



**4A\_491/2023**

**Urteil vom 26. Februar 2024**

**I. zivilrechtliche Abteilung**

Besetzung  
Bundesrichterin Jametti, Präsidentin,  
Bundesrichterin Kiss,  
Bundesrichter Rüedi,  
Gerichtsschreiber Gross.

Verfahrensbeteiligte  
1. A. \_\_\_\_\_ AG,  
2. B. \_\_\_\_\_,  
beide vertreten durch Rechtsanwältin Britta Keller,  
Beschwerdeführer,

*gegen*

C. \_\_\_\_\_ AG,  
vertreten durch Rechtsanwalt Franz Müller und Rechtsanwältin Dr. Alexia Sidiropoulos,  
Beschwerdegegnerin.

Gegenstand  
Forderung aus Krankentaggeldversicherung,

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 24. Juli 2023 (KK.2021.00011).

**Sachverhalt:**

**A.**

**A.a.** Dr. med. B. \_\_\_\_\_ (Beklagter, Widerkläger, Beschwerdeführer) ist Facharzt für Allgemeine Innere Medizin sowie Angiologie und einziger Verwaltungsrat der A. \_\_\_\_\_ AG (Beklagte, Widerklägerin, Beschwerdeführerin).

Am 12. Juli 2013 schloss der Beklagte mit der C. \_\_\_\_\_ AG (Klägerin, Widerbeklagte, Beschwerdegegnerin) einen "Kollektivvertrag gegen Erwerbsausfall" mit Geltung ab 1. Januar 2014 ab.

**A.b.** Im Dezember 2014 wurde beim Beklagten eine Depression diagnostiziert. Die Parteien waren sich in der Folge uneins über die Leistungspflicht der Klägerin, die Taggeldleistungen für die Zeit vom 3. Juli 2015 bis 30. September 2015 erbracht hatte. Am 26. September 2018 kündigte die Klägerin den Kollektivvertrag ordentlich per 31. Dezember 2018. Am 28. September 2018 einigten sich die Parteien über die Abgeltung des Beklagten mit einer Pauschalzahlung von Fr. 200'000.-- unter Abschluss einer Saldoklausel für diesen Krankheitsfall.

**A.c.** Im März 2018 wurde beim Beklagten ein beidseitiges Carpaltunnelsyndrom diagnostiziert, das er am 28. Juni 2018 und am 6. Dezember 2018 operativ behandeln liess. Am 21. November 2018 schrieb ihn seine Psychiaterin wegen einer Depression krank. Vom 29. März 2018 bis 30. November 2020 wurde ihm durchgehend eine Arbeitsunfähigkeit in wechselndem Umfang attestiert. Für die Zeit ab 29. März 2018 zahlte die Klägerin Taggelder von Fr. 151'584.40, wovon Fr. 83'395.80 auf die Arbeitsunfähigkeit vom 1.

September 2018 bis 31. März 2019 entfielen. Per 1. April 2019 stellte die Klägerin die Leistungen ein.

**A.d.** Im Dezember 2019 und Januar 2020 beauftragte die Klägerin die D. \_\_\_\_\_ AG mit weiteren Abklärungen bei den Krankenkassen. Mit Regulierungsschreiben vom 24. Januar 2020 informierte die Klägerin den Beklagten über ihre Abklärungsergebnisse, trat vom Kollektivvertrag zurück, forderte die bisherigen Leistungen in der Höhe von Fr. 151'584.40 zurück und leitete im November 2020 eine entsprechende Betreibung gegen die Beklagte ein, worauf diese Rechtsvorschlag erhob.

## **B.**

**B.a.** Am 19. März 2021 beantragte die Klägerin dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, die Beklagten seien unter solidarischer Haftung zu verpflichten, ihr Fr. 83'395.80 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2018 zu bezahlen. Eventualiter sei die Beklagte zu dieser Zahlung zu verurteilen und subeventualiter der Beklagte. Der Rechtsvorschlag sei zu beseitigen.

**B.b.** Am 12. Juli 2021 trugen die Beklagten auf Abweisung der Klage an und verlangten widerklageweise, die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Taggelder von Fr. 180'876.-- nebst Zins zu 5 % seit 22. Mai 2020 sowie Taggelder von Fr. 3'525.-- nebst Zins zu 5 % seit 31. Dezember 2018 zu bezahlen.

**B.c.** Mit Urteil vom 24. Juli 2023 hiess das Sozialversicherungsgericht die Klage gut und verpflichtete die Beklagten unter solidarischer Haftung, der Klägerin Fr. 83'395.80 nebst Zins zu 5 % seit 13. März 2020 zu bezahlen. In diesem Umfang beseitigte es den Rechtsvorschlag in der Betreibung gegen die Beklagte. Die Widerklage wies es ab.

## **C.**

Die Beklagten beantragen mit Beschwerde in Zivilsachen, die Klage sei abzuweisen und die Widerklage sei zur materiellen Beurteilung an das Sozialversicherungsgericht zurückzuweisen. Es sei keine Rechtsöffnung zu erteilen. Eventualiter sei die Sache an das Sozialversicherungsgericht zurückzuweisen.

Die Klägerin trägt auf Abweisung der Beschwerde an, soweit darauf einzutreten sei, während das Sozialversicherungsgericht auf eine Vernehmlassung verzichtete.

Die Parteien replizierten und duplizierten.

Das Gesuch um aufschiebende Wirkung wurde am 17. November 2023 gutgeheissen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

**1.1.** Die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin gründet auf einer kollektiven Krankentaggeldversicherung, die unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung fällt (**BGE 142 V 448** E. 4.1). Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG; SR 832.12) dem VVG (SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG in Betracht kommt (**BGE 138 III 2** E. 1.1).

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) einer oberen kantonalen Gerichtsstanz, die als einzige kantonale Instanz im Sinne von Art. 7 ZPO in Verbindung mit Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG entschieden hat. Die Beschwerde ist in diesem Fall streitwertunabhängig zulässig (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; **BGE 138 III 2** E. 1.2.2, 799 E. 1.1).

**1.2.** Die Beschwerdeschrift hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Da die Beschwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), darf sich die beschwerdeführende Partei grundsätzlich nicht darauf beschränken, die Aufhebung des angefochtenen Entscheids zu beantragen, sondern sie muss einen Antrag in der Sache stellen. Anträge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Entscheidung oder blosse Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig (**BGE 133 III 489** E. 3.1). Ein blosser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bundesgericht im Falle der Gutheissung nicht selbst in der Sache entscheiden könnte (**BGE 136 V 131** E. 1.2; **134 III 379** E. 1.3; **133 III 489** E. 3.1).

Die reformatorischen Anträge der Beschwerdeführer auf Abweisung der Klage und Verweigerung der Rechtsöffnung sind ohne weiteres zulässig. Zudem verlangen sie, " die Widerklage sei zur materiellen Behandlung an die Vorinstanz zurückzuweisen ". Zur Begründung dieses Rückweisungsantrags bringen sie vor, die Widerklage sei noch nicht materiell behandelt worden. Die Beschwerdegegnerin erhebe über das Dahinfallen des Vertrags hinausgehende Einwendungen, die von der Vorinstanz noch nicht beurteilt worden seien. Würde das Bundesgericht die Rechtsauffassung der Beschwerdeführer in diesem Punkt teilen, könnte es nicht selbst entscheiden, sondern müsste die Sache an die Vorinstanz zurückweisen. Unter diesen Umständen ist auch hier von einem genügenden Antrag auszugehen (vgl. etwa Urteile 4A\_183/2023 vom 12. Dezember 2023 E. 1.2; 4A\_104/2021 vom 3. Mai 2021 E. 1.2).

### **2.**

**2.1.** Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86** E. 2; 115 E. 2).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vorinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2; 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG). Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG (**BGE 140 III 264** E. 2.3). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (**BGE 140 III 86** E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1). Neue Vorbringen sind nur zulässig, soweit erst der angefochtene Entscheid dazu Anlass gibt (Art. 99 Abs. 1 BGG).

### **3.**

Die Beschwerdegegnerin stützt ihre Klage auf den Tatbestand von Art. 40 VVG. Dieser sei erfüllt, weil der Beschwerdeführer eine volle Arbeitsunfähigkeit geltend gemacht und Taggelder bezogen habe, obwohl er an diversen Tagen habe arbeiten können. Hierfür habe er über die von ihm beherrschte Beschwerdegegnerin Honorar kassiert. Daher sei die Beschwerdegegnerin berechtigt gewesen, vom Vertrag mit der Beschwerdeführerin zurückzutreten. Eine Täuschungshandlung sei spätestens mit der nachgewiesenen ärztlichen Behandlung vom 1. September 2018 ausgewiesen, weshalb sie die Taggelder ab diesem Datum zurückfordere.

### **4.**

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

**4.1.** In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, 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, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (Urteile 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1, nicht publ. in: **BGE 148 III 134**; 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; je mit Hinweisen).

**4.2.** Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (zit. Urteile 4A\_394/2021 E. 3.2, nicht publ. in: **BGE 148 III 134**; 4A\_536/2020 E. 5.1; 4A\_397/2018 E. 5.1; 4A\_534/2018 E. 3.1; 4A\_613/2017 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 E. 6.2.2; Urteile 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3). Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (zit. Urteile 4A\_394/2021 E. 3.2, nicht publ. in: **BGE 148 III 134**; 4A\_536/2020 E. 5.1; 4A\_401/2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 E. 5.1.2; je mit Hinweisen).

**4.3.** Der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - hat die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (**BGE 148 III 105** E. 3.3.1; **130 III 321** E. 3.1; zit. Urteil 4A\_394/2021 E. 3.3, nicht publ. in: **BGE 148 III 134**), wie zum Beispiel die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG (**BGE 130 III 321** E.

3.1; Urteil 4A\_490/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.10.1; zit. Urteile 4A\_397/2018 E. 5.1; 4A\_534/2018 E. 3.1; 4A\_613/2017 E. 6.1.3). Anspruchsberechtigter und Versicherung haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (**BGE 148 III 105** E. 3.3.1; **130 III 321** E. 3.1; Urteil 4A\_194/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1).

**4.4.** Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (**BGE 148 III 134** E. 3.4.1, 105 E. 3.3.1; **140 III 610** E. 4.1; **132 III 715** E. 3.1; **130 III 321** E. 3.2; **128 III 271** E. 2b/aa).

**4.5.** Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (**BGE 148 III 134** E. 3.4.1, 105 E. 3.3.1; **144 III 264** E. 5.3; **141 III 569** E. 2.2.1; **130 III 321** E. 3.2).

**4.6.** Das Bundesgericht stellte klar, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit eine Beweisnot voraussetzt. Gemäss Art. 40 VVG muss die Versicherung zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten und zweitens die Täuschungsabsicht. Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt. Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht demgegenüber keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen. Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen (vgl. **BGE 148 III 105** E. 3.3.1), sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht (**BGE 148 III 134** E. 3.4.3).

## 5.

Die Vorinstanz prüfte, ob die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind und die Beschwerdegegnerin per 1. September 2018 vom Kollektivvertrag zurücktreten durfte.

**5.1.** Es ist unbestritten, dass der Beschwerdeführer wegen eines Carpaltunnelsyndroms vom 29. März 2018 bis 31. März 2019 mit verschiedenen Arbeitsunfähigkeitsgraden krankgeschrieben wurde.

Unbestritten ist gemäss Vorinstanz auch, dass der Beschwerdeführer am Samstag, den 1. September 2018, in seiner Praxis einen Patienten behandelte und dessen Krankenkasse dafür eine "Behandlung durch den Facharzt für Angiologie" von 12 Mal 5 Minuten in Rechnung stellte. Die Rechnung belief sich auf Fr. 1'433.60 und umfasste weitere Positionen, darunter diverse Duplex-Sonografien für Fr. 775.68.

Weiter ist gemäss Vorinstanz unbestritten, dass der Beschwerdeführer am 1. September 2018 entgegen der ärztlichen Bescheinigung und entgegen seinen Angaben gegenüber der Beschwerdegegnerin nicht zu 100 % arbeitsunfähig war. Laut Beschwerdegegnerin entspreche die Tätigkeit vom 1. September 2018 mindestens einer Arbeitsfähigkeit von 10 %. Der Beschwerdeführer habe an diesem Tag einen Umsatz von Fr. 1'433.60 erzielt und der Beschwerdegegnerin seine teilweise Arbeitsfähigkeit verheimlicht. Die Vorinstanz verwies auf das Urteil 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.3, gemäss dem der Versicherer und nicht etwa der Versicherte zu entscheiden hat, ob sich das Ausführen gewisser Arbeiten Leistungsmindernd auswirkt oder nicht. Insofern besteht eine Mitteilungspflicht, die der Beschwerdeführer gemäss Vorinstanz verletzt hat.

Der Beschwerdeführer trug im vorinstanzlichen Verfahren vor, der behandelnde Orthopäde habe die Wiedererlangung der 50 %-igen Arbeitsfähigkeit eigentlich auf den 1. September 2018 datieren wollen. Diese Behauptung verwarf die Vorinstanz. Sie verwies auf den Arztbericht des Orthopäden vom 14. August 2018, worin explizit festgehalten wurde, es bestehe noch eine volle Arbeitsunfähigkeit bis zum 2. September 2018, da der Beschwerdeführer für die Tätigkeit als Angiologe "manuell sehr eingespannt" sei. Eine Wiederaufnahme der Arbeit zu 50 % sei ab 3. September 2018 möglich. Diese Tätigkeit zu 50 % sei bis 30. September 2018 zu planen. Ab dem 1. Oktober 2018 sei eine volle Arbeitsfähigkeit ins Auge zu fassen. Daraus leitete die Vorinstanz ab, im Arztbericht werde als Datum der Arbeitsaufnahme explizit erst der 3. September 2018 genannt. Es bestünden keine Hinweise, dass etwas anderes gemeint gewesen oder mündlich gesagt worden sei. Vielmehr sei massgebend, dass der Beschwerdeführer am 1. September 2018, gestützt auf ein eindeutig formuliertes ärztliches Attest, ein Taggeld bezogen habe, das einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % entsprochen habe, obwohl er gearbeitet und einen Umsatz von Fr. 1'433.60

generiert habe. Gemeldet habe er dies der Beschwerdegegnerin nie. Für all dies sei der volle Beweis erbracht worden.

Die Vorinstanz fügte an, die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit hätte der Beschwerdegegnerin auch dann gemeldet werden müssen, wenn es sich bloss um einen Arbeitsversuch gehandelt hätte. Sie verweist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, wonach die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit auch dann relevant für die Leistungspflicht der Versicherung und daher mitteilungs pflichtig ist, wenn es sich bloss um einen Arbeitsversuch handelt, da auch ein solcher zu einer Anpassung des Taggelds führen kann (zit. Urteil 4A\_394/2021 E. 5.3, nicht publ. in: **BGE 148 III 134**).

Mit dieser Begründung bejahte die Vorinstanz den objektiven Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG.

**5.2.** Zum subjektiven Tatbestand erwog die Vorinstanz, der Beschwerdeführer habe bereits seit dem 29. März 2018 Krankentaggelder bezogen. Die attestierte Arbeitsunfähigkeit habe sich schrittweise gesteigert, von 30 % über 50 % und 70 % auf 100 %. Diese abgestuften Arbeitsunfähigkeiten hätten sich unmittelbar auf die Taggeldhöhe ausgewirkt. So habe ein volles Taggeld Fr. 657.55 betragen und ein halbes Taggeld Fr. 328.80. Der Streit um Taggelder habe beim Beschwerdeführer Existenzängste ausgelöst. Gemäss Vorinstanz liegt auf der Hand, dass ihm die Bedeutung der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit von 100 % für den 1. September 2018 bekannt gewesen sei und er seine effektive Arbeitsfähigkeit mit Wissen und Willen verheimlicht habe, um einen Vermögensvorteil in Form der vollen Taggelder zu erlangen.

In der vorinstanzlichen Replik brachte der Beschwerdeführer vor, der behandelnde Orthopäde habe ihm gesagt, er könne bereits ab September 2018 wieder zu 50 % arbeiten. Dies qualifizierte die Vorinstanz angesichts des eindeutig verfassten Arztberichts als unglaublich, zumal die Zeugenaussage des Orthopäden nicht zum Beweis offeriert worden sei. Die Vorinstanz ergänzte, selbst wenn eine Beweisofferte vorliegen würde, wäre der behandelnde Orthopäde angesichts des eindeutigen Arztberichts nicht zu befragen (vgl. zur Zulässigkeit der antizipierten Beweiswürdigung Urteile 4A\_388/2021 vom 14. Dezember 2021 E. 5.4.1; 4A\_92/2019 vom 29. August 2019 E. 2.3.2).

Die Vorinstanz fasste zusammen, damit sei auch der subjektive Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs gemäss Art. 40 VVG erfüllt.

## **6.**

Was die Beschwerdeführer gegen diese vorinstanzliche Hauptbegründung vorbringen, verfängt nicht.

**6.1.** Der Beschwerdeführer anerkennt, dass der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt ist. Hingegen sei es willkürlich anzunehmen, dass auch der subjektive Tatbestand erfüllt sei. Er habe nie beabsichtigt, die Beschwerdegegnerin mit Wissen und Willen zu täuschen, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Der Beschwerdeführer bestreitet, dass die Taggelder eine direkte Bedeutung für ihn gehabt hätten. Er habe sich nie um die Taggeldzahlungen gekümmert. Die Abrechnungen habe er nicht erhalten oder nicht angeschaut, "weil diese meist falsch oder unverständlich" gewesen seien. Auch während seiner Arbeitsunfähigkeit habe er sich über die Beschwerdeführerin seinen Lohn ausbezahlt. In den Jahren 2015 und 2016, in denen er ebenfalls Taggelder bezogen habe, habe er einen Lohn von Fr. 380'000.-- bezogen. Die Taggelder der Beschwerdegegnerin seien in den Umsatz der Beschwerdeführerin eingeflossen, für ihn hätten sie jedoch keine direkte Bedeutung gehabt.

Damit zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, dass die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung geradezu unhaltbar wäre. Im Gegenteil leuchtet nicht ein, weshalb die Taggelder für ihn persönlich keine Bedeutung gehabt haben sollen, nur weil sie zuerst an die von ihm beherrschte Beschwerdeführerin geflossen sind, von der er seinen Lohn bezog.

**6.2.** Der Beschwerdeführer trägt weiter vor, sein Taggeld hätte sich nur unwesentlich verringert, wenn er der Beschwerdegegnerin gemeldet hätte, dass er am 1. September 2018 gearbeitet habe. Auch dies lässt die vorinstanzlichen Feststellungen nicht als willkürlich erscheinen.

Im Gegenteil war sich die Vorinstanz durchaus bewusst, dass der erzielte Vermögensvorteil aus dem Verschweigen des Arbeitseinsatzes am 1. September 2018 verhältnismässig gering war. Sie verwies auf Ziff. B.1.2 der AVB, wonach die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen entsprechend dem Grad der Arbeitsunfähigkeit erbringt. Sodann erwog sie, die Beschwerdegegnerin hätte für den 1. und 2. September 2018 keine vollen Taggelder ausgerichtet, wenn sie gewusst hätte, dass der Beschwerdeführer damals höchstens zu 90 % arbeitsunfähig gewesen sei. Die Vorinstanz gab ausdrücklich zu bedenken, dass dies im Vergleich zu den gesamthaft im Raum stehenden Beträgen gering erscheinen möge. Sie verwies aber zutreffend auf das Urteil 5C.125/2006 vom 12. Dezember 2006 E. 3, gemäss dem "das Gewicht der Unkorrektheit bzw. das Verhältnis des geltend gemachten Mehrbetrags zum gesamten Schaden ohne Bedeutung" ist. Entsprechend liess die Vorinstanz offen, ob der Beschwerdeführer schon vor dem 1. September 2018 arbeitsfähig war.

**6.3.** Gemäss Vorinstanz ist plausibel, dass der Streit um Taggelder beim Beschwerdeführer im Januar 2019 Existenzängste ausgelöst habe. Dies bestreitet der Beschwerdeführer nicht. Er macht aber geltend, niemand habe vorgebracht, er habe im September 2018 an Existenzängsten gelitten. Dies habe die Vorinstanz frei erfunden. Er habe sich immer einen hohen Lohn ausbezahlt. Zudem habe er von der Beschwerdegegnerin im September 2018 vergleichsweise eine Pauschalzahlung von Fr. 200'000.-- erhalten.

Auch hier zeigt der Beschwerdeführer nicht auf, inwiefern die vorinstanzliche Sachverhaltsfeststellung schlechterdings unhaltbar sein soll. Die stattliche Höhe der Pauschalzahlung relativiert sich, wenn man die

Löhne betrachtet, die sich der Beschwerdeführer gemäss eigenen Angaben auszahlte, nämlich Fr. 380'000.-- in den Jahren 2015 und 2016, Fr. 406'000.-- im Jahr 2017 oder Fr. 426'000.-- im Jahr 2018. Diese hohen Löhne konnte er nur beziehen, solange die von ihm beherrschte Beschwerdeführerin ausreichend alimentiert war.

**6.4.** Der Beschwerdeführer bringt vor, als Unternehmer sei er auf zufriedene Patienten angewiesen, da er diese sonst verliere. Da Ende August 2018 schon bekannt gewesen sei, dass er Anfang September 2018 voraussichtlich wieder zu 50 % arbeiten werde, habe seine Assistentin für den 3. September 2018 bereits Patienten eingetragen. Er habe seinen Testarbeitstag daher nicht erst am 3. September 2018 durchführen wollen. Eine Absage am Samstag für den kommenden Montag wäre zwar auch kurzfristig gewesen, aber es mache einen Unterschied, ob die Patienten eine Absage mit zwei Tagen Vorlauf erhielten oder erst gleichentags, wenn sie bereits im Wartezimmer sässen. Der Beschwerdeführer wiederholt, ihm sei nicht bewusst gewesen, dass seine am Wochenende verrichtete Arbeit Auswirkungen auf die ausgerichteten Taggelder habe, "zumal er als Angestellter unabhängig vom Grad der Arbeitsunfähigkeit jeden Monat den gleichen Lohn bekommen [habe]".

Auch damit begründet der Beschwerdeführer keine willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz. Vielmehr hielt die Vorinstanz schlüssig fest, er liefere keine Erklärung, die ihre Annahme einer bewussten Täuschung widerlegt hätte. Sie erwog, der Beschwerdeführer habe während der vollständigen Krankschreibung mit vollem Taggeld gearbeitet und einen Umsatz von Fr. 1'433.60 generiert. Dies habe er der Beschwerdegegnerin nicht gemeldet. Ebenso wenig habe er ihr die von ihm eingestandene graduelle Verbesserung des Gesundheitszustands mitgeteilt. Der Beschwerdeführer argumentierte bereits im vorinstanzlichen Verfahren, er habe den Testarbeitstag durchgeführt, weil er nicht gewusst habe, ob er am 3. September 2018 mit der operierten Hand arbeiten könne. Denn er habe den Patienten nicht kurzfristig absagen wollen. Diese Argumentation verwarf die Vorinstanz willkürfrei, indem sie festhielt, eine Terminabsage sei auch kurzfristig, wenn sie am Samstagnachmittag oder am Sonntag für einen Termin am kommenden Montag erfolge. Daher leuchte nicht ein, weshalb er den behaupteten Testarbeitstag nicht am Montag, 3. September 2018 absolviert und erst für den 4. September 2018 mehr Patienten aufgeboten habe. Diesen hätte er bei Bedarf am Montag absagen können, zumal die Arbeitsfähigkeit zu jenem Zeitpunkt bloss 50 % betragen habe, was sich auf die Anzahl der Patienten ausgewirkt haben dürfte und einen Arbeitsversuch erlaubt hätte. Sein Vorbringen sei umso weniger nachvollziehbar, als er am 1. September 2018 einen Umsatz von Fr. 1'433.60 erzielt habe.

**6.5.** Der Beschwerdeführer erneuert seinen Einwand, ihm sei nicht bewusst gewesen, dass das Wochenende vom Taggeld betroffen gewesen sei.

Diese Behauptung verwarf die Vorinstanz in durchaus vertretbarer Weise unter Hinweis auf die Bedeutung, welche die Höhe der Taggelder für den Beschwerdeführer gehabt haben muss, sowie den monatelangen Bezug von Taggeldern in unterschiedlicher Höhe. Die Vorinstanz stellte klar, dass ihm entgegen seinem Vorbringen nicht vorgeworfen werde, "nach zweimonatiger Krankschreibung am letzten Tag eine gute Stunde Testarbeit verrichtet" zu haben. Vorgeworfen werde ihm vielmehr, dass er seine Arbeitstätigkeit verschwiegen habe, während er gegenüber der Krankenkasse Fr. 1'433.60 verrechnet habe. Dass er dies mit Wissen und Willen getan habe, sei überwiegend wahrscheinlicher als das geltend gemachte Versehen, wofür es keine konkreten Indizien gebe.

Der Beschwerdeführer legt nicht dar, dass diese Erwägungen willkürlich wären, indem er etwa auf den Lohn seiner Ehefrau verweist oder auf die hohen Löhne, die er sich selbst auszahlte.

**6.6.** Nach dem Gesagten verfiel die Vorinstanz nicht in Willkür, indem sie zum Ergebnis gelangte, der Beschwerdeführer habe mit Wissen und Willen gehandelt, als er der Beschwerdegegnerin verheimlichte, am 1. September 2018 gearbeitet und dabei einen Umsatz von Fr. 1'433.60 erzielt zu haben.

**7.**

Weil das Verschweigen der bereits am 1. September 2018 wiederhergestellten Teilarbeitsfähigkeit den Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt, durfte die Beschwerdegegnerin vom Kollektivvertrag zurücktreten. Bei diesem Ausgang hätte die Vorinstanz eigentlich offenlassen können, ob der Tatbestand von Art. 40 VVG mehrfach erfüllt wurde, weil diversen anderen Krankenkassen weitere Leistungen verrechnet worden waren. Dennoch prüfte sie diese Leistungen vom 14. August 2018, vom 10., 12., 17. und 19. Dezember 2018 sowie 10. Januar 2019 und vom 23. August 2018 sowie 11. Dezember 2018.

Die Beschwerdeführer wenden sich auch gegen diese vorinstanzlichen Eventualbegründungen. Darauf braucht im bundesgerichtlichen Verfahren nicht eingegangen zu werden, nachdem bereits die vorinstanzliche Hauptbegründung trägt.

**8.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Ausgangsgemäss werden die Beschwerdeführer unter solidarischer Haftung kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und 5 sowie Art. 68 Abs. 2 und 4 BGG).

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten wird.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.-- werden den Beschwerdeführern unter solidarischer Haftung auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdeführer haben die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren unter solidarischer Haftung mit insgesamt Fr. 7'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 26. Februar 2024

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung  
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Jametti

Der Gerichtsschreiber: Gross