

Le TF commence par rappeler les conditions d'application de l'art. 40 LCA, à savoir une **condition objective** qui consiste à une dissimulation ou à une communication inexacte de faits susceptible d'exclure ou de réduire les prestations, ainsi qu'une **condition subjective** qui suppose une intention de tromper de la part de l'assuré.

Puis le TF rappelle les principes applicables en matière de **fardeau de la preuve**. L'assuré doit apporter la preuve des éléments fondant le droit à l'assurance et l'assureur doit démontrer les faits qui lui permettent de réduire ou de refuser de payer. **La preuve doit être apportée de manière stricte et un allègement sous la forme de la vraisemblance prépondérante n'est admissible que si la preuve stricte n'existe pas**. Notre Haute Cour relève alors que **la preuve de la condition subjective de l'art. 40 LCA ne peut jamais être apportée de manière stricte ce qui justifie l'allègement sous la forme de la vraisemblance prépondérante**. En revanche, s'agissant de la condition objective, la preuve doit en principe être apportée de manière stricte.

En application des principes susmentionnés, le TF a estimé que l'indépendant qui annonçait une incapacité de travail à l'assureur et qui, quelques jours après, reprenait son activité, même à titre temporaire, sans l'annoncer, commettait une fraude. L'assuré ne peut à la fois prétendre à des indemnités journalières et exercer une activité professionnelle. Dans cette affaire, l'assuré prétendait que la reprise de travail était une tentative censée refléter son obligation de réduire le dommage. **Le TF a estimé que, non seulement, la reprise de l'activité à titre d'essai n'était pas démontrée et que, par ailleurs, même si tel était le cas cette tentative aurait dû être annoncée à l'assureur**. Il est en outre exclu de considérer cette tentative comme faisant écho à l'obligation de réduire le dommage dans la mesure où l'assuré a malgré tout perçu des indemnités journalières.

*Auteur : Julien Pache, avocat à Lausanne*

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, II. Kammer, vom 1. Juni 2021 (KK.2019.00042).

## Sachverhalt:

### A.

A. (Beschwerdeführer) war über sein Einzelunternehmen C. bei der B. AG (Beschwerdegegnerin) im Rahmen eines Kollektivkrankentaggeldversicherungsvertrags gegen die Folgen von krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit versichert. Mit Krankheitsmeldung vom 13. April 2016 teilte er der Beschwerdegegnerin mit, dass er seit dem 4. April 2016 wegen Stress und Rückenschmerzen arbeitsunfähig sei.

Gestützt auf ärztliche Arbeitsunfähigkeitsatteste leistete die Versicherung vom 18. April 2016 bis 31. Januar 2017 Taggelder im Betrag von Fr. 47'509.--. Nachdem sie Kenntnis darüber erlangt hatte, dass der Versicherte am 21. Mai 2016 anlässlich einer Taxifahrt eine Auffahrkollision verursacht hatte, trat sie mit Schreiben vom 14. März 2017 infolge betrügerischer Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG rückwirkend vom Vertrag zurück und forderte bereits ausgerichtete Taggelder im Betrag von Fr. 48'930.50 zurück. Der Versicherte bestritt die betrügerische Anspruchsbegründung.

## **B.**

Am 29. Oktober 2019 erhob der Beschwerdeführer Klage beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich mit dem Begehren, die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm den Betrag von Fr. 53'653.93 nebst Zins zu bezahlen. Die Beschwerdegegnerin beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage, mit der sie begehrte, der Beschwerdeführer habe ihr Fr. 47'509.-- nebst Zins zu bezahlen.

Mit Urteil vom 1. Juni 2021 wies das Sozialversicherungsgericht die Klage ab, hiess die Widerklage gut und verpflichtete den Beschwerdeführer, der Beschwerdegegnerin Fr. 47'509.-- zuzüglich Zins zu 5% ab dem 27. Januar 2020 zu bezahlen.

## **C.**

Der Beschwerdeführer verlangt mit Beschwerde in Zivilsachen, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts sei aufzuheben. Die Widerklageforderung der Beschwerdegegnerin im Betrag von Fr. 47'509.-- nebst Zins zu 5% seit 27. Januar 2020 sei abzuweisen. Die Beschwerdegegnerin sei zu verpflichten, ihm ab dem 1. Februar 2017 für die verbleibenden 427 Tage ein Taggeld von Fr. 53'653.93 zu bezahlen. Eventualiter sei die Sache zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückzuweisen.

Die Beschwerdegegnerin liess sich nicht vernehmen. Die Vorinstanz verzichtete auf Vernehmlassung. Mit Präsidialverfügung vom 18. August 2021 wurde das Gesuch um aufschiebende Wirkung abgewiesen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

Das angefochtene Urteil des Sozialversicherungsgerichts hat eine Streitigkeit aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gemäss Art. 7 ZPO zum Gegenstand. Es ist ein Endentscheid (Art. 90 BGG) einer einzigen kantonalen Instanz im Sinne von Art. 75 Abs. 2 lit. a BGG. Dagegen steht grundsätzlich die Beschwerde in Zivilsachen offen, gemäss Art. 74 Abs. 2 lit. b BGG unabhängig vom Streitwert (BGE 138 III 799 E. 1.1, 2 E. 1.2.2; siehe auch BGE 139 III 67 E. 1.2).

### **2.**

**2.1.** Mit Beschwerde in Zivilsachen können Rechtsverletzungen nach Art. 95 und 96 BGG gerügt werden. Die Beschwerde ist hinreichend zu begründen, ansonsten darauf nicht eingetreten werden kann (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).

**2.2.** Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). 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). 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 präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante

Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90).

**2.3.** Kritisieren die Parteien die vorinstanzliche Beweiswürdigung, ist zu beachten, dass das Bundesgericht in diese nur eingreift, wenn sie willkürlich ist. Willkür liegt nach der Rechtsprechung nicht schon dann vor, wenn eine andere Lösung ebenfalls in Betracht zu ziehen oder gar vorzuziehen wäre, sondern bloss, 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 141 III 564 E. 4.1; 140 III 16 E. 2.1; 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 144 III 264 E. 6.2.3; 141 III 564 E. 4.1). Dies ist dann der Fall, wenn das Gericht Sinn und Tragweite eines Beweismittels offensichtlich verkannt hat, wenn es ohne sachlichen Grund ein wichtiges und entscheidwesentliches Beweismittel unberücksichtigt gelassen oder wenn es auf der Grundlage der festgestellten Tatsachen unhaltbare Schlussfolgerungen gezogen hat (BGE 140 III 264 E. 2.3; 137 III 226 E. 4.2; 136 III 552 E. 4.2). Inwiefern die Beweiswürdigung willkürlich sein soll, ist in der Beschwerde klar und detailliert aufzuzeigen (BGE 140 III 264 E. 2.3; 134 II 244 E. 2.2). Namentlich genügt es nicht, einzelne Beweise anzuführen, die anders als im angefochtenen Entscheid gewichtet werden sollen, und dem Bundesgericht in appellatorischer Kritik die eigene Auffassung zu unterbreiten, als ob diesem freie Sachverhaltsprüfung zukäme (vgl. BGE 140 III 264 E. 2.3; 116 Ia 85 E. 2b).

### **3.**

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.

**3.1.** In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten (Urteile 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; je mit Hinweisen).

**3.2.** Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (Urteile 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3). Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die

falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteile 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; je mit Hinweisen).

**3.3.** Der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - hat die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (Urteil 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 130 III 321 E. 3.1), wie z.B. die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG (BGE 130 III 321 E. 3.1; Urteil 4A\_490/2019 vom 26. Mai 2020 E. 5.10.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.3). Anspruchsberechtigter und Versicherung haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (Urteil 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 130 III 321 E. 3.1; Urteil 4A\_194/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1).

### **3.4.**

**3.4.1.** Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass der vollen Überzeugung, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst und sind andererseits durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten (Urteil 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 140 III 610 E. 4.1; 132 III 715 E. 3.1; 130 III 321 E. 3.2; 128 III 271 E. 2b/aa).

Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Eine Beweisnot liegt aber nicht schon darin begründet, dass eine Tatsache, die ihrer Natur nach ohne weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wäre, nicht bewiesen werden kann, weil der beweisbelasteten Partei die Beweismittel fehlen. Blosser Beweisschwierigkeiten im konkreten Einzelfall können nicht zu einer Beweiserleichterung führen (Urteil 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publikation vorgesehen; BGE 144 III 264 E. 5.3; 141 III 569 E. 2.2.1; 130 III 321 E. 3.2).

**3.4.2.** Im Zusammenhang mit der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG hat das Bundesgericht bereits mehrfach entschieden, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (Urteile 4A\_378/2021 vom 12. Oktober 2021

E. 4.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.3; 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_194/2016 vom 8. August 2016 E. 3.1).

In anderen Entscheiden hat das Bundesgericht festgehalten, dass das Beweismass für die Täuschungsabsicht auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit reduziert sei (Urteil 4A\_211/2017 vom 4. Dezember 2017 E. 3.1; 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 2.2), oder dass keine Gründe ersichtlich seien, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die vorliegende Konstellation [von Art. 40 VVG], namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen sei), Anwendung finden sollte (Urteil 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3 mit Hinweis auf Jürg Nef, in: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Anton K. Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 57 zu Art. 40 VVG).

**3.4.3.** Soweit mit ersteren Entscheiden der Eindruck entstanden sein sollte, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit für alle Voraussetzungen von Art. 40 VVG gelte, ist dies klar zustellen: Das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit setzt eine Beweisnot voraus (Erwägung 3.4.1). Entsprechend ist zu prüfen, ob für den von der Versicherung obliegenden Beweis der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches eine solche Not besteht.

Gemäss Art. 40 VVG muss die Versicherung zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten (Erwägung 3.1) und zweitens die Täuschungsabsicht (Erwägung 3.2). Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt.

Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht demgegenüber keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen (vgl. Nef, a.a.O., N. 59 zu Art. 40 VVG). Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen (vgl. Urteil 4A\_117/2021 vom 31. August 2021 E. 3.3.1, zur Publ. bestimmt), sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht.

#### **4.**

Die Vorinstanz kam in eingehender Beweiswürdigung zum Schluss, die Beschwerdegegnerin habe den Nachweis nicht erbringen können, dass der Beschwerdeführer neben dem 21. Mai 2016 über längere Zeit seiner Berufstätigkeit nachgegangen sei.

Hingegen sei die Arbeitstätigkeit vom 21. Mai 2016 nicht strittig (und damit erwiesen). Diesen Umstand habe der Beschwerdeführer zehn Tage danach gegenüber dem Schadenexperten verschwiegen. Die Vorinstanz verwarf die These des Beschwerdeführers, dass es sich dabei lediglich um einen gescheiterten Arbeitsversuch gehandelt habe, und betrachtete den insofern dem Beschwerdeführer obliegenden Beweis als gescheitert. Eventualiter erwog sie, selbst wenn der Beschwerdeführer die Arbeit nur für einen Versuch wieder aufgenommen hätte, hätte er die Beschwerdegegnerin darüber informieren müssen, damit sie die Taggelder entsprechend hätte anpassen können.

Indem er trotz attestierter vollständiger Arbeitsunfähigkeit seiner Berufstätigkeit nachgegangen sei und es unterlassen habe, dies der Beschwerdegegnerin mitzuteilen, habe er die anspruchsbegründenden Tatsachen wahrheitswidrig dargestellt, womit die objektiven Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt seien.

Die Wiederaufnahme der Arbeit habe er gegenüber der Beschwerdegegnerin verschwiegen, damit sie keine Anpassung der Taggelder vornehme und weiterhin das Taggeld aufgrund einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausrichte. Damit seien auch die subjektiven Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt. Demnach sei die Beschwerdegegnerin an den Vertrag nicht gebunden, weshalb sie die bereits entrichteten Taggelder zu Recht zurückfordere.

## **5.**

Der Beschwerdeführer rügt, die Vorinstanz habe Bundesrecht verletzt, indem sie davon ausgegangen sei, dass in objektiver Hinsicht eine Täuschung im Sinne von Art. 40 VVG vorgelegen habe. Er habe lediglich einen gescheiterten Arbeitsversuch unternommen. Da er gescheitert sei, hätte er die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin weder mindern geschweige denn aufheben können. Sollte auch der blosse Versuch unter Art. 40 VVG fallen, so müsse vielmehr von einer Massnahme zur Schadensminderung ausgegangen werden.

**5.1.** Er wirft der Vorinstanz zunächst vor, den rechtserheblichen Sachverhalt offensichtlich unrichtig erhoben zu haben, weil sie verkenne, dass die Wiederaufnahme der Berufstätigkeit am 21. Mai 2016 "gleich zu Anfang (auf dem Weg zur Arbeit E. 4.7, Urk. 2/13) in einem Verkehrsunfall endete". Aufgrund dieses Sachverhalts sei erstellt, dass die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit gescheitert sei. Dies lasse die Vorinstanz "völlig unberücksichtigt".

Damit belegt der Beschwerdeführer keine offensichtlich unrichtige Sachverhaltsfeststellung (vgl. E. 2.2). Die angegebene Aktenstelle (Urk. 2/13) ist eine Beilage zur Klage, konkret sein Schreiben an seine Rechtsschutzversicherung vom 15. März 2017. Darin führte er aus, dass er sich "auf den Weg zur Arbeit machte". Die Vorinstanz gibt dieses Schreiben im angefochtenen Entscheid wieder (E. 4.7). Sie hat es also keineswegs ignoriert. Wenn sie gestützt auf diese unbelegte, blosse Behauptung des Beschwerdeführers in einem Schreiben an seine Rechtsschutzversicherung jedoch nicht festhielt, die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit habe "gleich zu Anfang" wegen des Unfalls geendet, kann ihr keine willkürliche Feststellung vorgeworfen werden. Folgerichtig erhob sie den Sachverhalt auch nicht aktenwidrig, indem sie nicht von einem "Scheitern" der Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit ausging.

Es bleibt daher bei der Feststellung der Vorinstanz, dass der Beschwerdeführer am 21. Mai 2016 die Arbeitstätigkeit wieder aufnahm. Soweit der Beschwerdeführer seine rechtliche Kritik an der Anwendung von Art. 40 VVG auf seine abweichende Sachverhaltsdarstellung stützt, kann er nicht gehört werden, insbesondere soweit er vorbringt, die gescheiterte Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit habe keine Auswirkungen auf die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin und sei nicht der Auskunftspflicht unterlegen.

**5.2.** Die Vorinstanz gelangte in Würdigung der Akten und Aussagen des Beschwerdeführers zum Ergebnis, der Beschwerdeführer habe nicht nachweisen können, dass es sich bloss um einen mit dem Arzt abgesprochenen Arbeitsversuch gehandelt habe. Laut Beschwerde soll dies eine "offensichtlich fehlerhafte Rechtsanwendung und Sachverhaltsfeststellung" sein. Was zur Begründung vorgebracht

wird, erschöpft sich jedoch in appellatorischer Kritik, ohne dass die Beweiswürdigung der Vorinstanz als geradezu willkürlich ausgewiesen wird. Darauf ist nicht weiter einzugehen.

**5.3.** Ist aber gestützt auf die verbindlichen Feststellungen der Vorinstanz davon auszugehen, dass der Beschwerdeführer am 21. Mai 2016 während seiner gegenüber der Beschwerdegegnerin deklarierten vollständigen Arbeitsunfähigkeit seiner Berufstätigkeit nachging und diesen Umstand zehn Tage später gegenüber dem Schadenexperten verschwieg, bejahte die Vorinstanz den objektiven Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG zu Recht. Denn die verschwiegenen Tatsachen sind geeignet, die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin auszuschliessen oder zumindest zu mindern.

Inwiefern die Vorinstanz Bundesrecht verletzt hätte, als sie gestützt auf die von ihr festgestellten Tatsachen zum Schluss kam, dass der Beschwerdeführer die Wiederaufnahme der Arbeit gegenüber der Beschwerdegegnerin verschwiegen habe, damit sie keine Anpassung der Taggelder vornehme und weiterhin das Taggeld aufgrund einer Arbeitsunfähigkeit von 100% ausrichte, womit auch die subjektiven Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung erfüllt seien, wird vom Beschwerdeführer nicht darlegt, zumindest nicht hinreichend. Einmal mehr trägt er bloss vor, der Arbeitsversuch sei gleich zu Beginn gescheitert und hätte daher die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin nicht beeinflusst, weshalb er nicht mitzuteilen gewesen sei. Nachdem aber nicht von einem gescheiterten Versuch sondern von der Ausübung der Berufstätigkeit auszugehen ist, entbehrt diese Argumentation von vornherein der Grundlage. Ohnehin erwog die Vorinstanz eventualiter zu Recht, dass die Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit auch dann relevant für die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin und daher mitteilungspflichtig gewesen wäre, wenn es sich bloss um einen Arbeitsversuch gehandelt hätte, da auch ein solcher zu einer Anpassung des Taggeldes führen kann.

**5.4.** Nicht zu beanstanden ist schliesslich, dass die Vorinstanz den Einwand des Beschwerdeführers verwarf, er sei mit der Wiederaufnahme der Arbeitstätigkeit am 21. Mai 2016 bloss seiner Schadensminderungspflicht nachgekommen. Die Vorinstanz hielt dem entgegen, zur Schadensminderung gehöre nicht, während der Krankheit die Arbeit wieder aufzunehmen, sondern für fachgemässe Behandlung zu sorgen und den Anordnungen der behandelnden Ärzte zu folgen sowie die bisherige Tätigkeit anzupassen oder eine andere zumutbare aufzunehmen. Der Beschwerdeführer hält es für nicht nachvollziehbar, weshalb den Versicherten, die sich in der Lage fühlten und motiviert seien, ihre Arbeitstätigkeit zumindest versuchsweise wieder aufzunehmen, dieses Instrumentarium zur Schadensminderung entzogen sein soll. Er verkennt, dass wenn Solches wirklich zur Schadensminderung erfolgen würde, dies der Versicherung anzuzeigen wäre, damit sie ihre Leistungen anpassen kann. Hier wurde aber die Arbeitstätigkeit wieder aufgenommen und gleichzeitig ein Taggeld auf der Grundlage einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit bezogen. Damit scheidet eine Massnahme der Schadensminderung von vornherein aus. Die Rüge ist unbegründet.

## **6.**

Die Beschwerde ist abzuweisen, soweit darauf eingetreten werden kann. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Beschwerdeführer kostenpflichtig (Art. 66 Abs. 1 BGG). Der Beschwerdegegnerin ist für das bundesgerichtliche Verfahren kein entschädigungspflichtiger Aufwand erwachsen. Es ist daher keine Parteientschädigung zu sprechen.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden dem Beschwerdeführer auferlegt.

**3.**

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