

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II



II 2015 53

Urteil vom 17. Dezember 2015

Besetzung

lic.iur. Achilles Humbel, Vizepräsident
Dr.oec. Andreas Risi und Dr.iur. Frank Lampert, Richter
MLaw Stefan Getzmann, Gerichtsschreiber

Parteien

A. _____,

gegen

B. _____,

Beklagte,

vertreten durch Rechtsanwalt E. _____,

Gegenstand

Versicherungsvertrag (Rückforderung von Versicherungsleistungen
aus Taggeld nach VVG; 2. Rechtsgang aus Verfahren II 2013 150)

Sachverhalt:

A. B. _____, geboren ____ 1976, ledig, Mutter einer am ____ 2010 geborenen Tochter, arbeitete seit Dezember 2003 – unterbrochen vom Schwangerschaftsurlaub – im Vollzeitpensum bei der C. _____ AG (____) als Geschäftsführerin des Gesundheits- und Wellnessbereichs im Einkaufszentrum C. _____ in D. _____. Sie war durch ihre Arbeitgeberin bei der A. _____ AG (nachstehend: A. _____) für ein Taggeld von Fr. 7'000.-- kollektiv krankentaggeldversichert nach VVG. Mit Schreiben vom 25. Januar 2010 (recte: 2011; überreicht am 26.1.2011) kündigte die C. _____ AG den Arbeitsvertrag mit B. _____ per 31. März 2011 (vgl. Kläg-act. 12; 5/12).

Am 1. April 2011 meldete die Arbeitgeberin der A. _____ gestützt auf ein ärztliches Zeugnis von Dr.med. F. _____, vom 25. Februar 2011 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit von B. _____ ab dem 7. Februar 2011 (letzter Arbeitstag: 26.1.2011). Mit Arztzeugnis vom 26. April 2011 stellte Dr.med. G. _____ die Diagnosen eines akuten spondylogenen bis spondyloischiagischen Syndroms rechts sowie einer depressiven Episode leichten bis mittelschweren Grades mit somatoformen Schmerzstörungen. Die volle Arbeitsunfähigkeit wurde von Dr.med. G. _____ in der Folge bis in den Dezember 2012 wiederholt bestätigt (vgl. Kläg-act. 1/1 - 1/9). Eine volle Arbeitsunfähigkeit wurde auch von anderer medizinischer Seite bestätigt (Dr.med. H. _____ Chefarzt, Dr.med. I. _____ leitende Ärztin und Dr.med. J. _____ Assistenzarzt, Fachstelle für Sozialpsychiatrie und Psychotherapie des Kantons Schwyz, _____; Dr.med. K. _____ FMH Psychiatrie, Vertrauensarzt der A. _____; vgl. Kläg-act. 2/1, 2/3, 2/4, 2/10, 2/11).

Die A. _____ erbrachte vom 7. Februar 2011 bis 30. September 2012 Krankentaggeldzahlungen von insgesamt Fr. 124'668.-- (Kläg-act. 1/10 und 14). Am 23. August 2011 meldete die A. _____ B. _____ bei der IV-Stelle Schwyz zum Bezug von IV-Leistungen für Erwachsene an (Kläg-act. 10/14 f.). Mit Vorbescheid vom 12. März 2012 verneinte die IV-Stelle Schwyz einen Leistungsanspruch, weil keine Invalidität im Sinne von Art. 8 ATSG bestehe (Kläg-act. 10/12).

Aufgrund einer Mitteilung der vormaligen Arbeitgeberin, B. _____ übe trotz voller Arbeitsunfähigkeit eine selbständige Tätigkeit im Bereich Kosmetik aus, liess die A. _____ Nachforschungen anstellen. Gemäss diesen Abklärungen ging B. _____ einer Tätigkeit als Kosmetikerin in einer von ihr gemieteten 4 ½-Zimmer-Wohnung an der _____-strasse in (PLZ) Zürich nach und bildete auch eine Lehrtochter aus (Kläg-act. 3/1). Mit Schreiben vom 25. Oktober 2012 stellte die A. _____ deshalb ihre Leistungen per sofort ein und räumte B. _____ eine Frist zur schriftlichen Stellungnahme ein (Kläg-act. 7/8 f.).

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2012 informierte die A. _____ B. _____ über die Abklärungsergebnisse und teilte ihren "Entscheid abschliessend mit". Das bewusste Verschweigen leistungsrelevanter Tatsachen sei "klar rechtswidrig". Gestützt auf Art. 40 VVG sei die A. _____ daher nicht an den Vertrag gebunden. Jegliche Leistungen aus dem gemeldeten Schadenfall würden verweigert und B. _____ aus dem Vertrag ausgeschlossen. Die A. _____ erwäge strafrechtliche Schritte. Die unrechtmässig bezogenen Versicherungsleistungen seien rückzahlungspflichtig (Kläg-act. 3/1).

Mit Verfügung vom 25. Februar 2013 verweigerte die IV-Stelle Schwyz B. _____ sämtliche IV-Leistungen im Rahmen von Art. 7b IVG, weil sie weder die IV-Stelle Schwyz noch die sie behandelnden Ärzte "wahrheitsgetreu informiert und <...> damit in grober Art und Weise ihre Melde- und Mitwirkungspflicht verletzt und zu Unrecht versucht (hatte), IV-Leistungen zu erwirken" (Kläg-act. 10/3). Die hiergegen von B. _____ am 12. April 2013 erhobene Beschwerde wurde vom Verwaltungsgericht mit dem Entscheid VGE I 2013 39 vom 6. November 2013 abgewiesen. Dieser Entscheid ist unanfechtbar in Rechtskraft erwachsen (Kläg-act. 12; vgl. Klageantwort S. 21 Ziff. 3.1).

B. Mit Klage vom 18. Dezember 2013 gegen B. _____ betreffend "Rückforderung von Versicherungsleistungen aus Taggeld nach VVG" stellt die A. _____ folgende Anträge:

1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 124'668.-- zu bezahlen, zuzüglich Verzugszinsen von 5% seit 03.12.2012;
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

C. Mit VGE II 2013 150 vom 16. Oktober 2014 urteilte das Verwaltungsgericht wie folgt:

1. Die Klage wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 124'668.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 3. Dezember 2012 zu bezahlen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

(4./5. Rechtsmittelbelehrung).

D. Gegen dieses verwaltungsgerichtliche Urteil liess B. _____ mit Eingabe vom 27. November 2014 beim Bundesgericht in Lausanne Beschwerde in Zivilsachen erheben mit dem (Haupt-)Antrag, das Urteil VGE II 2013 150 vom 16. Oktober 2014 sei aufzuheben.

Mit Urteil 4A_680/2014 vom 29. April 2015 hiess das Bundesgericht die Beschwerde teilweise gut, hob das Urteil des Verwaltungsgerichts des Kantons

Schwyz vom 16. Oktober 2014 auf und wies die Sache zu neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurück (Disp.-Ziff. 1).

E. Die Parteien haben sich im Nachgang zum Bundesgerichtsurteil vom 29. April 2015 nicht vernehmen lassen.

F. Mit Verfügung vom 23. September 2015 lud das Verwaltungsgericht Frau L._____ (Zeugin) sowie Herrn M._____ auf den 12. November 2015 zur Zeugenbefragung vor und skizzierte den vorgesehenen Ablauf der Zeugenbefragung. Gleichzeitig wurde der Klägerin eine Frist bis spätestens 6. Oktober 2015 angesetzt, um dem Verwaltungsgericht die allenfalls als Zeuginnen einzuladenden, in der Klage vom 18. Dezember 2013 als "Kundinnen" bezeichneten Personen namentlich sowie unter Angabe von deren Adresse zu bezeichnen und zudem deren Einverständnis mit einem Erscheinen als Zeuginnen vor dem Verwaltungsgericht am 12. November 2015 nachzuweisen.

G. Mit Schreiben vom 6. Oktober 2015 (Postaufgabe am 5.10.2015) stellt die Klägerin dem Verwaltungsgericht das schriftliche Einverständnis von Herrn M._____ zur Befragung als Zeuge zu und ersuchte um Fristerstreckung bis 13. Oktober 2015, um das Einverständnis der als "Kundinnen" bezeichneten Personen beizubringen. Mit Schreiben vom 7. Oktober 2015 (Postaufgabe am 6.10.2015) reicht die Klägerin dem Verwaltungsgericht das schriftliche Einverständnis zur Zeugenbefragung von L._____ (Zeugin) ein.

H. Am 5. November 2015 teilt eine Mitarbeiterin der C._____ dem Verwaltungsgericht mit, M._____ sei derzeit arbeitsunfähig und könne daher nicht als Zeuge erscheinen. Mit Schreiben vom 9. November 2015 (vorab per Fax übermittelt) macht die Klägerin die gleiche Mitteilung und wirft die Frage auf, ob die Zeugeneinvernahme nicht verschoben werden soll, bis der Zeuge M._____ aussagen könne.

Mit Schreiben vom 9. November 2015 hält das Verwaltungsgericht an der auf den 12. November 2015 terminierten Zeugenbefragung fest, da der Zeuge M._____ offensichtlich "für längere und nicht absehbare Zeit" krankgeschrieben sei.

I. Am 12. November 2015, 16.00 Uhr, fand in den Räumlichkeiten des Verwaltungsgerichts die Befragung der Zeugin L._____ (Zeugin) statt. Die Zeugin wurde auf ihre Rechte und Pflichten als Zeugin sowie die strafrechtlichen Konsequenzen einer Falschaussage in einem gerichtlichen Verfahren aufmerksam gemacht. Unmittelbar im Anschluss an die Befragung konnten sich die Klägerin und die Beklagte zum Beweisergebnis äussern.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Das Verwaltungsgericht hat mit VGE II 2013 150 vom 16. Oktober 2014 unter anderem Folgendes erwogen:

- Dem Klageverfahren betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung müsse kein Schlichtungsverfahren vorangehen (Erw. 1.1 f.).
- Das Ausstandsbegehren der Beklagten gegen Richter und den Gerichtsschreiber, welche beim IV-rechtlichen Entscheid VGE I 2013 39 vom 6. November 2013 mitgewirkt hätten, sei unbegründet und zudem hinfällig, da die Rückforderungsklage in den Zuständigkeitsbereich einer anderen Kammer des Verwaltungsgerichts falle (Erw. 3.1).
- Es habe kein Anlass für die Durchführung einer mündlichen Instruktions- oder Hauptverhandlung bestanden (Erw. 3.2).
- Die Rückforderungsklage stütze sich auf Art. 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (Versicherungsvertragsgesetz, VVG; SR 221.229.1) vom 2. April 1908. Bei nachgewiesenem (versuchtem) Versicherungsbetrug stelle das VVG dem Versicherer eine scharfe Sanktion zur Verfügung. Art. 40 VVG erlaube ihm einseitig vom Versicherungsvertrag zurückzutreten. Dies habe zur Folge, dass der Versicherer von jeglicher Leistungspflicht befreit werde, selbst wenn sich die Täuschung nur auf einen Teil des Schadens bzw. einen einzelnen Schadensposten beziehe (Erw. 4.1).
- Es komme gestützt auf die Rechtsprechung zu Art. 40 VVG die bereicherungsrechtliche Regelung zur Anwendung (Erw. 5.2). Der eingeklagte Anspruch verjähre somit grundsätzlich mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte (d.h. die Klägerin) von seinem Anspruch Kenntnis erhalten habe, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit Entstehung des Anspruches. Sei die Bereicherung aufgrund einer strafbaren Handlung entstanden, trete in analoger Anwendung von Art. 60 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht, OR; SR 220) vom 30. März 1911 die Verjährung der Kondiktion solange nicht ein, als auch der Strafanspruch nicht verjährt sei (Erw. 5.2 f.).
- Die Klage sei nach Ablauf der einjährigen bereicherungsrechtlichen Verjährungsfrist erhoben worden (Erw. 5.4). Es könne indes kein Zweifel daran bestehen, dass "die Beklagte wissentlich und willentlich handelte und namentlich den Zusammenhang zwischen Arbeitsunfähigkeit, Vorbereitungs-handlungen für die (Wieder-)Aufnahme einer Arbeit bzw. Aufnahme einer Arbeitstätigkeit einerseits und dem Anspruch auf Taggeldzahlungen andererseits

kannte. Ein anderes Motiv als eine Bereicherungsabsicht bezüglich der Unterlassung jeglicher Meldung an die Klägerin sei nicht erkennbar. Auf jeden Fall lässt der Sachverhalt insgesamt zumindest auf ein eventualvorsätzliches Verhalten der Beklagten schliessen". Es komme mithin die längere strafrechtliche Verjährungsfrist zur Anwendung, welche bei Betrug fünfzehn Jahre betrage (Erw. 5.5, besonders Erw. 5.5.5 f.).

- Die Beklagte bringe im Wesentlichen die gleichen Argumente vor wie bereits im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren (Erw. 6.2.4).
- Zusammenfassend habe die Beklagte Angaben verschwiegen, welche für die Beurteilung der Leistungspflicht der Klägerin von hoher Relevanz gewesen seien. Die beruflichen Vorkehren der Beklagten seien nur aufgrund der Nachforschungen der Klägerin entdeckt worden. Der Umstand, dass die Beklagte dieselben Angaben auch gegenüber den sie beurteilenden Ärzten verschwiegen habe, belege, dass die Angaben zum Zwecke der Täuschung unterlassen worden seien. Unter Berücksichtigung d.h. in Kenntnis dieser Vorkehren der Beklagten hätte keine oder jedenfalls eine verminderte Leistungspflicht der Klägerin bestanden. Die Klägerin sei daher berechtigterweise gestützt auf Art. 40 VVG vom mit der Beklagten geschlossenen Krankentaggeldversicherungsvertrag zurückgetreten bzw. sie sei nicht mehr daran gebunden gewesen.

1.2 Das Bundesgericht führte im Urteil 4A_680/2014 vom 29. April 2015 im Wesentlichen Folgendes aus:

- Das Bundesgericht subsumiere kollektive Krankentaggeldversicherungen wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zu sozialen Krankenversicherung. Einerseits sei die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts des Kantons Schwyz zur Beurteilung der Klage gegeben, andererseits sei gemäss der Rechtsprechung (BGE 138 III 558) vorgängig kein Schlichtungsverfahren durchzuführen gewesen (Erw. 2.1 f.).
- Im konkreten Fall habe von einem (zulässigen) Verzicht auf eine mündliche Verhandlung ausgegangen werden können (Erw. 3.1 ff.).
- Die Beschwerdeführerin bringe zu Recht vor, dass Art. 40 VVG nur dann zur Anwendung komme, wenn die Versicherte Tatsachen verschweige oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteile, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern könnten. Dabei sei nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet sei, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht

des Versicherers zu beeinflussen. Für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG reiche es somit nicht, dass die Versicherte blosse Vorbereitungshandlungen für die spätere Wiederaufnahme einer Erwerbstätigkeit treffe und diese Vorbereitungshandlungen nicht mitteile. Vielmehr müsste sie während der Leistungsdauer des Versicherers tatsächlich eine (neue) Erwerbstätigkeit aufgenommen haben und dieser nachgehen, wenn auch nur teilweise. Nur dies würde den Versicherer berechtigen, vom Vertrag zurückzutreten und das Geleistete zurückzuverlangen. So sei es auch für die Annahme des Betrugstatbestandes von entscheidender Bedeutung, ob die Versicherte tatsächlich gearbeitet und entsprechend Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen habe oder nicht. Denn nur wenn dies bejaht werden könne, könne ihr vorgeworfen werden, absichtlich oder zumindest eventualvorsätzlich Tatsachen verschwiegen zu haben, welche beim Versicherer einen Irrtum über seine Leistungspflicht hervorgerufen habe, wodurch dieser durch Bezahlung der (ungeschuldeten) Taggeldleistungen an seinem Vermögen geschädigt worden sei (Erw. 4.3). Die in diesem Sinne entscheidere Frage wird vom Bundesgericht wie folgt formuliert:

Entscheidend ist somit, - sowohl hinsichtlich der Frage, ob der Rückerstattungsanspruch der Beschwerdegegnerin verjährt ist, als auch, ob dieser überhaupt ein Rückerstattungsanspruch zusteht - ob die Beschwerdeführerin mit der Miete der Wohnung sowie der Anstellung einer Lehrtochter blosse Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf eine spätere (Wieder-) Aufnahme einer Erwerbstätigkeit getroffen hat, oder ob sie tatsächlich einer Erwerbstätigkeit als Kosmetikerin nachgegangen ist. Als Stichtag hat dabei - anders als dies die Vorinstanz und die Beschwerdeführerin angenommen haben - nicht der 2. Dezember 2012, sondern der 25. Oktober 2012 zu gelten, Tag an welchem die Beschwerdegegnerin ihre Leistungen per sofort einstellte.

- Art. 152 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) vom 19. Dezember 2008 (Recht auf Beweis) bzw. Art. 29 Abs. 2 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft (BV; SR 101) vom 18. April 1999 sei nicht verletzt, wenn das Verwaltungsgericht die offerierten Zeugen nicht befragt habe (Erw. 4.4 f; besonders Erw. 4.5).
- Eine Rückweisung dränge sich jedoch aus folgendem Grund auf (Erw. 4.6):

Nach dem Gesagten (vgl. E. 4.3 hiervor) ist es sowohl hinsichtlich der Frage der Verjährung als auch der Frage des Versicherungsbetrugs entscheidend, ob die Beschwerdeführerin vor dem 25. Oktober 2012 Kundinnen in ihrem Kosmetikstudio empfangen hat oder ob sie blosse Vorbereitungshandlungen auf eine spätere Aufnahme einer Erwerbstätigkeit getroffen hat. Dies geht aus dem angefochtenen Urteil nicht oder jedenfalls nicht eindeutig hervor. Vielmehr scheint die Vorinstanz beides zu vermischen: (...).

2.1 Nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) vom 10. Dezember 1907 trifft den Versicherer 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 im Sinne von Art. 40 VVG). Ein Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsachen keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (EGV-SZ 2006 A 2.5 Erw. 3.a mit Hinweis auf BGE 130 III 321 Erw. 3.1; Bundesgerichtsurteil 4A_382/2014 vom 3.3.2015 Erw. 5.3). Wegen der Schwere des vom Versicherer geäusserten Vorwurfs und der gravierenden Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen hoch, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art. 40 VVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht (Bundesgerichtsurteil 4A_382/2014 vom 3.3.2015 Erw. 5.3 mit Hinweis auf VVG-Nef, Art. 40 N 57 VVG).

2.2 Es ist aktenkundig und unbestritten, dass die Beklagte per 16. November 2011 eine 4 ½-Zimmer-Wohnung, deren Nutzung als Kosmetikstudio im Mietvertrag explizit erwähnt wurde, an der _____-strasse in (PLZ) Zürich zu einem Mietzins von monatlich Fr. 4'690.-- mietete. Dasselbe gilt auch für die Anstellung einer (amtlich bewilligten) Lehrtöchter ab dem 20. August 2012 (vgl. VGE II 2013 150 vom 16.10.2014 Erw. 4.1 und Erw. 5.5.3; Bundesgerichtsurteil 4A_680/2014 vom 29.4.2015 Erw. 4.1 und 4.3). Gemäss der – ebenfalls nicht bestrittenen – Beschreibung der Zeugin befanden sich in einem unteren Geschoss Behandlungsräume und zwei WC, in einem oberen Geschoss eine Küche mit einem Sofa und einem Tisch für Administratives. Dort hätten sich auch die Arbeitsutensilien befunden; ab und zu habe man in der Küche auch zu Mittag gegessen.

Vorab in diesen unbestrittenen Sachverhaltselementen ist ein nicht unbedeutendes Indiz dafür zu sehen, dass eine – zumindest teilzeitliche – Erwerbstätigkeit der Beklagten auf jeden Fall vor dem 25. Oktober 2012 erfolgte. Zum einen ist die Miete von Geschäftsräumlichkeiten für den Betrieb eines Kosmetikstudios ohne baldige konkrete Aufnahme der geplanten Erwerbstätigkeit wenig wahrscheinlich. Zum andern bedarf der Aufbau und die Inbetriebnahme eines Kosmetikstudios in einer bestehenden Wohnung kaum einer Vorlaufzeit von mehreren Monaten.

2.3.1 Die Zeugin, welche derzeit bei der N._____ Treuhand im Front Office tätig ist und daneben das Handelsdiplom erlangen will, schilderte anlässlich der Zeugenbefragung, wie es zum Lehrvertrag mit der Beklagten gekommen sei. Sie habe sie über _____ kennengelernt. Auf eine Bewerbung bei _____ habe sie eine Absage erhalten. Hierauf habe sie einen Telefonanruf der Beklagten erhalten, wonach diese sie gerne kennenlernen würde. Dies müsse Ende 2011 gewesen sein. Sie habe dann im August 2012 die Lehre angefangen; nach einem Jahr habe sie jedoch aufgehört. Den Ausbildungsvertrag habe sie kurz vor dem Start im August 2012 unterzeichnet. Ihr Lehrlingslohn habe monatlich Fr. 500.-- betragen. Schon zuvor habe sie seit Januar 2012 bei der Beklagten als Praktikantin gearbeitet. Im Praktikum sei sie von der Beklagten darauf vorbereitet worden, an den Kunden arbeiten zu können, "Maniküre, Pediküre, was man halt alles können muss". Sie sei neben ihrer Lehrmeisterin die einzige Mitarbeiterin gewesen. Ab Beginn der Lehre sei sie fast bei jeder Kundin dabei gewesen. Während ihrer Ausbildung habe sie immer sehr verschieden mit der Arbeit begonnen, meistens um halb neun Uhr. Zunächst seien Vorbereitungen für die Kundinnen (wobei auch Kunden gekommen seien) getroffen worden. Nach der Kundenbetreuung habe sie dann aufgeräumt und geputzt. Nach dem Mittag sei es gleich weiter gegangen. Pro Woche habe sie 45 Stunden gearbeitet; am Mittwoch habe sie die Schule ("Mode und Gestaltung") besucht.

Zur Arbeit und zur Anzahl von Kundinnen legte die Zeugin dar, sie habe ab Beginn der Lehre Kollegen und Kolleginnen als Modelle mitgebracht. Diese hätten nur das Material bezahlen müssen. Ansonsten seien die Kundinnen von der Beklagten betreut worden. Im August 2012 hätten sie täglich zu tun gehabt. Es seien sicher zwei bis vier Kunden pro Tag gewesen; während der Praktikumszeit eher zwei bis drei, wenn überhaupt. Auf die Nachfrage, ob es sich um von der Zeugin betreute Kunden oder die gesamte Zahl pro Tag handle, erklärte die Zeugin "insgesamt pro Tag". Sie bestätigte auch auf Nachfrage die Zahlen von zwei bis drei Kunden während der Praktikumszeit und von zwei bis vier Kunden während ihrer Ausbildung. Eine Behandlung habe je nachdem, was gebucht worden sei, eine halbe bis zwei Stunden gedauert. Eine normale Maniküre von rund einer Stunde habe Fr. 80.-- bis Fr. 90.-- gekostet, bei ihr weniger (Fr. 30.--). Eine Pediküre sei bei gleichem Aufwand etwa Fr. 10.-- teurer gewesen. Die Kosten einer Gesichtsbehandlung hätten Fr. 150.-- bis Fr. 200.-- betragen und habe eine bis zwei Stunden gedauert. (Diese Behandlungen wurden nur von der Beklagten durchgeführt). Das Inkasso habe sie nicht gemacht; bezahlt worden sei in bar.

Während der Praktikumszeit habe sie auf Abruf gearbeitet; zu Beginn vielleicht einen Tag pro Woche, dann sei es "immer mehr" geworden. Es sei "mehr um das

Aufbauen des Geschäfts, d.h. Sachen organisieren, Möbel zusammenbauen" gegangen. Im Mai/Juni 2012 sei sie ganzwöchig dort gewesen. Die Frage nach der Entwicklung der Kundenzahlen, ob es eine sukzessive Steigerung gegeben habe, beantwortete die Zeugin mit "ja". Werbung sei, soweit sie wisse, nicht gemacht worden.

2.3.2 Der Rechtsvertreter der Beklagten gab nach der gerichtlichen Befragung der Zeugin seiner Konstellation Ausdruck. Er fragte die Zeugin, ob sie sicher sei, dass sie Mai/Juni 2012 und nicht 2013 meine. Die Zeugin erklärte hierauf "nein, es war 2012, vor meiner Lehre". Ebenso bestätigte sie auf Nachfrage des Rechtsvertreters der Beklagten, dass es sich um zahlende Kundinnen und nicht einfach um (zahlende) Kolleginnen gehandelt habe. Auf weitere Fragen erklärte sie, dass es sich überwiegend um Stammkundinnen gehandelt habe, wobei sie sich konkret an zwei Namen erinnern konnte. Auf den Hinweis des Rechtsvertreters der Beklagten, ihn interessiere nur das Jahr 2012, nicht aber 2013, sagte die Zeugin, "Ja, die sollten dann auch schon dort gewesen sein, sicher. Mehr wüsste ich jetzt nicht". Ebenso antwortete die Zeugin auf die weitere Frage des Rechtsvertreters der Beklagten "Sie haben die Frage schon beantwortet, aber ich muss sie nochmals stellen: Sie sind ganz sicher, dass Sie von 2012 und nicht von 2013 reden?", mit "Ja".

2.4.1 An der Zuverlässigkeit der Aussagen der Zeugin und deren Eignung als Zeugin können keine Zweifel bestehen. Es bestehen keine Hinweise und wurden solche auch von der Beklagten nicht (jedenfalls nicht substantiiert) vorgebracht, welche an der Beweiseignung und Beweiskraft der Aussagen der Zeugin etwas ändern könnten. Dies gilt auch für die Tatsache, dass die Klägerin die Zeugin (wie auch den Zeugen; vgl. vorstehend Ingress lit. G) im Nachgang zur Vorladung zur Zeugenbefragung vom 23. September 2015 um eine schriftliche Bestätigung ihres Einverständnisses mit der Zeugenbefragung ersuchte und diese dem Verwaltungsgericht zukommen liess. Hierbei muss es sich um ein Missverständnis der Klägerin gehandelt haben. Das Erfordernis der Beibringung des Einverständnisses bezog sich nur auf die in Anordnung Ziff. 2 der Vorladungsverfügung als "Kundinnen" bezeichneten Personen, für welche sich aus den Akten ergab, dass sie grundsätzlich ungenannt bleiben wollten. Indes bestehen keine Anhaltspunkte, dass die Klägerin die Zeugin in unzulässiger Weise beeinflusste oder auch nur beeinflussen wollte. Dies lässt sich insbesondere auch dem Schreiben der Klägerin an die Zeugin vom 29. September 2015 nicht entnehmen. Im Übrigen war die Zeugin von der Beklagten zum Beweis ihrer Darstellung genannt worden (Klageantwort vom 5.5.2014 S. 19 Ziff. 2.2.3.a und b).

2.4.2 Ebenso kann die Beweiskraft der Zeugenaussagen nicht dadurch erschüttert werden, dass die Zeugin gemäss den Ausführungen des Rechtsvertreters der Beklagten vor der Absolvierung des Grundkurses im Oktober 2012 nicht an Modellen hätte arbeiten dürfen, was allenfalls – vorliegend irrelevante – arbeits- oder lehrvertragsrechtliche Konsequenzen haben könnte.

2.4.3 Das Verwaltungsgericht hat im ersten Durchgang (VGE II 2013 150 vom 16.10.2014) von einer Zeugenbefragung abgesehen, worin das Bundesgericht keine Verletzung des rechtlichen Gehörs erblickte (Erw. 4.4.3.1). Das Bundesgericht erachtete auch eine Einvernahme von L. _____ (Zeugin) als nicht geboten, da es sich nicht um einen tauglichen Beweis handle (Erw. 4.4.3.1). Dies wurde vom Bundesgericht wie folgt begründet:

Aus ihrer Klageantwort, auf welche die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde verweist, geht jedoch hervor, dass L.S. mitnichten ein volles Lehrpensum bei der [Beschwerdeführerin] absolvierte, sondern vielmehr einen grossen Teil der Zeit fehlte". Damit bringt die Beschwerdeführerin selber vor, dass L.S nicht täglich in ihrer als Kosmetikstudio gemieteten Wohnung anwesend war, womit diese auch nicht bezeugen kann, ob die Beschwerdeführerin während ihrer Abwesenheit Kundinnen betreut hat oder nicht.

Diese Beurteilung des Bundesgerichts konnte das Verwaltungsgericht nicht hindern, im Rahmen der Rückweisung L. _____ (Zeugin) als Zeugin zu befragen. Die Klägerin hatte in ihrer Replik vom 15. Mai 2014 (S. 6 "Zu B 2.2.3 b-c") die Darstellung der Beklagten in der Klageantwort vom 5. Mai 2014, worauf sich das Bundesgericht bezogen hat, bestritten. Mit der Zeugenbefragung konnte dieser Streitpunkt geklärt werden.

2.5 Aufgrund der Angaben der Zeugin ist mithin davon auszugehen, dass die Beklagte ab Januar 2012 nicht nur ihre Dienstleistungen anbot, sondern diese Dienstleistungen ab diesem Zeitpunkt auch mit mehr oder weniger grosser Regelmässigkeit von Kundinnen gegen Bezahlung in Anspruch genommen wurden. Die Miete der 4 ½-Zimmerwohnung und die Kontaktierung der Zeugin, die sich erfolglos bei der früheren Arbeitgeberin der Beklagten beworben hatte, durch die Beklagte fallen in die gleiche Zeit (Ende 2011). Das anfänglich gewissermassen als Tätigkeit auf Abruf ausgestaltete Praktikum wurde zunehmend intensiviert. Dies lässt sich nicht allein mit der Einrichtung der Räumlichkeiten als Kosmetikstudio erklären, was – wie erwähnt (vorstehend Erw. 2.2) – grundsätzlich nicht mehrerer Wochen bedarf und vorliegend auch kaum bedurfte, wie sich aus der Schilderung der Einrichtung durch die Zeugin erschliessen lässt. Vielmehr spricht auch diese zunehmende zeitliche Präsenz der Zeugin während ihrer Praktikumszeit für eine sukzessive Ausweitung der erwerblichen Tätigkeit der Beklagten ab Januar 2012. Dass es sich hierbei entgegen den Aussagen der Zeugin nur um

eine allfällige Ausweitung der (Übungs-)Tätigkeit an Modellen im Interesse der Zeugin als Praktikantin bzw. ab 20. August 2012 als Lehrtochter handelte, wurde von der Beklagten weder (substantiiert) behauptet noch gibt es hierfür anderweitige Anhaltspunkte.

Angesichts des dargelegten Ergebnisses der Zeugenbefragung ist somit von einer zumindest teilzeitlichen Aufnahme einer Erwerbstätigkeit der Beklagten per Januar 2012 auszugehen, welche in der Folge sukzessive erweitert wurde.

2.6 Damit sind – im Sinne der bundesrechtlichen Vorgaben – die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG wie auch für die längere strafrechtliche Verjährungsfrist (Art. 60 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 146 StGB) erfüllt. Die Beklagte hat ab Januar 2012 in ihrem Kosmetikstudio zumindest vereinzelt Kunden/Kundinnen gegen Bezahlung behandelt und ist somit einer zumindest teilzeitlichen (selbständigen) Erwerbstätigkeit nachgegangen. Hierüber hat sie die Klägerin nicht informiert. Diese hatte ihrerseits keinen Anlass, die ärztlichen Atteste, welche der Beklagten über den Januar 2012 hinaus eine volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigten und noch im Oktober 2012 berufliche Massnahmen als der Beklagten nicht möglich bzw. nicht zumutbar erachteten, in Frage zu stellen (vgl. VGE II 2013 150 vom 16.10.2014 Erw. 5.5.4). Bei korrekter Mitteilung ihrer im Januar 2012 aufgenommenen (teilzeitlichen) Erwerbstätigkeit wäre der Beklagten auf jeden Fall eine kleinere Entschädigung (Taggeld) zugestanden. Dies musste der Beklagten auch bewusst gewesen sein. Wenn sie ihre (teilzeitliche) Tätigkeit der Klägerin nicht meldete und hiervon im fraglichen Zeitraum ab Januar 2012 bis zur Einstellung der Taggeldzahlungen auch keinem der sie behandelnden Ärzte gegenüber etwas erwähnte, so ist dieses Vorgehen als arglistig zu qualifizieren. Es hatte zur Folge, dass sich die Klägerin im Irrtum über ihre Leistungspflicht befand und sich entsprechend durch die (ungerechtfertigte) Zahlung der Taggelder an ihrem Vermögen schadete. Dies musste die Beklagte ebenfalls wissen und wusste sie – aufgrund der vertraglichen Bestimmungen (AVB) betreffend den Zusammenhang zwischen Arbeits(un)fähigkeit und Taggeldleistungen – auch.

2.7 Zusammenfassend ist die Klage somit teilweise gutzuheissen. Die Beklagte hat der Klägerin die für die Dauer von Januar 2012 bis 25. Oktober 2012 (bzw. 30. September 2012; vgl. Kläg-act. 1/10) erhaltenen Taggelder von insgesamt Fr. 59'732.-- zurückzubezahlen unter antragsgemässer Verzinsung mit 5 % ab dem 3. Dezember 2012 (vgl. Art. 73 Abs. 1 OR).

3.1 Im Entscheidverfahren bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen nach KVG werden keine Gerichtskosten gesprochen (Art. 114 lit. e ZPO).

3.2 Bei diesem Verfahrensausgang wären die Parteikosten grundsätzlich wettzuschlagen. Indes steht einem obsiegenden Versicherungsträger keine Parteien-schädigung zu (vgl. Art. 1 KVG i.V.m. Art. 61 lit. g ATSG; VGE II 2013 150 vom 16.10.2014 Erw. 7.2 mit Hinweisen).

Entsprechend hat die beanwaltete Beklagte zu Lasten der Klägerin einen Anspruch auf eine reduzierte Parteientschädigung (§ 74 Abs. 1 VRP; Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Diese wird in Beachtung des Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebT; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975, der für das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht in § 14 einen Rahmen von Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.-- vorsieht, sowie der in § 2 enthaltenen Kriterien und in Ausübung des pflichtgemässen Ermessens auf Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgelegt.

4. Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 in Betracht kommt (BGE 133 III 439, Erw. 2.1; Bundesgerichtsurteil 4A_695/2011 vom 18.1.2012 Erw. 1.2). Weil das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenkassenversicherung als einzige kantonale Instanz beurteilt, ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, auch wenn der Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht erreicht werden sollte (BGE 138 III 2, Regeste und Erw. 1), was vorliegend indes nicht der Fall ist.

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage wird im Sinne der Erwägungen teilweise gutgeheissen. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 59'732.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 3. Dezember 2012 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Es werden keine Kosten erhoben.
3. Die Klägerin hat der beanwalteten Beklagten eine reduzierte Parteientschädigung von Fr. 2'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) zu bezahlen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in Zivilsachen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 72ff. BGG).

Soweit die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).

5. Zustellung an:
 - den Rechtsvertreter der Klägerin (2/R)
 - den Rechtsvertreter der Beklagten (2/R)
 - und die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (A).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Romansch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 7. Januar 2016

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer II

