

ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2023.00008

vom 30. August 2024

ZH Sozialversicherungsgericht, 2024-08-30, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_sozialversicherungsgericht_KK.2023.00008

FR: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2023.00008 du 30 août 2024

IT: ZH_SOZIALVERSICHERUNGSGERICHT KK.2023.00008 del 30 agosto 2024

Erwägungen

E. 1

Die 1981 geborene X.____ war ab dem 1. Juni 2011 bei der Y.____ GmbH, welche eine n Shop der Z.____ AG b etreibt (www.zefix.ch) , als Verkäuferin angestellt (Urk. 8/8/2) und über die Arbeitgeberin bei der Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG (nachfolgend: Allianz) im Rahmen einer kollektiven Krankentaggeldversicherung gemäss dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) taggeldversichert (Urk. 8/3, Police Nr. ...). Mit undatierter Krankheitsmeldung wurde der Allianz angezeigt , dass X.____

seit dem 11. Oktober 2021 krankheitsbedingt wegen eines Liquorverlustsyndroms vollständig arbeits unfähig sei (Urk. 8/8/2). Die Allianz richtete für die Zeit vom 10. November 2021 bis 31. Dezember 2021 Taggelder in der Höhe von total Fr. 8'150.-- aus (Urk.

8/8/16 und Urk. 8/8/23). Nach durchgeführter Observation am Arbeitsort (Urk. 8/7 und Urk. 8/8/43-45) teilte die Allianz sowohl X.____ als auch deren Arbeitgeberin mit Schreiben vom 25. Januar 2022 mit, dass sie keine weiteren Leistungen erbringe . Der Arbeitgeberin teilte sie zusätzlich mit, dass sie nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden sei (Urk. 8/ 8/ 34-35).

E. 1.1

Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) dem VVG und sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E. 1.1). Kollektive Krankentaggeldversicherungen werden vom Bundesgericht wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (BGE 142 V 448 E. 4.1).

E. 1.2

Am 1. Januar 2022 ist das revidierte VVG in Kraft getreten. In zeitlicher Hinsicht sind vorbehältlich besonderer übergangsrechtlicher Regelungen grundsätzlich diejenigen Rechtssätze massgebend, die bei Erfüllung des rechtlich zu ordnenden oder zu Rechtsfolgen führenden Tatbestandes Geltung haben (BGE 146 V 364 E. 7.1; 144 V 210 E. 4.3.1, je mit Hinweis). Gemäss der in Art. 103a VVG gere gelten Übergangsbestimmung zur Änderung vom 19. Juni 2020 gelten für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung abgeschlossen worden sind, folgende Bestimmungen des neuen Rechts: die Formvorschriften (lit . a) und das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b (lit . b).

Der Versicherungsvertrag, welcher der vorliegenden Streitsache zu Grunde liegt, wurde am 6. November 2020 ausgestellt mit Gültigkeitsdatum ab dem 1. Januar 2021. Damit wurde der Versicherungsvertrag noch vor dem Inkrafttreten des revidierten VVG abgeschlossen (Urk. 8/3). Damit gelangen abgesehen von den Formvorschriften und dem Kündigungsrecht die Bestimmungen des VVG zur Anwendung, wie sie bis Ende 2021 gegolten haben, welche nachfolgend auch in dieser Fassung zitiert werden. 1.

E. 1.4

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

Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO untersteht die Streitigkeit der Untersuchungsmaxime. Danach stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Nach dem Willen des Gesetzgebers ist das Gericht im Rahmen der sozialen Untersuchungsmaxime gemäss Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO allerdings nur einer erhöhten Fragepflicht unterworfen (vgl. Art. 247 Abs. 1 ZPO). Wie unter der Verhandlungsmaxime müssen die Parteien folglich selbst den Stoff beschaffen; das Gericht kommt ihnen lediglich mit spezifischen Fragen zur Hilfe, damit die erforderlichen Behauptungen und die entsprechenden Beweismittel genau aufgezählt werden, es ermittelt jedoch nicht aus eigenem Antrieb. Ist eine Partei durch einen Anwalt vertreten, kann und muss sich das Gericht ihr gegenüber wie bei der Geltung der Verhandlungsmaxime zurückhalten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_702/2016 vom 23. März 2017 E. 3.1 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E. 2.3.1-2.3.3 und die dortigen Verweise).

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

E. 1.5.1

Nach Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demnach hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden respektive rechtsvernichtenden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzung bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren. Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrages (BGE 130 III 321 E. 3.1).

Nach dieser Grundregel hat 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 Versicherungsvertrages, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs. Dafür gilt gemäss jüngster bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Bereich der Krankentaggeldversicherung betreffend die zu belegenden Arbeitsunfähigkeit das ordentliche Beweismass der vollen Überzeugung (Urteil des Bundesgerichts 4A_144/2021 vom 13. September 2021 E. 5.2 mit Hinweis auf BGE 148 III 105 E. 3.3.1). Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder

Verweigerung der vertraglichen Leistungen berechnen (beispielsweise wegen schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses nach Art. 14 VVG) oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (beispielsweise wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen, was auch zutrifft, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (BGE 148 III 105 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.1).

E. 1.5.2

Am Umstand, dass der Anspruchsberechtigte den Eintritt des Versicherungsfalles sowie den Umfang des Anspruchs zu beweisen hat, ändert nichts, dass der Versicherer zunächst Taggelder ausbezahlt hat. Macht dieser geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien von vornherein zu Unrecht erbracht worden und die versicherte Person sei (wieder) arbeitsfähig, so hat die versicherte Person zu beweisen, dass sie (weiterhin) arbeitsunfähig ist und daher Anspruch auf Taggelder hat (BGE 141 III 241 E. 3.1). Im Falle der Beweislosigkeit trägt mithin nicht der Versicherer, sondern die versicherte Person die Beweislast (Urteile des Bundesgerichts 4A_246/2015 vom 17. August 2015 E. 2.2; 4A_243/2017 vom 30. Juni 2017 E. 3.2.2). Der Versicherer kann den Gegenbeweis antreten, etwa indem er die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit nachweist; dabei handelt es sich jedoch nicht um einen von ihm zu erbringenden Hauptbeweis (Urteil des Bundesgerichts 4A_66/2017 vom 14. Juli 2017 E. 3.2); es genügt, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (Urteil des Bundesgerichts 4A_592/2015 vom 18. März 2016 E. 3 mit Hinweis auf BGE 130 III 321 E. 3.4 und BGE 115 II 305).

E. 1.5.3

Nach Art. 168 Abs. 1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis (lit . a), Urkunde (lit . b), Augenschein (lit . c), Gutachten (lit . d), schriftliche Auskunft (lit . e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit . f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel, vorbehalten bleiben nach Art. 168 Abs. 2 ZPO lediglich die Bestimmungen über Kin derbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (BGE 141 III 433 E. 2.5.1).

Art. 168 Abs. 1 lit . d ZPO lässt einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel zu. Privatgutachten sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern bloss als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E. 2.5.2), was auch für Berichte von Fachärzten, welche die Taggeldversicherer beraten, gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A_571/2016 vom 23. März 2017 E. 3.2 am Ende). Das Arztzeugnis wird beweisrechtlich den Zeugniskunden, denen im Beweisverfahren mit einer gewissen Zurückhaltung zu begegnen ist, zugeordnet und gilt im Bereich des Zivilprozessrechts gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Privatgutachten (BGE 140 III 24 E. 3.3.3; 140 III 16 E. 2.5). 2.

E. 2

Mit Eingabe vom 6. Februar 2023 erhob X.____ beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Klage gegen die Allianz und beantragte, letztere sei unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, ihr Leistungen aus VVG für den Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Januar 2023 im Umfang von Fr. 62'057.15 nebst Zins zu 5 % zu bezahlen (Urk. 1). Mit Klageantwort vom 19. April 2023 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage

und erhob Widerklage gegen die Klägerin mit dem Antrag, diese sei zu verpflichten, ihr Fr. 8'150.-- zurück zuzahlen (Urk. 7). Mit Replik und Widerklageantwort vom 20. September 2023 beantragte die Klägerin und Widerbeklagte (fortan : Klägerin) , die Beklagte

und Widerklägerin (fortan : Beklagte) sei unter Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, ihr Leistung aus VVG für den Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 20. September 2023 im Umfang von Fr. 98'413.90 nebst Zins zu 5 % ab 10. November 2022 (mittlerer Verfall) zu bezahlen. Die Widerklage sei abzuweisen. Eventualiter sei ein poly disziplinäres Gutachten zur Klärung der Diagnosen sowie der objektiven und subjektiven Beschwerden und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit in Auftrag zu geben. In prozessualer Hinsicht beantragte die Klägerin die Durchführung einer öffentlichen Verhandlung beziehungsweise einer Hauptverhandlung (Urk. 14). Mit Duplik und Widerklagereplik vom 29. Januar 2024 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage, auch der klägerischen Anträge in der Replik und Widerklageantwort, sowie des prozessualen Antrags auf Durchführung einer öffentlichen Verhandlung beziehungsweise einer Hauptverhandlung , und hielt an ihrer Widerklage fest (Urk. 22). Am 2. April 2024 fand unter Mitwirkung beider Parteien eine Instruktionsverhandlung statt, in deren Rahmen kein Vergleich erzielt werden konnte . Allerdings machte die Beklagte

der Klägerin

ein Vergleichsangebot , gültig bis am 22. April 2024 (Prot. S. 4 f.). Am 22. April 2024 teilte der Rechtsvertreter der Klägerin telefonisch mit, dass das Angebot der Beklagten abgelehnt werde und explizit am Antrag auf Durchführung einer Hauptverhandlung festgehalten werde (Urk. 29). Anlässlich der am 28. Juni 2024 durchgeführten Hauptverhandlung erstattete die Klägerin

ihre Widerklageduplik und beantragte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr Leistungen aus VVG für den Zeitraum vom 1. Januar 2022 bis 31. Oktober 2023 im Umfang von Fr. 104'682.30 nebst Zins zu 5 % ab 1. Dezember 2022 (mittlerer Verfall) zu bezahlen. Die Widerklage sei abzuweisen. Sodann stellte sie in prozessualer Hinsicht den Antrag, es sei das von der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, in Auftrag gegebene MEDAS-Gutachten (A. ___ /Erhalt voraussichtlich Mitte Juli 2024) beizuziehen und bis zu dessen Vorliegen das Verfahren zu sistieren. Es wurden sodann Beweisanträge gestellt (Urk. 36 und Prot. S. 6-11). Die Beklagte

beantragte in ihrer Stellungnahme, die klägerischen Anträge seien allesamt abzuweisen, insbesondere auch die Beweis anträge. Sie hielt an ihrer Widerklage fest (Urk. 37 und Prot. S. 6-11). Die Klägerin

verlas zudem eine eigens verfasste Stellungnahme (Urk. 38 und Prot. S. 10). Das Gericht zieht in Erwägung: 1.

E. 2.1

Unstrittig ist, dass die Klägerin über die Arbeitgeberin bei der Beklagten kollektiv krankentaggeldversichert war und dass letztere gemäss der Police Nr. ... für das Personal der besagten Arbeitgeberin im Krankheitsfall 730 Taggelder im Umfang von 80 % des versicherten Lohnes abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen zu leisten hatte (Urk. 8/3; vgl. auch Urk. 7 S. 3). In Frage steht jedoch, ob die Beklagte ab dem 1. Januar 2022 zu Recht keine Leistungen mehr für die Klägerin erbrachte und ob sie berechtigt ist, von dieser

die bereits geleisteten Taggelder im Umfang von Fr. 8'150.-- zurückzufordern.

E. 2.2

Die Beklagte machte im Wesentlichen geltend, der Hausarzt der Klägerin habe am 3. Januar 2022 festgehalten, diese sei zu 0 % arbeitsfähig, zu 0 % belastbar und es seien 0 Stunden Anwesenheit pro Tag im Betrieb zumutbar. Im Krankheits schilderungsformular vom 9. Januar 2022 habe die Klägerin gemeldet, sie sei voll arbeitsunfähig. Einen Arbeitsversuch habe sie nicht erwähnt. Einen Tag später, am 10. Januar 2022, sei sie observiert worden. Sie habe von mindestens 14.50

Uhr bis 17.20

Uhr in den öffentlich zugänglichen Ladenräumlichkeiten des Tankstellenshops gearbeitet. Sie sei ihrer Arbeit nachgegangen, ohne dass irgend welche Einschränkungen feststellbar gewesen seien. Am 11. Januar 2022 habe sich dasselbe Bild von 16.45

Uhr bis 18.30

Uhr präsentiert. Am 17. Januar 2022 habe die Klägerin wiederum ihren Hausarzt konsultiert, welcher dasselbe festge halten habe wie am 3. Januar 2022. Am selben Tag noch, am 17. Januar 2022, sei sie von 14.25

Uhr bis 15.35

Uhr und von 16.20

Uhr bis 17.10

Uhr erneut ihrer Arbeit nachgegangen, ohne dass irgendwelche feststellbaren Einschränkungen sichtbar gewesen seien. Der Hausarzt habe keinen Arbeitsversuch erwähnt, auch am 25. Januar 2022 nicht, als er der Klägerin wiederum eine 100%ige Arbeitsun fähigkeit attestiert habe. Erst nach der Konfrontation der Klägerin durch die Beklagte habe der Hausarzt am 4. Februar 2022 einen Arbeitsversuch erwähnt. Diese retrospektiven Aussagen stünden zu den echtzeitlichen in Widerspruch, woraus abgeleitet werden müsse, dass es sich dabei um Gefälligkeitsaussagen handle. Insgesamt könne die Klägerin nicht nachweisen, dass es sich bei der am 10., 11. und 17. Januar 2022 verrichteten Arbeit um einen Arbeitsversuch gehandelt habe. Eine Observation sei entgegen der Ansicht der Klägerin aufgrund von Art. 24 der Allgemeinen Bedingungen (AB) zulässig gewesen. Anlass dazu habe gegeben, dass die Arztberichte nicht überzeugt hätten in Kombination mit dem Umstand, dass die Klägerin bei der Gesellschaft ihres Ehegatten angestellt gewesen sei. Es sei ausgewiesen, dass die Klägerin ihre Tätigkeit als Verkäuferin ausgeübt habe, obwohl sie unter Entgegennahme von Krankentaggeldleistungen gegenüber der Beklagten mittels Arztzeugnisses eine vollständige Arbeitsun fähigkeit deklariert habe. Damit sei der objektive Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG erfüllt. Die Klägerin habe ausserdem um die falsche Willensbildung der Beklagten gewusst und deren Irrtum ausgenutzt, indem sie über den wahren Sachverhalt geschwie gen habe. Somit sei auch der subjektive Tatbestand erfüllt. Die Beklagte sei damit nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden und berechtigt, ihre Leistun gen zu verweigern und das bereits Geleistete zurückzuverlangen (Urk. 37).

E. 3

Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten über den

Anspruch aus einer Zusatzversicherung sachlich zuständig sind. Im Kanton Zürich liegt diese Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit . b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht [GSVGer], vgl. auch BGE 138 III 2 E. 1.2.2).

Die für das Sozialversicherungsgericht verbindliche Regelung der örtlichen Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung findet sich in Art. 32 ZPO. Demnach ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen, worunter regelmässig auch Streitigkeiten aus Versicherungsverträgen fallen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_695/2011 vom 18. Januar 2012 E. 3.1), das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien zuständig (Art. 32 Abs. 1 lit . a ZPO).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage und Widerklage ist unstrittig gegeben (vgl. Urk. 1 und Urk. 7).

E. 3.1

Art. 40 VVG besagt, dass der Versicherer gegenüber der Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden ist, wenn diese oder ihr Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder die ihr nach Massgabe des Art . 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat .

Art. 40 VVG setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Anspruchsberechtigte unrichtige Mitteilungen macht oder wichtige Tatsachen verschweigt, beispielsweise solche, welche die Leistungspflicht des Versicherers erhöhen. Dabei ist nicht jede Verfälschung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, die objektiv geeignet ist, den Bestand und Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; mithin müsste der Versicherer der Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1 [in BGE 148 III 134 nicht publ. E.]; BSK VVG -Manz/ Grolimund , 2. Aufl., Basel 2023, Art. 40 N 20-26). Verlangt wird allerdings kein Täuschungserfolg, es genügt ein Verhalten, welches objektiv die Irreführung des Versicherers verursachen kann. Missbilligt wird folglich bereits der erfolglose betrügerische Versuch, wobei der Umstand, dass der Versicherer den wahren Sachverhalt im Augenblick des Täuschungsversuchs bereits kannte oder bei der Prüfung des Anspruchs hätte erkennen müssen, nichts an der Taxierung des erwähnten Verhaltens als betrügerisch und gesetzlich missbilligter Akt ändert (vgl. BSK VVG -Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 27).

In subjektiver Hinsicht verlangt Art. 40 VVG die Täuschungsabsicht. Die Anspruchsberechtigte muss dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben machen, um einen Vermögensvorteil zu erlangen, wobei die Täuschungsabsicht auch dann schon gegeben ist, wenn die Anspruchsberechtigte um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem sie über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.2 [in BGE 148 III 134 nicht publ. E.]; BSK VVG -Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 29). Hingegen setzt Art. 40 VVG keine Arglist voraus, auch ist bei der Prüfung der subjektiven Voraussetzungen der Täuschungserfolg ohne Belang; mithin kommt es nicht darauf an, ob die Anspruchsberechtigte den Versicherer tatsächlich in die Irre zu führen vermochte oder ob dieser dadurch einen finanziellen Schaden erlitt. Das Handeln oder Schweigen in Täuschungsabsicht genügt (vgl. BSK VVG -Manz /

Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 30).

Hat die Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihr gegenüber nicht an den Vertrag gebunden. Entsprechend hat der Versicherer das Recht, die Leistung zu verweigern und gegenüber dem Versicherungsnehmer vom Vertrag zurückzutreten (BSK VVG -Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 82). Hat der Versicherer die Leistung bereits erbracht, steht ihm ein Rückforderungsrecht nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung (Art. 62 ff. des Schweizerischen Obligationen rechts [OR]) zu (BSK VVG -Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 97; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_197/2018 vom 13. Dezember 2018 E. 3).

Da es sich beim Recht, vom Vertrag zurückzutreten und die Leistung zu verweigern, um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten der Anspruchsberechtigten handelt, hat der Versicherer den (Haupt-)Beweis zu leisten, wobei er hinsichtlich der Täuschungsabsicht von einer Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises profitieren kann, den Nachweis der wahrheitswidrigen Darstellung von Fakten, mithin den Beweis der objektiven Voraussetzung demgegenüber mit dem strikten Beweismass zu erbringen hat (BSK VVG -Manz/ Grolimund , a.a.O., Art. 40 N 100; BGE 148 III 134 E. 3.4.3 mit Hinweisen ; Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2023 vom 26. Februar 2024 E. 4.6).

E. 3.2

Die anspruchsberechtigte Person trägt die Beweislast für den Nachweis eines Arbeitsversuchs (vgl. das Urteil des hiesigen Gerichts KK.2019.00042 vom 1.

Juni 2021 E. 6 sowie das Urteil des Bundesgerichts 4A_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 4 [in BGE 148 III 134 nicht publ. E.]).

E. 4.1

Die Beklagte stützt ihre Begehren auf Art.

40 VVG, welcher die betrügerische Begründung eines Versicherungsanspruchs betrifft (vgl. E.

3.1). Demnach hat die Beklagte nachzuweisen, dass die Klägerin ihrer Tätigkeit trotz 100%iger Arbeitsunfähigkeit nachgegangen ist. Dazu lieferte sie das Observationsmaterial.

E. 4.2

Die Klägerin machte zwar geltend, die Observationsergebnisse seien nicht verwertbar (Urk. 1 S. 14 Rz . 17, Urk. 14 S. 4 ff. Rz . 8 und S. 8 Rz . 15.1), sie bestritt jedoch nicht, an den Tagen der Observationen vom 10. Januar 2022 (Urk. 8/8/43), 11. Januar 2022 (Urk. 8/8/44) und 17. Januar 2022 (Urk. 8/8/45) am Arbeitsplatz gewesen zu sein und Arbeiten verrichtet zu haben. Sie brachte indes vor , sie habe nur wenige Minuten gearbeitet und anschliessend wieder Pausen machen müssen (Urk. 14 S. 15 Rz . 37). Sie habe sich während gerademal drei Tagen für wenige Stunden in die familieneigene Firma begeben. Auf den Bildern und Videos der Überwachung werde es so dargestellt, als hätte sie mitgearbeitet. Tatsächlich sei sie die meiste Zeit hinten im nicht zugänglichen Bereich gewesen (Urk. 36 S. 5 f. sowie Prot. S. 7; vgl. auch die von der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung verlesene Stellungnahme [Urk. 38 sowie Prot. S. 10]).

E. 4.3.1

Gemäss Art. 24 AB ist die Beklagte berechtigt, aber nicht verpflichtet, verdeckte Überwachungs- und Observationsmassnahmen zu ergreifen oder an Dritte zu delegieren, wenn aufgrund konkreter Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass die versicherte Person unrechtmässig Leistungen bezieht oder zu erhalten versucht. Dass ein versicherungsinterner Schadenexperte die Observation tätigte, ist somit nicht zu beanstanden.

E. 4.3.2

Wie das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung festgestellt hat, kann die von der Haftpflichtversicherung veranlasste Observation der versicherten Person deren Privatsphäre wie auch deren Recht am eigenen Bild verletzen. Die Verletzung ist dann nicht widerrechtlich, wenn das Interesse an der Verhinderung eines Versicherungsbetrugs das Interesse der von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit ihrer Persönlichkeit überwiegt. Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass die von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen ihres Gesundheitszustands, ihrer Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne ihr Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden. Ob die Observation zulässig ist, hängt weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Insbesondere kann entscheidend sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo sie stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange sie dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt sie hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E. 5.3 mit Hinweis auf BGE 136 III 410 E.

2).

E. 4.4.1

Die Klägerin rügte, es hätten keine Anhaltspunkte vorgelegen, die Zweifel an ihren geäusserten Beschwerden hätten aufkommen lassen (Urk. 36 S. 8). Die Beklagte wandte dagegen ein, die vorliegenden Arztberichte hätten inhaltlich überhaupt nicht überzeugt, dies in Kombination mit der problematischen Konstellation, dass die Klägerin bei der Gesellschaft ihres Ehegatten angestellt gewesen sei. Bei dieser Kombination würden Sachbearbeiter hellhörig und würden ab und zu eine Überprüfung vornehmen (Urk. 37 Rz. 24 und Prot. S. 9).

E. 4.4.2

Es müssen Anhaltspunkte vorliegen (z.B. widersprüchliches Verhalten der Versicherten, massive Aggravation, Simulation, Selbstschädigung u.Ä.), die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen. Die Observation muss – anders gesagt – objektiv geboten sein. Diese objektive Gebotenheit der Observation ist ein wichtiges Element der Interessenabwägung im Persönlichkeitsschutz (BGE 136 III 410 E. 4.2.1).

E. 4.4.3

Die Klägerin war vom 17. Oktober 2021 bis 5. November 2021 (Urk. 8/8/14 S. 1) in der Klinik für Rheumatologie des Universitätsspitals B.____ hospitalisiert, wo am 4. November 2021 aufgrund des Liquorverlustsyndroms ein epiduraler Blood Patch eingelegt wurde.

Dieser Eingriff verlief problemlos, und die Klägerin soll am selben Abend beim Sitzen um 19.30 Uhr fast schmerzfrei gewesen sein (Urk. 8/8/13). Am Folgetag berichtete sie von einer Verbesserung von circa 50 % (Urk. 8/8/14 S. 2 unten). Von der Klinik wurde ihr eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 17. Oktober 2021 bis 19. November 2021 attestiert (Urk. 8/8/14 S. 3 unten). Danach erfolgte die Krankschreibung ausschliesslich durch den Hausarzt, welcher der Klägerin bis am 17. Januar 2022 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestierte, zuletzt am 9. Januar 2022 (Urk. 8/8/6, Urk. 8/8/17, Urk. 8/8/26 und Urk. 8/8/29). Das Schreiben der Beklagten vom 16. Dezember 2021 mit dem angehängten Fragebogen (Urk. 8/8/22) beantwortete der Hausarzt bis zur Observation nicht. Im Krankheits silderungsformular vom 9. Januar 2022 gab die Klägerin an, sie sei aufgrund körperlicher Einschränkungen arbeitsunfähig (Urk. 8/8/26).

E. 4.4.4

Nach dem operativen Eingriff vom 4. November 2021 wurde von einer deutlichen Beschwerdelinderung berichtet und der Klägerin von den Fachärzten lediglich bis am 19. November 2021 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert. Von der Notwendigkeit weiterer Eingriffe wurde nicht berichtet. Da der Hausarzt der Klägerin unverändert und ohne jede Begründung eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attes tierte und der Beklagten den am 16. Dezember 2021 versandten Fragebogen Anfangs Januar 2022 noch immer nicht zurückgeschickt hatte, lässt sich nach vollziehen, dass Zweifel an der attestierten Arbeitsunfähigkeit aufkamen. Dies muss umso mehr gelten, als die Beklagte von der Konstellation wusste, dass die Klägerin bei der Gesellschaft ihres Ehegatten angestellt war. Dass eine solche Konstellation problematisch ist, lässt sich beispielsweise der Gesetzgebung betreffend die Arbeitslosenversicherung entnehmen : Gemäss Art. 31 Abs. 3 lit . c des Bundesgesetzes über die obligatorische Arbeitslosenversicherung und die Insolvenzenschädigung (Arbeitslosenversicherungsgesetz, AVIG) haben Perso nen, die in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter, als finanziell am Betrieb Beteiligte oder als Mitglieder eines obersten betrieblichen Entscheidungsgremiums die Entscheidungen des Arbeitgebers bestimmen oder massgeblich beeinflussen können, sowie ihre mitarbeitenden Ehegatten keinen Anspruch auf Kurzarbeits entschädigung. Praxismässig ist diese der Vermeidung von Missbräuchen dienende Bestimmung analog auf arbeitgeberähnliche Personen und deren Ehegatten anzuwenden, die Arbeitslosenentschädigung verlangen (Urteil des Bundesgerichts 8C_433/2019 vom 20. Dezember 2019 E. 4.1 mit Hinweis auf BGE 145 V 200 E. 4.1 mit weiteren Hinweisen).

E. 4.4.5

Die Auffassung der Klägerin, es hätten keine Anhaltspunkte für die Gebotenheit eine r Observation vorgelegen, kann nach dem Gesagten nicht geteilt werden.

E. 4.5

Die Observation erwies sich zudem nicht als unverhältnismässig. Sie wurde lediglich an drei Tagen (10., 11. und 17. Januar 2022) tagsüber durchgeführt und dauerte jeweils nicht länger als drei Stunden (Urk. 8/7 und Urk. 8/43-45). Beim Tankstellenshop handelt es sich sodann um einen für jedermann öffentlich zugänglichen Raum. Daran ändert nichts, dass der Ehegatte der Klägerin diesen Shop als Geschäftsführer einer GmbH selbst betreibt. Die Ausführungen, wonach der Schadenexperte beim Betreten des Shops einen Hausfriedensbruch begangen haben soll (Urk. 14 S. 4 Rz . 8.1), lassen sich nicht nachvollziehen; dass ihm vor gängig ein Hausverbot erteilt worden wäre, wurde nicht

vorgebracht. Ausserdem sind die Filmaufnahmen, welche innerhalb des Ladenlokals gemacht wurden, sehr kurz. Der Schadenexperte hielt sich sodann nicht in nicht öffentlich zugänglichen Räumen des Tankstellenshops auf oder machte Aufnahmen von Tätigkeiten in nicht öffentlich zugänglichen Räumen des Tankstellenshops, sondern beschränkte sich auf Videoaufnahmen von Verrichtungen, welche von jedermann wahr genommen werden konnten. Die Observation betraf alltägliche Verrichtungen der Klägerin und keine Lebensvorgänge, die zum Geheimbereich gehören. Die eingesetzten Mittel (Berichte, Fotografien, Filmaufnahmen) waren zur Erreichung des Zwecks der Observation geeignet und notwendig, was sich aus den daraus gewonnenen Erkenntnissen (vgl. nachstehende E. 4.6-4.8) eindeutig ergibt, standen sie doch im Widerspruch zur Angabe der Klägerin in ihrem Krankheits schilderungsformular vom 9. Januar 2022, aufgrund körperlicher Einschränkungen arbeitsunfähig zu sein (Urk. 8/8/26) sowie im Widerspruch zu den Arbeits unfähigkeitszeugnissen des Hausarztes. Eine umgehende ärztliche Untersuchung oder Begutachtung wären minder geeignet gewesen als eine Observation, hätte doch medizinisch abgeklärt werden müssen, ob nach wie vor Schmerzen bestanden (vgl. E. 4.4.3), welche aufgrund eines meist subjektiven Empfindens schwer objektivierbar sind. Schliesslich wurde von der Klägerin zuletzt ein Anspruch von über Fr. 100'000.-- geltend gemacht (Urk. 36 S. 2), was eine erhebliche Summe darstellt, wenn die Geltendmachung zu Unrecht erfolgt. Insgesamt liegt ein höherwertiges Interesse der Beklagten vor und erweist sich eine durch die Observation

erlittene Persönlichkeitsverletzung der Klägerin (BGE 136 III 410 E. 2.2.2) als durch überwiegende Interessen gerechtfertigt. Damit ist der Grundsatz der Verhältnismässigkeit gewahrt und sind die Filmaufnahmen verwertbar.

E. 4.6

Aus diesen ist ersichtlich, dass die Klägerin im Tankstellenshop an der Kasse einkassierte, Waren auffüllte (auch über Kopf), auf einen Tritt stieg, um das Ablaufdatum von Produkten zu überprüfen, Gespräche und Telefonate führte, einen gefüllten Abfallsack und ein leeres Einkaufskorbchen aus ihrem Personen wagen holte und damit wieder in den Shop ging, ein Rollgestell schob und davon Flaschen entnahm usw. (Urk. 8/7). Die Behauptungen, sie habe jeweils bloss wenige Minuten gearbeitet und danach Pausen einlegen müssen, und sie habe sich die meiste Zeit hinten im nicht zugänglichen Bereich aufgehalten (E. 4.2),

lassen sich nicht verifizieren. Insgesamt dauern die Aufnahmen an den drei Tagen rund 48 Minuten, in welchen sie praktisch ausnahmslos bei Tätigkeiten im Tankstellenshop beobachtet werden konnte. Sie wirkte bei der Ausführung ihrer Tätigkeiten weder eingeschränkt noch schmerzgeplagt. Die gesamte Observation dauerte länger, es wurden nicht ununterbrochen Aufnahmen gemacht. Gemäss den Rapporten des Schadenexperten konnte die Klägerin dabei beobachtet werden, wie sie am 10. Januar 2022 ab 15.20 Uhr (Eintreffen des Schadenexperten um 14.50 Uhr) während rund 2 Stunden (bis zum Abbruch der Observation) immer wieder ihrer Tätigkeit nachging (Urk. 8/8/43). Am 11. Januar 2022 konnte er sie ab 16.51 Uhr (Eintreffen des Schadenexperten um 16.45 Uhr) dabei beobachten, wie sie bis um 18.18 Uhr ihrer Tätigkeit nachging und dann mit ihrem Personenwagen den Arbeitsort verliess (Urk. 8/8/44). Sie war fähig, ihr Fahrzeug selbst zu lenken, was aus den Aufnahmen hervorgeht. Am 17. Januar 2022 traf der Schadenexperte um 14.25 Uhr beim Tankstellenshop ein und konnte die Klägerin beobachten, wie sie ab 14.30 Uhr während rund 45 Minuten ihrer Tätigkeit nachging. Um 15.15 Uhr betrat der Schadenexperte den Shop und konnte sie beim Diskutieren und beim Herumschieben eines

Roll gestells beobachten. Um 15.35 Uhr unterbrach er die Observation und begab sich um 16.20 Uhr zurück zum Tankstellenshop. Bis zum Abbruch der Observation um 17.10 Uhr konnte die Klägerin bei ihrer Tätigkeit beobachtet werden.

E. 4.7

Die Klägerin bestritt denn auch nicht, an den drei Tagen, an welchen sie obser viert worden war, im Ladenlokal gewesen zu sein. Sie bestritt ebenso wenig , dass die Observationen, wie von der Beklagten ausgeführt, ausschliesslich am 10. Januar 2022, 11. Januar 2022 und 17. Januar 2022 (vgl. Urk. 37 Rz . 30) statt fanden. Ihre Behauptungen, bloss wenige Minuten gearbeitet zu haben und die meiste Zeit im nicht zugänglichen Bereich gewesen zu seien, wurden widerlegt. Es sind daher keinerlei Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass die Beobachtungen des Schadenexperten nicht zutreffen sollten, werden diese doch durch die Auf nahmen bestätigt. Mithin bestehen für das Gericht keinerlei Zweifel daran, dass die Klägerin ihrer Tätigkeit im Tankstellenshop nachgegangen ist. Kommt hinzu, dass die Wahrscheinlichkeit des exakten Aufeinanderfallens der angeblichen Arbeitsversuche mit den Observationen an lediglich drei Tagen äusserst gering , wenn nicht vielmehr auszuschliessen ist .

E. 4.8

Als Zwischenfazit ist deshalb festzuhalten, dass die Klägerin am 10.

Januar 2022, 11. Januar 2022 und 17.

Januar 2022 ihrer gewohnten Tätigkeit nachgegangen ist, während sie Taggelder für eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit von der Beklagten bezog. Die Klägerin bringt diesbezüglich vor, sie sei der Empfehlung ihres Haus arztes gefolgt, wonach ein Arbeitsversuch der langsamen Integration am Arbeits platz dienlich sei. Mithin habe sie einen Arbeitsversuch in Absprache mit dem Hausarzt durchgeführt

(Urk.

1 S.

11

f.).

E. 5.1.1

Erstellt ist, dass der Hausarzt C.____ , prakt. Arzt FMH, der Klägerin aufgrund der Konsultationen vom 3. Januar 2022 und 17. Januar 2022 eine Arbeitsun fähigkeit (richtig: eine Arbeitsfähigkeit) von 0 % bis spätestens am 31. Januar 2022 attestierte, wobei er eine Belastbarkeit oder Anwesenheit im Betrieb für nicht zumutbar erachtete (Urk. 8/8/26 S. 1 und Urk. 8/8/29). Die Frage, ob die versicherte Person die Arbeit aufgenommen habe, verneinte er am 9. Januar 2022 (Urk. 8/8/26 S. 1). Im am 25. Januar 2022 ausgefüllten Fragebogen an die Beklagte gab der Hausarzt zudem an, die letzte Konsultation (Verlaufskontrolle) habe am 17. Januar 2022 stattgefunden und es sei nicht besser (geworden). Er habe ein Arbeitsunfähigkeitszeugnis vom 8. Januar 2022 bis 31. Januar 2022 ausgestellt. In der angestammten Tätigkeit sei die Klägerin bis auf Weiteres zu 100 % arbeitsunfähig (Urk.

8/8/33) .

E. 5.1.2

Die Klägerin gab im Krankheitsschilderungsformular vom 9. Januar 2022 an, sie sei aufgrund körperlicher Einschränkungen arbeitsunfähig. Sie habe ein Liquor verlustsyndrom erlitten. Eine vollständige Arbeitswiederaufnahme sei nicht bereits geplant (Urk. 8/8/26 S. 2). In der Telefonnotiz der Schaden-Sachbearbeiterin der Beklagten, D.____, vom 11. Januar 2022 wird kein Arbeitsversuch erwähnt.

E. 5.1.3

Ein Arbeitsversuch oder bereits die Möglichkeit eines Arbeitsversuchs ist folglich in den vorhandenen echtzeitlichen Dokumenten (E. 2.5.1-2.5.2) nirgends erwähnt; erst nach der Konfrontation durch die Beklagte zu den durchgeführten Observationen wurde von Seiten der Klägerin beziehungsweise ihres Hausarztes am 4. Februar 2022 angegeben, es habe sich um einen Arbeitsversuch gehandelt (vgl. Urk. 8/8/42 Beilage 4). Die Klägerin bestritt zwar, die in der Telefonnotiz von D.____ festgehaltenen Aussagen gemacht zu haben (Urk. 1 S. 13 Rz. 16.6). Doch sie behauptete als beweisbelastete Partei (vgl. E. 3.2) nicht, sie hätte die Sachbearbeiterin auf einen Arbeitsversuch hingewiesen oder dieser von einem solchen berichtet. Sie brachte lediglich vor, das Telefonat sei auf Albanisch geführt worden und Frau D.____ habe sie falsch verstanden oder vorsätzlich eine falsche Aktennotiz verfasst. Zu dem wahren Inhalt des Telefonats sei die Klägerin zu befragen und es sei festzustellen, ob Frau D.____ als offizielle Dolmetscherin für Deutsch-Albanisch anerkannt sei. Die Befragung der Klägerin durch das Gericht werde zeigen, dass die Aktennotiz falsch sei und einzig das Ziel gehabt habe, keine Leistungen mehr erbringen zu müssen (Urk. 1 S. 13 Rz. 16.6, Urk. 14 S. 7 Rz. 9). Als Teilgehalt des Anspruchs auf rechtliches Gehör verschafft das Recht auf Beweis der beweispflichtigen Partei einen verfassungsmässigen Anspruch darauf, für rechtserhebliche bestrittene Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht.

Dieser Anspruch, der auch in Art.

152 ZPO gesetzlich verankert ist, schliesst eine vorweggenommene (antizipierte) Würdigung von Beweisen nicht aus: Es bleibt dem Sachgericht unbenommen, von der Abnahme form- und fristgerecht beantragter und an sich tauglicher Beweise abzusehen, weil es sie von vornherein nicht für geeignet hält, die behaupteten Tatsachen zu beweisen, oder weil es seine Überzeugung bereits aus anderen Beweisen gewonnen hat und davon ausgeht, dass weitere Abklärungen am massgeblichen Beweisergebnis nichts mehr ändern können (Urteil des Bundesgerichts 5A_49/2022 vom 26. September 2022 E. 3.3.1 mit Hinweisen). Da die Klägerin als beweisbelastete Partei betreffend den Arbeitsversuch nicht einmal behauptete, sie habe Frau D.____ am 11. Januar 2022 von einem Arbeitsversuch berichtet, kann die beantragte Befragung nicht dem Beweis einer behaupteten Tatsache (Meldung eines Arbeitsversuchs) dienen, womit – unter diesem Aspekt – von einer Befragung der Klägerin oder auch von Frau D.____ (Urk. 36 S. 3) abzusehen ist.

E. 5.1.4

Es kann festgehalten werden, dass die Meldung eines Arbeitsversuchs echtzeitlich nicht dokumentiert ist.

E. 5.2.1

Zu klären bleibt, ob es der Klägerin aufgrund anderer Umstände gelingt, nachzuweisen, dass es sich bei den Arbeitseinsätzen vom

E. 5.2.2

In der Beschwerde brachte die Klägerin vor, ihr Hausarzt sei der Ansicht gewesen, dass ihr allenfalls eine langsame Integration am Arbeitsplatz helfe und die psychischen Beschwerden lindern würde, zumal sie sich über lange Zeit im Spital aufgehalten habe. Entsprechend habe sie im Januar 2022 versucht, bei ihrer Arbeitgeberin für ein paar wenige Stunden leichte Arbeit zu verrichten. Jeweils nach kurzer Zeit habe sie ihre Arbeit jedoch abbrechen müssen. Die physischen und psychischen Beschwerden hätten es ihr nicht erlaubt, ihre angestammte Tätigkeit auszuüben. Nach Rücksprache mit ihrem behandelnden Hausarzt habe sie sich entschieden, weitere Arbeitsversuche zu unterlassen. Auch ihr Ehemann, der zugleich Geschäftsführer der Arbeitgeberin sei, sei der Auffassung gewesen, weitere Arbeitsversuche seien nicht angezeigt, da sie nach den wenigen Stunden, welche sie im Shop arbeiten verrichtet habe, jeweils starke Schmerzen gehabt habe und diverse Schmerzmedikamente benötigt habe. Der Geschäftsführer habe ihr versprochen, dass er die gescheiterten Arbeitsversuche der Beklagten zu gegebener Zeit mitteilen werde (Urk. 1 S. 11 f. Rz. 16.3). Es sei nicht ihr anzu lasten, dass der Geschäftsführer die Arbeitsversuche bis am 25. Januar 2022, als er das Schreiben der Beklagten erhalten habe, nicht angezeigt habe (Urk. 1 S. 13 Rz. 16.5 und S. 8 Rz. 15.1, vgl. auch Urk. 14 S. 10 Rz. 16.1). Der Hausarzt hatte in seinem Arztbericht vom 4. Februar 2022 festgehalten, ein Arbeitsversuch sei trotz Krankschreibung grundsätzlich erlaubt. Als Hausarzt habe er der Klägerin geraten zu versuchen, sich (falls sie in der Lage sei) langsam an ihrem Arbeitsplatz zu integrieren. Damit sei mindestens eine stundenweise oder halbtägige Präsenz mit reduzierter Last erwogen worden. Auch für die Psyche (aufgrund ihres monatelangen Spitalaufenthalts) wäre es sehr hilfreich gewesen. Es könne nur der schrittweise langsame Beginn für einen erfolgreichen zukünftigen und vollständigen Arbeitseintritt helfen (Urk. 8/8/42 Beilage 4).

E. 5.2.3

In seinem Schreiben vom 11. September 2023 an den Rechtsvertreter der Klägerin schrieb der Hausarzt, er habe seiner Patientin zu einem Arbeitsversuch geraten, da diese keine Krankheitseinsicht gehabt habe. Sie sei immer der Meinung gewesen, sie müsse jetzt sofort wieder arbeiten. Angesichts der körperlichen wie auch psychischen Beschwerden habe jedoch nicht erwartet werden können, dass sie zeitnah wieder einer Arbeit nachgehe. Da sie jedoch insistiert habe, habe er (der Hausarzt) mit ihrem Ehemann abgemacht, dass ein Arbeitsversuch stattfinde, um die Krankheitseinsicht zu fördern und allenfalls auch um die Patientin zu einem Klinikeintritt zu veranlassen. Ein schrittweiser langsamer Beginn in Verbindung mit einem Klinikaufenthalt sei nach seiner Auffassung die beste Therapie möglichkeit. Der Ehemann habe ihm (dem Hausarzt) in der Sprechstunde gesagt, er werde diesen Arbeitsversuch den Versicherungen melden. Er habe deshalb keinen Grund gesehen, weshalb er diese Arbeitsversuche in den Arztberichten hätte erwähnen sollen (Urk. 15/32). In ihrer Replik vom 20. September 2023 nahm die Klägerin auf dieses Schreiben Bezug und machte geltend, es sei durchaus nachvollziehbar, dass ihr Hausarzt die Arbeitsversuche als Therapiemassnahme angeordnet habe. Auch habe der Hausarzt bestätigt, dass ihr Ehemann während der Sprechstunde mitgeteilt habe, er werde die Versicherungen informieren. Beide seien hierzu zu befragen (Urk. 14 S. 11 Rz. 16 und S. 12 Rz. 22). Das eingereichte Schreiben des Hausarztes sowie eine Befragung desselben durch das Gericht werde belegen, dass der Arbeitsversuch abgesprochen gewesen sei (Urk. 14 S. 12 Rz. 20).

E. 5.2.4

Anlässlich der Hauptverhandlung machte die Klägerin geltend, sie habe sich tagelang nicht aus dem Bett zwingen können. Als sie sich dann habe bewegen können, sei sie aufgrund ihrer Zwangsrituale sofort der Meinung gewesen, sie müsse wieder arbeiten. Dies habe sie mit dem behandelnden Arzt besprochen, welcher auf ihr Drängen empfohlen habe, ein paar wenige Stunden zu arbeiten, dies aber einzig zur Förderung der Krankheitseinsicht. Das habe der Hausarzt bestätigt. Er sei überzeugt gewesen, dass seine Patientin nach kurzer Arbeit erschöpft sein werde und einsehe, dass gegenwärtig eine Arbeitsaufnahme unmöglich sei. Dazu sei der Hausarzt zu befragen (Urk. 36 S. 5 f. sowie Prot. S. 7; vgl. auch die von der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung verlesene Stellungnahme [Urk. 38 sowie Prot. S. 10]).

E. 5.3

4

Angesichts der zahlreichen Widersprüche sind die Aussagen der Klägerin in betreffend einen Arbeitsversuch nicht glaubhaft und als Schutzbehauptungen zu qualifizieren. Dies gilt selbstredend auch für die Angabe, es sei vereinbart worden, der Geschäftsführer der Arbeitgeberin, welcher gleichzeitig der Ehemann der Klägerin ist, werde den Arbeitsversuch melden (Urk. 1 S. 13 Rz. 16.5 und S. 8 Rz. 15.1). Infolge der aktenkundigen Widersprüche ist nicht davon auszugehen, dass das Gericht durch weitere Beweiserhebungen, namentlich durch die Befragung der Klägerin, ihres Ehemannes, des Hausarztes oder gar der Sachbearbeiterin der Beklagten, Frau D.____, zu einer anderen Überzeugung gelangen würde (antizipierte Beweiswürdigung; BGE 136 I 229 E.

5.3, 134 I 140 E.

5.3, 130 II 425 E.

2.1, je mit Hinweisen; vgl. auch das Urteil des Bundesgerichts 4A_200/2022 vom 9. Juni 2022 E.

2.4 mit Hinweisen).

E. 5.3.1

Die Schilderungen zu den Gründen für einen angeblichen Arbeitsversuch erweisen sich als inkonsistent. Zunächst wurde als Grund für einen Arbeitsversuch eine Beschwerdelinderung nach der monatelangen Spitalzeit, insbesondere in psychischer Hinsicht, angeführt (E. 5.2.2). Dabei gab die Klägerin im Krankheitsschilderungsformular vom 9. Januar 2022 an, sie sei nicht aufgrund psychischer, sondern einzig aufgrund körperlicher Einschränkungen arbeitsunfähig (Urk. 8/8/26 Seite 2). Im Januar 2022 hatte die Klägerin sodann keinen monatelangen Spitalaufenthalt hinter sich; sie war gemäss Akten vom 17. Oktober 2021 bis 5. November 2021 im B.____ hospitalisiert gewesen (Urk. 8/8/14), mithin etwa zweieinhalb Wochen. Im Verlaufe des Prozesses wurde dann neu behauptet, die Klägerin habe auf einem Arbeitsversuch insistiert, weshalb der Hausarzt mit dem Ehemann der Klägerin vereinbart habe, ein Arbeitsversuch solle stattfinden, um die Krankheitseinsicht zu fördern und allenfalls auch um die Klägerin zu einem Klinik eintritt zu veranlassen (E. 5.2.3-5.2.4). Diese Version steht jedoch im krassen Widerspruch zur ersten Angabe: Es lässt sich nicht vereinbaren, dass derselbe Hausarzt mit einem Arbeitsversuch einmal das Ziel der Beschwerdelinderung verfolgt und das andere Mal entgegen seiner eigenen Überzeugung («angesichts der körperlichen wie auch psychischen Beschwerden habe jedoch nicht erwartet werden können, dass sie zeitnah wieder einer

Arbeit nachgehe») einem Arbeitsversuch bloss auf Drängen der Patientin zugestimmt haben soll. Dieser Widerspruch lässt erhebliche Zweifel darüber aufkommen, dass der Arbeitseinsatz mit dem Hausarzt abgesprochen war. Kommt hinzu, dass der Hausarzt weder in den Zeugnissen vom 17. Januar 2022 (Urk. 8/8/29) noch im am 25. Januar 2022 ausgefüllten Fragebogen der Beklagten, in welchem er der Klägerin bis auf Weiteres eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestierte, den bereits stattgehabten Arbeitsversuch erwähnte (Urk. 8/8/33). Dabei hätte er mit dem Scheitern eines Arbeitsversuchs ein zusätzliches Argument für eine vollständige Arbeitsunfähigkeit gehabt. Dass er den Arbeitsversuch bloss deshalb nicht erwähnt haben soll, weil er davon ausgegangen sei, der Geschäftsführer der Arbeitgeberin beziehungsweise der Ehemann der Klägerin werde eine entsprechende Meldung machen (Urk. 14 S. 12 Rz. 19), vermag nicht zu überzeugen. Vielmehr hätte es sich angesichts der Einschätzung des Hausarztes, es bestehe weder eine zumutbare Belastbarkeit noch sei eine Anwesenheit der Klägerin im Betrieb zumutbar (Urk.

8/8/26), aufgedrängt, einen in Aussicht genommenen Arbeitsversuch aktenkundig zu machen. Der Beklagten, welche geltend machte, bei den retrospektiven Angaben des Hausarztes handle es sich um Gefälligkeitsangaben (vgl. insbesondere Urk. 37 Rz. 4 und Rz. 22), ist daher zuzustimmen.

E. 5.3.2

Diskrepant ist sodann, dass die Klägerin, welche angeblich keine Krankheitseinsicht gehabt haben soll, im Krankheitsschilderungsformular vom 9. Januar 2022, also bloss einen Tag vor dem behaupteten Arbeitsversuch, angegeben hatte, sie sei arbeitsunfähig (Urk. 8/8/51); bei fehlender Krankheitseinsicht wäre hier eine andere Antwort zu erwarten gewesen.

E. 5.4

Der Klägerin misslingt damit der von ihr zu erbringende Beweis (vgl. E. 3.2), wonach es sich bei den Arbeitseinsätzen vom

E. 5.5

Das Argument der Klägerin, mit dem Arbeitsversuch sei sie ihrer Schadenminderung nachgekommen (Urk. 1 S. 12 Rz. 16.4), zielt zudem ins Leere. Zur Schadenminderung gehört nicht, während einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit die Arbeit wieder aufzunehmen, sondern in ein Spital oder eine Klinik einzutreten, wenn dies für die Heilung oder Rehabilitation zweckmässig ist (Art. 16 Ziff. d AB), oder sich den medizinisch indizierten Behandlungen und operativen Eingriffen zu unterziehen, sofern diese zumutbar sind (Art. 16 Ziff. 2 lit. e AB).

E. 5.6

Vor dem Hintergrund des fehlenden Nachweises eines Arbeitsversuchs kann offen bleiben, ob die Klägerin berechtigt gewesen wäre, mit dessen Meldung 30 Tage zuzuwarten.

E. 5.7

Aus dem Umstand schliesslich, dass die Beklagte nach der Auflösung des hier zu beurteilenden Versicherungsvertrags mit der Y.____ GmbH einen neuen Versicherungsvertrag – unter Ausschluss der Klägerin – abschloss (Urk. 8/2), vermag diese nichts zu ihren Gunsten abzuleiten (vgl. Urk. 14 S. 9 Rz. 15.3). 6.

Zusammenfassend ist erstellt, dass die Klägerin trotz attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit ihrer Berufstätigkeit nachgegangen ist und es unterlassen hat, dies der

Beklagten zu melden . Damit hat sie die anspruchsbegründenden Tatsachen wahrheitswidrig dargestellt, womit die objektiven Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung

gemäss Art. 40 VVG erfüllt sind. Die Wiederaufnahme der Arbeit hat sie gegenüber der Beklagten verschwiegen, damit diese keine Anpassung der Taggelder vornimmt und weiterhin das Taggeld aufgrund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausrichtet. Damit sind auch die subjektiven Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt. Somit ist die Beklagte

an den Vertrag nicht gebunden, weshalb sie keine weiteren Taggelder zu leisten hat und die bereits entrichteten Taggelder zu Recht zurück fordert (E.

3.1) . Dieser Rückforderungsbetrag ist in der Höhe ausgewiesen (Urk.

8/1 und Urk. 8/8/16) und nicht substantiiert bestritten (Urk.

E. 10

Januar 2022, 11.

Januar 2022 und 17.

Januar 2022 um Arbeitsversuche handelte. Da sie die Beweislast für den Arbeitsversuch trägt und ihr der Beweis nicht gelingt, hat sie auch die Folgen zu tragen (vgl. dazu das Vorbringen, es sei ihr nicht anzulasten, dass ihr Ehemann die Meldung nicht bis am 25. Januar 2022 erstattet habe [Urk. 1 S. 13 Rz . 16.5, Urk. 14 S. 8 Rz . 15.1]).

E. 14

S.

16) .

Der Vollständigkeit halber ist anzufügen, dass nur die Klägerin selbst zur Einklagung von Leistungsansprüchen aus dem Versicherungsverhältnis aktivlegitimiert ist , weshalb sie somit im Umkehrschluss auch passivlegitimiert ist (vgl. dazu auch die Urteile des Bundesgerichts 4A_557/2022 vom 18.

April 2023 E.

3 und 4D_29/2014 vom 3.

Juli 2014 E.

3). Es ist daher nicht zu beanstanden, dass die Beklagte die bereits entrichteten Taggelder von der Klägerin direkt zurückfordert. Bei diesem Ausgang erübrigen sich Weiterungen in Bezug auf den weiteren medizinischen Verlauf bei der Klägerin, womit weder das von der IV-Stelle in Auftrag gegebene MEDAS-Gutachten beizuziehen noch das Verfahren zu sistieren ist. 7 .

Nach dem Gesagten ist die Klage abzuweisen. Die Widerklage ist gutzuheissen und die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von Fr. 8'150. -- zu bezahlen. 8 .

8 .1

Gemäss Art. 114 lit . e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Diese Bestimmung betrifft indes nur die Gerichtskosten, nicht jedoch die Parteientschädigung an die Gegen partei (in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.1 des Urteils des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom

17. November 2010). 8 .2

Die Beklagte beantragt die Zusprechung einer Parteientschädigung (Urk. 22 S. 2 und Urk. 37 letzte Seite). Diese richtet sich nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 6 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV

SVGer) und bemisst sich nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert (§ 34 Abs. 3 GSVGer). 8 .3

Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung hat auch der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung, sofern er durch einen externen Rechtsanwalt vertreten ist (in BGE 137 III 47 nicht publizierte E. 2.2.1 des Urteils des Bundesgerichts 4A_194/2010 vom 17. November 2010; Urteile des Bundesgerichts 4A_355/2013 vom 22. Oktober 2013 E. 4.2; 5C_244/2000 vom 9. Januar 2001 E. 5). Die Beklagte war im vorliegenden Verfahren indes nicht durch einen externen Rechtsanwalt vertreten, weshalb sie keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung hat. Das Gericht erkennt: 1.

Die Klage wird abgewiesen. 2.

In Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten

Fr. 8'150.- - zu bezahlen . 3 .

Das Verfahren ist kostenlos. 4 .

Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen. 5 .

Zustellung gegen Empfangsschein an: - Rechtsanwalt Peter Egli - Allianz Suisse Versicherungs-Gesellschaft AG - Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 6 .

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 Philipp Muraro

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