



Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 11. März 2021 (731 20 172 / 71)

Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung

Schadenversicherung; kein konkreter Erwerbsausfall ausgewiesen, der zu einem Taggeldanspruch führen würde. Abweisung der Klage.

Die Verjährung bereits erbrachter Leistungen richtet sich bei der Rückforderung zu Unrecht bezogener Taggelder nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen. Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung gemäss Art. 64 OR. Teilweise Gutheissung der Widerklage.

Besetzung Präsident Dieter Freiburghaus, Kantonsrichter Christof Enderle, Kantonsrichter Jürg Pulver, Gerichtsschreiber Stephan Paukner

Parteien **A._____**, Kläger, vertreten durch Thibaut Meyer und Patrick Wagner, Rechtsanwälte, schadenanwaelte AG, Totentanz 5, Postfach 2039, 4001 Basel

gegen

Helsana Zusatzversicherungen AG, Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf, Beklagte, vertreten durch Helsana Versicherungen AG, Recht & Compliance, Postfach, 8081 Zürich

Betreff Forderung / Kollektivkrankentaggeldversicherung

A. A.____ ist Geschäftsführer und Eigentümer der Einzelfirma A.____. In dieser Eigenschaft war er bei der Helsana Zusatzversicherungen AG (Helsana) kollektiv gegen die wirtschaftlichen Folgen krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit versichert. Seit 17. Januar 2018 war der Versicherte wegen Clusterkopfschmerzattacken vollständig arbeitsunfähig. Nach Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist von 30 Tagen richtete die Helsana ab dem 14. Februar 2018 auf der Basis eines versicherten Jahresverdienstes von CHF 120'000.— für die Zeit bis 31. Mai 2018 Taggelder in der Höhe von CHF 27'616.45 an den Versicherten aus. Nachdem sie ihre Taggeldleistungen per Ende Mai 2018 vorerst eingestellt hatte, erstellte sie nach erneuter Abklärung der erwerblichen Verhältnisse am 29. August 2019 auf der Basis eines versicherten Jahresverdienstes von CHF 18'250.— eine rektifizierte Taggeldabrechnung. Zugleich forderte sie vom Versicherten die aus ihrer Sicht zu viel ausgerichteten Taggelder in der Höhe von CHF 23'416.45 zurück. Mit einer weiteren Taggeldabrechnung ebenfalls vom 29. August 2019 richtete sie dem Versicherten auf der Basis eines versicherten Verdienstes von CHF 18'250.— und gestützt auf eine Arbeitsunfähigkeit von 50% für die Zeit vom 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 sodann weitere Taggeldleistungen in der Höhe von insgesamt CHF 6'975.— aus.

B. Am 30. September 2019 liess die Buchhalterin des Versicherten der Helsana mitteilen, dass es sich bei dem von ihr herangezogenen Verdienst nicht um den Jahreslohn des Versicherten, sondern um das Jahreseinkommen der von ihm angestellten Praktikantinnen handle. In der Folge vertrat die Helsana die Auffassung, dass dem Versicherten keinerlei Erwerbsausfall entstanden sei.

C. Mit Teilklage vom 8. Mai 2020 beantragte der Versicherte, vertreten durch die Rechtsanwälte Thibaut Meyer und Patrick Wagner, die Helsana sei zur Zahlung von CHF 20'000.— nebst 5% Zins seit 1. Juni 2020 zu verpflichten. Es sei vorzumerken, dass es sich dabei um eine Teilklage im Sinne eines Anteils des Anspruchs auf Taggeldleistungen und auf Verspätungsschaden handle, und dass weitere Forderungen vorbehalten blieben, unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung liess er im Wesentlichen vorbringen, dass er gemäss den Bescheinigungen seiner behandelnden Fachärzte vom 17. Januar 2018 bis 6. März 2019 im Umfang von zunächst 100% und ab 16. April 2018 zu 50% sowie seit dem 12. August 2019 bis 13. Oktober 2019 vollständig, seit 14. Oktober 2019 bis 8. Dezember 2019 zu 70%, vom 9. Dezember 2019 bis 6. Januar 2020 wieder zu 100%, bis Ende April 2020 zu 70% und anschliessend bis Ende Mai 2020 zu 60% arbeitsunfähig gewesen sei. Vorliegend sei maximal das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert, wonach gemäss den geltenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) aber nur im Rahmen eines nachgewiesenen Erwerbsausfalls ein Taggeldanspruch bestehe. Es gelte somit, den Erwerbsausfall zu beziffern. Im Jahr 2018 habe dieser Erwerbsausfall CHF 79'704.20 betragen, ohne welchen der Kläger ein Jahreseinkommen von CHF 124'387.24 erzielt hätte. Aufgrund seiner Erkrankung hätten insbesondere von den im Jahr 2018 mit der B.____ AG vereinbarten 30 Coachingtagen à durchschnittlich CHF 2'000.— nur deren fünf realisiert werden können, so dass dem Kläger krankheitsbedingt alleine aus einem einzigen Auftrag ein Umsatz von CHF 50'000.— entgangen sei. Im Jahr 2019 habe der Kläger einen Umsatz von CHF 160'410.45 erzielt, obschon er in den ersten beiden Monaten zu 50% und in den Monaten August, September und Dezember 2019 vollständig und in den Monaten Oktober bis November 2019 zu 70% arbeitsunfähig gewesen sei. Ohne seine Erkrankung hätte der Kläger weitere

Coachingtage und Schulungen anbieten können. Sein Erwerbsausfall im Jahr 2019 habe mindestens CHF 78'921.95 betragen. Ergänze man das im Jahr 2019 in der Erfolgsrechnung ausgewiesene, effektive Erwerbseinkommen von CHF 31'608.41 um den krankheitsbedingten Erwerbsausfall, resultiere 2019 ein Erwerbseinkommen von mindestens CHF 110'530.36. Ausserdem sei davon auszugehen, dass die B._____ dem Kläger ohne Erkrankung auch im Jahr 2019 weitere Aufträge erteilt hätte. Wie bereits im Jahr 2018 rechtfertige es sich, von einem weiteren Erwerbsausfall von mindestens CHF 50'000.— auszugehen. Für die Zeit zwischen dem 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 sowie vom 12. August 2019 bis 31. Mai 2020 resultiere unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Arbeitsunfähigkeitsgrade auf der Basis eines Taggelds von CHF 328.76 zuzüglich Zins von 5% eine Forderung von gesamthaft CHF 109'021.89. Darüber hinaus schulde die Beklagte dem Kläger einen Verspätungsschaden in Form der vorprozessualen Anwaltskosten in der Höhe von CHF 4'270.85.

D. Mit Klageantwort und Widerklage vom 23. Juli 2020 beantragte die Beklagte die vollumfängliche Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen in der Zeit vom 15. Januar 2018 bis 6. März 2019 einen Betrag von CHF 23'416.45 zuzüglich 5% Zins seit Rechtshängigkeit zurückzuerstatten, unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung brachte sie vor, dass ein Anspruch auf Leistungen nur im Umfang des nachgewiesenen Erwerbsausfalls bestehe. Ausweislich der Bilanz des Klägers für das Jahr 2017 habe dessen Jahreslohn CHF 18'250.— betragen. Daraus resultiere ein Taggeldanspruch von CHF 50.—, ein Taggeldanspruch in der Zeit vom 15. Januar 2018 bis Ende Mai 2018 im Umfang von CHF 4'200.— und damit in Verrechnung der bisher ausgerichteten Taggeldleistungen ein zurückzufordernder Betrag von CHF 23'416.45. Die Berechnung des effektiv versicherten Verdienstes habe anhand des Einkommens noch vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu erfolgen, welcher bei selbständig Erwerbenden anhand einer Prüfung der vorausgegangenen Jahresumsätze vorzunehmen sei. Bereits schon vor 2017 seien keine nennenswerten Lohnzahlungen an den Kläger ausgewiesen worden. Selbst wenn man den Auszug aus dem individuellen AHV-Konto des Klägers zu Grunde legen würde, resultiere für das Jahr 2017 lediglich ein Lohn von CHF 47'327.—. Indes seien diese Angaben wenig verlässlich, weshalb auf die Bilanzen des Klägers abzustellen sei. Eine Arbeitsunfähigkeit schliesslich über den 3. Juni 2018 hinaus sei nicht mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Der Nachweis einer vollen Arbeitsunfähigkeit über Ende Mai 2019 hinaus gelinge dem Kläger nicht.

E. Mit Replik und Widerklageantwort vom 31. Juli 2020 beantragte der Kläger, die Widerklage sei abzuweisen, soweit darauf einzutreten sei. Im Übrigen hielt er an seinen bisherigen Rechtsbegehren fest. In seiner Begründung wies er unter Hinweis auf die AVB unter anderem darauf hin, dass er den Nachweis des Erwerbsausfalls erbringen müsse; wie er dies tue, bleibe jedoch ihm überlassen. Als Belege reichte der Kläger weitere medizinische Unterlagen sowie zwecks Nachweises seines Erwerbsausfalls weitere schriftliche Bestätigungen der B._____ und der C._____ AG ein, wonach diverse bereits vereinbarte Seminare nicht durchgeführt hätten werden können.

F. Mit Duplik vom 29. September 2020 beantragte die Beklagte in Abänderung ihrer Rechtsbegehren, dass der Kläger infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen in der Zeit

vom 15. Januar 2018 bis 6. März 2019 widerklageweise neu zur Bezahlung eines Betrags von CHF 34'591.45 zuzüglich 5% Zins seit Rechtshängigkeit zu verpflichten sei. Eventualiter sei er zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin für denselben Zeitraum infolge unrechtmässigen Taggeldbezugs den Betrag von CHF 23'416.45 zuzüglich 5% Zins seit Rechtshängigkeit zurück zu erstatten, unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung brachte die Widerklägerin im Wesentlichen vor, dass die Erhöhung der Rückforderung aus den Zahlungen von CHF 4'200.— für die Periode vom 15. Januar 2018 bis Ende Mai 2018 und von CHF 6'975.— für die Periode vom 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 resultiere. Aufgrund der bisher ins Recht gelegten Unterlagen müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger in den Jahren 2015 bis 2017 keinerlei Einkommen aus selbständiger Tätigkeit erzielt habe. Dies ergebe sich einerseits aus seinem IK-Auszug. Der dort ausgewiesene Lohn korrespondiere zwar mit den Lohnausweisen des Klägers; eine unselbständige Tätigkeit sei jedoch nicht versichert und werde von der Versicherungspolice nicht erfasst. Aus selbständiger Tätigkeit seien in den Jahren 2016 und 2017 noch vor seiner Erkrankung keine AHV-Beiträge einbezahlt worden. Andererseits würden auch die Erfolgsrechnungen des Klägers bestätigen, dass in den Jahren 2015 – 2017 überwiegend wahrscheinlich kein Erwerbseinkommen aus selbständiger Erwerbstätigkeit erzielt worden sei. Die von ihm behaupteten Erwerbsausfälle der Jahre 2018 und 2019 seien deshalb aus der Luft gegriffen. Daran würden auch die eingereichten Bestätigungen bezüglich abgesagter Coachingtage nichts ändern. So entspreche bei einem Einzelunternehmen nicht der Umsatz, sondern grundsätzlich nur der ausgewiesene Reingewinn dem Erwerbsausfall. Zudem würden sich die mit der Replik eingereichten Unterlagen auf das Jahr 2020 beziehen, welches vorliegend ohnehin nicht Streitgegenstand bilden würde. Sofern mit dem Kläger davon ausgegangen würde, dass es sich bei dem im Jahr 2017 ausgewiesenen Lohn um Praktikantenlöhne gehandelt habe, sei kein Erwerbsausfall ausgewiesen, und es erhöhe sich die Rückforderung im Umfang der für die Zeit vom 15. Januar 2018 bis Ende Mai 2018 fälschlicherweise ausbezahlten Taggelder in der Höhe von CHF 4'200.— sowie im Umfang der für die Zeit vom 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 ausbezahlten Taggelder im Umfang von CHF 6'975.—.

G. Mit Widerklageduplik vom 21. Dezember 2016 beantragte der Kläger, auf die Widerklage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie abzuweisen, unter o/e-Kostenfolge. Die Beklagte übersehe, dass es sich in Bezug auf die Widerklage gerade nicht um eine vermögensrechtliche Streitigkeit im Sinne von Art. 243 ff. der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008 handle. Gemäss Art. 224 ZPO wäre für die Widerklage demnach nicht das vereinfachte, sondern das ordentliche Verfahren anwendbar. Diese wäre nur zulässig, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen wäre. Die Rückforderung zu Unrecht geleisteter Taggelder sei bereicherungsrechtlicher Natur, weshalb es sich bei der widerklageweise geltend gemachten Forderung nicht um eine aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung resultierende Forderung vertraglicher Natur handle. Die Widerklage sei daher im ordentlichen Verfahren zu beurteilen, weshalb es mit Blick auf die anhängig gemachte Klage am Erfordernis der gleichen Verfahrensart fehle. Schliesslich fehle es mit Blick auf die Widerklage auch an der Sachzuständigkeit des Gerichts. Weil bezüglich der Widerklage in materieller Hinsicht das Bereicherungsrecht zu Anwendung gelange, stelle die Widerklage keine Forderung aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung dar.

Eventualiter sei die Widerklage abzuweisen. Da die von der Beklagten geltend gemachte Forderung bereicherungsrechtlicher Natur sei, könne die Rückerstattung nur soweit gefordert werden, als der Kläger im Zeitpunkt der Rückforderung noch bereichert gewesen sei. Der gutgläubige Kläger verfüge jedoch nicht mehr über das von der Beklagten erbrachte Taggeld, da er aufgrund der vollständigen Arbeitsunfähigkeit seinen Lebensunterhalt habe finanzieren müssen. Schliesslich sei der geltend gemachte Rückforderungsanspruch mit Blick auf die vorliegend zur Anwendung gelangende einjährige Verjährungsfrist seit Kenntnis des Rückforderungsanspruchs spätestens am 19. Dezember 2018 mittlerweile verjährt.

H. Anlässlich der Parteiverhandlung vom 11. März 2021 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren und den bereits schriftlich dargelegten Standpunkten fest. Auf ihre Ausführungen in den Rechtsschriften und anlässlich der Parteiverhandlung ist soweit notwendig in den nachfolgenden Erwägungen einzugehen.

Das Kantonsgericht zieht **i n E r w ä g u n g** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG) vom 26. September 2014 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind somit privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts ergibt sich aus Art. 7 ZPO in Verbindung mit § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht bereits mit Beschluss vom 1. Dezember 2011 (Verfahren 731 11 262) festgehalten hat, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen. Diese Klagen sind vielmehr direkt am Kantonsgericht einzureichen.

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 9 ff. ZPO. Für Klagen aus Vertrag ist grundsätzlich das Gericht am Wohnsitz oder Sitz der beklagten Partei oder an dem Ort zuständig, an dem die charakteristische Leistung zu erbringen ist (Art. 31 ZPO). Bei Konsumentenverträgen, als welcher auch der vorliegend zur Diskussion stehende Versicherungsvertrag zu qualifizieren ist (URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 32 N 45 ff.), sind gemäss Art. 32 Abs. 1 lit. a und Abs. 2 ZPO die Gerichte am Wohnsitz einer der beiden Parteien zuständig. Gemäss Ziffer 38 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB), Ausgabe 2014 (Beilage 4 zur Klageantwort), besteht indes ein Wahlgerichtsstand am Sitz entweder des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten. Da der Kläger in seiner Eigenschaft sowohl als Versicherungsnehmer als auch als versicherte Person Wohnsitz im Kanton Basel-Landschaft hat, ist das angerufene Gericht demnach auch örtlich zuständig. Auf die Klage ist mithin ohne Weiteres einzutreten.

1.4 Hinsichtlich der von der Beklagten erhobenen Widerklage macht der Kläger und Widerbeklagte geltend, dass hierfür die Zivilgerichte und vorab der Friedensrichter für deren Beurteilung zuständig wären. Die Widerklage sei nicht im gleichen Verfahren wie die Klage zu beurteilen, und es fehle an der identischen Sachzuständigkeit. Die Rückforderungsklage sei bereicherungsrechtlicher Natur und stelle keine Streitigkeit aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dar. Zutreffend ist, dass die beklagte Partei in ihrer Klageantwort gemäss Art. 224 Abs. 1 ZPO Widerklage erheben kann, wenn der geltend gemachte Anspruch nach der gleichen Verfahrensart wie die Hauptklage zu beurteilen ist. Soweit der Kläger gestützt auf diese Bestimmung unter Hinweis auf das Fehlen einer identischen Verfahrensart auf Nichteintreten der Widerklage schliesst, ist allerdings zu beachten, dass für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unabhängig vom Streitwert das vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt (Art. 243 Abs. 2 Bst. f ZPO). Der Streitwert der vorliegend erhobenen Widerklage erweist sich für die Frage der sachlichen Zuständigkeit somit als unbeachtlich, soweit es sich um eine derartige Streitigkeit handelt. Dies gilt kraft expliziten Verweises ebenso für die Anwendung der beschränkten Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 Bst. a ZPO; unten Erwägung 2.4). Die Frage, ob es sich beim Anspruch auf die Rückerstattung unrechtmässig bezogener Leistungen in materieller Hinsicht um einen Bereicherungsanspruch, also um einen ausservertraglichen Anspruch handelt, oder aber gestützt auf Ziff. 33.2 AVB von einem vertraglichen Anspruch auszugehen ist, kann daher in Bezug auf die Frage der sachlichen Zuständigkeit offenbleiben. Hintergrund bildet Art. 243 Abs. 2 Bst. f ZPO. Diese Bestimmung spricht einzig von Streitigkeiten, beschränkt die die Rechtsnatur der zu beurteilenden Forderung jedoch nicht näher. Für die Frage der Verfahrensart ist mit anderen Worten auch nicht entscheidend, auf welcher materiellen Rechtsgrundlage die Forderung der Widerklägerin geltend gemacht wird, sondern auf welchem Lebenssachverhalt sie gründet. Dass das gemäss kantonalem Recht (oben, Erwägung 1.2) für Streitigkeiten nach Art. 243 Abs. 2 Bst. f ZPO zuständige Gericht auch Rückforderungsansprüche beurteilt, ist mit anderen Worten sachgerecht und entspricht im Übrigen auch der kantonalen Rechtsprechung (Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 26. August 2014, KK.2021.00043). Schliesslich behandelt auch das Bundesgericht Beschwerden in Zivilsachen gegen Entscheide kantonalen Versicherungsgerichte hinsichtlich einer geltend gemachten Rückforderung selbst dann, wenn der vor Bundesgericht notwendige Streitwert von CHF 30'000.— nicht erreicht wird (Urteil des Bundesgerichts vom 13. Dezember 2018, 4A_197/2018; Urteil vom 29. April 2015, 4A_680/2014). Der klägerische Einwand ist mithin unbegründet. Auch auf die Widerklage ist deshalb einzutreten.

2.1 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 des Schweizerisches Zivilgesetzbuches vom 10. Dezember 1907 (ZGB) derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen einen Anspruch begründende Tatsachen im Privatversicherungsrecht lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2008, 4A_393/2008, E. 4.1). Die besagte Beweislastverteilung gilt ausserdem

auch dann, wenn der Versicherer bereits allfällige Taggelder ausbezahlt hat. Macht der Versicherer später geltend, die Umstände hätten sich geändert oder die Leistungen seien zum Vornherein zu Unrecht erbracht worden, so hat deshalb die versicherte Person zu beweisen, dass sie weiterhin Anspruch auf Taggelder hat (Urteil des Bundesgerichts vom 17. August 2015, 4A_246/2015, E. 2.2).

2.2 Gelangt das Gericht in Würdigung der Beweise zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 141 III 241 E. 3.2 mit weiteren Hinweisen). Diesfalls liegt eine freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist. Art. 8 ZGB schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist; auch schliesst sie eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 122 III 219 E. 3c; Urteil des Bundesgerichts 4A_346/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 3.3). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 130 III 591 E. 5.4). Ebenso wenig schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung aus (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1).

2.3 Dem Versicherer steht wie zuvor erwähnt (oben, E. 2.1) ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 130 III 321 E. 3.4; 120 II 393 E. 4b) und damit die Sachbehauptungen des klagenden Versicherten nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Gelingt es mit dem Gegenbeweis, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

2.4 Bei der im vereinfachten Verfahren geltenden Untersuchungsmaxime (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) handelt es sich um eine sogenannte «soziale» Untersuchungsmaxime (Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 2012, 4A_7/2012, E. 2.5), die vor allem zum Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen geschaffen worden ist (Botschaft vom 29. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7348 ff.). Sie ändert nichts daran, dass die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen. Die Parteien sind insbesondere nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Wenn die Parteien durch Anwältinnen oder Anwälte vertreten sind, soll und muss sich das Gericht Zurückhaltung auferlegen wie im ordentlichen Prozess (BGE 141 III 569 E. 2.3.2 S. 576 mit Hinweisen). Die soziale Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht somit nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen (BGE 125 III 231 E. 4a S. 238 f. mit Hinweisen). Ebenso wenig ist das Gericht verpflichtet, die Akten von sich aus zu durchforsten, um abzuklären, was sich daraus zu Gunsten der Partei, die das Beweismittel eingereicht hat, herleiten liesse (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 10. Februar 2009, 4A_497/2008, E. 4.2 mit Hinweisen, nicht publ. in: BGE 135

III 220). Diese Grundsätze, die das Bundesgericht bereits in seiner bisherigen Rechtsprechung zur sozialen Untersuchungsmaxime herausgearbeitet hatte, finden auch unter Anwendung der ZPO Beachtung (BGE 141 III 569 E. 2.3.2 S. 576 mit Hinweisen) und kommen insbesondere auch bei Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO zur Anwendung (Urteil des Bundesgerichts vom 30. März 2015, 4A_491/2014, E. 2.6.1; BGE 138 III 374 E. 4.3.2 S. 376; je mit Hinweisen).

3.1 Da das VVG ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind die vertraglichen Versicherungsvereinbarungen massgebend. Gemäss vorliegender Versicherungspolice vom 24. November 2017 (Beilage 3 zur Klageantwort) hat die Beklagte mit dem Kläger eine Krankentaggeldversicherung abgeschlossen. Die Versicherungsleistung besteht in der Ausrichtung eines Taggelds bei krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit (Ziffer 1 AVB, Beilage 4 zur Klageantwort). Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls oder einer Berufskrankheit ist, und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Ziffer 3.1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt (Ziffer 3.4 AVB). Erwerbsunfähigkeit ist der durch Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Ziffer 3.5 Abs. 1 AVB).

3.2 Im Grundsatz ist die Lohnausfallversicherung von Arbeitnehmenden bei Krankheit eine Schadenversicherung (infolge ausdrücklicher Vereinbarung in der Police für den selbständig erwerbenden Kläger so auch hier; Beilage 3 zur Klageantwort). Damit übereinstimmend sieht Ziffer 6.3 der anwendbaren AVB vor, dass die Versicherung als Schadenversicherung gilt, sofern in der Police keine Summenversicherung vereinbart worden ist. Darüber hinaus bestimmt Ziffer 3.7 AVB, dass im Leistungsfall nur der tatsächlich entstandene und konkret nachweisbare Schaden im Rahmen des versicherten Erwerbseinkommens zu vergüten ist. Zwischen den Parteien ist deshalb zu Recht unbestritten geblieben (Ziffer 39 der Klagebegründung, Klageantwort ad Ziffer 12-14, Ziffer 6 a.E. der Replik), dass Leistungen nur dann geschuldet sind, wenn und soweit das versicherte Ereignis zu einem Erwerbsausfall geführt hat (BGE 104 II 44; CHRISTOPH HÄBERLI, Aktuelles zur Krankentaggeldversicherung, HAVE 2016, S. 100). Uneinigkeit besteht indessen darüber, wie der Nachweis des Erwerbsausfalls zu erfolgen hat und wie hoch dieser ausfällt. Gemäss Ziffer 6.2 der AVB ist bei Selbständigerwerbenden maximal das in der Police aufgeführte Erwerbseinkommen versichert. Dieses beträgt vorliegend CHF 120'000.— pro Jahr (Beilage 3 zur Klageantwort). Ziffer 6.3 AVB bestimmt sodann, dass die selbständig erwerbstätige Person den Nachweis eines Erwerbsausfalls zu erbringen hat. Ein Leistungsanspruch besteht nur im Rahmen des nachgewiesenen Erwerbsausfalls (ebenso Ziffer 3.7 AVB). Kann der Kläger seinen Erwerbsausfall nicht nachweisen, besteht deshalb kein Leistungsanspruch (Ziffer 13.2 AVB). Die Beklagte anerkennt die vom Kläger geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit in der Zeit vom 17. Januar 2018 bis 2. Juni 2018 (Klageantwort, S. 8), bestreitet jedoch vollumfänglich die von ihm ab

12. August 2019 erneut geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit (Ziffer 29 ff. der Klagebegründung, Ziffer 16 der Replik). Unbesehen dessen kann ein allfälliger Taggeldanspruch den zitierten Bestimmungen der AVB zufolge aber nur bestehen, soweit der Kläger einen Erwerbsausfall nachzuweisen in der Lage ist.

3.3 Soweit die Beklagte in diesem Zusammenhang zunächst die Auffassung vertritt, dass dem Kläger nicht überlassen werde, auf welcher Grundlage er den Nachweis seines krankheitsbedingten Erwerbsausfalls abzustützen habe, ist ihr zu widersprechen. Weder die anwendbaren AVB noch allfällige weitere Unterlagen in den Akten beschränken die der versicherten Person offenstehenden Beweismittel. Wenn die Beklagte davon ausgeht, dass der Beweis des klägerischen Erwerbsausfalls ausschliesslich mittels eines Vergleichs mit den Jahresergebnissen der Vorjahre erbracht werden kann, kann ihr deshalb nicht gefolgt werden. Dieser von ihr ausschliesslich postulierte Vergleich stellt lediglich eine von mehreren Beweisführungsmöglichkeiten dar. Daran ändert nichts, dass der Versicherungsnehmer dem Versicherer für die Abklärung des Anspruchs zwecks Prüfung des Geschäftsgangs Einsicht in seine Geschäftsbücher zu gewähren hat (vgl. Ziffer 13.3 AVB). Auch trifft es zwar zu, dass gemäss den einschlägigen Bestimmungen in Ziffer 6.1 AVB auf den vor Beginn des Versicherungsfalles bezogenen Lohn abgestützt wird. Weil sich die dortige Regel jedoch klarerweise auf arbeitnehmende Personen beschränkt, erweist sich die Berufung der Beklagten auf Ziffer 6.1 AVB im Zusammenhang mit der Beweisführung des Klägers aber ebenfalls als nicht einschlägig. Diese Bestimmung steht vielmehr im Zusammenhang mit einer unselbständigen Erwerbstätigkeit. So spricht die fragliche Bestimmung nicht nur von Lohn, sondern auch von Lohnanpassungen und Lohnerhöhungen, gesamtarbeitsvertraglichen Bestimmungen und Arbeitnehmenden (Ziffer 6.1, Absätze 2 bis 4 AVB). Entgegen der von der Beklagten vertretenen Auffassung lässt sich die Beweisführung hinsichtlich eines allfälligen Erwerbsausfalls des Klägers demnach nicht auf die Massgeblichkeit des vom Kläger zuletzt effektiv erzielte Erwerbseinkommen beschränken. Der Kläger ist mit anderen Worten grundsätzlich frei, wie er den Nachweis seines Erwerbsausfalls erbringen will.

3.4 Der Kläger macht für den Nachweis seines Erwerbsausfalls weder für die Phase der von ihm behaupteten Arbeitsunfähigkeit ab Januar 2018 noch für jene ab August 2019 einen letzten Lohn geltend. Insofern sind sich die Parteien gemäss den mittlerweile übereinstimmenden Parteivorträgen denn auch einig, dass der in der Erfolgsrechnung 2017 unter dem Titel «Personalaufwand Dienstleistungen» (Konto 5000, Beilage 7 zur Klageantwort) aufgeführte Lohnaufwand über CHF 18'250.— nicht etwa den Kläger betrifft, sondern sich auf die Entlohnung der von ihm angestellten Praktikantinnen bezieht (Ziffer 18 der Klagebegründung, Ziffer 12 der Replik, Ziffer 7 und 8 der Duplik; vgl. bereits Gesprächsnotiz der Beklagten vom 30. September 2019, Beilage 9 zur Klagebegründung). Vielmehr rechnet der Kläger seinen in den Jahren 2018 und 2019 erzielten Jahresumsatz auf und macht als Erwerbsausfall den soweit hochgerechneten Umsatz nach Abzug seines effektiv erzielten Verdienstes geltend. Sowohl für die Zeit ab Januar 2018 als auch für die Zeit ab August 2019 legt er die für die beiden Jahre massgebenden Erfolgsrechnungen zu Grunde (Beilage 24 der Klagebegründung) und erhöht den dabei erzielten Umsatz um die jeweils im entsprechenden Jahr durchschnittlich ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit. Ausgehend von einem Umsatz per 2018 von CHF 127'526.70 und einer durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeit im Jahre 2018 von 62,5% berechnet er als hypothetisch vollständig valide Person einen um

CHF 79'704.20 höheren Umsatz, der letztlich sein krankheitsbedingt entgangenes Reineinkommen darstelle, weil in der Erfolgsrechnung 2018 bereits sämtliche Fixkosten berücksichtigt worden seien. Ausgehend von einem auf der Basis der Erfolgsrechnung 2019 effektiv erzielten Umsatz von CHF 160'410.45 und einer während des Jahres 2019 gesamthaften Einschränkung einer Arbeitsunfähigkeit von 49,2% gelangt er für das Jahr 2019 zu einem entsprechend krankheitsbedingt entgangenen Umsatz in der Höhe von CHF 78'921.95. Zumal die Fixkosten per 2019 ebenfalls bereits alle in der Erfolgsrechnung 2019 berücksichtigt worden und keine weiteren variablen Kosten mehr angefallen seien, entspreche auch dieser Umsatzverlust seinem für 2019 entgangenen Reineinkommen. Die Beklagte bestreitet den geltend gemachten Erwerbsausfall und erachtet die in den Erfolgsrechnungen der Jahre 2018 und 2019 ausgewiesenen Umsätze mit Blick auf die Bilanzen des klägerischen Betriebs der Jahre 2015 – 2017 (Beilagen 7, 11 und 11a zur Klageantwort) als nicht nachvollziehbar. Aufgrund der vorhandenen Unterlagen müsse davon ausgegangen werden, dass der Kläger in den Jahren 2015 bis 2017 aus selbständiger Erwerbstätigkeit kein nennenswertes Einkommen erzielt habe.

3.5.1 Mit Blick auf den Grundsatz, wonach stets die versicherte Person die Beweislast für ihren Erwerbsausfall zu tragen hat (BGE 141 III 241 E. 3.2.2), ergibt sich, dass für die Bemessung der schadensverursachenden Erwerbseinbusse grundsätzlich die Einkommenssituation ohne Erkrankung mit derjenigen nach Eintritt der Krankheit des Versicherten zu vergleichen ist. Die Beklagte schuldet dem Kläger mit anderen Worten nur dann ein Taggeld, wenn und soweit der Versicherte seinen ausgebliebenen Verdienst umfangmässig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit auch im Detail zu belegen in der Lage ist. Es reicht also nicht aus, lediglich eine ungefähre Schmälerung seines Einkommens nachzuweisen, sondern es ist für den Nachweis des Schadens ein (potentiell) geschuldeter Verdienst konkret zu belegen. Die rein rechnerische Aufrechnung des klägerischen Umsatzes alleine kann unter diesem Blickwinkel den Nachweis eines tatsächlichen erlittenen Erwerbsausfalls aber nicht nachweisen. Dies gilt umso mehr, als weitere buchhalterische Faktoren eine solche Aufrechnung als nicht überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Mit Blick auf die Erfolgsrechnungen der Jahre 2018 und 2019 und die dort ausgewiesenen Aufwände (Beilage 24 der Klagebegründung) ist per se nicht nachvollziehbar, dass der aufgerechnete Umsatz einem in diesen Jahren erzielten Gewinn entsprochen hätte. So entspricht bei einer Einzelunternehmung grundsätzlich stets nur der ausgewiesene Reingewinn dem Erwerbsausfall und nicht etwa der Umsatz (HARDY LANDOLT, Der Unternehmerschaden, Zürich / St. Gallen 2010, S. 221). Selbst der Kläger vertritt in seiner Klagebegründung unter Hinweis auf die zitierte Literaturstelle nichts Anderes (a.a.O., Ziffer 41). Mit Blick auf die in diesem im Zusammenhang behaupteten, in den Jahren 2018 und 2019 entgangenen Coachingtage für die B. ____ kann entgegen der klägerischen Auffassung jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass mit der hypothetischen Erfüllung zusätzlicher Aufträge keine variablen Kosten mehr angefallen wären, die den Reingewinn geschmälert hätten (Ziffer 44 und Ziffer 50 der Klagebegründung). Ein Blick in die noch vor der Erkrankung des Klägers ausgewiesenen Aufwendungen zeigt im Gegenteil auf, dass im Zusammenhang mit den angebotenen Dienstleistungen stete Ausgaben wie Einkäufe für Seminare, Seminar- und Kundenspesen verbunden waren (Erfolgsrechnung 2017, Konti 4000 und 4020, Beilage 7 zur Klageantwort). Das gleiche Bild zeigt sich auch in den Folgejahren seiner Erkrankung (Beilage 24 zur Klagebegründung).

3.5.2 Die klägerische Hochrechnung des Umsatzes auf der Basis einer durchschnittlichen Arbeitsunfähigkeit verfängt auch deshalb nicht, weil bei selbständig erwerbstätigen Personen nicht davon ausgegangen werden kann, ihre eingesetzte Arbeitszeit würde zum erzielten Umsatz linear verlaufen. Im Gegenteil ist es geradezu notorisch, dass nur wenige Aufträge innert nur kurzer Zeit oftmals hohe Gewinne generieren können; umgekehrt sind geringe Umsätze immer wieder auch mit einem überdurchschnittlich hohen Zeitaufwand verbunden. Als Beleg für den erlittenen Umsatzverlust legt der Kläger zwei Bestätigungen der B.____ vom 3. Oktober 2018 (Beilage 25 zur Klagebegründung) und vom 15. Juli 2020 (Beilage 35 zur Replik) ins Recht. Demnach hätten von den im Jahr 2018 vereinbarten 30 Coachingtagen à «durchschnittlich» CHF 2'000.— letztlich nur deren fünf durchgeführt werden können. Dieser unpräzise weil explizit nur durchschnittliche Umsatzverlust vermag der Anforderung an einen konkreten Schadennachweis per 2018 ohnehin nicht zu genügen. Darüber hinaus liegt im Zusammenhang mit der mit der B.____ vereinbarten Beratung weder eine Grundvereinbarung im Recht, noch liegen allfällige Abrechnungen über tatsächlich durchgeführte Coachingtage vor. Zumal auch präzise Angaben zu den konkreten Kosten der ausgefallenen Coachings fehlen, handelt es sich hier ebenfalls um Bruttobeträge vor Abzug der Gestehungskosten. Daran ändert auch die Bestätigung der B.____ vom 15. Juli 2020 nichts. Diese äussert sich nicht über den Grund der «situationsbedingt» ausgesetzten Kurse und spricht sich insbesondere nicht über die im Jahr 2019 ausgefallene Anzahl von Veranstaltungen aus. Unbesehen dessen, dass sich der bestätigte Umsatzverlust auch auf die durch die Corona-Pandemie bedingten Umstände zurückführen liesse, betrifft er so anders ausschliesslich das Jahr 2020. Mit Blick auf den in den Jahren 2018 und 2019 geltend gemachten Erwerbsausfall vermag diese Bestätigung der B.____ deshalb nichts zu Gunsten des Klägers zu beweisen. Nichts Anderes gilt hinsichtlich der Bestätigungen der C.____ AG vom 10. Februar 2020 und vom 20. Oktober 2020 (Beilagen 36 und 37 der Replik). Auch hier handelt es sich um Brutto-Erträge und nicht um Netto-Erlöse. Auch eine allfällige Aussage des beantragten Zeugen D.____ wird den Nachweis eines konkreten Erwerbsausfalls nach Abzug der Gestehungskosten nicht belegen können, weshalb darauf in antizipierter Beweiswürdigung zu verzichten ist (Urteil des Bundesgerichts 5C.206/2006 vom 9. November 2006 E. 2.1, oben, E. 2.2).

3.5.3 Aus den Erfolgsrechnungen des Klägers geht schliesslich hervor, dass in den Jahren 2015 und 2017 keine Gewinne, sondern Verluste im Umfang von CHF 12'622.51 (2015) bzw. CHF 5'680.— (2017) erwirtschaftet worden sind (Beilage 11 und 7 zur Klageantwort). Einzig im Jahr 2016 resultierte ein Betriebsgewinn in der Höhe von CHF 38'982.63 (Beilage 11a zur Klageantwort). Angesichts dieser Geschäftsergebnisse lassen sich die vom Kläger behaupteten Erwerbsausfälle in den Jahren 2018 und 2019 letztlich auch nicht plausibilisieren. So ist nicht nachvollziehbar, weshalb bei einem Umsatz von CHF 99'704.55 und einem Verlust von CHF 5'680.— im Jahr 2017 der Erwerbsausfall in den Folgejahren 2018 und 2019 netto CHF 79'704.20 bzw. CHF 78'921.95 hätte betragen sollen. Allfällige weitere Umstände, welche einen konkreten Erwerbsausfall des Klägers mit der erforderlichen überwiegenden Wahrscheinlichkeit belegen würden, sind nicht auszumachen. Es ist in diesem Zusammenhang vielmehr daran zu erinnern, dass das Gericht nicht verpflichtet ist, die Akten von sich aus zu durchforsten, um abzuklären, was sich daraus zu Gunsten der Partei, die das Beweismittel eingereicht hat, herleiten liesse. So verhält es sich auch hier (oben, Erwägung 2.4).

3.5.4 Zwecks Bestimmung eines potentiellen Erwerbsausfalls der Jahre 2018 und 2019 erweist es sich zusammenfassend als unzulässig, auf eine lediglich grobe Schätzung von Umsatzverlusten abzustellen. Der für den Kläger in seiner Eigenschaft als selbständig erwerbstätige Person in den Jahren 2018 und 2019 hypothetisch erzielbare Verdienst bleibt bei dieser Sachlage vielmehr unbestimmt. Ein genau bezifferter Schadennachweis, wie er sowohl rechtsprechungsgemäss als auch der vertraglichen Bestimmung in Ziffern 6.3 und 13.2 AVB zufolge umfangmässig mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu führen wäre, gelingt ihm deshalb nicht. Damit ist für den geltend gemachten Zeitraum weder ab Januar 2018 noch ab August 2019 ein konkreter Erwerbsausfall ausgewiesen, der zu einem Taggeldanspruch führen würde (oben, Erwägung 3.2). Mangels Erfüllung der versicherungsmässigen Leistungsvoraussetzungen ist die Klage bei diesem Ergebnis abzuweisen.

4.1 Die Widerklägerin beantragt, der Widerbeklagte sei infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen in der Zeit vom 15. Januar 2018 bis 6. März 2019 zur Bezahlung von CHF 34'591.45 zuzüglich 5% Zins seit Rechtshängigkeit, eventualiter für denselben Zeitraum infolge unrechtmässigen Taggeldbezugs zur Bezahlung von CHF 23'416.45 zuzüglich 5% Zins seit Rechtshängigkeit zu verpflichten. Sie stützt sich dabei auf Ziffer 33.2 AVB, wonach vom Versicherungsnehmer oder von der versicherten Person zu Unrecht bezogene Leistungen dem Versicherer zurückzuerstatten sind. Mangels Erfüllung der versicherungsmässigen Leistungsvoraussetzungen (oben, 3.5.4) ist mit Blick auf die von der Widerklägerin bisher zu Unrecht ausgerichteten Taggeldleistungen zunächst die für eine Rückforderung massgebende Rechtsgrundlage zu klären. Während die Widerklägerin die Auffassung vertritt, dass es sich bei der von ihr geltend gemachten Rückforderung um einen vertraglichen Anspruch handle, stellt sich der Widerbeklagte auf den Standpunkt, dieser sei bereicherungsrechtlicher Natur. Zuzustimmen ist Letzterem. Rückersatzansprüche können nach der allgemeinen Unterscheidung des Gesetzes wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen und je nach ihrem Entstehungsgrund somit auch verschiedenen Verjährungsfristen unterliegen. Massgebend dabei ist der Entstehungsgrund des Rückforderungsanspruchs. Zunächst ist stets zu prüfen, ob die zurückverlangte Leistung eine vertragliche Grundlage hatte und, falls dies zutrifft, ob sie auch aus Vertrag zurückgefordert werden kann. Wer ohne jeglichen Vorbehalt in (vermeintlicher) Erfüllung des Vertrages mehr leistet als das vertraglich Geschuldete, kann die Differenz jedoch stets nur auf der Grundlage des Bereicherungsrechts zurückfordern (BGE 133 III 356 E. 3.2.1.). In seinem unlängst ergangenen Urteil 4A_197/2018 vom 13. Dezember 2018 dehnte das Bundesgericht seine Rechtsprechung auf Zuvielleistungen im Valutaverhältnis eines Vertrags zugunsten Dritter aus. Dabei hielt es am Grundsatz fest, dass im Rahmen eines Vertrags erbrachte Zuvielleistungen stets nach Bereicherungsrecht zurückverlangt werden können, da sie nicht vertraglicher Natur seien. So verhält es sich auch hier, nachdem die Taggeldleistungen der Widerklägerin infolge Irrtums über ihre Leistungspflicht aus einem nachträglich weggefallenen Rechtsgrund erbracht worden sind. Angesichts dieser klaren Vorgaben ändert daran auch die in der Lehre kontrovers geführte Diskussion nichts (ALESSIA DEDUAL, Bereicherungsrechtliche Rückgewähr von Zuvielleistungen?, Zeitschrift für juristische Weiterbildung in Praxis, recht 2019, S. 274). Eine Ausnahme wäre nur dann zu machen, wenn eine spätere Abrechnungs- und Ausgleichungspflicht vereinbart worden wäre (BGE 133 III 356 E. 3.2.2 mit Hinweis auf BGE

126 III 119 E. 3e). Dass eine solche Abrechnungspflicht mit Blick auf das vorliegend strittige Versicherungsverhältnis bestehen würde, wird weder geltend gemacht, noch ergeben sich diesbezüglich allfällige Ansatzpunkte aus den anwendbaren AVB. Es resultiert demnach, dass sich die Verjährung bereits erbrachter Leistungen auch bei der vorliegend geltend gemachten Rückforderung der Widerklägerin nicht nach Art. 46 VVG, sondern nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen richtet (Urteil des Bundesgerichts vom 29. April 2010, 4A_53/2010, E. 2.6; vgl. zum Ganzen auch CHRISTOPH K. GRABER, Basler Kommentar zum VVG, Nachführungsband, ad Rz. 3 zu Art. 46 VVG).

4.2 Entgegen der vom Widerbeklagten vertretenen Auffassung, dass die Widerklägerin ihre Forderung nicht substantiiert habe (Ziffer 18 f. der Widerklageduplik), sind sowohl der Bestand als auch die Höhe einer allfälligen Rückforderung nachvollziehbar belegt worden. Auszugehen ist von der Tatsache, dass ohne den Nachweis eines konkret bezifferten Erwerbsausfalls keine Taggeldleistungen geschuldet sind (oben, Erwägung 3.5.3). Nachdem die Widerklägerin dem Versicherten für die Zeit vom 15. Januar 2018 bis Ende Mai 2018 zunächst fälschlicherweise auf der Basis eines versicherten Verdienstes von CHF 120'000.— Taggeldleistungen im Umfang von CHF 27'616.45 ausgerichtet hatte (Leistungsabrechnung der Helsana vom 29. Mai 2018, Beilage 5 zur Klageantwort), rektifizierte sie in der Folge am 29. August 2019 ihre Taggeldabrechnung. Auf der Basis eines weiterhin unzutreffenden versicherten Verdienstes von CHF 18'250.— resultierte ein reduzierter Taggeldanspruch von Fr. 50.— (CHF 18'250.— / 365 Tage) und damit für die identische Periode bis Ende Mai 2018 ein Taggeldanspruch von lediglich noch CHF 4'200.— (Leistungsabrechnung der Helsana vom 29. August 2019, Beilage 9 zur Klageantwort). Damit ergab sich ein Differenzbetrag von CHF 23'416.45, welchen die Helsana bereits dazumal vom Versicherten zurückgefordert hatte (Beilage 33 zur Duplik). Gleichzeitig richtete sie dem Versicherten auf dem letztlich unzutreffenden Taggeldansatz von CHF 50.— für die Zeit vom 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 weitere Taggeldleistungen im Umfang von CHF 6'975.— aus (ebenfalls Leistungsabrechnung der Helsana vom 29. August 2019, Beilage 9 zur Klageantwort sowie Beilage 32 zur Duplik). Mit Blick auf den nicht nachgewiesenen Taggeldanspruch des Klägers (oben, Erwägung 3.5.3) ergibt sich damit ohne Weiteres ein Gesamtbetrag von CHF 34'591.45 (CHF 23'416.45 + CHF 4'200.— + CHF 6'975.—), der dem Total aller bisher ausgerichteter Taggeldleistungen an den Versicherten entspricht. Der Einwand des Klägers und Widerbeklagten, die Widerklage sei nicht substantiiert, verfängt angesichts dieser Sachlage nicht.

4.3 Nach Art. 67 Abs. 1 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB), Fünfter Teil: Obligationenrecht (OR) vom 30. März 1911 in der noch bis zum 31. Dezember 2019 geltenden Fassung, verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (relative Frist), in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (absolute Frist). Seit 1. Januar 2020 gilt gemäss der seither geltenden Fassung von Art. 67 Abs. 1 OR neu eine dreijährige, relative Verjährungsfrist. Gemäss den übergangsrechtlichen Bestimmungen gilt diese neue, längere Verjährungsfrist für sämtliche Ansprüche, die bei Inkrafttreten der Revision noch nicht verjährt waren (Art. 49 Abs. 1 SchlT ZGB). Die fristauslösende Kenntnisnahme für den Beginn der einjährigen Verjährungsfrist nach Art. 67 OR liegt vor, wenn der Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit über den Bereicherungsanspruch hat, dass nach Treu und Glauben gesagt

werden kann, der Gläubiger habe nunmehr keinen Anlass oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und andererseits genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe (BGE 129 III 503 E. 3.4, 127 III 421 E. 4b, je mit Hinweisen). Ein Gläubiger muss seinen Anspruch mit anderen Worten dem Grundsatz und Umfang nach derart sicher kennen, so dass er ihn mit Erfolg geltend machen kann. Dabei genügt es nicht, dass er von seinem Anspruch bei Anwendung der nach den Umständen gebotenen Aufmerksamkeit hätte Kenntnis haben können. Allerdings schiebt auch nicht jede im Einzelnen noch bestehende Unsicherheit über Anspruchselemente den Beginn des Fristenlaufs hinaus (Urteil des Bundesgerichts vom 28. März 2014, 8C_110/2014, E. 4.3 mit weiteren Hinweisen).

4.4 Der Widerbeklagte macht geltend, der Rückforderungsanspruch der Helsana sei verjährt. Hierfür trägt er die Beweislast (Urteil des Bundesgerichts vom 22. Dezember 2014, 9C_473/2014, E. 3.1 mit weiteren Hinweisen). Er begründet seine Verjährungseinrede damit, dass die Widerklägerin spätestens am 19. Dezember 2018 detaillierte Kenntnis von ihrem Rückforderungsanspruch besessen habe. Dies gehe eindeutig aus dem Schreiben der Helsana vom 19. Dezember 2018 hervor, worin sie dem Widerbeklagten bestätigt habe, im Besitz der wesentlichen Buchhaltungsunterlagen zu sein.

Aus den Akten geht in der Tat hervor, dass der Widerklägerin bereits im Spätsommer 2018 bekannt war, dass die von ihr am 29. Mai 2018 ausgerichteten Taggelder im Umfang von CHF 27'616.45 (Leistungsabrechnung der Helsana vom 29. Mai 2018, Beilage 5 zur Klageantwort) auf der Basis eines unzutreffenden Einkommens erbracht worden waren. Namentlich ergibt sich aus dem Bericht ihres Leistungsaussendienstes vom 30. August 2018, dass für den Zeitraum der Jahre 2015 – 2017 im bereits damals vorliegenden IK-Auszug des Versicherten keine Beiträge aus selbständiger Erwerbstätigkeit aufgeführt gewesen waren. Dem Versicherten sei in Bezug auf seinen Taggeldanspruch nicht bewusst gewesen, dass die Leistungsabrechnungen auf dem effektiven AHV-Lohn basieren würden und keine Summenversicherung vorliege. Dieser Sachverhalt sei ihm ausführlich erläutert worden (Beilage 15 zur Klageantwort). Mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 hielt die Helsana in der Folge fest, dass ein Leistungsanspruch nur im Rahmen des nachgewiesenen Erwerbsausfalls bestehe. In der Erfolgsrechnung des Versicherten für das Jahr 2017 werde jedoch ein Verlust ausgewiesen. Ausserdem lägen keine Dokumente oder Informationen vor, welche ein Einkommen aus selbständiger Tätigkeit belegen würden. Sobald sie alle notwendigen Informationen besitze, werde sie den Taggeldanspruch nochmals überprüfen, andernfalls sie ab 7. Januar 2019 aufgrund der vorliegenden Akten entscheiden werde (Beilage 18 zur Klageantwort). Indem sie dem Versicherten in diesem Schreiben mitgeteilt hat, dass sie ohne weitere Vorbringen zu dessen Verdienst einen Aktenentscheid fällen werde, brachte die Widerklägerin zum Ausdruck, dass sie jedenfalls spätestens am 19. Dezember 2018 auch ohne weitere Informationen oder Unterlagen über die tatsächlich geschuldete Taggeldleistung zu entscheiden der Lage war und hinsichtlich ihren ursprünglich ausgerichteten Leistungen mithin ausreichende Kenntnis über eine resultierende Rückforderung besessen hat. Daran ändert nichts, dass sie die Frist zur Einreichung allfälliger weiterer Unterlagen in der Folge verlängert und eine Korrektur ihrer ursprünglichen Leistungsabrechnung schliesslich erst am 29. August 2019 vorgenommen hat. Es ist in diesem Zusammenhang vielmehr daran zu erinnern, dass nicht

jede im Einzelnen noch bestehende Unsicherheit den Beginn der relativen Verjährungsfrist hinausschieben kann (oben, 4.3). Dies gilt im vorliegenden Fall umso mehr, weil die Helsana die Korrektur der ursprünglich ausgerichteten Taggeldleistungen mit Schreiben vom 19. Dezember 2018 mit den letztlich identischen Argumenten begründet hat, wie sie sie nunmehr auch widerklageweise vorgetragen hat. Auch dass die Helsana bei der Korrektur ihrer Taggeldleistungen fälschlicherweise von einer versicherten Lohnsumme von CHF 18'250.— ausgegangen ist, kann nichts daran ändern, dass sie bereits am 19. Dezember 2018 sicherere Kenntnis darüber hatte, dass die zuvor auf einer Einkommensbasis von CHF 120'000.— erbrachten Leistungen zu Unrecht erbracht worden waren. Ihr Rückforderungsanspruch im Umfang von CHF 27'616.45 für die zwischen dem 15. Januar 2018 und 31. Mai 2018 auf einer Einkommensbasis von CHF 120'000.— erbrachten Leistungen (Beilage 5 zur Klageantwort) war gemäss der vorliegend noch nach altem Recht anwendbaren, relativen und einjährigen Verjährungsfrist somit spätestens am 19. Dezember 2019 verjährt.

Anders ist hinsichtlich der von der Helsana für den Zeitraum vom 1. Juni 2018 bis 6. März 2019 ausgerichteten Taggeldleistungen im Umfang von CHF 6'975.— zu entscheiden. Deren Verjährung kann so oder anders erst im Zeitpunkt ihrer Auszahlung am 29. August 2019 beginnen. Die per 1. Januar 2020 in Kraft getretene Gesetzesnovelle, wonach für sämtliche Ansprüche, die bei Inkrafttreten der Revision noch nicht verjährt waren (oben, Erwägung 4.3), neu eine dreijährige relative Verjährungsfrist gilt, führt zur Anwendung des neuen Rechts und in Bezug auf den widerklageweise zurückgeforderten Betrag von CHF 6'975.— somit zur fehlenden Verjährung.

4.5 Der Widerbeklagte bringt schliesslich die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung gemäss Art. 64 OR vor. Gemäss dieser Bestimmung kann die Rückerstattung nicht gefordert werden, soweit der Empfänger im Zeitpunkt der Rückforderung nachweisbar nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäussert hätte und hierbei nicht in guten Glauben war oder doch mit der Rückerstattung hätte rechnen müssen. Die Gutgläubigkeit wird gesetzlich vermutet (Art. 3 Abs. 1 ZGB) und muss daher von der Gegenpartei mit dem Nachweis widerlegt werden, dass der Bereicherte tatsächlich wusste oder aufgrund der Umstände und der entsprechend geforderten Aufmerksamkeit hätte wissen müssen, dass die Bereicherung ohne Rechtsgrund erfolgt war (Art. 3 Abs. 2 ZGB). Ab diesem Zeitpunkt des Wissens oder Wissenmüssens fällt die gesetzlich vermutete Gutgläubigkeit dahin, mit der Folge, dass dem Bereicherten die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung verwehrt und er im Umfang der noch vorhandenen Bereicherung zur Rückerstattung verpflichtet bleibt. Unabhängig davon steht ihm die Einwendung von Art. 64 OR grundsätzlich dann nicht zu, wenn die Bereicherung in einer Ersparnis von Auslagen besteht, die ihm auch sonst entstanden wären (sog. Ersparnisbereicherung). Tilgt der Bereicherte Schulden oder wendet er die Bereicherung zum Lebensunterhalt auf, so erspart er dabei eigene Aufwendungen und es entfällt der Einwand, er sei nicht mehr bereichert (BGE 119 II 437 E. 3 b/cc; Urteil des Bundesgerichts vom 17. Oktober 2013, 2C_534/2013, E. 5.4).

Vorliegend war dem Widerbeklagten spätestens im Sommer 2018 bekannt, dass keine Summenversicherung auf der Basis von CHF 120'000.— besteht, sondern die Taggeldabrechnungen der Helsana entgegen seiner früheren Annahme auf seinem effektiv erzielten Einkommen beruhen.

Ausweislich der Akten ist dem Versicherten dieser Sachverhalt jedenfalls bereits Ende August 2018 ausführlich erläutert worden (Beilage 15 zur Klageantwort, ad Taggeldanspruch). Ebenfalls musste ihm seither bewusst sein, dass die in seiner Erfolgsrechnung 2017 ausgewiesene Lohnzahlung von CHF 18'250.—, welche in der Folge die Grundlage der rektifizierten Taggeldzahlungen der Helsana vom 29. August 2019 gebildet hatte (Beilage 32 zur Klageantwort), nicht etwa seinem eigenen Einkommen entsprochen, sondern die von ihm angestellten Praktikantinnen betroffen hat (Bericht des Leistungsaussendienstes der Helsana vom 30. August 2018, Beilage 15 der Klageantwort, ad Firmensituation). Mit Blick auch auf diese in der Folge erst ein Jahr später auf einer unzutreffenden Basis erfolgte Taggeldauszahlung kann er sich deshalb nicht auf den guten Glauben berufen. Soweit der Widerbeklagte im Weiteren vorbringt, über das von der Widerklägerin ursprünglich erbrachte Taggeld deshalb nicht mehr zu verfügen, weil er damit seinen damaligen Lebensunterhalt und jenen seiner Familie habe finanzieren müssen und seine Kontostände insbesondere seit der am 3. September 2019 erneut erfolgten Auszahlung der Helsana mehrfach gegen Null tendiert hätten, erweist sich seine Einrede zwar als nachvollziehbar, aber ebenfalls als unbegründet. Hintergrund bildet die zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichts, wonach sich nicht auf Art. 64 OR berufen kann, wer unrechtmässig erhaltenes Vermögen zur Bestreitung notwendiger Auslagen verwendet hat. Die Einrede der nicht mehr vorhandenen Bereicherung bleibt dem Widerbeklagten mit Blick auf die von ihm geschuldete Rückerstattung im Umfang von CHF 6'975.— deshalb verwehrt.

4.6. Die Widerklägerin beantragt eine Verzinsung ihrer Rückforderung zu 5 % seit Rechtshängigkeit. Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung. Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld im Verzug ist, einen Verzugszins in der Höhe von 5 % zu bezahlen. Der Eintritt des Verzugs setzt Fälligkeit der Forderung sowie eine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Den vorliegenden Akten ist keine rechtsgenügeliche Mahnung zu entnehmen, weshalb ein Verzugszins mit Blick auf die in der Widerklagereplik vom 29. September 2020 geltend gemachte Rückforderung der ohne Rechtsgrund am 3. September 2019 ausbezahlten Taggeldleistungen im Umfang von CHF 6'975.— (Leistungsabrechnung der Helsana vom 29. August 2019, Beilage 9 zur Klageantwort sowie Beilage 32 zur Duplik; Kontoauszug AKB 2019, Beilage 4 zur Widerklageduplik, S. 5) zu Recht erst ab Einreichung der Widerklagereplik geschuldet ist. In teilweiser Gutheissung der Widerklage schuldet der Widerbeklagte der Widerklägerin demnach einen Betrag von CHF 6'975.— zuzüglich Verzugszins von 5 % seit dem 29. September 2020.

5.1 Art. 114 lit. e ZPO bestimmt, dass das Verfahren vor dem kantonalen Versicherungsgericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Von der Erhebung von Verfahrenskosten ist deshalb abzusehen.

5.2 Während die klägerischen Rechtsbegehren vollumfänglich abzuweisen sind, dringt die Widerklägerin mit ihrem Leistungsbegehren in geringem Umfang durch. Ohnehin hat die anwaltlich nicht vertretene Widerklägerin damit keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung zu Lasten des Klägers (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die ausserordentlichen Kosten sind demnach wettzuschlagen.

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

- ://:
1. Die Klage wird abgewiesen.
 2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten den Betrag von CHF 6'975.-- zuzüglich 5% Zins seit 29. September 2020 zu bezahlen.
 3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
 4. Die ausserordentlichen Kosten werden wettgeschlagen.