



**Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht**

**vom 4. März 2021 (731 18 247 / 64)**

---

**Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung**

**Anspruch auf Taggeldleistungen bei Krankheit; Rücktritt des Versicherers vom Versicherungsvertrag wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG; Rechtmässigkeit der Observation**

**Besetzung** Präsidentin Doris Vollenweider, Kantonsrichter Daniel Noll, Kantonsrichter Beat Hersberger, Gerichtsschreiberin Gisela Wartenweiler

**Parteien** **A.**\_\_\_\_, Kläger, vertreten durch Dr. Alex Hediger, Advokat, Hediger Aeberli Oeschger, Freie Strasse 82, Postfach, 4010 Basel

gegen

**GENERALI Allgemeine Versicherungen AG**, Generaldirektion, Departement Leistungen / Rechtsdienst, Avenue Perdtemps 23, 1260 Nyon 1, Beklagte, vertreten durch Kellerhals Carrard Basel KIG, Frau Laura Manz, Herr Prof. Dr. Pascal Grollimund, Hirschgässlein 11, Postfach 257, 4010 Basel

**Betreff** Taggeld

A. Der 1970 geborene A.\_\_\_\_ ist Betriebsinhaber und Geschäftsführer der Einzelfirma "B.\_\_\_\_" in X.\_\_\_\_. Zwischen der Einzelfirma und der Generali Allgemeine Versicherungen AG (Generali) bestand ein Versicherungsvertrag nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908 mit Vertragsbeginn ab 1. August 2015 für den Erwerbsausfall bei Krankheit mit einem Jahreslohn von Fr. 50'000.-- für A.\_\_\_\_ als Betriebsinhaber und mit einem weiteren Jahreslohn von Fr. 80'000.-- für ihn als "Schlüsselperson". Eine Leistungspflicht bestand für die Generali im Krankheitsfall während 730 Tagen abzüglich einer Wartefrist von 30 Tagen. Am 4. Februar 2016 meldete der Versicherte der Generali eine seit 22. Januar 2016 bestehende Arbeitsunfähigkeit. Der Hausarzt, Dr. med. C.\_\_\_\_, FMH Innere Medizin, attestierte dem Versicherten eine 50%ige Arbeitsfähigkeit vom 22. Januar 2016 bis 14. Februar 2016 und eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ab 15. Februar 2016 (vgl. ärztliche Zeugnisse vom 22. Januar 2016 und vom 18. Februar 2016). Seit dem 1. Juni 2016 befindet sich der Versicherte bei med. pract. D.\_\_\_\_, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, und lic. phil. E.\_\_\_\_ in psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung, von welchen er zu 80 % arbeitsunfähig geschrieben wurde (vgl. Bericht vom 14. Juli 2016). Gestützt auf die attestierten Arbeitsunfähigkeiten richtete die Generali die vertraglich vereinbarten Krankentaggeldleistungen nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist ab 21. Februar 2016 an den Versicherten aus. Nach Vorliegen des von ihr in Auftrag gegebenen Gutachtens von Dr. med. F.\_\_\_\_, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, vom 10. August 2016 stellte sie mit Schreiben vom 16. August 2016 ihre Leistungen per sofort ein mit der Begründung, dass keine psychiatrische Diagnose (mehr) mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit gestellt werden könne. Auch aus nephrologischer Sicht bestehe gemäss Zwischenbericht des Spitals G.\_\_\_\_ vom 6. Juli 2016 keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Somit sei davon auszugehen, dass der Versicherte per sofort wieder zu 100 % arbeitsfähig sei.

B. Am 19. Juni 2016 meldete sich der Versicherte unter Hinweis auf Depressionen und Schmerzen bei der Eidgenössischen Invalidenversicherung (IV) zum Leistungsbezug an. Die IV-Stelle Basel-Landschaft (IV-Stelle) erteilte ihm am 19. Oktober 2016 eine Kostengutsprache für ein Arbeitstraining vom 1. Oktober 2016 bis 31. Dezember 2016 in seinem Betrieb in X.\_\_\_\_ (vgl. Mitteilung der IV-Stelle Basel-Landschaft vom 19. Oktober 2016). Für diese Zeit wurden dem Versicherten insgesamt Fr. 11'800.90 IV-Taggelder ausbezahlt (vgl. Abrechnungen der Zentralen Ausgleichsstelle ZAS vom 13. und 26. Dezember 2016). Mit Verfügung vom 7. März 2017 stellte die IV-Stelle für Versicherte im Ausland fest, dass der Versicherte wieder erfolgreich in seine angestammte Tätigkeit habe integriert werden können. Die IV-Massnahme werde deshalb abgeschlossen (vgl. Verfügung der IV-Stelle für Versicherte im Ausland vom 6. Februar 2017).

C. Der Versicherte reichte der Generali mit E-Mail vom 15. März 2017 Arbeitsunfähigkeitszeugnisse vom 1. und 6. März 2017 ein, mit welchen er von Dr. C.\_\_\_\_ vom 28. Februar 2017 bis 6. März 2017 erneut zu 100 % und anschliessend zu 50 % arbeitsunfähig geschrieben wurde. Nach Einholung weiterer Arztberichte zahlte die Generali dem Versicherten Krankentaggelder vom 28. Februar 2017 bis 5. März 2017 aufgrund einer vollständigen Arbeitsunfähigkeit, vom 7. März 2017 bis 17. März 2017 sowie vom 24. April 2017 bis 31. Mai 2017 aufgrund einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit und vom 1. Juni 2017 bis 31. August 2017 aufgrund einer 80%igen Arbeitsunfähigkeit aus (vgl. Schreiben vom 6. Juli 2017 und 19. September 2017).

D. Mit E-Mail vom 30. Mai 2017 teilte der Versicherte der Generali mit, dass die Einstellung per 16. August 2016 nicht rechtens gewesen sei, weil gemäss Gutachten von Dr. med. H.\_\_\_\_, FMH Innere Medizin und FMH Rheumatologie, vom 19. Mai 2017 für die Zeit vom 17. August 2016 bis 24. April 2017 eine somatisch bedingte Arbeitsunfähigkeit von 80 % und ab 25. April 2017 eine solche von 50 % bestanden habe. Er verlange deshalb rückwirkend die Ausrichtung von Taggeldleistungen im Umfang der attestierten Arbeitsunfähigkeiten. Die Generali verneinte mit Schreiben vom 6. Juli 2017 eine Leistungspflicht für die Zeit vom 17. August 2016 bis 27. Februar 2017. In der Folge lud sie den Versicherten am 22. August 2017 zu einem Gespräch ein. Die Angaben des Versicherten erweckten bei der Generali Zweifel über Bestand und Ausmass der beklagten Beschwerden und der daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeiten, weshalb sie ihn am 26. und 27. August 2017 durch die I.\_\_\_\_ AG observieren liess. Am 19. September 2017 informierte die Generali den Versicherten, dass sie infolge betrügerischer Anspruchsbegründung vom Vertrag zurücktrete und keine Taggelder schulde. Mit Schreiben vom 28. September 2017 forderte sie die bisher ausgerichteten Leistungen in Höhe von Fr. 94'985.15 sowie die Observationskosten zurück.

E. Am 30. Juli 2018 reichte der Kläger, vertreten durch Advokat Dr. Alex Hediger, eine Klage beim Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgericht), ein. Er beantragte, die Generali sei zu verurteilen, ihm Fr. 63'180.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. März 2017 zu bezahlen; unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung machte er im Wesentlichen geltend, dass gemäss Schreiben von Dr. H.\_\_\_\_ vom 23. April 2018 bereits im März 2016 bildgebend eine entzündliche Wirbelsäulenerkrankung habe nachgewiesen werden können. Dr. H.\_\_\_\_ gehe davon aus, dass aufgrund der aktiv entzündlichen Erkrankung auch für den Zeitraum vom 17. August 2016 bis 26. Februar 2017 eine 80% Arbeitsunfähigkeit bestanden habe.

F. In ihrer Klageantwort und Widerklage vom 24. September 2018 beantragte die Generali, vertreten durch Advokat Prof. Dr. Pascal Grollmund und Advokatin Laura Manz, die Abweisung der Klage. Weiter sei der Kläger und Widerbeklagte (Kläger) zur Zahlung von Fr. 106'861.90 nebst Zins zu 5 % seit 19. September 2017 an die Beklagte und Widerklägerin (Beklagte) zu verurteilen. Mehrforderungen würden ausdrücklich vorbehalten bleiben; unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die Beklagte zunächst gestützt auf die ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen Leistungen erbracht habe. Internet-Recherchen ab Juli 2017 hätten ergeben, dass der Kläger in Y.\_\_\_\_ in Z.\_\_\_\_ zusammen mit seiner Partnerin, M.\_\_\_\_, den Club "J.\_\_\_\_", einen der grössten Swinger-Clubs in Z.\_\_\_\_, besitze und betreibe. Er sei im Handelsregister auch als zeichnungsberechtigter "Directeur général" dieses Clubs eingetragen und finanziell daran beteiligt. Aus den Gästebucheinträgen auf der Homepage des Clubs gehe hervor, dass der Kläger seit Eröffnung des Clubs im Jahr 2014 als Gastgeber, DJ, Grillmeister, Organisator etc. arbeite. Über diese Tätigkeiten habe der Kläger die Beklagte nie in Kenntnis gesetzt. Gemäss den Observationsergebnissen habe er entgegen seinen Aussagen anlässlich des Gesprächs vom 22. August 2017 mehr als nur eine halbe Stunde ohne Pause Auto fahren können. Damit habe er die Ärzte und die Beklagte über seinen wahren Gesundheitszustand und über seine Arbeitsfähigkeit getäuscht, weshalb er wahrheitswidrige Angaben zu anspruchsbegründenden Tatsachen gemacht habe. Dazu komme, dass er die Beklagte nie darüber informiert habe, dass er für die Zeit vom 1. Oktober 2016 bis 31. Dezember 2016

Taggeldleistungen der IV erhalten habe. Dadurch habe er auch die ihm gemäss Art. 39 VVG obliegende Mitteilungspflicht verletzt, weshalb die Beklagte berechtigt sei, wegen Versicherungsbetrugs gestützt auf Art. 40 VVG vom Vertrag zurückzutreten und die bisher ausgerichteten Leistungen in Höhe von Fr. 94'985.15 und die Observationskosten in Höhe von Fr. 11'876.75 zurückzufordern.

G. Der Kläger hielt in seiner Replik und Widerklageantwort vom 10. Dezember 2018 an seinen Rechtsbegehren fest. Er wies darauf hin, dass seine Partnerin die Liegenschaft, in welcher sich der Club befinde, mittels einer beträchtlichen Erbschaft käuflich erworben habe. Zum Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses habe die Generali von seiner Beteiligung an diesem Club gewusst. Seine Partnerin leite in der Funktion als Präsidentin den Club und treffe die massgeblichen Entscheidungen. Der Club habe 5 Angestellte; er selbst habe keine Aktivitäten entfaltet, welche über das Ausmass der ärztlichen bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten hinausgehen würden. Dass er und seine Partnerin im Gästebuch als Betreiberpaar bezeichnet würden, bedeute nicht, dass er effektiv im Club arbeite. Im Übrigen sei der Club nur an 3 Tagen in der Woche geöffnet. Er habe gegenüber den Ärzten stets wahrheitsgetreu über seinen Gesundheitszustand berichtet. Lange sei sein somatisches Leiden nicht erkannt worden. Erst Dr. H.\_\_\_\_ habe aufgrund der Bildgebung das entzündliche Wirbelsäulenleiden objektivieren können, welches seine Arbeitsfähigkeit um 80 % einschränke. Die Beweismittel aus der Observation vom 26. August 2017 seien gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung in rechtswidriger Art und Weise beschafft worden und dürften daher nicht verwendet werden. Ausserdem habe er – entgegen den Ausführungen der Beklagten – nie behauptet, dass er nicht Auto fahren könne. Er müsse jedoch nach einer gewissen Fahrtdauer eine Pause einlegen, was er auch bei der observierten Fahrt gemacht habe. Aufgrund der kurzen Dauer (3 Monate) der Auszahlungen von IV-Taggeldleistungen seien ihm diese nicht mehr präsent gewesen, weshalb er die Generali versehentlich darüber nicht informiert habe. Ein Versicherungsbetrug gemäss Art. 40 VVG liege damit nicht vor, weshalb die Rückforderung der bisher ausgerichteten Taggeldleistungen unbegründet sei. Mangels gesetzlicher Grundlage könnten ihm auch nicht die Observationskosten auferlegt werden. Aufgrund der eingereichten Arztberichte sei erstellt, dass er nicht nur für den Zeitraum vom 22. Januar 2016 bis 16. August 2016 und vom 28. Februar 2017 bis 31. August 2017, für welchen die Beklagte Taggeldleistungen erbracht habe, sondern auch für die Zeit vom 17. August 2016 bis 26. Februar 2017 und vom 1. September 2017 bis 5. November 2017, in welchem die Beklagte keine Leistungen ausgerichtet habe, in unterschiedlichem Ausmass arbeitsunfähig gewesen sei. Die Beklagte sei deshalb verpflichtet, Versicherungsleistungen nachzuzahlen. Da der Tatbestand des Versicherungsbetrugs gemäss Art. 40 VVG nicht erfüllt sei, sei die Rückforderung der bisher ausgerichteten Leistungen unbegründet.

H. Mit Duplik und Widerklagereplik vom 28. Februar 2019 hielt die Beklagte vollumfänglich an ihren Anträgen gemäss Klageantwort und Widerklage fest. Sie bestritt, dass der Kläger nur im Rahmen der attestierten Arbeitsfähigkeiten gearbeitet habe. In den Berichten der behandelnden Ärzte sei nie eine Tätigkeit des Klägers im Club erwähnt worden, weshalb davon auszugehen sei, dass diese dessen Arbeitsfähigkeit in Unkenntnis davon beurteilt hätten. Da es sich dabei um eine anspruchrelevante Tatsache handle, könne nicht auf die vom Kläger eingereichten medizi-

nischen Berichte abgestellt werden. Entgegen der Ansicht des Klägers sei die Observation zulässig und angezeigt. Aus der beiliegenden Beurteilung von Dr. med. K.\_\_\_\_, FMH Innere Medizin und FMH Rheumatologie, vom 4. Februar 2018 gehe hervor, dass die Einschätzungen der behandelnden Ärzte, welche im Übrigen hauptsächlich auf die Angaben des Klägers beruhten, nicht mit dessen in den Überwachungsaufnahmen gezeigten Aktivitäten korrelierten. Daran änderten auch die MRT-Aufnahmen nichts, da die bildgebend sichtbaren, entzündlichen Veränderungen an der Wirbelsäule gemäss Dr. K.\_\_\_\_ nur geringgradig ausgeprägt und die geklagten Schmerzen deshalb nicht nachvollziehbar seien. Angesichts des nachgewiesenen Aktivitätsverhaltens des Klägers sei von einer bewusstseinsnahen Verdeutlichung und Selbstlimitierung mit manipulativem Wert auszugehen.

I. Mit Eingabe vom 2. Mai 2019 nahm die Beklagte Stellung zu den vom Kantonsgericht eingeholten IV-Akten. Sie wies darauf hin, dass der Kläger seine Tätigkeiten im Club "J.\_\_\_\_" auch gegenüber der IV-Stelle nicht erwähnt habe. Weiter impliziere die vom Kläger nicht angefochtene Verfügung der IV-Stelle vom 7. März 2017, mit welcher eine vollständige Integration des Klägers in den angestammten Beruf nach dem Arbeitstraining von Oktober 2016 bis Dezember 2016 festgestellt worden sei, eine volle Arbeitsfähigkeit ab Januar 2017. Dennoch verlange er ab Januar 2017 VVG-Leistungen gestützt auf einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit. Dazu komme, dass er für die Zeit von Oktober 2016 bis Dezember 2016 die vollen Taggelder fordere, obwohl er während dieser drei Monate IV-Leistungen in Höhe von Fr. 11'800.40 erhalten habe.

J. Der Kläger machte in seiner Eingabe vom 17. Juni 2019 geltend, dass die Beklagte – entgegen ihrem Vorbringen – bereits mit Schreiben vom 28. Juni 2016 von der zuständigen IV-Stelle über die IV-Leistungen informiert worden sei. Die IV-Taggelder seien ihm auch nur deshalb ausbezahlt worden, weil die Beklagte während der Zeit des Arbeitstrainings keine Leistungen erbracht habe, obwohl er damals noch nicht arbeitsfähig gewesen sei.

K. Anlässlich der heutigen Parteiverhandlung nehmen der Kläger, sein Rechtsvertreter, Advokatin Laura Manz als Rechtsvertreterin der Beklagten, L.\_\_\_\_, Mitarbeiter der Generali, die Zeugin M.\_\_\_\_ und der Zeuge N.\_\_\_\_ sowie die Dolmetscherin O.\_\_\_\_ teil. Der Kläger teilt mit, dass er und seine ehemalige Partnerin, M.\_\_\_\_, seit dem 1. Januar 2020 offiziell getrennt seien. Nach Befragung des Klägers und der Zeugen hielten die Parteien an ihren bisherigen Rechtsbehörden und Begründungen fest.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung** :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG) vom 26. September 2014 dem VVG. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind somit privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

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

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Sutter-Somm/-Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Zürich 2016, zu Art. 32 N 45 ff.). Nichts Anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Ziffer 25 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Beklagten für die Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit, Ausgabe 2015. Da sich der Sitz des B.\_\_\_\_\_ im Kanton Basel-Landschaft befindet, ist das angerufene Gericht somit auch örtlich zuständig. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen gemäss Art. 59 ZPO erfüllt sind, kann auf die Klage vom 30. Juli 2018 eingetreten werden. Die von der Beklagten erhobene Widerklage vom 24. September 2018 steht mit der Klage in einem sachlichen Zusammenhang (Art. 14 ZPO) und ist nach der gleichen Verfahrensart wie die Klage (Art. 224 Abs. 1 ZPO) zu beurteilen. Damit sind die Voraussetzungen erfüllt, um auch auf die form- und fristgerechte Widerklage einzutreten.

2.1 In beweisrechtlicher Hinsicht gilt, dass nach Art. 247 Abs. 2 lit. a in Verbindung mit Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht ist. Die Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen; es ist aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweise erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Das Bundesgericht hat die in den kantonalen Vorgängernormen zu Art. 247 Abs. 2 ZPO enthaltene Untersuchungsmaxime daher bisweilen auch als gemilderte Verhandlungsmaxime bezeichnet. Bei anwaltlicher Vertretung ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf "krasse Fälle" beschränkt. Indessen verpflichtet die Untersuchungsmaxime das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Zürich 2016, zu Art. 247 Abs. 2 N 33 ff. insbesondere N 37).

2.2 Nach Art. 8 ZGB hat diejenige Person, die einen Anspruch geltend macht, die zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls, die Arbeitsunfähigkeit und den Umfang des Anspruchs (BGE 130 III 321 E.3.1). Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG; BGE 130 III 321 E.3.1). Die anspruchsberechtigte Person und der Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen somit je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen, wobei das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 8. Februar 2016, 4A\_432/2015, E. 2.2 und vom 3. März 2014, 4A\_382/2014, E. 5.3). Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (BGE 130 III 321 E.3.1).

2.3 Gelangt das Gericht in Würdigung von Beweisen zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 109 II 251 E. 3.5). Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis davon zu würdigen ist (BGE 112 II 179); sie schliesst selbst vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 109 II 31 E. 3b und 344/45). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 114 II 290 E. 2). Ebenso schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung nicht aus (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.2006, E. 2.1).

3. Vorliegend steht unbestrittenermassen fest, dass die Beklagte dem Kläger gestützt auf den Versicherungsvertrag nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist Taggelder für die Zeit vom 21. Februar 2016 bis 16. August 2016 aufgrund einer 100%igen, vom 28. Februar 2017 bis 5. März 2017 aufgrund einer 80%igen, vom 7. März 2017 bis 17. März 2017 und vom 24. April 2017 bis 31. Mai 2017 aufgrund einer 50%igen sowie vom 1. Juni 2017 bis 31. August 2017 aufgrund einer 80%igen Arbeitsunfähigkeit im Umfang von insgesamt Fr. 94'985.15 ausgerichtet hat (vgl. Taggeldabrechnungen vom 3. März 2016, 10. und 30. Mai 2016, 5., 6. und 26. Juli 2016 sowie 17. und 23. August 2016). Die Beklagte führt an, die Gästebucheintragungen im Internet und die Observationsergebnisse würden belegen, dass der Kläger sie und die behandelnden medizinischen Fachpersonen über seine tatsächliche Arbeitsfähigkeit getäuscht habe. Sie sei deshalb gestützt auf Art. 40 VVG berechtigt, den Versicherungsvertrag einseitig aufzulösen und die bereits geleisteten Taggelder inkl. Observationskosten in Höhe von insgesamt Fr. 106'861.90 zurückzuverlangen. Demgegenüber verneint der Kläger das Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 40 VVG und somit einer rechtlichen Grundlage für die Rückforderung. Überdies verlangt er Taggeldleistungen auch für die Zeit vom 17. August 2016 bis 27. Februar 2017 aufgrund einer ärztlich ausgewiesenen 80%igen Arbeitsunfähigkeit. Zudem macht er geltend, dass er für die Zeit

vom 1. September 2017 bis 4. Oktober 2017 zu 80 %, vom 5. Oktober 2017 bis 22. Oktober 2017 zu 50 % und anschliessend bis 5. November 2017 zu 20 % arbeitsunfähig gewesen sei.

4.1 Bevor geprüft wird, ob der Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt ist, ist auf den formalen Einwand des Klägers, die Observation sei nicht rechtmässig gewesen, weshalb deren Ergebnisse nicht verwertbar seien, näher einzugehen. Der Kläger beruft sich in dieser Hinsicht auf das Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2017, 1B\_75/2017 (= BGE 143 IV 387). Darin führte das Bundesgericht in Erwägung 4.1.1 aus, dass sowohl der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) als auch das Bundesgericht entschieden hätten, dass die durch private Observationen in Unfall- und Sozialversicherungsverfahren verbundenen Eingriffe in die Privatsphäre von Betroffenen mangels ausreichender gesetzlicher Regelungen gegen Art. 8 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) vom 4. November 1950 bzw. Art. 13 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 36 Abs. 1 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV) vom 18. April 1999 verstossen würden (vgl. Urteil des EGMR vom 16. Oktober 2016 i.S. Vukota-Bojic gegen Schweiz, Nr. 61838/10, Ziff. 69 – 77). Wie die Beklagte zu Recht festgestellt hat, beansprucht das Urteil des EGMR nur für sozialversicherungsrechtliche Streitigkeiten Geltung. Eine gesetzliche Grundlage für Observationen ist im privaten Versicherungsbereich nicht erforderlich (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juli 2017, 4A\_110/2017, E. 5.2).

4.2 Im Zivilprozess ist für die Beurteilung der Rechtmässigkeit von Observationen Art. 152 Ab. 2 ZPO massgebend. Gemäss dieser Bestimmung werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. In seiner zivilrechtlichen Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht schon mehrmals mit der Frage der Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive beschäftigt. Dabei spielt der Leitentscheid BGE 136 III 410 eine bedeutende Rolle. Zwar ist dieser Entscheid noch vor der Inkraftsetzung der ZPO ergangen. Die Lehre geht jedoch davon aus, dass BGE 136 III 410 auch unter der Geltung der ZPO zu beachten ist (vgl. FABIAN TEICHMANN/MARCO WEISS, Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV 2019, S. 157 mit weiteren Hinweisen auf die Literatur). In diesem Entscheid hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine auf einer Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB beruhende Observation der versicherten Person durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein könne (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 mit Hinweisen). Im Zentrum stehe eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen, bei welcher die Interessen an einer Verhinderung von Versicherungsmissbrauch gegen die privaten Interessen des betroffenen Individuums abzuwägen seien. Diese Interessenabwägung beruhe auf gerichtlichem Ermessen (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 und 129 III 529 E. 3.1). Zu berücksichtigen ist dabei gemäss Bundesgericht, dass die von der Observation betroffene Person gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen ihres Gesundheitszustands, ihrer Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne ihr Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt würden. Ob die Observation zulässig ist, hängt gemäss Bundesgericht weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird; insbesondere kann entscheidend sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo sie stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange sie dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche),

welchen Inhalt sie hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 mit Hinweisen; zum Ganzen auch: Urteil des Bundesgerichts, vom 27. Juli 2017, 4A\_110/2017, E. 5.3).

4.3 Vorliegend hat die Beklagte aufgrund Internetrecherchen erfahren, dass der Kläger zusammen mit seiner ehemaligen Partnerin, M.\_\_\_\_, am 1. Juli 2013 den Swingerclub "J.\_\_\_\_" an seinem Wohnsitz in Y.\_\_\_\_ eröffnet hatte. Der Kläger ist als "Directeur général" und M.\_\_\_\_ als Präsidentin im Handelsregister eingetragen. Da den Gästebucheinträgen auf der Homepage des Clubs und auf einer deutschen Szenenwebseite entnommen werden konnte, dass der Kläger im Club aktiv war, hegte sie Zweifel über Bestand und Ausmass der attestierten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit. Sie lud den Kläger deshalb am 22. August 2017 zu einem Gespräch ein. Nachdem der Kläger bei diesem Gespräch eine Arbeitstätigkeit in Z.\_\_\_\_ ausdrücklich verneint und angegeben hatte, er könne nicht länger als 30 Minuten am Stück Auto fahren, beauftragte die Generali die I.\_\_\_\_ AG mit einer 2-tägigen Überwachung des Klägers. Ein Tag davon betraf die vom Club auf der Homepage angebotene Cabrio-Tour vom 26. August 2017. Bei dieser Sachlage ist nicht zu beanstanden, dass die Beklagte vom Bestehen eines genügenden Anfangsverdachts auf Versicherungsmissbrauch ausging. Die Observation selbst lief korrekt ab. So wurde der Kläger während der von ihm zusammen mit seiner ehemaligen Partnerin geleiteten Cabrio-Tour am 26. August 2017 von 8.30 Uhr bis 17.30 Uhr observiert. Am 27. August 2017 fand die Beobachtung am Wohnort des Klägers in Y.\_\_\_\_ von 8.45 Uhr bis 15 Uhr statt, wobei dieser aber nicht gesichtet werden konnte (vgl. Bericht der I.\_\_\_\_ AG vom 4. September 2017). Die Observation erfolgte ausschliesslich im öffentlichen Raum während zwei Tagen von morgens bis abends, mithin limitiert hinsichtlich Zahl und Zeitraum. Sie beschränkte sich überdies auf allgemein zugängliche Bereiche, womit die Privatsphäre des Klägers gewahrt wurde. Sodann kann die aktenkundige filmische und fotografische Dokumentation nicht als unverhältnismässig bezeichnet werden. Sie beschränkte sich zudem auf die Aspekte, die für die Leistungspflicht der Beklagten massgeblich waren, nämlich auf die Arbeitstätigkeit des Klägers in dem von ihm und seiner Partnerin geführten Clubs "J.\_\_\_\_". Die Überwachung war auch geeignet und erforderlich um festzustellen, ob der Kläger im behaupteten Ausmass arbeitsunfähig war oder nicht (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts vom 27. Juli 2017, 4A\_110/2017, E. 5 und E. 7). Denn die Überwachung brachte an den Tag, dass der Kläger bei der Cabrio-Tour mehrere Stunden als Lenker eines Fahrzeugs als Tour-Guide gearbeitet hatte und dabei – entgegen seinen Angaben anlässlich des Gesprächs vom 22. August 2017 – mehr als eine halbe Stunde am Stück ohne ersichtliche gesundheitliche Einschränkungen Auto fahren konnte. Damit sind die Zweifel der Beklagten an den behaupteten Arbeitsunfähigkeiten bestätigt worden. Daraus ergibt sich, dass die Observationsergebnisse als taugliche und zulässige Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO verwertbar sind.

5.1 In materieller Hinsicht ist zu beurteilen, ob die Beklagte zu Recht vom Versicherungsvertrag gestützt auf Art. 40 VVG zurückgetreten ist und die geleisteten Taggelder zurückgefordert hat. Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber der anspruchsberechtigten Person an den Vertrag nicht gebunden, wenn diese Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers

ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder die ihr nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat. In einem solchen Fall kann der Versicherer seine Leistung verweigern und vom Vertrag zurücktreten (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 29. Mai 2018, 4A\_20/2018, E. 3.1 und vom 3. Mai 2015, 4A\_382/2014, E. 3.5). Art. 40 VVG enthält nach dem Wortlaut somit zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten; einerseits wahrheitswidrige Angaben zu anspruchsbegründenden (bzw. -mindernden) Tatsachen und andererseits zu späte oder unterlassene Mitteilungen gemäss Art. 39 VVG (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 8. Februar 2016, 4A\_432/2015, E. 5; JÜRIG NEF, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basler Kommentar, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt, Anton K. Schnyder [Hrsg.], Basel 2001, zu Art. 40 VVG N 12).

5.2 In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn die versicherte Person Tatsachen wahrheitswidrig darstellt, welche geeignet sind, 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 (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 19. Januar 2021, 4A\_536/2020, E. 5.2; NEF, a.a.O., zu Art. 40 N 3). Es genügt dabei ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers bewirken kann (vgl. NEF, a.a.O., zu Art. 40 N. 17). Unter Art. 40 VVG fällt unter anderem auch das Ausnützen eines Versicherungsfalles durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 29. Mai 2018, 4A\_20/2018, E. 3.1 und E. 3.2.1, vom 20. Dezember 2017, 4A\_401/2017, E. 6.2.2, vom 29. August 2016, 4A\_286/2016, E. 5.1.2, vom 8. Februar 2016, 4A\_432/2015, E. 5.2 und vom 3. März 2015, 4A\_382/2014, E. 5.1; NEF, a.a.O., zu Art. 40 N 22). Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach die versicherte Person dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen, wobei nicht massgebend ist, ob sie einen solchen Vermögensvorteil tatsächlich erlangt (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 19. Januar 2021, 4A\_536/2020, E. 5.1, vom 20. Dezember 2017, 4A\_401/2017, E. 6.2.2 und vom 7. April 2017, 4A\_643/2016, E. 4.1). Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn die versicherte Person um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. August 2016, 4A\_286/2016, E. 5.2.1 mit weiteren Hinweisen; NEF, a.a.O., zu Art. 40 N. 23).

5.3.1 Im vorliegenden Fall geht es um zwei Leistungsperioden der Beklagten, nämlich um den Zeitraum vom 22. Januar 2016 (bzw. nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist vom 21. Februar 2016) bis 18. August 2016 sowie den Zeitraum vom 28. Februar 2017 bis 31. August 2017. Die vom 22. Januar 2016 bis 14. Februar 2016 attestierte 50%ige Arbeitsunfähigkeit und die vom 15. Februar 2016 bis 4. März 2016 attestierte 100%ige Arbeitsunfähigkeit begründete der Hausarzt des Klägers, Dr. C.\_\_\_\_, mit einer unklaren, abnormen Müdigkeit, einer Verschlechterung des Allgemeinzustandes, Konzentrationsstörungen, einer Niereninsuffizienz und einer Monoarthritis am linken oberen Sprunggelenk (OSG; vgl. Zeugnis vom 18. Februar 2016). Aus dem Bericht des Spitals G.\_\_\_\_, Abteilung Psychosomatik, vom 28. April 2016 ist zu erfahren, dass der Kläger

morgens über eine Steifheit klage, welche ihm beim Aufstehen grosse Mühe und Schmerzen bereite. Im Laufe des Vormittags würden die Schmerzen verschwinden; gegen Mittag werde er dann aktiv. In unregelmässigen Abständen leide er immer wieder an heftigen, schubartigen Schmerzen an den Füssen, welche bis in die Knie ziehen und ihn gehunfähig machen würden. Weiter verspüre er einen konstanten Druck im frontalen und parietalen Schädelbereich, wobei sich sein Kopf "ganz benebelt" anfühle. Dazu sei er gereizt, könne sich schlecht konzentrieren, habe keinen Appetit und keine Freude. In der Nacht wache er 5 – 6 Mal auf. Die behandelnden Ärztinnen stellten aufgrund der vorherrschenden psychischen Symptomatik die Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode. Die MRT Bechterew-Untersuchung vom 22. März 2016 zeigte zwar entzündliche Veränderungen an der Brust- und der Lendenwirbelsäule im Rahmen einer möglichen Spondylarthropathie. Da jedoch weder ein negatives HLA-B27-Protein vorlag, noch Entzündungswerte im Blut gemessen wurden und die Behandlung des Gichtleidens im Vordergrund stand, wurden keine weiteren Abklärungen hinsichtlich der Spondylarthropathie veranlasst (vgl. Bericht des Spitals G.\_\_\_\_ vom 15. Juni 2016). Eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus nephrologischer Sicht wurde verneint (vgl. Berichte des Spitals G.\_\_\_\_ vom 10. Mai 2016 und 6. Juli 2016). Da aus fachärztlicher Sicht für keines der somatischen Leiden eine Arbeitsunfähigkeit attestiert wurde, schrieb Dr. C.\_\_\_\_ den Kläger deswegen nicht mehr arbeitsunfähig. Er bescheinigte aber aufgrund der Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit.

5.3.2 Am 1. Juni 2016 nahm der Kläger eine psychiatrisch-psychotherapeutische Behandlung bei med. pract. D.\_\_\_\_ und lic. phil. E.\_\_\_\_ auf. In ihren Berichten vom 14. Juli 2016 und 18. Juli 2016 führten die beiden Fachpersonen aus, dass der Kläger seit 1 ½ Jahren an schubartigen Schmerzen an den Füssen, an den Beinen und am Rücken leide. Es sei deswegen immer wieder zu Arbeitsausfällen gekommen. Seit Januar 2016 könne er nicht mehr arbeiten. Er sei erschöpft, habe keine Freude mehr und leide an innerer Unruhe und Existenzängsten sowie starken Konzentrationsstörungen. Er weine mehr als früher. Zudem sei er vergesslich geworden und leicht reizbar. Sein Antrieb sei vermindert und er könne nicht ein- und durchschlafen. Wenn er unter Druck stehe, erhöhe sich sein Appetit; er habe seit Anfang Jahr ca. 4 kg zugenommen. Med. pract. D.\_\_\_\_ und lic. phil. E.\_\_\_\_ kamen zum Schluss, dass die zunehmenden finanziellen Sorgen, die immer wieder auftretenden Schmerzen, die Unsicherheit bezüglich des Gesundheitszustandes und der beruflichen Zukunft die depressive Episode ausgelöst hätten, welche zu Einschränkungen der allgemeinen Funktionsfähigkeit und Belastbarkeit geführt habe. Sobald der Kläger am Arbeitsplatz sei, gerate er aufgrund der liegengebliebenen Arbeit in eine starke Anspannung und Unruhe, was seine Konzentration massiv beeinträchtige. Sie erachteten den Kläger sowohl in der angestammten Tätigkeit als auch in einer Verweistätigkeit als zu 80 % arbeitsunfähig.

5.3.3 Aufgrund dieser ärztlichen Berichte steht fest, dass in der ersten Leistungsphase der Beklagten die ab 22. Januar 2016 bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten von vorerst 50 % und dann 100 % bzw. 80 % vorwiegend aus psychischen Gründen erfolgten. Zur Überprüfung des aktuellen Gesundheitszustandes beauftragte die Beklagte Dr. F.\_\_\_\_ mit einer psychiatrischen Begutachtung. Dem Gutachten vom 10. August 2016 ist aus der Anamnese zu entnehmen, dass der Kläger sich nach dem Aufstehen "frisch" mache und anschliessend einen Kaffee trinke. Danach gehe er

"laufen". Ansonsten telefoniere er, erledige verschiedene "Sachen" und kümmere sich um die Angestellten in seiner Garage. Er sei ab und zu für etwa eine Stunde im Geschäft in X.\_\_\_\_, wo er sich unter anderem um die Buchhaltung kümmere. Ansonsten sei er zu Hause, wo er Internetrecherchen für alles Mögliche durchführe. Manchmal sei er im Garten, wo er gelegentlich den Rasen mähe. Ausserdem begeben er sich regelmässig in die Stadt, um den "Kopf auszulüften". 1 – 2 Mal in der Woche gehe er in Badeanstalt in Z.\_\_\_\_ schwimmen. Ansonsten betreibe er keinen Sport. Zudem besuche er Kollegen an deren Arbeitsplatz. Früher sei er D.J. gewesen; dies mache er seit Jahren nicht mehr. Seine Freundin komme am Abend nach Hause und koche. Den Haushalt besorge vor allem sie. Er habe Schlafprobleme und brauche für alles mehr Zeit als früher. Ferner fühle er bereits nach geringer Anstrengung eine körperliche Schwäche und eine Erschöpfung. Er sei nicht in der Lage, sich zu entspannen, habe ein gelegentliches Schwindelgefühl und ab und zu Spannungskopfschmerzen. Weiter leide er unter Gelenkbeschwerden, die vom Bein in den Rücken hochziehen würden sowie an einem Druck in der Brust, der sich wie Muskelkater anfühle. Im Psychostatus hielt Dr. F.\_\_\_\_ fest, dass keine Hinweise auf Störungen der Konzentrations-, der Aufmerksamkeits- oder der Merkfähigkeit beständen. Im Affekt habe er keine durchgängige Depressivität feststellen können, sei der Kläger doch schwingungsfähig und überwiegend euthym gewesen. Die von ihm genannte Reizbarkeit könne als Ausdruck einer Dünnhäutigkeit bzw. einer larvierten Depressivität verstanden werden. Hinweise für eine Dissimulation der vorhandenen Beschwerden hätten keine bestanden. Indessen seien die Angaben zu den Beschwerden vage, ausweichend und grösstenteils unspezifisch gewesen. Er habe auch während der Untersuchungsdauer von insgesamt 2 ¼ Stunden keine erkennbaren Schmerzäusserungen gezeigt. Die von ihm angegebenen sehr starken Schmerzen ständen in einem deutlichen Kontrast zum klinisch-phänomenologischen Status. Ausserdem nehme er aktuell nicht regelmässig Schmerzmedikamente ein und besuche auch keine Schmerztherapien. Aufgrund der Befunde könne allenfalls formal eine leichtgradige depressive Symptomatik diagnostiziert werden. Allerdings sei zu erwähnen, dass in testpsychologischer Hinsicht Hinweise für eine negative Antwortverzerrung bzw. ein Malingering (= ein absichtliches Erzeugen bzw. Übertreiben körperlicher oder psychischer Symptome) beständen und die Diagnosestellung unter Berücksichtigung der subjektiven Beschwerdeangaben des Versicherten erfolge. In der Gesamtschau könne er keine erheblichen Auffälligkeiten feststellen, welche geeignet wären, eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu begründen. Er könne deshalb die von den behandelnden medizinischen Fachpersonen diagnostizierte mittelgradige depressive Episode nicht (mehr) bestätigen. Ausserdem begründe aus versicherungspsychiatrischer Sicht eine solche Diagnose höchstens eine 40%ige bis 50%ige Arbeitsunfähigkeit, weshalb eine Arbeitsunfähigkeit zwischen 80 % und 100 % nicht nachvollziehbar sei. Er gehe davon aus, dass die behandelnden Fachpersonen in erheblichem Umfang auf die subjektiven Angaben des Versicherten abgestellt hätten. Aufgrund dieser Ausführungen nannte Dr. F.\_\_\_\_ in seinem Gutachten vom 10. August 2016 keine Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit. Gestützt auf dieses Gutachten ging die Beklagte davon aus, dass beim Kläger keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestehe. In der Folge stellte sie ihre Leistungen per 16. August 2016 ein.

5.4.1 Im zweiten Zeitraum vom 28. Februar 2017 bis 31. August 2017 attestierte Dr. C.\_\_\_\_ wiederum aus psychischen Gründen eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vom 28. Februar 2017 bis

6. März 2017 und eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit vom 7. März 2017 bis 17. März 2017 (vgl. Arztzeugnisse vom 1., 6. und 23. März 2017). Den Berichten des Spitals O.\_\_\_\_ vom 2. und 28. Februar 2017 ist jedoch zu entnehmen, dass ein somatisches Leiden die Arbeitsfähigkeit des Klägers seit Januar/Februar 2017 beeinträchtigt hat. So diagnostizierte Dr. H.\_\_\_\_ am 18. Juli 2017 eine seronegative Spondylarthropathie, eine Gichtarthropathie und eine chronisch leichte Niereninsuffizienz bei unklarer Nephropathie. Aufgrund dieser somatischen Erkrankungen attestierte er dem Kläger für sämtliche Tätigkeiten eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit für die Zeit vom 25. April 2017 bis 31. Mai 2017 sowie anschliessend eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit bis 30. Juni 2017 (recte 2016). Dr. H.\_\_\_\_ wies dabei auf die bereits am 22. März 2016 erstellten MRT Bechterew-Bilder hin, auf welchen entzündliche Veränderungen an der Wirbelsäule, aber nicht am Iliosakralgelenk (ISG) sichtbar seien. Aufgrund der zunehmenden Beschwerden habe er am 12. Mai 2017 eine neue MRT durchgeführt. Nun zeigten sich auch entzündliche Veränderungen am ISG rechts. Diese Befunde korrelierten mit der seit mehreren Monaten geklagten, anhaltenden massiven Schmerzsymptomatik und der daraus resultierenden erheblichen Einschränkungen. Eine Erhöhung der Arbeitsfähigkeit sei von den Ergebnissen der im Spital G.\_\_\_\_ einzuleitenden Biologica-Therapie abhängig. Gestützt auf diese ärztlichen Berichte anerkannte die Beklagte, dass das Gichtleiden bzw. die Spondylarthropathie die Arbeitsfähigkeit des Klägers seit 28. Februar 2017 zwischen 50 % und 100 % einschränke (vgl. Schreiben vom 6. Juli 2017).

5.4.2 Zum rheumatologischen Status äusserten sich auch die behandelnden Ärztinnen des Spitals G.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 7. August 2017. Sie bestätigten die von Dr. H.\_\_\_\_ gestellte Diagnose einer Spondylarthropathie und deren Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers. Aufgrund der entzündlichen Schmerzsymptomatik seien dem Kläger schwere und mittelschwere Tätigkeiten sowie Arbeiten mit längerem Sitzen, Stehen oder Halten von starren Positionen nicht mehr zumutbar. Weiter liegen Arbeitsunfähigkeitszeugnisse des Spitals G.\_\_\_\_ vom 16. Juli 2017 und 30. Oktober 2017 vor, mit welchen dem Kläger Arbeitsunfähigkeiten vom 9. August 2017 bis 4. Oktober 2017 im Umfang von 80 %, vom 5. Oktober 2017 bis 22. Oktober 2017 von 50 %, vom 23. Oktober 2017 bis 5. November 2017 von 20 % und ab 6. November 2017 von 0 % bescheinigt wurden.

5.4.3 Am 23. April 2018 äusserte sich Dr. H.\_\_\_\_ in einem an den Rechtsvertreter des Klägers gerichteten Schreiben zum Gesundheitszustand des Versicherten und den daraus resultierenden Arbeitsunfähigkeiten. Er wies darauf hin, dass bei der gestützt auf das Gutachten von Dr. F.\_\_\_\_ vom 10. August 2016 erfolgten Einstellung der Taggelderleistungen nicht berücksichtigt worden sei, dass der Kläger bereits damals an einer entzündlichen Wirbelsäulenerkrankung gelitten habe, welche mit MRT vom 22. März 2016 auch nachgewiesen worden sei. Der Kläger habe bei der Erstkonsultation am 25. April 2017 beschrieben, dass er seit mehr als 2 Jahren erhebliche Beschwerden mit morgendlicher Steifheit am ganzen Körper bis gegen Mittag habe. Am Abend würden die Schmerzen weniger werden. Seit Anfang 2017 seien verstärkt Schmerzen tiefparavertebral auf der Höhe des ISG aufgetreten. Die von ihm veranlasste Bildgebung habe nebst dem mit der MRT vom 22. März 2016 festgestellten entzündlichen Befall der Brust- und Lendenwirbelsäule neu auch Entzündungen am rechten ISG gezeigt. Dieser Befund sei gut kompatibel mit der geschilderten Schmerzsymptomatik. Er gehe davon aus, dass auch für den Zeitraum vom 17. August 2016 bis 27. Februar 2017, also in der Zeit, in welcher die Beklagte keine Taggelderleistungen

für den Kläger erbracht habe, aufgrund der aktiven entzündlichen Erkrankung eine 80%ige Arbeitsunfähigkeit bestanden habe.

5.4.5 Schliesslich liegt das Gutachten des Vertrauensarztes der Beklagten, Dr. K.\_\_\_\_, vom 4. Februar 2019 in den Akten. Nach Einsicht in das gesamte Observationsmaterial stellte Dr. K.\_\_\_\_ fest, dass es bei den auf der MRT ersichtlichen entzündlichen Veränderungen nur um eine leichte Entzündungsaktivität im Rahmen einer Spondylarthropathie handle. Das Ausmass der geklagten Beschwerden mit einem Ganzkörper-Schmerzsteifheitsgefühl könnten mit den radiologischen Befunden nicht erklärt werden. Die subjektiven Beschwerdeangaben ständen auch im Widerspruch zum beobachteten Aktivitätsverhalten des Klägers. Weiter wies er darauf hin, dass es für einen Rheumatologen mangels genauer Parameter für die Schmerzperzeption sehr schwierig sei, Beschwerdeangaben zu objektivieren, wenn es bildgebend Hinweise für eine entzündliche Aktivität gebe. Hätte der Kläger aber Schmerzen im geschilderten Ausmass, müsste er bei einem über mehrere Stunden dauernden Ausflug auf teilweise holprigen Strassen in einem tief gesetzten, hart gefederten Sportwagen ein auffallendes Schmerzverhalten zeigen, was hier aber nicht zutrefte.

5.5.1 Den Akten kann weiter entnommen werden, dass der vom Kläger und seiner Ex-Freundin geführte Club "J.\_\_\_\_" zuletzt am Freitag von 20 – 2 Uhr, am Samstag von 20 – 3 Uhr und am Sonntag von 14 – 23 Uhr geöffnet war (vgl. J.\_\_\_\_, online, URL: <https://bit.ly/3eRr3dq> [4.3.2021]). Gemäss den Gästebucheintragungen auf der Homepage des Clubs und des Q.\_\_\_\_ von Januar 2016 bis Oktober 2017 ist davon auszugehen, dass sich der Kläger regelmässig im Club aufhielt (vgl. insbesondere die Gästebucheintragungen vom 10. April 2016, 5. Juni 2016, 2. und 3. August 2016, 24. November 2016, 26. Februar 2017, 20. März 2017, 10. und 23. April 2017, 11. und 19. Juni 2017, 9. und 31. Juli 2017 sowie 2., 15. und 30. Oktober 2017). Auch wenn er nicht dauernd während der Öffnungszeiten im Club anwesend gewesen sein mag, steht aufgrund der Gästebucheintragungen im Internet fest, dass er nicht nur regelmässig dort war, sondern auch als aktiver, engagierter Gastgeber wahrgenommen wurde. Seine Aktivitäten im Club beschränkten sich – mit Ausnahme eines Abends am Grill und auf dem Tanzparkett – auf die Pflichten eines Gastgebers wie Empfang der Gäste, Rundgänge im Club "J.\_\_\_\_", Erteilen von Tipps sowie Einschreiten bei Streitigkeiten unter den Clubbesuchern. Das Vorbringen des Klägers in seinen Rechtsschriften und an der heutigen Parteiverhandlung, wonach er sich nur deshalb zeitweise im Club aufgehalten habe, weil seine Wohnung über dessen Räumlichkeiten liege, ist bei dieser Sachlage nicht stichhaltig. Aus den Gästeeintragungen im Internet ist vielmehr zu schliessen, dass er im Club als Gastgeber auftrat und dabei bedeutend mehr als in einem Pensum von 20 % tätig war. Daran ändern auch die Aussagen der Zeugin und des Zeugen nichts. Sie bestätigen zwar, dass er kaum im Club gearbeitet habe. Sie führen dies jedoch nicht auf gesundheitliche Gründe zurück, sondern werfen dem Kläger vor, dass er sich vor der Arbeit gedrückt habe. So brachte insbesondere die Zeugin deutlich zum Ausdruck, dass sie von ihm eine bedeutend grössere, zuverlässigere Mithilfe erwartete. Sie ging demzufolge davon aus, dass er trotz seiner gesundheitlichen Einschränkungen für einen höheren Arbeitseinsatz als die bescheinigte Arbeitsfähigkeit von 20 % in der Lage gewesen war. Als die Zeugin auf die Gästebucheintragungen angesprochen wurde, räumte sie dem Kläger schliesslich ein, dass er mehr gearbeitet haben könnte, als sie es beobachtet habe.

5.5.2 Weiter ist festzustellen, dass die Tätigkeiten des Klägers im Club weitgehend seiner angestammten Tätigkeit als Autohändler entsprechen. Gemäss seinen Ausführungen beinhaltet die Arbeit im B.\_\_\_\_\_ den Einkauf und Verkauf sowie die Administration inkl. Buchhaltung (vgl. Besprechungsprotokolle vom 13. Juni 2016 und 22. August 2017). Eine solche Arbeit ist mit dem Anforderungsprofil eines Gastgebers in einem Club ähnlich, sind doch beide Tätigkeiten körperlich leicht und erfordern eine persönliche Begleitung des Kunden, eine gute Kommunikationsfähigkeit sowie ein freundliches und überzeugendes Auftreten. Damit steht aber gleichzeitig die zuerst psychisch und später die somatisch bedingte attestierte Arbeitsfähigkeit von lediglich max. 20 % als Autohändler in einem krassen Widerspruch zu den Verrichtungen des Klägers im Club "J.\_\_\_\_\_". So ist sein Auftreten als Gastgeber mit einer 80%igen bis 100%igen Arbeitsunfähigkeit nicht vereinbar, wurde doch in der ersten Leistungsperiode die psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit mit einer depressiven Symptomatik wie Rückzugstendenzen und Lust- bzw. Freudlosigkeit begründet. Auch die in der zweiten Leistungsperiode beklagten massiven, somatisch bedingten Schmerzen korrelierten nicht mit dem von den Gästen geschilderten, engagierten Verhalten des Klägers. Besonders deutlich zeigen die Ergebnisse aus der Observation anlässlich der Cabrio-Tour vom 26. August 2017 auf, dass der Kläger während eines ganzen Tages in der Lage war, mit einem Auto mehrere Etappen ohne ersichtliches Schonverhalten durch Z.\_\_\_\_\_ zu fahren. Damit besteht ein unauflösbarer Widerspruch zwischen dem Aktivitätsverhalten des Klägers im Club und den beschriebenen ausgeprägten Beschwerden. Jedenfalls lässt sich daraus keine Arbeitsunfähigkeit von 80 % und höher plausibel begründen. In diesem Zusammenhang ist an die Besprechung vom 13. Juni 2016 zu erinnern. Dort hatten sich die Beklagte und er darauf geeinigt, dass er nur deshalb zu 20 % arbeitsfähig geschrieben wurde, um den dringenden administrativen Geschäften in seinem B.\_\_\_\_\_ nachgehen zu können. Damit geht aber jede Aktivität im Club über diese 20%ige Restarbeitsfähigkeit hinaus, zumal der Kläger beim Gespräch vom 22. August 2017 betonte, er könne aufgrund seiner Beschwerden nicht mehr als 20 % arbeiten. Diese Sachlage lässt keinen anderen Schluss zu, als dass der Kläger seine Beschwerden sowie deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit übertrieben dargestellt hat. Die ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten erfolgten denn auch im Wesentlichen gestützt auf die Angaben des Klägers, wodurch diese die Arbeitsunfähigkeit des Klägers weit höher einschätzten als sie effektiv vorhanden war. Damit ist von einer Aggravation der gesundheitlichen Beschwerden auszugehen, was genügt, um den objektiven Tatbestand des Art. 40 VVG zu erfüllen.

5.6 Daran ändert auch der Einwand des Klägers nichts, wonach sich die von Dr. H.\_\_\_\_\_ vorgenommene Beurteilung der Arbeitsfähigkeit auf die Bildgebung und somit auf objektivierbare Befunde stütze. Die Bildgebung zeigt zwar unbestrittenermassen einen entzündlichen Befall an der Brust- und Lendenwirbelsäule sowie am ISG. Diese Veränderungen sind jedoch gemäss den Ausführungen des Rheumatologen Dr. K.\_\_\_\_\_ vom 4. Februar 2019 lediglich gering ausgeprägt und zeigen höchstens eine leichte Entzündungsaktivität. Er legte nachvollziehbar dar, weshalb die bildgebenden Befunde das Ausmass der beklagten Beschwerden mit einem Steifheitsgefühl am ganzen Körper nicht erklären könnten. Hierfür müssten Destruktionen, reaktive Knochenveränderungen, entzündliche Veränderungen im Blut sowie ein negatives HLA-B27-Protein vorliegen, was hier aber nicht der Fall sei. Auch wenn Dr. K.\_\_\_\_\_ den Kläger nicht persönlich unter-

sucht hat, sind seine schlüssigen Ausführungen geeignet, erhebliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der Einschätzung von Dr. H.\_\_\_\_ zu erheben. Bei den Beurteilungen von Dr. H.\_\_\_\_ vom 18. Juli 2017 und 23. April 2018 fällt denn auch auf, dass die Arbeitsunfähigkeiten mit der vom Kläger geschilderten massiven Schmerzproblematik begründet wurden, ohne Bezug auf die klinischen Befunde zu nehmen oder auf das Ausmass der in den MRT festgestellten Entzündungen an der Wirbelsäule einzugehen. Dass die Einschätzung der Arbeitsfähigkeit von Dr. H.\_\_\_\_ vor allem auf die Angaben des Klägers beruht, zeigt sich insbesondere in der Begründung, weshalb er die zuerst attestierte 50%ige Arbeitsfähigkeit per 1. Juli 2017 auf 80 % erhöht hat. Denn diese Erhöhung erfolgte allein aus dem Grund, dass Dr. H.\_\_\_\_ der Äusserung des Klägers, wonach dieser seit mehreren Monaten an erheblichen nächtlichen Schmerzen leide, im Nachhinein mehr Bedeutung zumass.

5.7 Nebst der vorliegenden Aggravation der gesundheitlichen Beschwerden fällt auf, dass in den medizinischen Berichten die Aktivitäten des Klägers im Club nicht erwähnt sind. Auch den Beurteilungen von Dr. H.\_\_\_\_ sind keine Anhaltspunkte zu entnehmen, welche auf derartige Aktivitäten hindeuten würden. Bei der vertrauensmedizinischen Untersuchung vom 22. Juli 2016 schilderte der Kläger gegenüber Dr. F.\_\_\_\_ lediglich, dass seine Ex-Partnerin ein "eigenes Café bzw. ein Restaurant" führe. Er gab jedoch nicht zu erkennen, dass sich das "eigene Café bzw. das Restaurant" an seinem Wohnort befand und er dort Clubbesucher empfing. Er beschrieb nur, dass das Eigenheim, in welchem er mit seiner ehemaligen Freundin gelebt habe, einen Garten mit Rasen habe, welchen er gelegentlich mähe. Weiter suggerierte er, dass seine Ex-Partnerin gekocht habe, wenn sie am Abend nach Hause gekommen sei, was zumindest für drei Abende in der Woche, an welchen der Club geöffnet war, so nicht zutreffen konnte. Es ist deshalb mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Kläger seine Aktivitäten im Club gegenüber der behandelnden Ärzteschaft verschwiegen hat. Wenn der Kläger aber keine bzw. unvollständige Angaben zu einer für den Versicherungsanspruch relevanten Tatsache macht, resultieren in den medizinischen Einschätzungen fast zwangsweise falsche Schlussfolgerungen, weshalb nicht auf Beurteilungen der behandelnden medizinischen Fachpersonen abgestellt werden kann (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 29. Mai 2018, 4A\_20/2018, E. 3.2.1 und vom 3. März 2015, 4A\_382/2014, E. 6.2.5). Es mag sein, dass er seine Verrichtungen im Club nur deshalb nicht erwähnte, weil er hierfür keinen Lohn erhielt und deshalb als keine erwerbliche Tätigkeit betrachtete. Wie die Beklagte zu Recht anführt, ist der Entscheid über die rechtliche Qualifikation der Aktivitäten im Club jedoch vom Versicherer und nicht vom Kläger zu fällen. Indem er der Beklagten nichts von seinen Aktivitäten im Club berichtete, hat er seine Mitwirkungspflicht verletzt (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. März 2015, 4A\_382/2014, E. 6.3).

5.8 Die Gästebucheintragungen und die Observation zeigen weiter auf, dass der Kläger anspruchrelevante Tatsachen nicht nur verschwiegen, sondern auch Angaben machte, die nicht den Tatsachen entsprachen. So führte er anlässlich der Besprechung vom 22. August 2017 gegenüber der Beklagten aus, dass er nicht in der "Firma" seiner ehemaligen Partnerin arbeite. Er könne mit seinen Beschwerden ohnehin nicht behilflich sein. Im Widerspruch zu dieser Aussage gab er im vorliegenden Verfahren zu, dass er im Club immer wieder anwesend gewesen und dort als Gastgeber aufgetreten sei, indem er Clubbesucher empfangen habe und gewissen leichten Tätigkeiten nachgegangen sei (vgl. Replik und Widerklageantwort vom 10. Dezember 2018, S. 9

und 12). Weiter führte er an, dass sich sein ganzer Körper versteife, nachdem er 5 – 10 Minuten am Herd gestanden sei. Die Angaben stehen jedoch mit dem Gästebucheintrag vom 19. Juni 2017, wonach er während eines Nachmittags für die Clubgäste grilliert habe, nicht im Einklang. Auch die Aussage anlässlich der Besprechung vom 22. August 2017, er könne lediglich eine halbe Stunde am Stück Auto fahren, ist widersprüchlich zu den Ergebnissen aus der Observation vom 26. August 2017. Denn gemäss Observationsbericht vom 4. September 2017 war es dem Kläger möglich, am 26. August 2017 anlässlich der Cabrio-Tour bei zwei Etappen jeweils 1 ¼ Stunden ohne Zwischenhalt am Steuer zu sitzen. Ferner verneinte er anlässlich der Besprechung vom 22. August 2017 die Frage, ob er von anderen Versicherungen in den Jahren 2016/2017 Leistungen bezogen habe, obwohl er unbestrittenermassen von der IV Taggelder für die Zeit von Oktober 2016 bis Dezember 2016 erhielt (vgl. Taggeldabrechnungen vom 13. und 27. Dezember 2016). In objektiver Hinsicht steht damit fest, dass der Kläger Tatsachen, die geeignet sind, die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin auszuschliessen oder zu mindern, verschwiegen bzw. nicht wahrheitsgetreu darstellte.

5.9 Auch in subjektiver Hinsicht ist die erforderliche Täuschungsabsicht zu bejahen. Die sich aus der Observation ergebenden, augenscheinlichen Diskrepanzen zwischen den geklagten Beschwerden und dem tatsächlichen Verhalten sowie den Aktivitäten des Klägers können nur mit einer bewussten Täuschungsabsicht in Einklang gebracht werden. Anders ist nicht erklärbar, weshalb beim Kläger während der rund 7-stündigen Cabrio-Tour mit mehreren Etappen keine Anzeichen von Schmerzen oder Steifheit erkennbar waren.

5.10 Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger die medizinischen Fachpersonen in aggravatorischer Weise über seine tatsächliche Leistungsfähigkeit getäuscht hat, womit ihre Arbeitsunfähigkeitseinschätzungen ohne Beweiswert sind. Zudem hat er sowohl in objektiver als auch subjektiver Hinsicht anspruchrelevante Tatsachen verschwiegen und gegenüber der Beklagten nachweislich wahrheitswidrige Angaben zu seiner Leistungsfähigkeit gemacht. Damit ist der Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern weitere Abklärungen, so namentlich die vom Kläger beantragte Befragung von Dr. H.\_\_\_\_, an diesem Ergebnis etwas zu ändern vermögen. Es wird deshalb von der Durchführung von weiteren Beweismassnahmen verzichtet (vgl. zur antizipierten Beweiswürdigung: BGE 134 I 140 E. 5.3).

6.1 Sind sowohl der objektive wie auch der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG – wie hier – erfüllt, ist eine betrügerische Anspruchsbegründung seitens des Klägers zu bejahen. Dies hat zur Folge, dass die Beklagte nicht an den Vertrag gebunden ist (Art. 40 VVG). Die einhellige Lehre und Praxis leiten daraus das Recht des Versicherers ab, vom Vertrag zurückzutreten sowie gegenüber dem betrügerischen Anspruchsteller die Leistung, mithin den ganzen Anspruch, zu verweigern (vgl. NEF, a.a.O., zu Art. 40 N 44 mit weiteren Hinweisen sowie zu Art. 40 N 46 und N 47; Urteil des Bundesgerichts vom 3. März 2015, 4A\_382/2014, E.5.2). Der Rücktritt bewirkt das Dahinfallen des Vertrags, wobei die sogenannte versicherungsrechtliche Unverbindlichkeit in aller Regel mit Rückwirkung bis zum Zeitpunkt eintritt, in dem der Rücktrittsgrund entstanden ist, mithin nach herrschender Lehrmeinung mit dem Eintritt des Versicherungsfalls (nicht erst der Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung; vgl. NEF, a.a.O., zu Art. 40 N 53). Vorliegend ist das Schadensdatum der 22. Januar 2016. Die Beklagte ist somit berechtigt, alle ab 22.

Januar 2016 geleisteten Taggeldzahlungen zurückzufordern und die Ausrichtung weiterer Taggeldzahlungen im Zusammenhang mit den beiden Schadenfällen zu verweigern. Die Klage ist demgemäss abzuweisen.

6.2 In Bezug auf die Höhe der Rückforderung ergibt sich aus den Akten, dass die Beklagte Taggelder vom 21. Februar 2016 bis 31. August 2017 in Höhe von insgesamt Fr. 94'985.15 erbracht hat, was vom Kläger auch nicht bestritten wird. Entgegen dem Vorgehen der Beklagten sind davon die während dieser Zeit geleisteten Prämien in Höhe von Fr. 10'091.-- abzuziehen (vgl. Schreiben vom 26. September 2017), womit sich der von der Beklagten eingeklagte Rückforderungsbetrag von Fr. 106'861.90 auf Fr. 84'894.15 (Fr. 94'985.15 – Fr. 10'091.--) reduziert.

6.3 Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung gilt das Rückforderungsrecht der Beklagten auch für die Observationskosten. So können die Kosten einer durchgeführten Observation einem Versicherungsnehmer auferlegt werden, wenn sie rechtmässig durchgeführt wurde und notwendig war, um zu klären, ob die eingereichten ärztlichen Berichte die effektive Arbeits- und Leistungsfähigkeit wiedergeben (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 27. Juli 2017, 4A\_110/2017, E. 7 und vom 3. März 2015, 4A\_382/2014, E. 6.3). Grundlage dafür sind die Art. 97 ff. des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht [OR] vom 30. März 1911; Schadenersatz bei verschuldeter Vertragsverletzung). Da sich erwiesen hat, dass die Überwachung rechtmässig und insbesondere geeignet sowie erforderlich war, um die Arbeitsunfähigkeit des Klägers im behaupteten Ausmass zu überprüfen, hat der Kläger der Beklagten die Observationskosten in Höhe von Fr. 11'876.75 (vgl. Rechnung der I.\_\_\_\_ AG vom 18. September 2017) zu erstatten.

7. Die Beklagte beantragt eine Verzinsung ihrer Rückforderung zu 5 % seit 19. September 2017 (= Datum der Rücktrittserklärung vom Vertrag). Da den AVB keine Bestimmungen über den Verzugszins zu entnehmen sind, finden gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des OR Anwendung. Nach Art. 104 Abs. 1 OR hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld im Verzug ist, einen Verzugszins in der Höhe von 5 % zu bezahlen. Der Eintritt des Verzugs setzt Fälligkeit der Forderung sowie eine Mahnung voraus (Art. 102 Abs. 1 OR). Nach der Rechtsprechung ist eine Mahnung für die Fälligkeit der Versicherungsleistungen in analoger Anwendung von Art. 108 OR nicht erforderlich, wenn der Versicherer seine Leistungspflicht definitiv verneint (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 8. Mai 2017, 4A\_16/2017, E. 3.1). Mit Schreiben vom 19. September 2017 hat die Beklagte ihre Leistungspflicht erstmals abgelehnt und betrachtete sich gestützt auf Art. 40 VVG als nicht an den Vertrag gebunden. Demzufolge hat der Kläger der Beklagten einen Betrag von Fr. 96'770.90 (Fr. 84'894.15 + Fr. 11'876.75) zuzüglich Verzugszins von 5 % seit dem 19. September 2017 zu bezahlen. Bei diesem Ergebnis ist die Widerklage teilweise gutzuheissen.

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

8.2 Der obsiegenden Partei ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzusprechen. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung besteht im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ein Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, E. 5 mit Hinweisen, zur Geltung dieser Rechtsprechung unter der ZPO: Urteil des Bundesgerichts vom 17. November 2010, 4A\_194/2010, E. 2.2.1 mit Hinweisen). Diese Voraussetzung ist vorliegend gegeben, weshalb die Beklagte einen Anspruch auf Ausrichtung einer Parteientschädigung zulasten des Klägers hat (vgl. auch Urteil des Kantonsgerichts vom 9. Mai 2014, 731 13 350, E. 7.2). Die Rechtsvertreter der Beklagten machen in ihrer Honorarnote vom 9. Juli 2018 einen Stundenaufwand von insgesamt 51,2 Stunden geltend, was sich umfangmässig in Anbetracht der sich stellenden Sachverhalts- und Rechtsfragen als angemessen erweist. Hinzurechnen sind die Bemühungen im Umfang von 8,8 Stunden für die Teilnahme an der heutigen Parteiverhandlung mit Vorbereitung und Anreise. Nicht zu beanstanden sind ferner die in der Honorarnote ausgewiesenen Auslagen im Umfang von Fr. 855.30. Die Beklagte hat gemäss dem praxisgemäss zur Anwendung gelangenden Stundenansatz von Fr. 250.-- (vgl. § 3 Abs. 1 der Tarifordnung für die Anwältinnen und Anwälte vom 17. November 2003) demnach Anspruch auf Vergütung der Parteikosten in Höhe von Fr. 17'076.15 (60 Stunden à Fr. 250.-- + Auslagen von Fr. 855.30 + 7,7 % Mehrwertsteuer).

Demgemäss wird **erkannt** :

- ://:
1. Die Klage wird abgewiesen.
  2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird der Kläger verpflichtet, der Beklagten Fr. 96'770.90 zuzüglich Zins zu 5 % ab 19. September 2017 zu bezahlen.
  3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
  4. Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 17'076.15 (inkl. Auslagen und 7,7% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.