

VKL.2011.76 / as / fi

Art. 50

Urteil vom 23. Februar 2016

Besetzung Oberrichterin Plüss, Präsidentin
 Oberrichter Roth
 Oberrichter Hartmann
 Gerichtsschreiberin Sikyr

Klägerin X. Versicherungen,
 vertreten durch Y. Versicherungen

Beklagter A.
 unentgeltlich vertreten durch Dr. iur. Markus Krapf, Rechtsanwalt,

Gegenstand Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach VWG;
 Rückforderungsklage

Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:

1.

1.1.

Der 1957 geborene Beklagte war über seine Einzelunternehmung Firma B. ab 1. Januar 2000 bei der Klägerin im Rahmen eines Kollektiv-Taggeldversicherungs-Vertrags (Police Nr. _____ vom 6. Januar 2000, Klagebeilage [KB] 6), welcher dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) unterstand, versichert.

1.2.

Mit Krankmeldung vom 28. Juni 2002 teilte der Beklagte der Klägerin mit, er sei seit 14. Juni 2002 arbeitsunfähig (KB 9). Dr. med. C.

, Facharzt FMH für Allgemeine Innere Medizin, diagnostizierte beim Kläger am 5. Juli 2002 ein chronisches Lumbovertebralsyndrom (bei Chondrose L2/3, einer lumbalen Streckhaltung der Wirbelsäule und einer Spondylose), eine symptomatische Refluxerkrankung, eine unklare Hepatopathie, eine therapieresistente Hypertonie und ein vegetatives Syndrom bei chronischer ausgeprägter Belastungssituation (vgl. KB 10).

1.3.

Nach einem stationären Aufenthalt in der Klinik D. vom 19. Februar bis 12. März 2003 wurden beim Beklagten folgende Diagnosen gestellt (vgl. KB 25):

- "1. Chronisches lumbospondylogenes Syndrom bei/mit
 - muskulärer Dysbalance
 - Wirbelsäulenfehlhaltung (rechtskonvexe Skoliose)
 - Osteochondrose und Spondylose L2/3
2. Chronische depressive Störung mit Erschöpfungssymptomatik
3. Arterielle Hypertonie essentiell (ED1/02)
4. Hepatopathie unklarer Genese mit:
 - Steatosis hepatis, mittelgradig (Sonographie 5/02)
 - DD: medikamentös toxisch
5. Atopische Diathese mit
 - Status nach Asthma bronchiale in Jugend
 - Chronisch rezidivierende Rhinitis und Konjunktivitis allergica
6. Latentes zentrales Schlafapnoe/Hypopnoe-Syndrom
7. Benigne Prostatahyperplasie"

1.4.

Gestützt auf ärztliche Arbeitsunfähigkeitszeugnisse zahlte die Klägerin dem Beklagten im Zeitraum vom 14. Juni 2002 bis 12. Juni 2004 entsprechend der vertraglich vereinbarten Leistungsdauer von 730 Tagen Tag-gelder aus (vgl. KB 49 und 50).

1.5.

Mit Verfügung vom 28. Juni 2010 (KB 63) wies das Untersuchungsamt des Kantons Aargau die Klägerin im Hinblick auf die Klärung des Sachverhalts an, sämtliche Beziehungen mit dem Beklagten bekannt zu geben. Gegen den Beklagten werde ein Strafverfahren wegen Verdachts auf Betrug geführt. Es bestehe der Verdacht, dass der Beklagte gegenüber der SVA und weiteren Versicherungsträgern eine vollständige Erwerbsunfähigkeit vorgetäuscht und ab 1. Juni 2003 unrechtmässig Versicherungsleistungen bezogen habe.

1.6.

Am 3. März 2011 liess die Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau der Klägerin das im Rahmen der Strafuntersuchung gegen den Beklagten erstellte Dossier der Kantonspolizei Aargau betreffend Versicherungsbetrug zukommen (vgl. KB 68).

1.7.

Mit Schreiben vom 7. März 2011 (KB 66) konstituierte sich die Klägerin gegenüber der Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau als Privatklägerin im Strafverfahren und machte eine Schadenersatzforderung in der Höhe von Fr. 118'464.85 geltend.

2.

2.1.

Am 21. November 2011 erhob die Klägerin beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau Klage mit folgenden Rechtsbegehren:

"1.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 89'718.30 infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen für die Zeit vom 14. Juni 2002 bis 12. Juni 2004 zurückzuerstatten.

2.

Das vorliegende Verfahren sei dabei zu sistieren, bis aus dem bei der Kantonalen Staatsanwaltschaft des Kantons Aargau, 5001 Aarau, gegen den Beklagten anhängigen Strafverfahren betreffend Betrug und Urkundenfälschung (Gesch. Nr. ST.2010.1) ein rechtskräftiger Entscheid resultiert.

3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

2.2.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 5. Dezember 2011 wurde das Klageverfahren bis zum Abschluss des gegen den Beklagten hängigen Strafverfahrens betreffend Betrug und Urkundenfälschung sistiert.

2.3.

Nachdem das Urteil des Bezirksgerichts Aarau vom 9. Juli 2014 das Strafverfahren Nr. ST.2010.1 bzw. ST.2014.18 betreffend in Rechtskraft erwachsen war, reichte die Klägerin dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau am 22. Mai 2015 eine Stellungnahme ein und änderte ihre Rechtsbegehren wie folgt ab:

"1.

Der Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 69'908.60 infolge unrechtmässig bezogener Taggeldleistungen für die Zeit vom 14. Juni 2002 bis 31. Dezember 2003 zuzüglich 5 % Zins ab 21. November 2011 zurückzuerstatten;

2.

Die Sistierung sei aufzuheben und das vorliegende Verfahren sei fortzusetzen;

3.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Beklagten."

2.4.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 27. Mai 2015 wurde die Sistierung aufgehoben und das Klageverfahren fortgesetzt.

2.5.

Der Beklagte teilte dem Versicherungsgericht des Kantons Aargau am 17. Juni 2015 mit, dass er durch einen Rechtsanwalt vertreten werde, und ersuchte um Einsetzung desselben als unentgeltlicher Rechtsbeistand.

2.6.

Das Gesuch um unentgeltliche Rechtsbeistandung wurde mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 22. Juni 2015 bewilligt und Dr. iur. Markus Krapf, Rechtsanwalt, zum unentgeltlichen Vertreter des Beklagten ernannt.

2.7.

Mit Klageantwort vom 26. Juli 2015 beantragte der Beklagte Folgendes:

"1.

Die Klage sei abzuweisen.

2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MWSt.) zu Lasten der Klägerin."

2.8.

Mit Replik vom 3. September 2015 und Duplik vom 15. September 2015 hielten die Parteien an ihren Rechtsbegehren fest.

2.9.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 20. November 2015 wurden die Akten des Beschwerdeverfahrens in Sachen IVG-Rente beigezogen. Zudem wurde die Klägerin aufgefordert, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die _____ Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (AVB – Ausgabe 1.1.1999) einzureichen und sich bezüglich der massgebenden AVB zu äussern.

2.10.

Die Klägerin erklärte mit Eingabe vom 23. November 2015, sie habe mit ihrer Klageschrift die falschen AVB eingereicht. Massgebend seien die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die _____ Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG, Ausgabe 1. Januar 99/2000, welche sie hiermit einreiche.

2.11.

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 12. Januar 2016 wurden die Parteien darüber informiert, dass eine Verhandlung zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts für nicht notwendig erachtet werde und sie gebeten würden, mitzuteilen, ob sie auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichteten.

2.12.

Die Parteien verzichteten mit Stellungnahmen vom 13. Januar 2016 auf die Durchführung einer Gerichtsverhandlung.

Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:

1.

1.1.

Über seine Einzelfirma B. _____ war der Beklagte bei der Klägerin im Rahmen eines Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrags (Police Nr. _____ vom 6. Januar 2000, KB 6), welcher dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) unterstand, versichert. Massgebend für die Beurteilung von Ansprüchen aus diesem Vertrag sind der Versicherungsvertrag, die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die _____ Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (Ausgabe 1. Januar 99/2000), und die Bestimmungen des VVG. Soweit das VVG keine Vorschriften enthält, sind die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) anwendbar (Art. 100 Abs. 1 VVG).

Kollektive Krankentaggeldversicherungen nach VVG werden in ständiger bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (Urteil 4A_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2).

Streitigkeiten aus kollektiven Krankentaggeldversicherungen nach VVG sind privatrechtlicher Natur. Für das Verfahren findet die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Anwendung (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 7 ZPO; BGE 138 III 558 E. 3.2 S. 560 f.).

1.2.

Gemäss Art. 38 AVB sind für Klagen aus dem Versicherungsvertrag wahlweise entweder die Gerichte am schweizerischen Wohnort der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigten oder am Hauptsitz der X. Versicherungen
zuständig.

Der Beklagte wohnt in ____ im Kanton Aargau, damit befindet sich eine örtliche Zuständigkeit im Kanton Aargau.

1.3.

Gemäss Art. 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist.

Im Kanton Aargau entscheidet über derartige Streitigkeiten das Versicherungsgericht als einzige kantonale Instanz (§ 14 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO], SAR 221.200).

1.4.

Für die Beurteilung der mit Klage vom 21. November 2011 angehobenen Streitsache ist das Versicherungsgericht des Kantons Aargau somit örtlich und sachlich zuständig.

Da die übrigen Prozessvoraussetzungen ebenfalls erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten.

2.

2.1.

2.1.1.

Die Klägerin macht geltend, die dem Beklagten ausgerichteten Taggeldzahlungen seien zu Unrecht erfolgt, da der Beklagte trotz gemeldeter Arbeitsunfähigkeit als Architekt weitergearbeitet und Einnahmen erzielt habe. Gegen den Beklagten sei deshalb ein Strafverfahren wegen Betrugs und Urkundenfälschung angehoben worden. Aus dem Strafurteil und den Akten des Strafverfahrens gehe hervor, dass der Beklagte im Zeitraum vom 14. Juni 2002 bis 31. Dezember 2003 weder arbeitsunfähig gewesen sei noch einen Erwerbsausfall erlitten habe. Infolgedessen seien ihm zumindest für diesen Zeitraum zu Unrecht Taggelder ausgerichtet worden. Nach Abzug der bei der Invalidenversicherung wegen Überent-

schädigung zurückgeforderten Summe von Fr. 16'294.00 habe der Beklagte Fr. 69'908.60 zuzüglich Zins von 5 % ab 21. November 2011 zurückzuerstatten.

Auch wenn keine Bindungswirkung für den Zivilrichter bestehe, könne dieser dennoch auf die Sachverhaltsfeststellungen des Strafrichters abstellen. Zudem stelle das Versicherungsgericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest und erhebe die Beweise von Amtes wegen.

Zum Einwand des Beklagten, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert, weist diese darauf hin, dass in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen fettgedruckt festgehalten sei, dass die Versicherungsleistungen von der X. Versicherungen erbracht würden, welche von der Y. Versicherungen vertreten werde.

Der Rückforderungsanspruch sei nicht verjährt. Anders als vom Beklagten postuliert, habe die Verjährung mit dem durch die Staatsanwaltschaft in der Verfügung vom 28. Juni 2010 geäusserten Betrugsverdacht noch nicht zu laufen begonnen. Der Fristenlauf habe frühestens begonnen, als die Klägerin mit Zustellung des polizeilichen Dossiers am 4. März 2011 Kenntnis davon erlangt habe, dass der Beklagte trotz gemeldeter Arbeitsunfähigkeit weitergearbeitet und seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht habe.

Der Beklagte habe die unrechtmässig bezogenen Taggelder für den Lebensunterhalt, und damit für etwas, das er ohnehin gekauft hätte, verwendet, weshalb keine Entreicherung vorliege. Zudem habe er die Taggelder nicht in gutem Glauben empfangen, denn er habe gleichzeitig mit einem vollen Arbeitspensum gearbeitet und ein entsprechendes Erwerbseinkommen erzielt.

Die Verzugszinsen seien spätestens seit Rechtshängigkeit der Klage geschuldet und könnten auch nachträglich und rückwirkend geltend gemacht werden. Der Streitgegenstand werde nicht mit Eintritt der Rechtshängigkeit fixiert. Selbst eine Klageänderung sei zulässig.

2.1.2.

Der Beklagte bringt vor, die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert. Er habe den Versicherungsvertrag mit der Y. Versicherungen abgeschlossen. Die Police nenne die Y. Versicherungen als Vertragspartnerin. Ein allfälliger Rückforderungsanspruch stehe somit der Y. Versicherungen und nicht der X. Versicherungen zu.

Weiter macht der Beklagte geltend, der Rückforderungsanspruch sei bereits verjährt. Die Staatsanwaltschaft habe der Klägerin mit Verfügung vom 28. Juni 2010 mitgeteilt, dass gegen den Beklagten eine Strafunter-

suchung geführt werde, weil der Verdacht bestehe, dass der Beklagte eine vollständige Erwerbsunfähigkeit vorgetäuscht und dadurch unrechtmässig Versicherungsleistungen bezogen habe. Da die Klägerin seit diesem Zeitpunkt Kenntnis von ihrem Rückforderungsanspruch gehabt habe, sei dieser, als sie am 22. November 2011 Klage erhoben habe, bereits verjährt gewesen.

Gestützt auf die dem Beklagten attestierte Arbeitsunfähigkeit in den Jahren 2002 und 2003 seien die Taggelder zu Recht ausbezahlt worden. Die Klägerin könne sich nicht auf das Strafurteil stützen, da dieses für den Zivilrichter nicht verbindlich sei. Der Taggeldanspruch bestehe unabhängig von einer Erwerbseinbusse. Die Klägerin substantiiere ihren Rückforderungsanspruch nicht und lege auch keine Beweise dafür vor.

Die Taggelder könnten auch deshalb nicht zurückgefordert werden, da der Beklagte diese für den Lebensunterhalt der Familie verwendet habe und nicht mehr bereichert sei. Er sei beim Taggeldbezug krank und deshalb guten Glaubens gewesen. Er habe nicht im Traum daran gedacht, dass sein Anspruch in Frage gestellt werden würde.

Schliesslich beinhalte die Klage vom 22. November 2011 keine Verzugszinsforderung. Die Klägerin habe mit ihrer Klageschrift ihre Forderung fixiert und könne nicht im Nachhinein rückwirkend einen Verzugszins geltend machen.

2.2.

Strittig zwischen den Parteien ist die Aktivlegitimation der Klägerin, ob deren Rückforderung verjährt ist, ob ein Rückforderungsanspruch besteht, und ob der Beklagte der Klägerin die vom 14. Juni 2002 bis 31. Dezember 2003 bezogenen Taggelder samt Verzugszins zurückzuzahlen hat.

3.

3.1.

Die Aktivlegitimation umschreibt die Berechtigung am umstrittenen Anspruch, die Passivlegitimation die Verpflichtung daraus. Zur Klage aktivlegitimiert ist der materielle Rechtsinhaber, derjenige, dem das eingeklagte Recht zusteht. Passivlegitimiert ist der daraus materiell Verpflichtete. Wenn ein Anspruch nicht dem Kläger zusteht, fehlt es an der Aktivlegitimation. Ebenso fehlt es an der Passivlegitimation, wenn der Anspruch nicht dem Beklagten gegenüber besteht (SPÜHLER/DOLGE/GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht und Grundzüge des internationalen Zivilprozessrechts, 9. Aufl. 2010, Kap. 5 N 105; ZÜRCHER, in: Sutter-Somm/Hassenböhler/Leuenberger, Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 67 zu Art. 59 ZPO und N. 5 zu Art. 83 ZPO).

3.2.

In der Police für die Kollektiv-Taggeldversicherung (KB 6) ist als Versicherungsnehmer " Firma B. Herr A. " aufgeführt. Im Briefkopf figuriert die Y. Versicherungen . In der Police wird zudem darauf hingewiesen, dass als massgebende Grundlage die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) für die _____ Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG (Ausgabe 1.1.1999) gelten.

In den AVB ist auf Seite 1 festgehalten, dass die X. Versicherungen Trägerin der Versicherungen nach den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ist. Die Versicherungsleistungen werden von der X. Versicherungen in ihrer Eigenschaft als Partei des Versicherungsvertrags erbracht. Ermächtigt, alle Handlungen im Namen und für Rechnung der X. Versicherungen vorzunehmen, ist die Y. Versicherungen.

3.3.

Aufgrund des Verweises im Vertrag auf die AVB, in welchen explizit festgehalten ist, dass die X. Versicherungen – die Klägerin – Trägerin der Taggeldversicherung ist, kommt dieser für den von ihr geltend gemachten Rückerstattungsanspruch die Aktivlegitimation zu. Sie ist berechtigt, diesbezüglich als Klägerin aufzutreten. Daran ändert nichts, dass die Y. Versicherungen ermächtigt ist, alle Handlungen im Namen und für Rechnung der Klägerin vorzunehmen.

4.

4.1.

Der Beklagte erhebt gegen die Rückforderung der Klägerin die Einrede der Verjährung. Daher ist vorab die Frage der Verjährung zu prüfen.

4.2.

4.2.1.

Die AVB enthalten keine Bestimmung zur Rückforderung und deren Verjährung. Nach Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, wenn eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vorliegt. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob dem Versicherer, der seine Entschädigungszahlung bereits erbracht hat, ein Rückerstattungsanspruch nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR zusteht oder aber Vertragsrecht zur Anwendung gelangt. Ein vertraglicher Anspruch schliesst nach herrschender Lehre und Praxis einen Bereicherungsanspruch aus (BGE 126 III 119 E. 3b S. 121).

Das Bundesgericht hatte in seiner früheren Rechtsprechung mehrfach entschieden, dass auf die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen im Falle eines Rücktritts wegen betrügerischer Anspruchsbegründung

(Art. 40 VVG) das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar sei (BGE 127 III 421 E. 3c/bb S. 426; 126 III 119 E. 3e S. 123; 42 II 674 E. 2a; Urteil 5C.131/1997 vom 28. November 2000 E. 3c). In der neueren Lehre und Rechtsprechung entwickelte sich indessen die generelle Tendenz, Ansprüche vermehrt auf eine vertragliche, denn auf eine bereicherungsrechtliche Grundlage zu stützen (vgl. Urteil 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4). In seinem Urteil 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 warf das Bundesgericht die Frage auf, ob sich diese Tendenz zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des Bereicherungsrechts auch auf Rückforderungen nach einem Rücktritt gestützt auf Art. 40 VVG auswirke. Trotz Hinweise auf die vertragliche Natur der Rückforderungsansprüche liess es die Frage indes offen.

In einem neueren Entscheid hielt das Bundesgericht fest, dass eine Rückabwicklung nach Bereicherungs- und Vindikationsrecht lediglich noch in den Fällen vorzunehmen ist, in welchen Leistungen im Zusammenhang mit einem Vertrag erbracht wurden, der wegen Mängel bei der Vertragsentstehung (Willensmängel, Formmängel) nicht gültig zustande gekommen ist. Wenn dagegen ein zunächst gültig zustande gekommener Vertrag aus nachträglich eingetretenen Gründen scheitert, kommt eine Rückabwicklung nach vertraglichen Grundsätzen in Betracht. Von einem solchen vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis geht das Bundesgericht denn auch bei einem Dahinfallen des Vertrags infolge eines Rücktritts wegen Erfüllungsmängeln aus (BGE 137 III 243 E. 4.4.7 S. 251 f.). Bei der hier strittigen betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 VVG handelt es sich nicht um einen Mangel der Vertragsentstehung. Der Fehltatbestand steht vielmehr im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung. Die Klägerin wirft dem Beklagten vor, nach Vertragsabschluss im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Versicherungsansprüchen Pflichten verletzt zu haben.

Vor dem Hintergrund der neueren bundesgerichtlichen Rechtsprechung rechtfertigt es sich, die betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 VVG den Vertragsverletzungen gleich zu stellen und auf die Rückabwicklung vertragliche Regeln anzuwenden.

4.2.2.

Nach Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrag in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Das Bundesgericht stellt für den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns hinsichtlich der Rückerstattung von Leistungen nach Art. 40 VVG auf das Dahinfallen des Vertrags infolge des Rücktritts ab (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4).

4.3.

Die Klägerin machte mit Klage vom 21. November 2011 geltend, der Beklagte habe seine Arbeitsunfähigkeit nur vorgetäuscht und trotz gemeldeter Arbeitsunfähigkeit weitergearbeitet. Deshalb verlange sie die ausgerichteten Taggelder zurück. Da der Beginn der Verjährung des Rückforderungsanspruchs im Zeitpunkt des Dahinfallens des Vertrags infolge des Rücktritts durch den Versicherer liegt, begann die zweijährige Verjährungsfrist zu laufen, als die Klägerin mit Klage vom 21. November 2011 die ausbezahlten Taggelder zurückforderte. Dass vor der Klageerhebung vom 21. November 2011 gegenüber dem Beklagten eine Rücktrittserklärung erfolgt wäre, lässt sich den Rechtsschriften und den eingereichten Akten nicht entnehmen und wird von keiner der Parteien geltend gemacht. Damit ist der Rückerstattungsanspruch der Klägerin noch nicht verjährt.

4.4.

4.4.1.

Selbst wenn von einem Rückerstattungsanspruch nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR ausgegangen würde, wäre die Rückforderung der Klägerin im Zeitpunkt der Klageerhebung noch nicht verjährt gewesen.

4.4.2.

Nach Art. 67 Abs. 1 OR verjährt der Bereicherungsanspruch mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat. Fristauslösende Kenntnisnahme 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. Gewissheit über den Bereicherungsanspruch setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus. Im Gegensatz zu der in Art. 26 OR für den Irrtum vorgesehenen Regelung kommt es nicht darauf an, wann der Geschädigte bei der nach den Umständen zu erwartenden Aufmerksamkeit den Bereicherungsanspruch hätte erkennen können, sondern es wird auf die tatsächlichen Kenntnisse über den Anspruch abgestellt (BGE 129 III 503 E. 3.4 S. 505 f.).

4.4.3.

Entgegen der Auffassung des Beklagten löste die Verfügung vom 28. Juni 2010 (KB 63), mit welcher der Klägerin vom Untersuchungsamt des Kantons Aargau mitgeteilt wurde, dass gegen den Beklagten wegen Verdachts auf Versicherungsbetrug eine Strafuntersuchung geführt werde, nicht den Lauf der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 67 Abs. 1 OR aus. Gestützt auf diese Verfügung bestand keine Gewissheit über einen Rück-

erstattungsanspruch. Der Verfügung lässt sich lediglich entnehmen, dass der Beklagte verdächtigt wurde, eine Erwerbsunfähigkeit vorgetäuscht und infolge dessen unrechtmässig Versicherungsleistungen bezogen zu haben. Der blosser Verdacht auf Versicherungsbetrug stellt jedoch keine hinreichende Kenntnis von der Grundlosigkeit von Versicherungsleistungen und einem Rückerstattungsanspruch dar. Erst die Untersuchungen der Strafbehörden führten zur Feststellung des massgeblichen Sachverhalts. Der Klägerin lagen erst nach den polizeilichen Ermittlungen und mit Zustellung des polizeilichen Dossiers am 4. März 2011 (vgl. KB 68) genügend Unterlagen zur Beurteilung vor, ob zu Unrecht Taggeldzahlungen ausgerichtet worden waren. Als die Klägerin am 21. November 2011 mit Klage beim Versicherungsgericht des Kantons Aargau die ausgerichteten Taggeldzahlungen zurückforderte, war noch kein Jahr seit Kenntnisnahme verstrichen.

5.

5.1.

Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, falls dieser oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder die ihm nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat. Eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 VVG liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben, wahrheitswidrig darstellt (JÜRGEN NEF, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 3 zu Art. 40 VVG). Es genügt ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann (NEF, a.a.O., N. 17 zu Art. 40 VVG). Unter Art. 40 VVG fällt unter anderem das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (NEF, a.a.O., N. 22 zu Art. 40 VVG). Zu den objektiven Voraussetzungen muss zusätzlich das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzukommen, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. 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 (NEF, a.a.O., N. 23 zu Art. 40 VVG). In Urteil 5C.2/2007 vom 17. Oktober 2007, Erwägung 4.2, entschied das Bundesgericht, dass, wenn eine versicherte Person mitteile, nur noch zu 10 bis 15 % arbeitsfähig zu sein und tatsächlich jedoch wesentlich mehr arbeite, vom Vorliegen einer Täuschungsabsicht ausgegangen werden müsse.

Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber nicht an den Vertrag gebunden und berechtigt, die Leistung zu verweigern und gegebenenfalls vom Vertrag zurückzutreten (NEF, a.a.O., N. 44 zu Art. 40 VVG). Das Rücktrittsrecht ist, in den Schranken von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), an keine Frist gebunden und zeitlich nicht limitiert (NEF, a.a.O., N. 52 zu Art. 40 VVG).

Den Versicherer trifft die Beweislast dafür, dass er wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs zur Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigt ist (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323; NEF, a.a.O., N. 56 zu Art. 40 VVG). Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den Hauptbeweis leisten. Jedoch kann eine Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises gerechtfertigt sein (NEF, a.a.O., N. 57 zu Art. 40 VVG).

5.2.

Der Beklagte gab der Klägerin mittels Krankmeldung vom 28. Juni 2002 (KB 9) gegenüber an, er sei seit 14. Juni 2002 arbeitsunfähig, und machte einen Taggeldanspruch geltend. Am 14. Januar 2003 reichte er erneut eine Krankmeldung ein (vgl. KB 21).

Der Beklagte wurde vom 14. Juni 2002 bis 5. Januar 2003 zu 50 %, vom 6. Januar bis 18. Februar 2003 zu 75 % und ab 19. Februar 2003 zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben (vgl. KB 10, 47, 48).

Gegenüber dem Schadeninspektor der Klägerin sagte der Beklagte am 3. September 2003 aus, sein Betrieb sei stillgelegt. Lediglich bereits begonnene Projekte würden von seiner Ehegattin noch zu Ende geführt. Er selbst sei bis auf weiteres zu 100 % arbeitsunfähig und halte sich tagsüber meist zu Hause auf (vgl. KB 41).

Dem rechtskräftigen Strafurteil des Bezirksgerichts Aarau vom 9. Juli 2014, S. 74, ist jedoch zu entnehmen, dass der Kläger trotz seiner Krankmeldung seine Tätigkeit als Architekt in der Zeit vom 14. Juni 2002 bis 31. Dezember 2003 nie komplett aufgab. Im Jahr 2002 arbeitete er trotz erheblicher gesundheitlicher Problemen weiterhin mit einem vollen Arbeitspensum, wie er selbst aussagte (vgl. Strafurteil S. 49 und 76). Der Beklagte pflegte die geschäftlichen Beziehungen mit den Kunden und wurde als Ansprechperson und Repräsentant der Einzelunternehmung Firma B. wahrgenommen (vgl. Strafurteil S. 80 ff.).

5.3.

Dem Vorbringen des Beklagten, die Klägerin könne sich nicht auf das Strafurteil stützen, da es für den Zivilrichter nicht verbindlich sei, kann

nicht gefolgt werden. Strafakten lassen sich im Zivilprozess durchaus beziehen. Diese können im Rahmen der freien Beweiswürdigung mitberücksichtigt und als Beweismittel verwendet werden. Die Strafbehörden haben bessere Möglichkeiten zur Feststellung des Tatbestands als die Zivilparteien. Auch wenn keine Bindungswirkung bezüglich des Strafurteils besteht, kann der Zivilrichter auf die tatbeständlichen Schlussfolgerungen abstellen, die sich aus dem Strafverfahren ergeben (NEF, a.a.O., N. 7 zu Art. 40 VVG).

Trotz eines strafrechtlichen Freispruchs muss für den zivilrechtlichen Versicherungsanspruch selbstständig überprüft werden, ob die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind. Art. 40 VVG umschreibt einen zivilrechtlichen Tatbestand. Seine Merkmale sind objektiv die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben und subjektiv die Täuschungsabsicht. Der strafrechtliche Betrug ist damit keineswegs identisch. Im Strafrecht sind zudem teilweise unterschiedliche Beweisregeln zu beachten. (NEF, a.a.O., N. 3 und 5 zu Art. 40 VVG).

Wie den Akten zu entnehmen ist, stellte der Beklagte gegenüber der Klägerin das Ausmass seiner Arbeitsunfähigkeit wahrheitswidrig dar. Entgegen der von ihm deklarierten Arbeitsunfähigkeit ab 14. Juni 2002 (KB 9) arbeitete er im Jahr 2002 mit einem vollen Arbeitspensum (vgl. Strafurteil S. 76). In Widerspruch zu der ihm ab 19. Februar 2003 attestierten vollständigen Arbeitsunfähigkeit (vgl. KB 47) und seiner Aussage am 3. September 2003 dem Schadeninspektor der Klägerin gegenüber, er, der Beklagte, sei zu 100 % arbeitsunfähig (vgl. KB 41), gab er seine Erwerbstätigkeit nie komplett auf, wie er im Strafverfahren selbst aussagte (vgl. Strafurteil S. 74).

Die Angaben des Beklagten über seine Arbeitsunfähigkeit verursachten eine Irreführung der Klägerin bezüglich der Leistungsfähigkeit ihres Versicherten, welche für den Taggeldanspruch und dessen Höhe von Bedeutung waren. Der Beklagte machte mit Wissen und Willen unwahre Angaben, um Taggeldzahlungen zu erlangen. Gemäss eigener Aussage (vgl. Strafurteil S. 52 und 74) war er Ansprechpartner und Repräsentant seiner Einzelunternehmung. Er war täglich im Büro anzutreffen (vgl. Strafurteil S. 59, 61), überwachte Bauarbeiten und gab auf Baustellen Anweisungen (vgl. Strafurteil S. 63 und 67). Trotzdem sagte er der Klägerin gegenüber aus, er sei zu 100 % arbeitsunfähig und halte sich tagsüber meist zu Hause auf. Eine Täuschungsabsicht im Sinn von Art. 40 VVG ist damit gegeben.

Da der Beklagte der Klägerin gegenüber seine Leistungsfähigkeit mit Bedeutung für den Taggeldanspruch zum Zweck der Täuschung wahrheitswidrig darstellte, ist die Klägerin nach Art. 40 VVG nicht an den Versiche-

ungsvertrag gebunden und hat Anspruch auf Rückerstattung der ausgerichteten Taggelder. Die Klage vom 21. November 2011 auf Rückforderung infolge betrügerischer Anspruchsbegründung erfolgte in einem nicht zu beanstanden zeitlichen Rahmen nach Zustellung der strafrechtlichen Ermittlungsergebnisse am 4. März 2011 (vgl. KB 68).

5.4.

Als Folge der betrügerischen Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG ist der Beklagte verpflichtet, im Rahmen der Rückabwicklung des Vertragsverhältnisses die bezogenen Taggelder zurückzubezahlen. Da bezüglich dieser Rückerstattungspflicht die Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung nicht anwendbar sind, erübrigen sich Erwägungen darüber, ob er noch bereichert ist und die Taggelder in gutem Glauben bezog.

Die Klägerin richtete dem Beklagten für den Zeitraum vom 14. Juni 2002 bis 31. Dezember 2003 Taggelder in der Höhe von Fr. 86'202.60 aus. Nach Abzug einer gegenüber der Invalidenversicherung infolge Überentschädigung geltend gemachten Rückforderung von Fr. 16'294.00 resultiert gegenüber dem Beklagten eine Rückforderung von Fr. 69'908.60 (vgl. Eingabe der Klägerin vom 22. Mai 2015, S. 4). Die Berechnung dieses Betrags wird vom Beklagten nicht beanstandet. Der Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin Taggelder in der Höhe von Fr. 69'908.60 zurückzuerstatten.

6.

6.1.

Die Klägerin beantragt in Ergänzung ihrer Rechtsbegehren in der Klage vom 21. November 2011 mit Eingabe vom 22. Mai 2015 neu einen Verzugszins von 5 % ab 21. November 2011.

Der Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, nachdem die Klägerin mit ihrer Klageschrift fixiert habe, was sie geltend machen wolle, könne sie nicht im Nachhinein und rückwirkend Verzugszinsen verlangen.

6.2.

6.2.1.

Gemäss Art. 227 Abs. 1 lit. a ZPO ist eine Klageänderung zulässig, wenn der geänderte oder neue Anspruch nach der gleichen Verfahrensart zu beurteilen ist und mit dem bisherigen Anspruch in einem sachlichen Zusammenhang steht.

Mehr in der Form eines geänderten Anspruchs wird beantragt, wenn der Kläger im Vergleich zum bisherigen Rechtsbegehren die Klage erweitert, ohne den Klagegrund zu verändern (DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 25 zu Art. 227 ZPO). Prozessuale Ansprüche sind ohne weiteres kon-

nex, wenn sie dem gleichen Rechtsverhältnis entspringen (WILLISEGGER, a.a.O., N. 31 zu Art. 227 ZPO).

6.2.2.

Die zusätzliche Forderung auf Verzugszins steht mit der ursprünglichen Forderung auf Taggeldrückerstattung in einem sachlichen Zusammenhang. Durch die Klageerweiterung ändert sich nichts an der anwendbaren Verfahrensart. Die Klage ist weiterhin im vereinfachten Verfahren nach Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO zu beurteilen. Damit ist die Klageerweiterung zulässig.

6.3.

6.3.1.

Da die AVB und das Versicherungsvertragsgesetz keine Vorschriften zum Verzugszins enthalten, finden die Art. 102 ff. OR Anwendung (Art. 100 Abs. 1 VVG). Ist eine Verbindlichkeit fällig, wird der Schuldner durch die Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt und hat einen Verzugszins von 5 % zu bezahlen (Art. 102 Abs. 1 i. V. m. Art. 104 Abs. 1 OR).

Als Mahnung gilt auch die Erhebung einer Leistungsklage (vgl. BGE 130 III 591 E. 3 S. 597). Bei einer Mahnung handelt es sich um eine empfangsbedürftige Erklärung, welche dem Schuldner dergestalt zugehen muss, dass deren Kenntnisnahme nur noch von dessen Verhalten abhängig ist (WOLFGANG WIEGAND, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 6. Aufl. 2015, N. 7 zu Art. 102 OR). Dies gilt auch für den Fall der Klageerhebung, weshalb erforderlich ist, dass diese dem Schuldner notifiziert oder dass ihm vom Gläubiger eine Kopie der entsprechenden Rechtsschrift zugestellt wird. Erst ab Empfang der Mahnung, mit der der Gläubiger zu erkennen gibt, dass er die Leistung wünscht, wird der Schuldner mit Verzugszinsen belastet (Urteil 4A_11/2013 vom 16. Mai 2013 E. 5).

6.3.2.

Mit Klage vom 21. November 2011 forderte die Klägerin den Beklagten zur Rückzahlung der zu Unrecht erbrachten Taggelder auf. Die Klage wurde dem Beklagten mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 5. Dezember 2011 am 7. Dezember 2011 zugestellt. Ab Zustellung der Klage schuldet der Beklagte der Klägerin Verzugszinsen. Der Beklagte ist deshalb zu verpflichten, einen Verzugszins von 5 % ab 8. Dezember 2011 zu bezahlen.

7.

7.1.

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

7.2.

7.2.1.

Eine Parteientschädigung ist nach den allgemeinen Regeln zuzusprechen (Urteil 4A_194/2010 vom 17. November 2010). Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, zu welchen die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Nach Art. 122 Abs. 1 lit. d ZPO hat die unentgeltlich prozessführende Partei der Gegenpartei die Parteientschädigung zu bezahlen. Die unentgeltliche Rechtspflege befreit nicht von der Bezahlung einer Parteientschädigung an die Gegenpartei (Art. 118 Abs. 3 ZPO).

Als Parteientschädigung gilt der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

7.2.2.

Die Klägerin beantragt mit ihrer Klage eine Rückzahlung von Taggeldern. Der Beklagte beantragt die Abweisung der Klage. Mit Gutheissung der Klage unterliegt der Beklagte.

Im Hinblick darauf, dass auf Seiten der Klägerin eine bei ihr angestellte Rechtsanwältin prozessiert, wird der Klägerin ermessensweise eine pauschale Umtriebsentschädigung in der Höhe von Fr. 500.00 zugesprochen, welche der Beklagte der Klägerin zu bezahlen hat.

7.3.

7.3.1.

Die Kosten der anwaltlichen Vertretung des Beklagten werden infolge der gewährten unentgeltlichen Rechtspflege vorerst von der Gerichtskasse übernommen. Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beklagten wird nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Obergerichtskasse ein Honorar ausgerichtet (Art. 122 Abs. 1 lit. a ZPO). Sobald der Beklagte aufgrund seiner wirtschaftlichen Verhältnisse dazu in der Lage ist, hat er diese Entschädigung zurückzuzahlen (Art. 123 Abs. 1 ZPO).

7.3.2.

Dem unentgeltlichen Rechtsvertreter des Beklagten ist nach Eintritt der Rechtskraft dieses Urteils aus der Obergerichtskasse ein Honorar von Fr. 2'861.35 auszurichten.

Das Versicherungsgericht erkennt:

1.

In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 69'908.60 zuzüglich Verzugszins von 5 % ab 8. Dezember 2011 zu bezahlen.

2.

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3.

Der Beklagte hat der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 500.00 zu bezahlen.

4.

Das Honorar des unentgeltlichen Rechtsvertreters wird auf Fr. 2'861.35 festgesetzt.

Die Obergerichtskasse wird angewiesen, dem unentgeltlichen Rechtsvertreter Dr. iur. Markus Krapf, Rechtsanwalt, nach Eintritt der Rechtskraft des vorstehenden Entscheids das Honorar von Fr. 2'861.35 auszurichten.

Zustellung an:

die Klägerin (Vertreterin, 2-fach)

den Beklagten (Vertreter, 2-fach)

die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

Mitteilung nach Rechtskraft an:

die Obergerichtskasse

Beschwerde in Zivilsachen

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonalem Recht **in-
nert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **Beschwerde in Zivilsachen** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG] vom 17. Juni 2005).

Aarau, 23. Februar 2016

Versicherungsgericht des Kantons Aargau

3. Kammer

Die Präsidentin:

Plüss

Die Gerichtsschreiberin:

A. Sikyr

Sikyr

