monate Januar bis Juni 2020 (Urk. 12/61 S. 23-28) vor und der Nettojahreslohn von Fr. 64'551.15 gemäss Buchhaltung, wobei die Krankentaggelder inkludiert sind. Die Beklagte weist zutreffend darauf hin, dass der Lohnausweis des Klägers für das Jahr 2019 – gleich wie die Steuererklärung (Urk. 12/61 S. 4) – einen abweichenden Nettolohn von Fr. 53'014.-- und Bruttolohn von Fr. 61'281.-- (inklusive Unfall- und Krankentaggelder)

aufweist (Urk. 12/61 S. 10 = Urk. 12/63 S. 46). Den IK-Auszügen für die Jahre 2019 und 2020 lassen sich nochmals anders lautende Jahreseinkommen von Fr.

44'464.-- respektive Fr. 27'191.-- entnehmen, allerdings unter Ausschluss von Taggelderleistungen (Urk. 12/77 S. 4).

Dies bezüglich

legt der Kläger selbst dar (Urk.

22 S. 12), dass die AHV-Arbeitgeberrevision für die fraglichen Jahre nur unter Vorbehalt abgeschlossen werden konnte, weil nicht sämtliche benötigten Belege vorlagen (Urk. 23/5).

Mit der Beklagten ist ferner festzuhalten (Urk. 11 S. 4), dass dem Unfallversicherer andere Lohnabrechnungen für die Monate Januar und Februar 2019 eingereicht wurden (Urk. 13/12/5, Urk. 13/12/7), die jeweils einen tieferen Monatslohn bei weniger geleisteten Arbeitsstunden dokumentieren

(vgl. Urk. 12/61 S. 11 f.).

Mithin liegen widersprüchliche Lohndaten vor, die zudem grösstenteils erst nachträglich nach Aufforderung durch die Beklagte vom Kläger dokumentiert beziehungsweise korrigiert wurden (vgl. Urk. 12/43, Urk. 12/55, Urk. 12/56-57, Urk.

12/64, Urk. 12/69 S. 2).

Da der Kläger zugleich einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der Y.____ GmbH ist (Urk. 12/68 S. 2), konnte er

die Dokumente für diese selber ausstellen oder deren Ausstellung veranlassen . Daran ändert nichts, dass die aktuellsten Belege gemäss Angaben des Klägers von einem Treuhänder erstellt wurden ;

denn dieser handelte in seinem Auftrag und war auf Informationen angewiesen, die ihm vom Kläger zur Verfügung gestellt wurden (Urk. 22 S. 2 f.). Allein auf dieser Grundlage lässt sich der geltend gemachte effektive Lohnbezug in den Jahren 2019 und 2020 nicht beweisen , worauf der Kläger bereits anlässlich der Hauptverhandlung vom 8. November 2022 hingewiesen wurde (Prot. S. 9). Generell bilden Arbeitgeberbescheinigungen und Eintragungen im individuellen Konto lediglich Indizien für eine tatsächliche Lohnzahlung (Urteil des Bundesgerichts 8C_913/2011 vom 10. April 2012, E. 3.3 mit Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_474/2022 vom 16.

Februar 2023 E. 4.2) .

E. 4.2.4

Versichert ist gemäss Art. 6.1 AVB der effektiv e , also tatsächlich aus b ezahlte, AHV-Lohn. In der vorliegenden Konstellation kommt dem Lohnfluss entscheidendes Gewicht zu, um nachvollziehen zu können, ob der Kläger den geltend gemachten Lohn von der Y.____ GmbH

tatsächlich erhalten hat (vgl. auch Urk.

12/69 S. 3). Als Beweis für den effektiven Lohnfluss genügen Belege über entsprechende Zahlungen auf ein auf den Namen des Klägers lautendes Post- oder Bankkonto. Bei behaupteter Barauszahlung fallen Lohnquittungen in Betracht (BGE 131 V 444 E. 1.2 mit Hinweisen).

Der Kläger macht geltend , der Lohn sei ihm im Jahr 2019 bis auf einen Teil im Dezember (von Fr. 3'000.-- [Urk. 12/52 S. 70 , Urk. 22 S. 5]) bar aus b ezahlt worden (Urk. 22 S. 3) . Die in den Geschäftskontoauszügen der Y.____ GmbH für das Jahr 2019 dokumentierten Barabhebungen betragen über Fr. 225'000.-- ; sie

übersteigen damit

den

anhand der

Lohnabrechnungen für den Kläger, die der Beklagten eingereicht wurden, aufaddierten Bruttojahreslohn von Fr. 71'823.15 (und auch den Nettolohn; vgl. vorstehende Erwägung) bei weitem. Die Barbezüge stehen sowohl betraglich als auch zeitlich in keinem erkennbaren Zusammenhang mit den in den Lohnabrechnungen genannten Beträgen (Urk. 12/52 S. 1-78) . Der Kläger legt denn auch nicht substantiiert dar, wofür die einzelnen Barabhebungen eingesetzt wurden. Mithin lässt sich der Lohnfluss im Jahr 2019 anhand der eingereichten Postkontoauszüge nicht hinreichend belegen.

Analoges gilt für die eingereichten Geschäftskontoauszüge der Y.____ GmbH für das Jahr 2020 (Urk.

12/53 S. 1-14) , wobei

die daraus ersichtlichen Zahlungen auf ein Bankkonto des Klägers in Höhe von total Fr. 55'000.-- (Urk. 23/4) nach dessen Angaben nicht Lohn darstellen , sondern Vorschussleistungen für die geltend gemachten Krankentaggelder (Urk. 22 S. 5 und 10).

Der Erhalt des Lohns in bar wurde vom Kläger auf den einzelnen Lohnabrechnungen nicht quittiert (Urk. 12/61 S. 11-28 = Urk. 12/63 S. 47-64), weshalb der Lohnfluss im geltend gemachten Umfang auch nicht anhand von Quittungen bewiesen werden kann. In den

bereits genannten, dem Unfallversicherer eingereichten Lohnabrechnungen für die Monate Januar und Februar 2019

bestätigte der Kläger demgegenüber handschriftlich, die aufgeführten (vergleichsweise tieferen) Beträge in bar erhalten zu haben (Urk. 13/12/5, Urk. 13/12/7). Die dort notierte, geringere Anzahl Arbeitsstunden wird zusätzlich durch vom Kläger unterzeichnete Stundenkarten, die schon im April 2019 dem Unfallversicherer eingereicht wurden, belegt (Urk. 13/17/1-2).

E. 4.2.5

). Damit ist aber noch nicht bewiesen, dass er der Beklagten durch das Einreichen dieser Lohnabrechnungen im Sinne von Art. 40 VVG Tatsachen unrichtig mitteilte.

Wird der tatsächliche Lohn, wie vom Kläger vorgebracht,

anhand dieser Lohnabrechnungen bestimmt, steht jedenfalls fest, dass sein Lohn tiefer war als in der Krankmeldung festgehalten. Damit war letztere objektiv geeignet, zu hohen Taggeldzahlungen durch die Beklagte zu bewirken. Entgegen der Ansicht des Klägers spielt es für die Bejahung einer Täuschungsabsicht keine Rolle, dass die betragliche Differenz relativ klein ist (vorstehend E. 5.3.2). 5.4.2

Der Kläger macht nicht geltend, dass er sich für seine Lohnangabe in der Krankmeldung vom 24. September 2019 auf eine konkrete (Stunden-)Abrechnung stützte; der in den Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis August 2019 dokumentierte Monatslohn erreicht denn auch nie die von ihm angegebene Lohnhöhe, selbst unter Berücksichtigung der Unfalltaggelder.

Hingegen bringt er vor, er sei mit der Lohnbuchhaltung überfordert gewesen und habe den genauen Lohn auch deshalb nicht korrekt angeben können, weil dieser je nach den geleisteten Arbeitsstunden variiert habe und er sich den Lohn in unregelmässigen Abständen durch mehrmalige Barbezüge ausgezahlt habe (Urk. 22 S. 2 f.).

Die Beklagte bestreitet diese Darstellung nicht. Wenn dementsprechend davon ausgegangen wird,

der Kläger

habe beim Ausfüllen der Krankmeldung noch keine genaue Kenntnis der später der Beklagten gegenüber dokumentierten Monatslöhne

gehabt, so musste er sich jedenfalls über seine Unkenntnis im Klaren sein. Notierte er in dieser Situation trotzdem einen exakten Lohnbetrag, tat er dies auf Gerauwahl.

Eine bloss

Unsorgfalt in dem Sinne, dass ihm beim Ausfüllen des Formulars nicht bewusst war, dass er seinen effektiven Lohn nicht genau kannte, kann aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung ausgeschlossen werden: Denn er musste sich auf jeden Fall Gedanken über die einzutragende Lohnhöhe machen.

Indem er trotzdem den genauen Betrag von Fr. 6'500.-- zuzüglich Ferien-/Feiertagsentschädigung von 8.33 % in das Formular der Beklagten eintrug (Urk. 12/1) , nahm er offenkundig in Kauf, einen zu hohen Lohn eingesetzt zu haben und auf dieser Basis zu hohe Leistungen zu erwirken . Damit ist zumindest eine eventual vorsätzliche Täuschung der Beklagten

mit dem hier massgeblichen , herabgesetz ten Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt.

Vor diesem Hintergrund kann offen bleiben , ob die vom Kläger bestrittene Behauptung der Beklagten, er habe während seiner ärztlich attestierten Arbeits unfähigkeit weitergearbeitet, hinlänglich bewiesen wurde. 5.4.3

Da der Kläger nicht nur Arbeitnehmer der Y.____ GmbH, sondern als deren Geschäftsführer beziehungsweise Organ (Urk. 12/68 S. 2, Urk. 12/74/3, Urk.

12/74/5, Urk. 12/ 74/7) zugleich Versicherungsnehmer war, durfte die Beklagte auf den Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses per 10.

September 2019 (Urk. 12/1) vom Vertrag zurücktreten und die gesamte bereits erbrachte Taggeldsumme gestützt auf das Bereicherungsrecht zurückfordern , auch wenn nur ein Teil (-Betrag) davon durch

eventualvorsätzliche Täuschung erwirkt wurde (vgl. vorstehend E. 5.3.1 und 5.3.4) .

5. 5

5.5.1

Zu prüfen bleibt, ob der Kläger nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) zur Rückerstattung der – nach dem Gesagten gesamten – für die Zeitspanne vom 10. September 2019 bis 4. März 2020 erbrachten Taggeld summe von Fr. 31'410.45 verpflichtet ist. Eine Rückforderung auf vertraglicher Grundlage scheidet demgegenüber unbestrittenermassen aus. 5. 5 . 2

Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung nach Art.

62 Abs.

1 OR zurückzuerstatten. Ins besondere tritt diese Verbindlichkeit dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR).

Wer indes eine Nichtschuld freiwillig bezahlt, kann nach Art.

63 Abs.

1 OR das Geleistete nur dann zurückfordern, wenn er nachzuweisen vermag, dass er sich über die Schuldspflicht im Irrtum befunden hat.

An das Vorhandensein eines Irr tums bei Bezahlung einer Nichtschuld sind keine strengen Anforderungen zu stel len. Auf die Wesentlichkeit des Irrtums im Sinne von Art. 23 ff. OR kommt es ebenso wenig an wie darauf, ob die Beklagte den Irrtum hätte erkennen müssen (vgl. Schulin/Vogt, a.a.O., Art. 63 Rz 4; Gauch/ Schluep /Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1 , 11. Auflage, Zürich 2020, Rz . 1534).

Die Rückerstattung kann 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 (Art. 64 OR). Die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung entfällt, wenn der Bereicherte das rechtsgrundlos Erlangte für etwas verwendet, was er auch sonst aus eigenen Mitteln getätigt hätte, etwa Lebenshaltungskosten (Ersparnisbereicherung; vgl. Schulin/Vogt, a.a.O., Art. 64 Rz. 5). 5. 5. 3

In der Rückforderungsklage muss der Entreicherte beweisen, dass er die Leistung in Erfüllung einer Schuld vorgenommen hat, dass die Verbindlichkeit nicht bestand und dass er das Bestehen der Verbindlichkeit irrtümlich annahm (vgl.

Schulin/Vogt, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7.

Auflage, Basel 2020, Art.

63

Rz. 9).

Der Bereicherte hat die Umstände, die seine Rückerstattungspflicht ausschliessen oder mindern, zu beweisen (vgl.

Schulin/

Vogt, a.a.O., Art. 64 Rz. 24 ; vgl. auch vorstehend E. 1.4). 5. 5. 4

Wie bereits dargelegt, hat die Beklagte dem Kläger für die Zeit spanne vom 10.

September 2019 bis 4. März 2020 die Taggeld summe

von Fr. 31'410.45 ausbezahlt, wobei sie zunächst davon ausging, ihm diese zu schulden. Die Taggeld zahlungen erfolgten zumindest teilweise

ohne jeden gültigen Grund (vorstehend E. 4.2.5) . Da der Rechtsgrund für die gesamte Taggeldsumme nach dem in E. 5.4.3 Gesagten rückwirkend weggefallen ist, braucht die Beklagte den Irrtumsnachweis nach Art. 63 Abs. 1 OR nicht zu erbringen (vgl. auch Gauch/Schlupe/Schmid, a.a.O., Rz. 1531).

Der Kläger wendet gegen die Rückerstattungsforderung nicht ein, im Sinne von Art. 64 OR nicht mehr bereichert zu sein .

Für dahingehende weitere Abklärungen des Gerichts (vgl. vorstehend E.

E. 4.2.6

Da der Kläger die Beweislast für den geltend gemachten Erwerbsausfall trägt, ist sein Anspruch auf die eingeklagten Taggelder in Höhe von Fr. 74'208.30

für die Zeit spanne vom

E. 4.3

).

Besteht die Täuschung in der Behauptung einer unwahren Tatsache, bedeutet Eventualvorsatz, dass der Täuschende entweder weiss, dass seine Information falsch ist

und dabei in Kauf nimmt, dass sein Vertragspartner dadurch in die Irre geleitet wird, oder dass er auf Geratewohl unrichtige Angaben macht, das heisst

zwar nicht sicher weiss, dass es sich um eine Falschinformation handelt, jedoch damit rechnet, dass sie falsch sein könnte und auch damit den Irrtum der Gegenpartei in Kauf nimmt

(vgl. die in BGE 143 III 495 nicht publizierte E. 3.1.2 des Urteils 4A_141/2017; Schwenger / Fountoulakis, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Auflage, Basel 2020, Art. 28 Rz. 11; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3.4.3). Täuschungsabsicht besteht nicht bei Falschmeldungen, die der Anspruchsteller aus Irrtum, Versehen oder Unvorsorgfalt übermittelt (vgl. Manz/Grolimund, a.a.O., Art. 40 Rz.).

E. 7

September 2020

den Taggeldversicherungsvertrag mit der Y.____ GmbH, weil im Versicherungsantrag vom 2. April 2019 falsche Angaben zu vergangenen und bestehenden Arbeitsunfähigkeiten des Versicherten gemacht worden seien (Urk. 12/69 S. 1 und 4). Mit gleichem Schreiben hob sie die Versicherungsdeckung rückwirkend auf und forderte vom Versicherten das bisher geleistete Taggeld in Höhe von gesamthaft Fr. 31'410.45 zurück (Urk. 12/69 S. 1 und 4; vgl. auch Urk. 12/71-72).

E. 8

November 2022 begründete der Kläger seine Rechtsbegehren (Prot. S. 2 ff.). Die Beklagte beantragte mit ihrer Klageantwort die Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Rechtsbegehren, der Kläger und Widerbeklagte sei zu verpflichten, die im Zeitraum vom 10.

September 2019 bis 4. März 2020 erhaltenen Krankentaggeldleistungen im Umfang von Fr. 31'410.45 zuzüglich Zins zu 5 % seit wann r echtens zurückzu erstatten (Prot. S. 8 sowie Urk. 11).

Auf Wunsch des Klägers wurde ihm die Möglichkeit eingeräumt, dazu

nach der Hauptverhandlung schriftlich Stellung zu nehmen (Prot. S. 9). Mit schriftlicher Erklärung vom 5. Dezember 2022 zog der Kläger seine Klage vom 14. April 2022 zurück, soweit er damit die Bezahlung von

Taggelder n

für die Zeit vom 9. September 2019 bis 30. September 2020 im Umfang von Fr.

17'310.55 nebst Betreibungskosten von Fr. 103.30 und die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreibung Nr. «2» des Betreibungsamtes Dübendorf beantragte hatte (Urk. 16). Mit R eplik und Widerklageantwort vom 21. März 2023 hielt der Kläger und Widerbeklagte im Übrigen an seiner Klage fest, beantragte die Abweisung der Widerklage (Urk. 22) und reichte weitere Beweismittel ein (Urk.

23/1-5).

Innert der angesetzten Frist reichte die Beklagte und Widerklägerin keine Duplik und Widerklagereplik ein (Urk. 25-26), was dem Kläger und Widerbeklag ten mit Verfügung

vom 4. April 2023 mitgeteilt wurde (Urk. 27). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 11

S. 2, Urk. 12/74/1).

Gemäss Art. 6.1 der gemäss Police anwendbaren AVB für die Helsana Business Salary Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 2014 (12/74/1 S. 3), ist der in der Police aufgeführte Prozentsatz (von 90 %) des effektiven AHV-Lohnes versichert. Als Grundlage für die Bemessung der Taggelder gilt der letzte vor Beginn des Versicherungsfalls bezogene Lohn. Bei unregelmässigen Einkommen wird der Durchschnitt seit Anstellungsbeginn, höchstens jedoch der letzten zwölf Monate , berücksichtigt (Urk. 12/73) .

Gemäss Police ist die Versicherung als Schadenversicherung ausgestaltet (Urk.

12/74/1 S. 2 ; vgl. auch Urk. 12/69 S. 1), so dass Anspruch auf Leistungen nur im Rahmen des von der versicherten Person nachzuweisenden Erwerbs aus falls besteht (Art. 6.3 AVB ; vgl. auch Urk. 11 S. 4 f. und 7, Urk. 22 S.

9).

E. 015

E. 3 mit Hinweisen). Bei Beweislosigkeit trägt der Kläger die Beweislast (Urteil des Bundesgerichts 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2).

E. 20

November 2020 bis 11. Februar 2022 nicht erstellt . Ebenso wenig hat er Anspruch auf Begleichung der Betreuungskosten und Aufhebung des Rechtsvorschlags. Dies

führt zur Abweisung seiner Klage. 5. 5.1

Zur Beurteilung der Widerklage der Beklagten bleibt noch zu prüfen, ob den Kläger für die vom 10. September 2019 bis 4. März 2020 erhaltenen Krankentaggeldleistungen im Umfang von Fr. 31'410.45 eine Rückerstattungspflicht trifft. 5.2

5.2.1

Die Beklagte beruft sich auf Art. 40 VVG (Urk. 11 S. 8 f.), wonach das

Versicherungsunternehmen gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden ist , wenn der Anspruchsberechtigte Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherungsunternehmens ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat . Die Beklagte erachtet diesen Tatbestand als erfüllt, weil der Kläger zwecks Begründung eines Leistungsanspruchs unwahre Angaben zu seinem Erwerbseinkommen gemacht habe, indem er in den Krankmeldungen vom 24. September 2019 und 7. April 2020 Löhne (inklusive Gratifikation/13. Monatslohn) von monatlich Fr. 6'500.-- respektive Fr. 7'041.66 angegeben habe, die jeglicher Grundlage entbehrten, und widersprüchliche Steuererklärungen, Lohnausweise und Lohnblätter eingereicht habe. Zudem zeigten Bankauszüge und Stundenrapporte, dass er während seiner ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit weitergearbeitet habe (Urk. 11 S. 8). Weil der Kläger sowohl Versicherter als auch Versicherungsnehmer sei, habe sie den Versicherungsvertrag aufheben und die bereits geleisteten Krankentaggelder im Umfang von Fr. 31'410.45

gestützt auf Art. 62 OR von ihm zurückfordern dürfen (Urk. 11 S. 3 und S. 7-9). 5.2.2

Der Kläger wendet dagegen ein, seine Lohnangabe in der Krankmeldung vom 24.

September 2019 (Fr. 6'500.--) weiche lediglich um Fr. 90.40 von den Lohnabrechnungen für die Monate Mai bis August 2019

ab, in welchen jeweils ein Monatslohn von brutto Fr. 6'409.60

auf Basis von 170 Arbeitsstunden dokumentiert sei. Er sei mit der Administration überfordert gewesen und habe deshalb die Unterstützung eines Treuhänders in Anspruch nehmen müssen, welcher die Fehlerhaftigkeit der zuerst eingereichten Steuererklärung und des Lohnausweises erkannt und korrigiert habe (Urk. 22 S. 2 f.).

Er habe auch deshalb Mühe gehabt, auf Anhieb seinen korrekten Lohn zu ermitteln, weil er im Stundenlohn angestellt gewesen sei und die Lohnhöhe deshalb je nach den geleisteten Arbeitsstunden variiert habe. Erschwerend habe ferner die Art des Lohnbezugs gewirkt: Er habe seinen Lohn nicht einmal monatlich auf das Bankkonto überwiesen erhalten, sondern durch mehrmalige Barbezüge (Urk. 22 S. 2 f.). Demnach habe er keine Tatsachen, welche die Leistungspflicht der Beklagten ausschliessen oder mindern würden, verschwiegen oder unrichtig mitgeteilt (Urk. 22 S. 7 und 9 f.). Die Beklagte dürfe weder vom Vertrag zurücktreten (Prot. S. 3, Urk. 3/1), noch habe sie einen Rückforderungsanspruch in Höhe von Fr. 31'410.45 (Urk. 22 S. 9 f.). 5.3

5.3.1

Zweck von Art. 40 VVG ist es, eine scharfe zivilrechtliche Sanktion zur Verfügung zu stellen, um Versicherungsbetrug zu ahnden: Die Rechtsfolgen des Versicherungsmisbrauchs sind schärfer als die üblichen Kündigungsfolgen, indem sie auf den gesamten Versicherungsanspruch zielen. Der

Versicherer hat das Recht zur vollumfänglichen Leistungsverweigerung, auch wenn die Täuschung nur einen Teil des geltend gemachten Anspruchs betrifft (vgl. Manz/ Grolimund in:

Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, 2. Auflage, Basel 2023, Art.

40 Rz. 2). 5.3.2

Die Anwendbarkeit von Art.

40

VVG setzt beim Versicherten eine objektive und subjektive Täuschungsabsicht voraus. In objektiver Hinsicht ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, den Bestand oder den Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Eine Täuschungsabsicht ist auch zu bejahen, wenn ein Versicherter Tatsachen verschweigt oder falsch darstellt, die das Versicherungsunternehmen zum Anlass genommen hätte, um weitere Abklärungen zu tätigen (vgl.

Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 Rz . 26).

Unter Art.

40 VVG fällt beispielsweise das Ausnutzen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens (vgl. Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 Rz

28) . Nicht relevant ist, ob eine unrichtige Angabe nur einen relativ kleinen Betrag des Schadens betrifft (vgl.

Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 Rz .

49).

In subjektiver Hinsicht ist eine Täuschungsabsicht des Versicherten erforderlich, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen

(Urteil des Bundesgerichts 4A_ 394 /20

E. 21

vom 11. Januar 20

E. 22

E. 3. 2 mit weiteren Hinweisen).

Der Tatbestand knüpft an jenen von Art. 28 OR an . Dabei genügt auch Eventualvor satz (Stephan Fuhrer, Versicherungsmissbrauch – privatrechtliche Aspekte, in: Weber/Münch (Hrsg.), Haftung und Versicherung, Beraten und Prozessieren im Haftpflicht- und Versicherungsrecht, 2. Auflage, Basel 2015, S. 1460 f. Rz . 29.15 f. ;

vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E.

E. 27

und 30). 5.3.3

Da es sich beim Recht, vom Vertrag zurückzutreten und die Leistung zu verweigern, um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, hat der Versicherer den (Haupt-)Beweis zu leisten (vgl. Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 Rz . 100 ff.) .

Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Element liegt eine Beweisnot vor, so dass 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

(BGE 148 III 134 E.

3.4.3 ; vgl. auch vorstehend E. 1.4). 5.3. 4

Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist das Versicherungsunternehmen gemäss Art. 40 VVG ihm gegenüber „an den Vertrag nicht gebunden“ (vgl. Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 Rz . 82 ff.). Ist der betrügerische Anspruchsteller /Arbeitnehmer zugleich Versicherungsnehmer, indem er gleichzeitig dessen

Geschäftsführer beziehungsweise Organ ist, kann der Versicherer sowohl die Leistungen verweigern als auch vom Vertrag zurücktreten (vgl.

Manz/ Grolimund, a.a.O., Art. 40 Rz. 90). Der Vertragsrücktritt wirkt auf den Zeitpunkt des betrügerischen Verhaltens beziehungsweise – mit Bezug auf den konkreten Leistungsfall – auf den Zeitpunkt des Eintritts des versicherten Ereignisses zurück (vgl. Manz/ Grolimund, a.a.O., Art. 40 Rz. 93 f.).

Wenn eine betrügerische Anspruchsbegründung vorliegt und der Versicherer seine Entschädigungszahlung bereits erbracht hat, steht ihm zudem ein Rückforderungsrecht zu. Weil die Wirkungen des Rücktritts nach dem Gesagten auf den Zeitpunkt der Ausrichtung der Leistungen zurückbezogen

werden, wurden die Leistungen

aufgrund eines nachträglich weggefallenen Rechtsgrundes erbracht. Die entsprechende Rückforderung ist als bereicherungsrechtlich zu qualifizieren (vgl. Manz/ Grolimund, a.a.O., Art. 40 Rz. 97 mit Hinweisen). 5.4.5.4.1

Der Kläger meldete der Beklagten am 24. September 2019 auf dem Formular „Krankmeldung Kollektiv-Taggeldversicherung“ einen vertraglichen Grundlohn von monatlich Fr. 6'000.-- zuzüglich Fr. 500.-- Gratifikation/1/3 Monatslohn und Ferien-/Feiertagsentschädigung von 8.33 % (Urk. 12/1).

Er bestreitet nicht, diese Eintragung in seiner Funktion als Geschäftsführer und einziger Gesellschafter der Y.____ GmbH selbst gemacht zu haben.

In den Lohnabrechnungen für die Monate Januar bis August 2019, die der Kläger der Beklagten mit weiteren Unterlagen im Juli 2020

einreichte (Urk. 12/61 S. 10 = Urk. 12/63 S. 46) und die seine tatsächlichen Lohnbezüge widerspiegeln sollen, dokumentierte er davon abweichende

Monatslöhne (von brutto Fr. 6'175.60 im Januar, Fr. 5'885.-- im Februar, Fr. 0.00 im März, Fr. 3'342.05 im April, Fr. 6'175.60 im Mai, Fr. 6'175.60 im Juni, Fr. 6'175.60 im Juli und Fr. 6'175.60 im August ohne

Berücksichtigung der zusätzlich ausgerichteten Unfalltagelder von Fr. 138.10 im Februar, Fr.

4'279.55 im März und Fr. 2'209.60 im April, aber inklusive Anteil am 13.

Monatslohn

[Urk. 12/61 S. 11-18]). Zwar kann der Kläger nach dem Gesagten den Nachweis nicht erbringen, dass er im Jahr 2019 tatsächlich entsprechende Lohnzahlungen erhielt (vorstehend E).

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