Bundesgericht
Tribunal fédéral
Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A_432/2015

Urteil 8. Februar 2016

I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichterin Kiss, Präsidentin,
Bundesrichter Kolly, Bundesrichterin Niquille,
Gerichtsschreiber Luczak.

Verfahrensbeteiligte
A._____ AG,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Geiger,
Beschwerdeführerin,

gegen

B._____,
vertreten durch Rechtsanwalt Martin Hablützel,
Beschwerdegegner.

Gegenstand
Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs,

Beschwerde gegen das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich, II. Kammer, vom 18. Juni 2015.

Sachverhalt:

A.
B._____ (Versicherter, Beklagter, Beschwerdegegner), Jahrgang 1967 und Inhaber des Einzelunternehmens "Optikergeschäft B._____" schloss per 1. September 2007 mit der A._____ AG (Versicherer, Klägerin, Beschwerdeführerin) eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1) gegen Erwerbsunfall und Krankheit ab. Für den Versicherten wurde ein versicherter Jahreslohn von Fr. 80'000.-- und ein Krankentaggeld im Betrag von 100 % des versicherten Lohnes bei einer Wartefrist von 30 Tagen vereinbart.
Am 13. November 2009 meldete der Versicherte dem Versicherer eine volle Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit ab dem 2. November 2009. In der Folge erbrachte der Versicherer für die Zeit vom 2. Dezember 2009 bis 31. Mai 2011 Krankentaggeldleistungen in der Höhe von Fr. 119'680.--, dies gestützt auf Arztberichte des den Versicherten betreuenden Arztes, Dr. med. C._____, Facharzt für Innere Medizin/Rheumatologie, und den Ärzten der D._____ Klinik.
Vom 12. bis 17. Mai, am 5. Juli sowie vom 8. bis 9. Juli 2011 wurde der Versicherte im Auftrag des Versicherers observiert. Als Folge davon erklärte der Versicherer mit Schreiben vom 14. Juli 2011 gestützt auf Art. 40 VVG die rückwirkende Aufhebung der Kollektiv-Krankentaggeldpolice per 16. November 2009 und forderte die bisher erbrachten Leistungen sowie die Abklärungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 127'486.20 zurück. Gegen die am 1. September 2011 im Betrag von Fr. 125'862.20 nebst Zinseingeleitete Betreibung erhob der Versicherte Rechtsvorschlag.

B.
Mit Klage beim Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich beantragte die Klägerin, der Beklagte sei zu verpflichten, ihr Fr. 124'086.05 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2011 zuzüglich der Kosten für den

Zahlungsbefehl von Fr. 203.-- zu bezahlen und es sei der Rechtsvorschlag in diesem Umfang zu beseitigen. Das Gericht zog die Akten der Invalidenversicherung bei. Mit Urteil vom 18. Juni 2015 wies es die Klage ab.

C.
Mit Beschwerde in Zivilsachen beantragt die Beschwerdeführerin dem Bundesgericht unter Aufrechterhaltung ihrer im kantonalen Verfahren gestellten Rechtsbegehren, das Urteil des Sozialversicherungsgerichts sei aufzuheben und die Klage zu schützen. Eventualiter sei die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das Sozialversicherungsgericht zur Neubeurteilung zurückzuweisen. Der Beschwerdegegner schliesst auf Nichteintreten, eventuell auf Abweisung der Beschwerde. Die Vorinstanz hat auf eine Vernehmlassung verzichtet. Die Beschwerdeführerin hat unaufgefordert eine Replik eingereicht.

Erwägungen:

1.
Die Sachurteilsvoraussetzungen der Beschwerde in Zivilsachen sind erfüllt. Unter Vorbehalt einer rechtsgenüglichen Begründung (Art. 42 Abs. 2 BGG) ist auf die Beschwerde einzutreten.

1.1. Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Mit Blick auf die allgemeinen Begründungsanforderungen an eine Beschwerde (Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG) behandelt es aber grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind; es ist jedenfalls nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (**BGE 140 III 86** E. 2 S. 88 f. mit Hinweisen).
Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. **BGE 135 I 19** E. 2.2 S. 21; **132 I 42** E. 3.3.4 S. 47; Urteile 4A_279/2013 vom 12. November 2013 E. 2; 4A_146/2012 vom 10. Januar 2013 E. 2.7).

1.2. 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 S. 17 f. mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinn von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" (**BGE 140 III 115** E. 2 S. 117, 264 E. 2.3 S. 266). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Wer die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss substanziiert darlegen, inwiefern die Voraussetzungen einer Ausnahme gemäss Art. 105 Abs. 2 BGG gegeben sind und das Verfahren bei rechtskonformer Ermittlung des Sachverhalts anders ausgegangen wäre; andernfalls kann ein Sachverhalt, der vom im angefochtenen Entscheid festgestellten abweicht, nicht berücksichtigt werden (**BGE 140 III 16** E. 1.3.1 S. 17 f., 264 E. 2.3 S. 266; je mit Hinweisen).
Zu beachten ist, dass das Bundesgericht in die Beweiswürdigung des Sachgerichts nur eingreift, 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 im Ergebnis 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 S. 18 f.; **129 I 8** E. 2.1 S. 9; je mit Hinweisen).

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 gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden (Art. 40 VVG).

2.1. 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 (**BGE 141 III 241** E. 3.1 S. 242; **130 III 321** E. 3.1 S. 323). 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, wie u.a. die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG. Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen also je ihr eigenes Beweisthema (**BGE 130 III 321** E. 3.1 S. 323; Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2014 E. 5.3 mit Hinweis). Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen, wie dies bei Taggeldversicherungsansprüchen im Hinblick auf die tatsächliche Erwerbsunfähigkeit der Fall sein kann.

2.2. Das Bundesgericht hat entschieden, dass für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art. 14 VVG) angesichts der damit verbundenen Beweisschwierigkeiten das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gilt (zit. Urteil 4A_382/2014 E. 5.3; Urteile 4A_316/2013 vom 21. August 2013 E. 6.2; 4A_431/2010 vom 17. November 2010 E. 2.6, teilw. publ. in: SJ 2011 I S. 137 ff. S. 140). Es hat diese Reduktion des Beweismasses auch auf die betrügerische Anspruchsbegründung, namentlich den Nachweis der Täuschungsabsicht angewendet (zit. Urteil 4A_382/2014 E. 5.3; wohl auch zit. Urteil 4A_431/2010 E. 2.5).

3.
Die Vorinstanz äusserte sich zuerst zu den Voraussetzungen der Observation, liess aber offen, ob diese zulässig war, weil sie eine Täuschung durch den Beschwerdegegner gemäss Art. 40 VVG ohnehin verneinte.

3.1. Sie stellte fest, der Beschwerdegegner habe folgende Erklärungen zu seiner Arbeitsunfähigkeit abgegeben: Im März 2011 habe er gegenüber der Sachbearbeiterin der IV-Stelle erklärt, es gehe ihm psychisch nicht gut. Er lebe sehr zurückgezogen und habe ausser mit seiner Frau keine sozialen Kontakte. Seine Frau führe das Optikergeschäft jetzt alleine. Er verrichte dort manchmal Botengänge. Anlässlich der Besprechung mit der Beschwerdeführerin vom 11. Juli 2011 habe er angegeben, er habe bis zu diesem Tag keine Arbeitsversuche gemacht, keine Kunden mehr bedient. Es komme ab und zu vor, dass er seine Frau im Geschäft besuche, mit ihr esse oder ihr ganz kleine Sachen abnehme, z.B. Geldwechsel. Er habe aber seit dem Eintritt ins Kantonsspital Winterthur im Februar 2010 nie mehr Kunden bedient oder Sehtests gemacht.

3.2. Demgegenüber stellte die Vorinstanz fest, gemäss den durchgeführten Observationen sei der Beschwerdegegner im Zeitraum vom 12. bis 17. Mai 2011 an allen Tagen in seinen Verkaufsräumlichkeiten beobachtet worden. So sei er am 12. Mai 2011 von 09.10 bis 13.42 Uhr im Geschäft anwesend gewesen, wo er nach Darstellung des Observationsteams bei einem Kunden, bei welchem es sich um einen Detektiv der Überwachungsfirma gehandelt habe, einen Augentest durchgeführt und ihn beim Kauf einer Brille beraten habe. Am 13. und 14. Mai 2011 sei er abzüglich einer kurzen Pause den ganzen Tag im Optikbereich beobachtet worden, wo er gemäss Observationsbericht jeweils einen Kunden bedient haben soll. Am 17. Mai 2011 sei er sodann ebenfalls im Geschäft anwesend gewesen. Auch während der weiteren Observationen vom 5. Juli und vom 8. bis 9. Juli 2011 sei der Beschwerdegegner mehrheitlich in seinem Optikergeschäft beobachtet worden, wo er sich die meiste Zeit im hinteren, von aussen schlecht einsehbaren Teil des Geschäfts aufgehalten habe, aber gelegentlich auch im vorderen Teil des Ladenlokals Arbeiten verrichtet habe. Dass er dabei einen Kunden bedient haben soll, wie die Beschwerdeführerin geltend mache, gehe aus dem Observationsbericht jedoch nicht hervor. Zusammenfassend stellte die Vorinstanz fest, an den neun Tagen der Observation sei der Beschwerdegegner während ca. 41 Stunden im Geschäft anwesend gewesen; an drei Tagen hätten im Umfang von 70 Minuten Verkaufs- bzw. Beratungsgespräche stattgefunden, wobei dasjenige mit dem Detektiv der Überwachungsfirma allein schon 32 Minuten gedauert habe.

3.3. Die Vorinstanz nahm an, der Beschwerdegegner habe seine Aufenthalte im Geschäft und die "wenigen getätigten Kundenberatungen" als Therapiemassnahme verstehen dürfen, wie sie ihm im Rahmen des Verhaltensprogramms der Psychiatrie Uster ausdrücklich empfohlen worden sei. Es sei nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan, "dass die allfälligen Kundengespräche geeignet waren, Bestand und Umfang der Leistungspflicht (...) zu beeinflussen". Insgesamt lägen für die Bejahung einer subjektiven Täuschungsabsicht zu wenig Anhaltspunkte vor. Das Verhalten des Beschwerdegegners lasse sich nicht dahingehend interpretieren, dass er "bewusst in der Absicht" gehandelt habe, von der Beschwerdeführerin ungerechtfertigt Taggelder zu erhalten. Aus dem Bildmaterial lasse sich keine (Teil-) Arbeitsfähigkeit erstellen. Vielmehr gehe aus den medizinischen Berichten klar hervor, dass der Beschwerdegegner als vollständig arbeitsunfähig erachtet worden sei, was auch mit der Darstellung des Beschwerdegegners übereinstimme. Eine Täuschungsabsicht "in dieser Hinsicht" liege demnach nicht vor.

4.
Die Beschwerdeführerin rügt eine Verletzung der Untersuchungsmaxime (Art. 243 ZPO), des rechtlichen Gehörs (Art. 29 BV) und ihres Rechts auf Gegenbeweis (Art. 8 ZGB) und damit zusammenhängend eine willkürliche Würdigung der objektiv bestehenden Arbeitsunfähigkeit.

4.1. Sie bezieht sich dabei auf die Schlussfolgerung der Vorinstanz, wonach "aus dem Bildmaterial (...) sich keine Arbeitsfähigkeit oder Teilarbeitsfähigkeit erstellen" lasse und dass "vorliegend aus den medizinischen Akten, klar hervor (gehe), dass der Beschwerdegegner als vollständig arbeitsunfähig erachtet wurde". Dieser Schluss sei klar willkürlich. Entgegen der Behauptung der Vorinstanz sei etwa die Rheumatologin Dr. med. E._____ in ihrem Gutachten über den Beschwerdegegner vom 14. Mai 2012 zum Schluss gekommen, dass dieser aus rheumatologischer Sicht nie länger arbeitsunfähig gewesen sei. Der Versicherer müsse nicht akzeptieren, dass auf Arbeitsunfähigkeitszeugnisse behandelnder Ärzte abgestellt werde, die ohne seine Mitwirkung eingeholt worden seien. Er habe Anspruch darauf, dass die attestierten Arbeitsunfähigkeiten unter Berücksichtigung der Erkenntnisse des Observationsmaterials mittels neutralem Gutachten abgeklärt werde.

4.2. Die Beschwerdeführerin legt nicht dar, dass sie vorinstanzlich ein solches Gutachten beantragt hat. Zutreffend ist, dass gemäss Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO der soziale Untersuchungsgrundsatz (Art. 247 Abs. 2 ZPO) gilt. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass die Vorinstanz von sich aus ein Gutachten hätte anordnen

müssen. Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidwesentlichen Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen (vgl. zum Ganzen Urteil des Bundesgerichts 4A_360/2015 vom 12. November 2015 E. 4.2 mit Hinweisen). Diese Grundsätze hat die Vorinstanz nicht verletzt, wenn sie gegenüber der anwaltlich vertretenen Beschwerdeführerin nicht von sich aus ein Gutachten einholte.
Der aus Art. 29 Abs. 2 BV fliessende Anspruch auf rechtliches Gehör verleiht der betroffenen Partei das Recht, in einem Verfahren, das in ihre Rechtsstellung eingreift, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweismitteln gehört zu werden (**BGE 134 I 140** E. 5.3 S.148). Bestand kein Beweisantrag, ist also auch der Anspruch auf rechtliches Gehör und das "Recht auf Gegenbeweis (Art. 8 ZGB) " nicht verletzt; abgesehen davon, dass es nicht um den Gegenbeweis geht, sondern um den von der Beschwerdeführerin zu erbringenden Hauptbeweis für die betrügerische Anspruchsbegründung (vgl. E. 2.1 hiervor). Die Vorinstanz durfte daher auf die vorhandenen Unterlagen abstellen, d.h. die Observation und die vorhandenen Bestätigungen der behandelnden Ärzte.

4.3. Aufgrund der vorinstanzlichen Feststellungen ist ausgewiesen, dass der Beschwerdegegner im kontrollierten Zeitraum von neun Tagen durchschnittlich gut 4,5 Stunden täglich in seinem Geschäft anwesend war (am 13. und 14. Mai 2011 den ganzen Tag) und vereinzelte Kunden bediente. Seine Angaben gegenüber der Beschwerdeführerin, dass es hin und wieder vorkomme, dass er seine Frau im Geschäft besuche oder ihr kleine Sachen abnehme bzw. für sie Botengänge mache, war daher falsch. Objektiv unzutreffend war auch die Erklärung, seit Februar 2010 keine Kunden mehr bedient oder Sehtests gemacht zu haben. Wenn die Vorinstanz aber den im Vergleich zur Dauer der Anwesenheit nur geringen Zeitaufwand für Verkaufs- bzw. Beratungsgespräche berücksichtigte und davon ausging, die Observation beweise als solche objektiv keine Arbeitsfähigkeit bzw. Teilarbeitsfähigkeit, ist dies nicht offensichtlich unhaltbar. Ebenso ist es nicht willkürlich, wenn die Vorinstanz feststellte, die behandelnden Ärzte hätten den Beschwerdegegner im massgeblichen Zeitpunkt als vollständig arbeitsunfähig erachtet. Selbst wenn der Beschwerdegegner aus rheumatologischer Sicht nie länger arbeitsunfähig gewesen sein sollte, schliesst dies eine Arbeitsunfähigkeit aus anderen Gründen nicht aus. Zu prüfen bleibt, ob die Falschangaben des Beschwerdegegners den Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs erfüllen.

5.
Art. 40 VVG enthält nach dem Wortlaut zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten; einerseits wahrheitswidrige Angaben zu anspruchsbegründenden (bzw. -mindernden) Tatsachen und andererseits zu späte oder unterlassene Mitteilungen gemäss Art. 39 VVG, d.h. Mitteilungen über solche Tatsachen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind. Über die Tragweite der Bestimmung herrscht in der Lehre keine Einigkeit (für zwei zu unterscheidende Tatbestandsvarianten: HANS ROELLI/MAX KELLER, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, 2. Aufl. 1968, S. 579 f.; BURKHARD GANTENBEIN, Die ausserordentliche Beendigung des Versicherungsvertrages nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 8. April 1908, 1939, S. 193 ff.; anders wohl JÜRG NEF, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N. 13 zu Art. 40 VVG, der den Verweis auf Art. 39 VVG als überflüssig erachtet). Einigkeit besteht aber insoweit, als die Bestimmung subjektiv (in beiden Varianten) Täuschungsabsicht voraussetzt (ROELLI/KELLER, a.a.O., S. 581; NEF, a.a.O., N. 23 ff. zu Art. 40 VVG; GANTENBEIN, a.a.O., S. 200 f.).

5.1. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, beide Varianten von Art. 40 VVG seien erfüllt. Sie rügt, die Vorinstanz habe nur die erste Tatbestandsvariante geprüft, hingegen habe sie nicht geprüft, ob der alternativ geltende objektive Tatbestand einer unterlassenen Meldung nach Art. 39 VVG zum Zwecke der Täuschung gegeben sei. Sie macht geltend, die Falschangaben anlässlich der Befragung vom 11. Juli 2011 seien zweifellos solche "auf Begehren des Versicherers", die "zur Feststellung der Folgen der Ereignisse, dienlich" seien im Sinn von Art. 40 VVG i.V.m. Art. 39 VVG. Darüber hinaus sei die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit - gerade bei psychosomatischen Leiden - gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung (**BGE 141 V 281** E. 3.7.2 S. 295 f. mit Hinweisen) eine "Aufgabe der indirekten Beweisführung", bei der auch weitere Hilfstatsachen und das Verhalten im Alltag bei der Prüfung der Konsistenz der Angaben zu berücksichtigen seien. Insgesamt seien die Falschangaben des Beschwerdegegners daher objektiv geeignet, Bestand und Höhe der Leistungspflicht zu beeinflussen.
Der Beschwerdegegner hält dem entgegen, Art. 39 VVG beziehe sich nur auf solche Mitteilungen, die zum Zwecke der Täuschung verspätet oder gar nicht erfolgen. Das Verschweigen oder Verfälschen von Tatsachen an sich - wie hier von der Beschwerdeführerin geltend gemacht - falle nicht darunter. Unabhängig davon müssten auch solche Tatsachen geeignet sein, die Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen. Die Beschwerdeführerin behaupte aber nicht, dass sie ihre Leistungspflicht anders beurteilt hätte, wenn sie Kenntnis über die von ihr als "Arbeitsversuche" bezeichneten observierten Tätigkeiten gehabt hätte. Im Übrigen gehe es bei der Frage, ob Angaben des Beschwerdegegners geeignet gewesen seien, die Leistungspflicht zu beeinflussen, auch um Beweiswürdigung und damit eine Tatfrage, die nur einer Willkürprüfung unterliege, weshalb auf die Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht einzutreten sei.

5.2. In der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichts ging es im Wesentlichen um "Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern" i.S. der ersten Tatbestandsvariante von Art. 40 VVG, und zwar um unmittelbar anspruchsbegründende Tatsachen (**BGE 78 II 278** E. 1 S. 280), wie die Höhe des Schadenbetrags, namentlich die Tatsache eines zu hohen Wertes der versicherten Sache (**BGE 78 II 278**; Urteile 4A_17/2011 vom 14. März 2011; 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002 E. 3.1; 5C.52/1997 vom 24. Juni 1998 E. 3b/aa; vgl. auch die zit. Urteil 4A_431/2010 E. 2.5). Insbesondere in französischsprachigen Entscheiden präzisierte das Bundesgericht die objektive Voraussetzung der ersten Tatbestandsvariante in Art. 40 VVG sodann insofern, dass die unrichtige Mitteilung, welche die Leistungspflicht ausschliessen oder mindern würde, dann vorliege, wenn "autrement dit, (...) sur la base d'une déclaration correcte des faits en question, l'assureur n'ait à verser qu'une prestation moindre ou même aucune prestation" (zit. Urteile 4A_17/2011 E 2; 5C.99/2002 E. 3.1 sowie Urteil 5C.2/2007 vom 17. Oktober 2007 E. 4.1; alle unter Hinweis auf die entsprechende Formulierung bei NEF, a.a.O., N. 16 zu Art. 40 VVG) bzw. eine fast gleich lautende Formulierung (zit. Urteil 4A_288/2013 E. 3). Bei der Taggeldversicherung ist die Arbeitsunfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit eine anspruchsbegründende Tatsache. Daher lag im sowohl von der Vorinstanz wie den Parteien zitierten Urteil 4A_382/2014 objektiv eine unrichtige Mitteilung über unmittelbar anspruchsbegründene Tatsachen vor. Dort hatte der Versicherte im Strafverfahren nämlich eine tatsächliche Arbeitstätigkeit von 80 bis 100 % eingeräumt. Gleichzeitig gab er gegenüber den ihn behandelnden Ärzten eine vollständige Arbeitsunfähigkeit an und bezog mittels den Arztattesten von der Beschwerdegegnerin ungekürzte Taggelder, womit er auch dieser gegenüber eine vollständige Arbeitsunfähigkeit deklarierte (zit. Urteil 4A_382/2014 E. 6, v.a. E. 6.2.1). In diesem Sinn ist auch die Äusserung zu verstehen, zu den Fällen des Vortäuschens eines grösseren Schadens gehöre namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (zit. Urteil 4A_382/2014 E. 5.1 unter Hinweis auf Nef, a.a.O., N. 22 zu Art. 40 VVG).
Vor dem Hintergrund der vorinstanzlichen Beweiswürdigung, welche die Beschwerdeführerin nicht als willkürlich auszuweisen vermochte (E. 4.3 hiervor), ist aber - zumindest bis jetzt - nicht erstellt, dass die Deklaration des Beschwerdegegners gegenüber der Beschwerdeführerin einer hundertprozentigen Arbeitsunfähigkeit falsch gewesen wäre. Die Beschwerdeführerin macht aber geltend, wahrheitsgemässe Angaben im Gespräch vom 11. Juli 2011 hätten sie veranlasst, zusätzliche medizinische Abklärungen (Gutachten) zu treffen. Wie ein derartiger Fall mit Blick auf Art. 40 VVG zu behandeln ist, hatte das Bundesgericht in der zitierten Rechtsprechung bisher nicht zu entscheiden.

5.3. Auf die Frage braucht auch hier nicht vertieft eingegangen zu werden, da die Anwendung von Art. 40 VVG, wie dargelegt, jedenfalls Täuschungsabsicht voraussetzt (ROELLI/KELLER, a.a.O., S. 581; NEF, a.a.O., N. 23 ff. zu Art. 40 VVG; GANTENBEIN, a.a.O., S. 200 f.). Diese ist gegeben, wenn der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Wollen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (zit. Urteile 4A_382/2014 E. 5.1; 5C.2/2007 E. 4.1; Nef, a.a.O., N. 23 zu Art. 40 VVG; vgl. auch ROLAND SCHAER, Rechtsfolgen der Verletzung versicherungsrechtlicher Obliegenheiten, 1972, S. 81 f. mit Hinweisen; GANTENBEIN, a.a.O., S. 201, der die Absicht, vom Versicherer eine Leistung zu erhalten, die dem Anspruchsberechtigten nicht oder nicht in dieser Höhe gebührt, verlangt, also die Absicht, eine ungerechtfertigte Bereicherung zu erlangen).

5.3.1. Die Feststellung, welche Absicht ein Versicherter gehabt hat bzw. mit welchem Willen er gehandelt hat, ist eine tatsächliche Feststellung, die vom Bundesgericht grundsätzlich nicht überprüft werden kann (vgl. E. 1.2 hiervor). Demgegenüber ist es eine frei überprüfbare Rechtsfrage, ob gestützt auf die vorinstanzlichen Feststellungen zur Absicht bzw. dem Willen des Versicherten der subjektive Tatbestand des Art. 40 VVG erfüllt ist (zit. Urteil 5C.2/2007 E. 4.1 mit Hinweisen; vgl. auch Urteil 4A_393/2008 vom 17. November 2008 E. 4.5).

5.3.2. Die Vorinstanz verneinte die subjektive Täuschungsabsicht. Sie stellte fest, aufgrund des objektiven Sachverhalts sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, "dass der Beklagte mit dem Verschweigen allfälliger Kundengespräche anlässlich der Besprechung vom 11. Juli 2011 seine Aussichten auf weitere Taggeldleistungen erhöhen wollte. Dass er dabei jedoch bewusst in der Absicht handelte, von der Klägerin zu Unrecht Taggelder zu erhalten," sei "[...] nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erstellt". Sie stützte sich dabei namentlich auf die Angaben von med. pract. F._____, der in seinem Bericht vom 23. Januar 2012 an den Rechtsvertreter des Beschwerdegegners ausgeführt hatte, der Beschwerdegegner sei im Rahmen eines Therapieprogramms aufgefordert worden, eine langsame Annäherung an den Betrieb im Sinne eines Praktikums vorzubereiten und sich dazu auch kurze Zeit in sein Geschäft zu begeben.

5.3.3. Die vorinstanzliche Formulierung ist schwer verständlich, wenn sie die "bewusste Absicht" dem blossen "Willen auf Erhöhung der Aussichten auf Versicherungsleistung" gegenüberstellt. Aufgrund der gesamten Beweiswürdigung kann ausgeschlossen werden, dass sie mit "bewusste Absicht" erhöhte Anforderungen an die Verschuldensart stellen wollte, beispielsweise im Sinn eines arglistigen Verhaltens oder Absicht in dem Sinn, dass die Schädigung des Versicherers geradezu Selbstzweck der falschen Angaben sein müsste (zu den unterschiedlichen Verschuldensarten vgl. statt vieler: GAUCH/SCHLUEP/EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Alllgemeiner Teil, Bd. II, 10. Aufl., 2014, Rz. 2965 f.). Vielmehr ist die Formulierung (analog zum gewöhnlichen Vorsatz) dahingehend zu verstehen, dass der Beschwerdegegner nicht mit Wissen und Wollen handelte, einen unrechtmässigen Vermögensvorteil zu erlangen.
Die Verneinung einer "bewussten Absicht " beruht auf Beweiswürdigung und ist eine tatsächliche Feststellung. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Umstände - namentlich der zeitliche Zusammenhang und der Hinweis auf die Wichtigkeit der wahrheitsgetreuen Beantwortung der Fragen

anlässlich des Abklärungsgesprächs vom 11. Juli 2011 - sprächen klar für eine bewusste Falschaussage des Beschwerdegegners, die darauf gerichtet gewesen sei, weitere Abklärungen durch die Beschwerdeführerin (Anordnung eines psychiatrischen Gutachtens etc.) zu verhindern. Er habe auch entgegen der Vorinstanz nicht von blossen Therapie-Massnahmen ausgehen dürfen, denn gemäss dem Bericht von med. pract. F._____ vom 23. Januar 2012 seien solche Massnahmen erst Anfang Juli 2011 ein Thema gewesen; die Observationen datierten aber z.T. schon aus Mai 2011. Damit kritisiert sie die Beweiswürdigung der Vorinstanz, ohne aber Willkür (vgl. E. 1.2 hiervor) aufzuzeigen. Aus den erwähnten Zeitpunkten lässt sich nichts Entscheidendes ableiten. Es trifft nicht zu, dass die Vorschläge von med. pract. F._____ zur "langsamen Annäherung an den Betrieb im Sinn eines Praktikums" erst im Juli erfolgten. Der Psychiater verweist vielmehr auf die bereits anfangs 2011 gemachten Schritte (vi-act. 6/4 S. 3: " (siehe oben) "). Er führt zwar auch aus, der Beschwerdegegner hätte sich "dazu auch kurze Zeit in sein Geschäft zu begeben" und "Der Patient hat berichtet, dass er immer nur kurze Zeit im Geschäft gewesen ist" (vi-act. 6/4 S. 3). Ein Aufenthalt während der observierten Zeit von durchschnittlich gut 4,5 Stunden pro Tag (an zwei Tagen ganztags) entspricht dem kaum. Geradezu willkürlich ist die Beweiswürdigung der Vorinstanz aber nicht. Aufgrund ihrer Feststellung ist somit davon auszugehen, dass der Beschwerdegegner nicht mit Absicht handelte.

5.3.4. Zu prüfen bleibt, ob der von der Vorinstanz gleichzeitig festgestellte Wille des Beschwerdegegners, mit seinen unrichtigen Angaben die Aussichten auf Taggeld erhöhen zu wollen, den subjektiven Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt.

5.3.4.1. Die Beschwerdeführerin macht geltend, damit sei zumindest Eventualvorsatz zur betrügerischen Anspruchsbegründung gegeben, denn es habe jedenfalls eine Inkaufnahme einer unzulässigen Beeinflussung der Willensbildung beim Versicherer vorgelegen. Eventualvorsatz genüge (unter Hinweis auf STEPHAN FUHRER, Versicherungsmissbrauch - privatrechtliche Aspekte, in: Haftung und Versicherung, Weber/Münch [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, S. 1460 f. Rz. 29.15 f.). Indem die Vorinstanz trotz dieser Feststellung schliesse, insgesamt würden für die Bejahung der subjektiven Täuschungsabsicht zu wenig Anhaltspunkte vorliegen, stelle sie zu hohe Beweisanforderungen und verlange einen strikten Nachweis der subjektiven Täuschungsabsicht.

5.3.4.2. Der Beschwerdegegner bestreitet, dass Eventualvorsatz genügt; namentlich angesichts der Schwere des Vorwurfs sowie der strengen Rechtsfolgen von Art. 40 VVG könne nur ein Wille sanktioniert werden, welcher direkt auf das Handlungsziel ausgerichtet sei. Im Übrigen könne die Formulierung der Vorinstanz, dass er mit dem Verschweigen der tatsächlichen Gegebenheiten "seine Aussichten auf weitere Taggeldleistungen habe erhöhen wollen" im Kontext nur so verstanden werden, als dass er seine Taggeldleistungen nicht *unbegründet* habe gefährden wollen [Hervorhebung durch den Beschwerdegegner]. Allerdings würde dies voraussetzen, dass er überhaupt ein entsprechendes Bewusstsein gehabt hätte, was bestritten und nicht aktenkundig sei. Selbst wenn im Übrigen Eventualvorsatz als genügend erachtet würde, lasse sich ein solcher nicht mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit nachweisen.

5.3.4.3. Eventualvorsatz, wie von der Beschwerdeführerin geltend gemacht, würde bedeuten, dass der Beschwerdegegner erkannt hat, dass seine Auskünfte (objektiv) unwahr sind und als Erfolg *zu Unrecht* Taggelder bewirken können, und dass er diesen Erfolg billigend in Kauf nahm. Die Vorinstanz hielt aber gleichzeitig im Rahmen ihrer nicht geradezu willkürlichen Beweiswürdigung fest, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Beschwerdegegner seine Anwesenheit/Tätigkeit im Geschäft als Therapie-Massnahme verstand. Konnte er davon ausgehen, kann aber nicht gleichzeitig angenommen werden, er hätte unrechtmässige Leistungen an ihn in Kauf genommen. Was die Vorinstanz mit ihrer zitierten Formulierung genau meinte, kann daher ebenso offen bleiben wie die Frage, ob im Rahmen von Art. 40 VVG für die Täuschungsabsicht Eventualvorsatz genügen würde.
Unbegründet ist der Vorwurf, die Vorinstanz sei von einem falschen Beweismass ausgegangen. Die Beschwerdeführerin legt unter diesem Titel lediglich dar, zu welchem Resultat die Beweiswürdigung aus ihrer Sicht hätte führen müssen, ohne dass sie diesbezüglich eine geradezu willkürliche Beweiswürdigung nachweisen könnte.

5.4. Die Vorinstanz hat Art. 40 VVG bundesrechtskonform angewandt. Ob die Observation zulässig war, muss daher nicht geprüft werden.

6.
Somit ist die Beschwerde abzuweisen. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 5'000.-- werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.

Die Beschwerdeführerin hat den Beschwerdegegner für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 6'000.-- zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich, II. Kammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 8. Februar 2016

Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts

Die Präsidentin: Kiss

Der Gerichtsschreiber: Luczak