



4A_401/2017

Urteil vom 20. Dezember 2017
I. zivilrechtliche Abteilung

_____ **Besetzung**

Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichterinnen Klett, Niquille,
Gerichtsschreiber Leemann.

_____ **Verfahrensbeteiligte**

A. _____,
vertreten durch Rechtsanwalt David Husmann,
Beschwerdeführer,

gegen

B. _____ **AG**,
vertreten durch Rechtsanwalt Roy Levy,
Beschwerdegegnerin.

_____ **Gegenstand**

Taggeldversicherung, Rückforderungsanspruch,

Beschwerde gegen das Urteil des Verwaltungsgerichts
des Kantons Schwyz, Kammer II, vom
23. Mai 2017 (II 2016 52).

Sachverhalt:

A.

A._____ (Versicherter, Beklagter, Beschwerdeführer) ist einziger Gesellschafter und Geschäftsführer der C._____ GmbH (Versicherungsnehmerin) und im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses bei der B._____ AG (Versicherung, Klägerin, Beschwerdegegnerin) kollektiv krankentaggeldversichert. Auf der Basis einer vom Versicherten infolge von Rückenproblemen gemeldeten und medizinisch belegten 100 %-igen Arbeitsunfähigkeit vom 19. September 2011 bis 5. Februar 2012 sowie einer 70 %-igen Arbeitsunfähigkeit vom 6. Februar 2012 bis 6. Januar 2013 erbrachte die Versicherung zwischen November 2011 und Februar 2013 Krankentaggeldleistungen im Umfang von insgesamt Fr. 75'318.--. Zwischen September 2011 und Dezember 2012 liess sich der Versicherte von der Versicherungsnehmerin einen Lohn ausrichten, der mindestens demjenigen vor Eintritt der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit entsprach.

Anlässlich einer Besprechung mit einem ehemaligen Arbeitnehmer des Versicherten kam die Versicherung zum Schluss, dass der Versicherte trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit für die Versicherungsnehmerin arbeitete. Das infolge einer Strafanzeige der Versicherung gegen den Versicherten eingeleitete Strafverfahren wegen Betrugs im Sinne von Art. 146 StGB wurde von der Staatsanwaltschaft des Kantons Schwyz wegen Nichterfüllens des Straftatbestandes mit Einstellungsverfügung vom 7. Juli 2014 eingestellt.

Mit Schreiben vom 17. Juli 2014 teilte die Versicherungsnehmerin dem damaligen Vertreter des Versicherten mit, der Versicherte werde infolge betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs rückwirkend per 19. September 2011 aus der Krankentaggeldversicherung ausgeschlossen und die erbrachten Krankentaggeldleistungen seien zurückzuerstatten. Am 15. Oktober 2014 sowie am 13. Oktober 2015 reichte die Versicherung Betreibungsbegehren gegen die Versicherungsnehmerin und den Versicherten ein. Gegen die entsprechenden Zahlungsbefehle, die vom Betreibungsamt Höfe am 19. Oktober 2015 zugestellt wurden, wurde Rechtsvorschlag erhoben.

B.

Mit Klage vom 18. April 2016 beantragte die Versicherung beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, es seien der Versicherte und die Versicherungsnehmerin unter solidarischer Haftung zu verpflichten, der Versicherung Fr. 75'318.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 17. Juli

2014 zu bezahlen; ferner seien die Rechtsvorschläge des Versicherten und der Versicherungsnehmerin vom 19. Oktober 2015 in den Betreibungen Nr. xxx und Nr. yyy des Betreibungsamtes Höfe zu beseitigen. Der Versicherte und die Versicherungsnehmerin beantragten die Abweisung der Klage.

Mit Urteil vom 23. Mai 2017 hiess das Verwaltungsgericht die Klage teilweise gut. Es verpflichtete den Versicherten, der Klägerin Fr. 75'318.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 20. August 2014 zu bezahlen (Dispositiv-Ziffer 1.1), hob den vom Versicherten erhobenen Rechtsvorschlag in der Betreibung Nr. yyy auf und erteilte der Klägerin für den Betrag von Fr. 75'318.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 20. August 2014 die definitive Rechtsöffnung (Dispositiv-Ziffer 1.2). Im Übrigen wurde die Klage abgewiesen.

C.

Der Beschwerdeführer beantragt mit Beschwerde in Zivilsachen, Dispositiv-Ziffern 1.1 und 1.2 des Urteils des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz vom 23. Mai 2017 seien aufzuheben, die Klage der Versicherung sei abzuweisen und es sei in der Betreibung Nr. yyy gegen den Versicherten keine Rechtsöffnung zu gewähren. Eventualiter sei die Sache zur Neuentscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt, die Beschwerde sei abzuweisen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.

Mit vom 16. August 2017 datiertem Schreiben reichte der Beschwerdeführer per A-Post eine Beschwerdekorrektur bzw. Beschwerdeergänzung ein, die einen zusätzlichen Abschnitt mit kurzen materiellen Ausführungen zur Sache enthält. Der Briefumschlag, in dem die Beschwerdeergänzung eingereicht wurde, trägt den Poststempel vom 17. August 2017. Nachdem ihm Gelegenheit gegeben wurde, sich zur Frage der Beschwerdekorrektur bzw. Beschwerdeergänzung zu äussern, erklärte der Beschwerdeführer, er habe versehentlich eine Vorversion der Beschwerdeschrift abgeschickt und erst nachträglich die beiden Schlussblätter der neuesten Version gesendet. Das nachträgliche Schreiben habe er in einen Postbriefkasten legen müssen, weil die Zürcher Poststellen bereits geschlossen waren.

Die Frist zur Einreichung einer Beschwerde in Zivilsachen beträgt 30 Tage (Art. 100 Abs. 1 BGG). Diese gesetzliche Frist kann nicht erstreckt werden (Art. 47 Abs. 1 BGG). Ein Anwendungsfall von Art. 43 BGG liegt nicht vor. Das angefochtene Urteil wurde dem Beschwerdeführer am 15. Juni 2017 zugestellt. Unter Berücksichtigung des Fristenstillstandes nach Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG endete die 30-tägige Beschwerdefrist am 16. August 2017. Eingaben müssen spätestens am letzten Tag der Frist beim Bundesgericht eingereicht oder zu dessen Händen der Schweizerischen Post oder einer schweizerischen diplomatischen oder konsularischen Vertretung übergeben werden (Art. 48 Abs. 1 BGG). Die Beweislast für die Wahrung der Frist trifft den Absender. Wer folglich behauptet, einen Brief schon am Vortag seiner Abstempelung in einen Postbriefkasten gelegt zu haben, trägt dafür die Beweislast (vgl. BGE 142 V 389 E. 2.2 mit Hinweisen). Ein entsprechender Beweis wurde vom Beschwerdeführer vorliegend nicht erbracht. Demnach ist die nicht fristgerecht eingereichte Beschwerdekorrektur bzw. Beschwerdeergänzung nicht zu berücksichtigen.

2.

Die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin gründet auf einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, die unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung fällt (BGE 142 V 448 E. 4.1 mit Hinweis). Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (Krankenversicherungsaufsichtsgesetz, KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1; vgl. Urteil 4A_460/2017 vom 8. Dezember 2017 E. 1.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. BGG in Betracht kommt (BGE 138 III 2 E. 1.1; 133 III 439 E. 2.1 mit Hinweisen).

Die Beschwerde richtet sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG). Das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz hat als einzige kantonale Instanz im Sinne von Art. 7 ZPO in Verbindung mit Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG entschieden, weshalb die Beschwerde in vermögensrechtlichen Angelegenheiten unabhängig von der Erreichung der Streitwertgrenze von Art. 74 Abs. 1 BGG zulässig ist (Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG; BGE 138 III 2 E. 1.2.2 S. 4 ff., 799 E. 1.1 S. 800). Da auch die übrigen Sachurteilsvoraussetzungen gegeben sind, ist auf die Beschwerde in Zivilsachen einzutreten.

3.

3.1 Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten (BGE 140 III 115 E. 2 S. 116; 134 II 244 E. 2.1). In der Beschwerdeschrift ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Unerlässlich ist, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 86 E. 2 S. 89, 115 E. 2 S. 116).

Eine qualifizierte Rügepflicht gilt hinsichtlich der Verletzung von Grundrechten und von kantonalem und interkantonalem Recht. Das Bundesgericht prüft eine solche Rüge nur insofern, als sie in der Beschwerde präzise vorgebracht und begründet worden ist (Art. 106 Abs. 2 BGG; BGE 142 I 99 E. 1.7.2 mit Hinweis). Soweit die Beschwerdeschrift diesen Begründungsanforderungen nicht genügt, so ist darauf nicht einzutreten (BGE 136 I 65 E. 1.3.1).

3.2 Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (BGE 140 III 115 E. 2 S. 117; 135 III 397 E. 1.5). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können (Art. 97 Abs. 1 BGG).

Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern diese Voraussetzungen erfüllt sein sollen (BGE 140 III 16 E. 1.3.1 S. 18 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei der Vorinstanz pro-

zesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 140 III 16 E. 1.3.1; 133 II 249 E. 1.4.3).

4.

Die Vorinstanz erwog, es sei zu prüfen, ob die Beschwerdegegnerin die von ihr zwischen November 2011 und Februar 2013 erbrachten Krankentaggeldleistungen in Höhe von Fr. 75'318.-- zurückfordern kann. Die Beschwerdegegnerin verlange die Rückerstattung der ausgerichteten Leistungen infolge betrügerischer Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 VVG.

Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, der Beschwerdeführer habe die Beschwerdegegnerin über seine Arbeitsunfähigkeit getäuscht, indem er wahrheitswidrig eine vollständige bzw. nahezu vollständige Arbeitsunfähigkeit vorspiegelte, obwohl er während des in Frage stehenden Zeitraums gearbeitet habe. Trotz ärztlich attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit habe der Beschwerdeführer vom 19. September 2011 bis 5. Februar 2012 im erheblichen Ausmass im Betrieb und auf den Baustellen gearbeitet. Auch während des Zeitraums vom 6. Februar 2012 bis 6. Januar 2013, für den er medizinisch zu 70 % arbeitsunfähig geschrieben war, habe sein tatsächliches Arbeitspensum deutlich über 30 % betragen. Der Beschwerdeführer habe immer regelmässig, wenn nicht täglich, im Betrieb der Versicherungsnehmerin und auf verschiedenen Baustellen gearbeitet und dabei unter anderem schwere körperliche Arbeiten verrichtet. Dabei stützte sich die Vorinstanz primär auf die gegenüber der Kantonspolizei Schwyz gemachten Aussagen eines ehemaligen Mitarbeiters des Beschwerdeführers. Auch die eigenen Aussagen des Beschwerdeführers an seiner polizeilichen Einvernahme vom 15. April 2014 und der Umstand, dass sich der Beschwerdeführer während der Zeit von September 2011 bis Dezember 2012 einen AHV-pflichtigen Lohn ausrichten liess, der mindestens demjenigen vor Eintritt der medizinisch belegten Arbeitsunfähigkeit entsprach, sprächen für eine deutlich über dem ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeitsgrad liegende Arbeitstätigkeit. Dass verschiedene medizinische Berichte bzw. Zeugnisse die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers attestierten, ändere nichts daran. Die für die Erstellung der Berichte bzw. Zeugnisse zuständigen Ärzte seien wesentlich auf Selbstangaben des Beschwerdeführers angewiesen. Aufgrund der vom Beschwerdeführer verrichteten Arbeiten sei von einer bewussten Aggravation bzw. Simulation oder von falschen Angaben zur Leistungsfähigkeit gegenüber den Ärzten auszugehen.

Die wahrheitswidrige Vorspiegelung einer vollständigen bzw. nahezu vollständigen Arbeitsunfähigkeit lasse sich nicht anders erklären als mit der Absicht, von der Beschwerdegegnerin für den Zeitraum der Arbeitsunfähigkeit Krankentaggeldleistungen zu erhalten. Eine Täuschungsabsicht im Sinne von Art. 40 VVG sei somit gegeben und der Tatbestand erfüllt.

5.

5.1

5.1.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe den Sachverhalt willkürlich festgestellt. Die vom Beschwerdeführer und vom Zeugen D._____ gegenüber der Kantonspolizei Schwyz gemachten Aussagen bezögen sich lediglich auf das Ausmass der Arbeitstätigkeit und nicht auf die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers im medizinischen Sinn. Es sei eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung, wenn die Vorinstanz aus Aussagen über die tatsächliche Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers Folgerungen über die Arbeitsunfähigkeit im medizinischen Sinne sowie über die Täuschungsabsicht des Beschwerdeführers ziehe.

5.1.2 Die Vorinstanz stütze sich, wie der Beschwerdeführer richtig erkennt, hauptsächlich auf die Aussagen des vorerwähnten Zeugen gegenüber der Kantonspolizei Schwyz vom 15. März 2014 sowie auf die Aussagen des Beschwerdeführers vom 15. April 2014 (E. 4 hievor).

Die Rüge des Beschwerdeführers geht jedoch fehl. Aus den erwähnten Aussagen leitete die Vorinstanz ab, dass der Beschwerdeführer während der Zeit vom 19. September 2011 bis 6. Januar 2013 im Betrieb der Versicherungsnehmerin und auf verschiedenen Baustellen arbeitstätig war, was vom Beschwerdeführer nicht bestritten wird. Ob und inwiefern aus der gestützt auf diese Aussagen festgestellten tatsächlichen Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG abgeleitet werden kann, ist eine Rechtsfrage und keine Tatfrage (E. 6.2 hienach). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers handelt es sich dabei somit nicht um eine willkürliche Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz.

5.2

5.2.1 Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, er habe vor der Vorinstanz mehrere Beweisanträge gestellt, auf deren Abnahme in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet wurde. Der Beschwerdeführer habe nämlich die Befragung eines Mitarbeiters der Versicherungsnehme-

rin, der involvierten Ärzte sowie des Beschwerdeführers selber beantragt. Ferner habe er ein medizinisches Gutachten zur Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit beantragt. Die Vorinstanz habe das Recht auf Beweis verletzt, indem sie von der Beweisabnahme absah.

5.2.2 Der Beweisführungsanspruch nach Art. 29 Abs. 2 BV, Art. 8 ZGB bzw. Art. 152 ZPO verschafft der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilrechtsstreitigkeiten einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, soweit entsprechende Anträge im kantonalen Verfahren form- und fristgerecht gestellt worden sind (vgl. BGE 133 III 295 E. 7.1 mit Hinweisen). Diese Bestimmungen schreiben jedoch dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln es den Sachverhalt abzuklären hat (vgl. BGE 114 II 289 E. 2a S. 291) und sie schliessen namentlich die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus. Wenn ein Gericht darauf verzichtet, beantragte Beweise abzunehmen, weil es aufgrund bereits abgenommener Beweise seine Überzeugung gebildet hat und ohne Willkür in vorweggenommener Beweiswürdigung annehmen kann, dass seine Überzeugung durch weitere Beweiserhebungen nicht geändert würde, ist der Beweisführungsanspruch nicht verletzt (BGE 136 I 229 E. 5.3; 134 I 140 E. 5.3; 130 II 425 E. 2.1 mit Hinweisen).

Das Bundesgericht greift in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur ein, wenn diese willkürlich ist. Willkür liegt nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern nur, wenn der angefochtene Entscheid offensichtlich unhaltbar ist, mit der tatsächlichen Situation in klarem Widerspruch steht, eine Norm oder einen unumstrittenen Rechtsgrundsatz krass verletzt oder in stossender Weise dem Gerechtigkeitsgedanken zuwiderläuft (BGE 140 III 16 E. 2.1, 167 E. 2.1; 139 III 334 E. 3.2.5 S. 339; je mit Hinweisen). Die Beweiswürdigung ist mithin nicht schon dann willkürlich, wenn sie nicht mit der Darstellung der beschwerdeführenden Partei übereinstimmt, sondern bloss, wenn sie offensichtlich unhaltbar ist (BGE 140 III 264 E. 2.3 S. 266 mit Hinweisen). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Sachgericht erhebliche Beweismittel übersieht, augenscheinlich missversteht oder grundlos ausser Acht lässt, oder wenn es aus den vorliegenden Beweisen unhaltbare Schlüsse zieht (vgl. BGE 140 III 267 E. 2.3 S. 266; 129 I 8 E. 2.1). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 134 II 244 E. 2.2 S. 246; 130 I 258 E. 1.3). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kri-

tik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 116 Ia 85 E. 2b S. 88).

5.2.3 Da sie aufgrund der den Akten zu entnehmenden Tatsachen ihre Überzeugung bereits gebildet hatte, verzichtete die Vorinstanz auf die Abnahme der vom Beschwerdeführer beantragten Zeugen- und Parteibefragungen sowie auf das Einholen eines medizinischen Gutachtens zur Frage der Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers.

Inwiefern die von der Vorinstanz vorgenommene antizipierte Beweiswürdigung willkürlich wäre, ist nicht ersichtlich. Das wiederholte Vorbringen des Beschwerdeführers, wonach zur Beurteilung der Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin nicht auf die tatsächliche Arbeitstätigkeit, sondern auf die medizinisch attestierte Arbeitsunfähigkeit abzustellen sei, ist un schlüssig. Dass die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers verschiedentlich formal medizinisch belegt wurde, unter anderem auch von Dr. med. E. _____, hat die Vorinstanz ausdrücklich festgehalten. Um die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin zu verneinen, stützte sich die Vorinstanz auf andere den Akten zu entnehmende Tatsachen und sah im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung von der Abnahme weiterer Beweise ab. Inwiefern diese Vorgehensweise offensichtlich unhaltbar wäre, legt der Beschwerdeführer nicht hinreichend dar. Ausserdem verkennt er mit seiner Kritik an der erfolgten Zeugeneinvernahme, dass die Vorinstanz ihren Entscheid nicht nur auf die besagte Zeugenaussage, sondern massgeblich auf die Aussagen des Beschwerdeführers selbst stützte. Der Beschwerdeführer vermag mit seinen Ausführungen keine Willkür aufzuzeigen.

5.3 Nach dem Ausgeführten ist im Weiteren auf den Sachverhalt abzustellen, wie er von der Vorinstanz festgestellt wurde. Soweit sich der Beschwerdeführer in seiner weiteren Beschwerdebegründung auf tatsächliche Elemente stützt, die sich nicht aus dem von der Vorinstanz festgestellten Sachverhalt ergeben oder darüber hinausgehen, kann er nicht gehört werden.

6.

6.1

6.1.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie die Beweislastverteilung unrichtig vorgenommen habe. Die Beschwerdegegnerin habe den Beweis zu erbringen, dass keine Grundlage für die ausgerichteten Krankentaggeldleistungen bestehe. Dabei gelte das Beweismass des Regelbeweises.

6.1.2 Die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs, namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrages, der Eintritt des Versicherungsfalles und der Umfang des Anspruchs, sind vom Anspruchsberechtigten zu beweisen. Hingegen trifft den Versicherer die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistungen berechtigen. Dies gilt insbesondere auch für die Tatsachen, welche die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG begründen (BGE 130 III 321 E 3.1 S. 323; Urteile 4A_643/2016 vom 7. April 2017 E. 3.2; 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3; 4A_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.1). Wenn der Versicherer eine Anspruchsbegründung im Sinne dieser Bestimmung gelten macht, hat er den Hauptbeweis zu leisten.

Es ist deshalb verwirrend, wenn die Vorinstanz davon spricht, die Versicherung habe "den Gegenbeweis zu erbringen". Mit Gegenbeweis meint jedoch die Vorinstanz, wie sie es im angefochtenen Urteil ausdrücklich erwog, nichts anderes als den Nachweis der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG. Im Ergebnis auferlegte somit die Vorinstanz der Beschwerdegegnerin die Beweislast für die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches, was der vorerwähnten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu Art. 40 VVG entspricht.

6.1.3 Hinsichtlich des anwendbaren Beweismasses hat das Bundesgericht im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung eines Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG festgehalten, dass der Versicherer sich auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Dies bezieht sich auch auf den Beweis des Täuschungswillens, der naturgemäss nur schwer zu erbringen ist (Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3). Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers ist somit vorliegend nicht das Regelbeweismass des strikten Beweises, sondern das Beweismass der überwiegenden Wahrschein-

lichkeit anwendbar. Indem die Vorinstanz auf dieses Beweismass abstellte, verletzte sie kein Bundesrecht.

6.2

6.2.1 Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs bejaht habe, obwohl weder der objektive noch der subjektive Tatbestand erfüllt seien. Die Vorinstanz habe insbesondere die Begriffe "Arbeitsunfähigkeit" und "Arbeitstätigkeit" verwechselt. Für die Frage der Leistungspflicht – und somit des Rückforderungsanspruchs – der Beschwerdegegnerin sei gemäss den allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) nicht auf die tatsächliche Arbeitstätigkeit des Beschwerdeführers abzustellen, sondern ausschliesslich auf die medizinisch ausgewiesene Arbeitsunfähigkeit.

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

In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (Urteile 4A_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; 4A_680/2014 vom 29. April 2015 E. 4.3). Unter Art. 40 VVG fällt u.a. das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (Urteile 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.2; 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.1 und 6.2.5).

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

erlangen (Urteile 4A_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3 mit Hinweis). 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 (Urteile 4A_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.1 mit Hinweis).

6.2.3 Ärzte sind naturgemäss in erheblichem Masse auf die Angaben ihrer Patienten angewiesen. Auch vorliegend erfolgten die ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten unter anderem gestützt auf die entsprechenden Angaben des Beschwerdeführers, der sich über heftige Rückenschmerzen beklagte. Besonders anschaulich sind in dieser Hinsicht die gegenüber dem Schadeninspektoren der Beschwerdegegnerin gemachten und im Schadeninspektorenbericht vom 23. Februar 2012 festgehaltenen Aussagen des Beschwerdeführers. Demnach habe der Beschwerdeführer zunächst einen Arbeitsversuch im Arbeitspensum von 30 % unternommen, bevor er seinem Hausarzt Dr. med. E._____ mitteilte, dieser Arbeitsversuch sei gescheitert, und ihn um die Erhöhung seiner Arbeitsunfähigkeit auf 90 % ersuchte.

Der Umstand, dass der Beschwerdeführer seine Arbeitsunfähigkeit medizinisch belegte, schliesst die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG nicht aus. Der Tatbestand von Art. 40 VVG kann nämlich auch durch eine bewusste Aggravation bzw. Simulation oder durch falsche Angaben zur Leistungsfähigkeit gegenüber dem Versicherer oder gegenüber den Ärzten erfüllt werden (E. 6.2.2 hievor). Trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit steht dem Versicherer frei zu beweisen, dass eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vorliegt. Dass die Krankentaggeldleistungen nicht unmittelbar gestützt auf die Aussagen des Beschwerdeführers, sondern auf der Grundlage von ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen ausgerichtet wurden, vermag damit den Beschwerdeführer nicht zu entlasten (Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.2.5). Dass gemäss den anwendbaren AVB ein Anspruch auf Taggeldleistungen bei ärztlich bescheinigter Arbeitsunfähigkeit besteht, ändert entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers nichts daran. Eine solche Bestimmung schliesst die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG bei einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs nicht aus.

6.2.4 Vorliegend hat die Vorinstanz in tatsächlicher Hinsicht willkürfrei – und damit für das Bundesgericht verbindlich – erkannt, dass der Beschwerdeführer in der Zeit vom 19. September 2011 bis 5. Februar

2012 bzw. vom 6. Februar 2012 bis 6. Januar 2013 als Geschäftsführer der Versicherungsnehmerin in erheblichem Mass arbeitstätig war. Somit steht fest, dass der Beschwerdeführer seine Tätigkeit als Geschäftsführer ausgeübt hat, obgleich er unter Entgegennahme von Krankentaggeldleistungen gegenüber der Beschwerdegegnerin mittels Arzteugnis eine vollständige bzw. nahezu vollständige Arbeitsunfähigkeit deklariert hatte. Indem der Beschwerdeführer in Missachtung seiner Mitteilungspflicht Tatsachen verschwiegen hat, die geeignet sind, die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin auszuschliessen bzw. zu mindern, erfüllte er in objektiver Hinsicht den Tatbestand von Art. 40 VVG. Die Rüge des Beschwerdeführers, wonach die Beschwerdegegnerin zu beweisen habe, inwiefern sich die wahrheitswidrigen Angaben des Beschwerdeführers auf die Höhe der ausgerichteten Versicherungsleistungen auswirken, ist unschlüssig. Der Entscheid über die Höhe der auszurichtenden Krankentaggeldleistungen steht dem entsprechend informierten Versicherer zu, was eine vorgängige Mitteilung des Versicherten voraussetzt (Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.3).

Da der Beschwerdeführer Krankentaggeldleistungen während circa 17 Monaten bezog, obgleich er in erheblichem Umfang arbeitstätig war und sich für eine Arbeitstätigkeit teilweise sogar einen Lohn auszahlen liess, liegt der Schluss nahe, dass er mit Wissen und Willen wahrheitswidrige Aussagen machte, um einen unrechtmässigen Vorteil zu erlangen. Die Behauptung des Beschwerdeführers, eine Täuschungsabsicht sei nicht gegeben, findet im vorinstanzlich festgestellten Sachverhalt keine Stütze. Entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers ergibt sich insbesondere aus seiner polizeilichen Einvernahme vom 15. April 2014, dass er seinen Hausarzt über seine tatsächliche Arbeitstätigkeit wissentlich und willentlich nicht informierte. Auch die subjektiv erforderliche Täuschungsabsicht muss sodann bejaht werden. Nach dem Gesagten ist eine bundesrechtswidrige Anwendung von Art. 40 VVG zu verneinen.

7.

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.

Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.

Die Gerichtskosten von Fr. 2'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

3.

Der Beschwerdeführer hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 2'500.-- zu entschädigen.

4.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz, Kammer II, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 20. Dezember 2017

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin:

Der Gerichtsschreiber:

Kiss

Leemann