

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20131030\_d\_zh\_o\_01 vom 30. Oktober 2013**

FINMA Versicherungsrecht, 2013-10-30, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20131030\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20131030_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20131030\_d\_zh\_o\_01 du 30 octobre 2013

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20131030\_d\_zh\_o\_01 del 30 ottobre 2013

## **Erwägungen**

### **E. 1**

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben. 1.2 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind dem Privatrecht zuzuordnen (BGE 124 III 46 E. 1a). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG). 1.3 Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]). 1.4 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 351 E. 3a, 122 V 157 E. 1c).

### **E. 2**

2.1 Die Klägerin begründete ihre Klage damit, dass sich zu Beginn des Jahres 2010 ihr Gesundheitszustand zusehends verschlechtert habe. Sie habe unter grossen Schmerzen noch

bis zum 29. März 2010 weitergearbeitet. Ab 30. März 2010 sei sie von ihrem Hausarzt, Dr. med. Z.\_\_\_\_, infolge Krankheit zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben worden. Am 11. Juni 2010 sei sie auf Wunsch der Arbeitgeberin vertrauensärztlich untersucht worden. Unmittelbar danach habe ihr direkter Vorgesetzter sie gesehen. Am 15. Juni 2010 sei ihr mit der Begründung, sie habe ungerechtfertigt ihre Arbeitsleistung verweigert, gekündigt worden. Bis und mit 16. Juni 2010 sei ihr Lohn ausgezahlt worden. Ausgehend von einem Eintritt der Arbeitsunfähigkeit per 29. März 2010 sowie 90 Tagen Wartefrist habe sie somit ab 27. Juli 2010 Anspruch auf Ausrichtung von Krankentaggeldern (Urk. 1 S. 4). Aus den medizinischen Akten sei ersichtlich, dass sie vollständig arbeitsunfähig sei. Die von der Beklagten in Auftrag gegebene Observation vermöge dies nicht zu widerlegen (Urk. 1 S. 5 ff.). Die Ergebnisse der Observation stünden nicht im Widerspruch zu ihrem Beschwerdebild; sie zeigten höchstens auf, dass es ihr bei ihrem damaligen Zustand teilweise und für kurze Zeit vorübergehend etwas besser gegangen sei. Es treffe aber nicht zu, dass sie sich auf den Aufnahmen völlig frei und ohne nennenswerte körperliche Einschränkungen habe bewegen können. Schwere Dinge habe sie zudem nie getragen, auch wenn sie es zum Beispiel für ein paar Meter mit einem Wäschekorb kurz versucht und danach gleich aufgegeben habe. Sie sei auch nie beim Aufstehen, was sie nicht allein bewältigen könne, gezeigt worden. Das Observationsmaterial lasse für die Frage einer Arbeitsfähigkeit keine verbindlichen Rückschlüsse zu (Urk. 15 S. 10 Ziff. 42 f.). Auf die Beurteilung durch Dr. A.\_\_\_\_ könne nicht abgestellt werden. Weiter seien die Voraussetzungen von Art. 40 VVG nicht erfüllt (Urk. 15 S. 12 Ziff. 46, Ziff. 48). Sie habe die von der Beklagten geltend gemachten Kosten nicht kausal verursacht, weshalb die Widerklage abzuweisen sei (Urk. 15 S. 14 Ziff. 51). Weiter habe sie innert Monatsfrist den Übertritt in die Einzelversicherung der Beklagten geltend gemacht, weshalb der Versicherungsschutz für zwei Jahre nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit für alle Leiden gegeben sei (Urk. 15 S. 17 Ziff. 61). 2.2 Dazu führte die Beklagte aus, es sei ihr am 13. Juli 2010 mitgeteilt worden, dass die Klägerin seit 19. Januar 2010 in ihrer Funktion als Reinigungsmitarbeiterin vollumfänglich arbeitsunfähig sei (Urk. 8 S. 2 Ziff. 2.1). Anlässlich der vertrauensärztlichen Untersuchung bei Dr. C.\_\_\_\_ vom 11. Juni 2010 habe die Klägerin nicht erklärbare Beschwerden geklagt. Unmittelbar nach dem Untersuchungstermin sei von ihrem Vorgesetzten beobachtet worden, wie sie keine körperlichen Einschränkungen gezeigt habe. Aufgrund dieser Diskrepanzen habe die Arbeitgeberin das Arbeitsverhältnis fristlos per 15. Juni 2010 gekündigt (S. 4 Ziff. 2.11).

Die von der Klägerin geltend gemachten Beschwerden liessen sich organisch nicht objektivieren. Anlässlich der Untersuchung durch Dr. C.\_\_\_\_ habe sie geltend gemacht, ohne die Hilfe ihrer Tochter weder aufstehen noch stehen noch gehen zu können. Im Gegensatz dazu habe sie im Rahmen der Observation dabei beobachtet werden können, wie sie sich frei und ohne nennenswerte körperliche Einschränkungen bewegt habe. Sie sei fähig gewesen, Dinge zu tragen, ohne Hilfe zu gehen, zu stehen, sich zu bücken und in ein Auto zu steigen. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb jemand gemäss eigenen Angaben wegen angeblich starken Schwindelbeschwerden keiner Arbeit nachgehen könne, sich aber im Alltag ohne Einschränkungen oder Hinweise auf Gleichgewichtsstörungen fortbewegen könne (Urk. 8 S. 14 f.). Auch der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG sei gegeben, habe die Klägerin die Tatsachen betreffend ihre effektive und im Rahmen der Observation festgestellte Leistungsfähigkeit bewusst verschwiegen, um von den Ärztinnen und Ärzten eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert zu bekommen (Urk. 8 S. 16 Ziff. 3.8). Die Täuschungsabsicht liege darin, unberechtigt Taggelder zu erhalten. Die Beklagte habe, um

das tatsächliche Leistungsvermögen ermitteln zu können, medizinische Abklärungen und eine Observation veranlassen müssen, woraus sich die widerklageweise geltend gemachte Rückforderung ergebe. Selbst wenn die Voraussetzungen von Art. 40 VVG nicht erfüllt sein sollten, so sei die Klägerin aufgrund der medizinischen Akten, insbesondere aufgrund des Gutachtens von Dr. A.\_\_\_\_, spätestens am 30. August 2010 wieder voll arbeitsfähig gewesen (Urk. 8 S. 17). Eine allenfalls mit psychischen Beschwerden zusammenhängende Arbeitsunfähigkeit unterliege nicht dem Versicherungsschutz durch die Beklagte, da die Klägerin per 15. Juni 2010 aus dem Kreis ihrer versicherten Personen ausgeschieden und diese Krankheit später aufgetreten sei (Urk. 8 S. 23 Ziff. 4.13). Im Übrigen sei spätestens nach sechs Monaten auch eine zumutbare Arbeitsfähigkeit in einer adaptierten Tätigkeit zu berücksichtigen (Urk. 8 S. 23 Ziff. 4.15). Dass die ehemalige Arbeitgeberin gegenüber der Beklagten angeblich nie Taggelder beantragt habe, vermöge nichts daran zu ändern, dass die Klägerin den subjektiven Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt habe. Sie habe trotz gekündigtem Arbeitsverhältnis bei einer ausgewiesenen krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit aufgrund ihres direkten Forderungsrechts selbst bei der Beklagten Taggelder geltend machen können. Zudem erwähne die Beklagte selbst eine bereits seit 30. März 2010 und damit eine zu einem Zeitpunkt bestehende Arbeitsunfähigkeit, als sie noch angestellt gewesen sei und folglich die Ausrichtung der Taggelder an die Arbeitgeberin direkt hätte erfolgen müssen (Urk. 21 S. 8 unten). Ein Übertritt in die Einzelversicherung sei am 22. Juni 2010 zwar geltend gemacht worden, tatsächlich jedoch nicht erfolgt (Urk. 21 S. 11 unten).

### **E. 3**

3.1 Gemäss Art. A4 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) „Personenversicherung Professional“ der Beklagten (Ausgabe 08.2008; Urk. 2/3 = Urk. 9/V2) ist Arbeitsunfähigkeit die durch Unfall oder eine Krankheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. Gemäss Abs. 4 der erwähnten Bestimmung ist Erwerbsunfähigkeit der durch einen Unfall oder eine Krankheit verursachte und nach zumutbarer Behandlung und Eingliederung verbleibende ganze oder teilweise Verlust der Erwerbsmöglichkeiten auf dem in Betracht kommenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt. Für die Beurteilung des Vorliegens einer Erwerbsunfähigkeit sind ausschliesslich die Folgen der gesundheitlichen Beeinträchtigung zu berücksichtigen. Eine Erwerbsunfähigkeit liegt zudem nur vor, wenn sie aus objektiver Sicht nicht überwindbar ist. Ist der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, bezahlt die Beklagte das Taggeld nach Ablauf der vereinbarten Wartezeit längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer. Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die Beklagte das in der Police aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25 % ergeben jedoch keinen Anspruch. Tage teilweiser Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % zählen für die Ermittlung der Wartezeit und der Leistungsdauer voll (Art. E7 Abs. 1-2 AVB). Die Wartezeit pro Krankheit beginnt am Tag, an dem nach ärztlicher Feststellung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt, frühestens jedoch drei Tage vor der ersten ärztlichen Behandlung (Art. E7 Abs. 4). Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes bezahlt die Beklagte das Taggeld für Krankheiten, die während der Versicherungsdauer eingetreten sind, noch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG oder entsprechender ausländischer Versicherungseinrichtungen (Art. E7 Abs. 7 AVB). Gemäss Art. E3 Abs. 2

AVB erlischt der Versicherungsschutz für den einzelnen Versicherten unter anderem mit seinem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen. In der Schweiz wohnhafte Versicherte haben das Recht, in die Einzelversicherung der Beklagten überzutreten, wenn sie aus dem Kreis der Versicherten ausscheiden oder die Versicherung erlischt. Der Versicherte hat das Übertrittsrecht innerhalb von drei Monaten geltend zu machen (Art. E10 Abs. 1 und Abs. 3 AVB). Die Beklagte gewährt dem Übertretenden im Rahmen der geltenden Bedingungen und Tarife der Einzelversicherung ohne Gesundheitsprüfung Versicherungsschutz für die bisher versicherten Taggeldleistungen. Ist der Versicherte im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Kreis der Versicherten arbeitsunfähig, so werden sämtliche Leistungen dieser Versicherung und nicht der Einzelversicherung belastet (Art. E10 Abs. 4 und Abs. 6 AVB). 3.2 Gemäss Police vom 18. Dezember 2008 (Urk. 2/2 = Urk. 9/V1) wurde eine Taggelddauer von 730 Tagen und eine Wartefrist von 90 Tagen vereinbart (S. 4).

#### **E. 4**

4.1 In der Kranken- und Unfallkarte der Beklagten (Urk. 2/13) vermerkte Dr. med. Z. \_\_\_\_, Allgemeine Medizin FMH, ab 23. Februar 2010 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit. Am 17. Juni 2010 (Urk. 2/14/1) attestierte Dr. Z. \_\_\_\_, der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit ab 30. März 2010. 4.2 Die bildgebende Abklärung der anamnestisch am 29. März 2010 abends aufgetretenen akuten Parästhesien der linken Körperhälfte mit Hyposensibilität ergab einen normalen Befund (Bericht vom 30. März 2010; Urk. 2/16/14). Ebenfalls am 29. März 2010 fand eine Osteoporose-Abklärung der Klägerin statt, welche Werte im Osteoporose-Bereich ergab (Bericht vom 31. März 2010; Urk. 2/16/13). Eine ophthalmologische Abklärung vom 7. April 2010 ergab einen stabilen Befund (Urk. 2/16/12). Auch eine dermatologische Abklärung im Februar und März 2010 ergab keine krankhaften Werte (Bericht vom 19. April 2010; Urk. 2/16/11). Am 21. April 2010 wurde eine Infiltration des rechten Tarsaltunnels durchgeführt (Urk. 2/16/9). 4.3 Mit Bericht vom 13. Mai 2010 (Urk. 2/16/8) diagnostizierte Dr. med. B. \_\_\_\_, FMH Otorhinolaryngologie, Schwindelbeschwerden, Tinnitus und Tieftonsenken beidseits sowie ein Ganzkörper-Schmerzsyndrom. Die Klägerin sei deutlich verlangsamt. Ihr Hörvermögen habe sich im Vergleich zu früheren Untersuchungen etwas verschlechtert (S. 1). Die Schwindelbeschwerden seien wohl auf die Einnahme von Tramal zurückzuführen (S. 2). Am 26. Mai 2010 hielt Dr. B. \_\_\_\_ anlässlich einer Nachuntersuchung fest, das Hörvermögen habe sich offensichtlich in der Zwischenzeit etwas verbessert und die vor zwei Wochen festgestellten Tieftonsenken seien heute nicht mehr vorhanden. Es sei nicht ganz klar, ob tatsächlich eine Innenohrsymptomatik vorhanden sei oder ob die gemachten Angaben allenfalls nicht ganz zuverlässig seien. An der Schwindelsymptomatik habe sich klinisch nichts verändert und die Klägerin werde nach wie vor von ihrem Ehemann in die Praxis und durch die Praxis geführt. Es sei unklar, wie die Symptomatik einzuordnen sei und ob primär eine organisch fassbare Ursache hinter den Beschwerden stehe oder inwieweit die ganze Schwindelsymptomatik funktionell überlagert sei (Urk. 2/16/7). 4.4 Die neurologische Abklärung vom 9. Juni 2010 ergab, dass für die Klägerin aktuell die Kopfschmerzsymptomatik im Vordergrund stehe. Der Schwindel und die intermittierenden Sehstörungen seien weniger ausgeprägt. Anamnestisch bestehe ein Medikamentenübergebrauch, welcher zum klinischen Bild der täglichen diffusen holocephalen Kopfschmerzen passe. Es sei ein stationärer Entzug durchzuführen (Urk. 2/16/4 S. 2). 4.5 Am 11. Juni 2010 (Urk. 9/M11/1) fand eine vertrauensärztliche Untersuchung der Klägerin durch Dr. med. C. \_\_\_\_, FMH Arbeitsmedizin, Psychosomatische

und Psychosoziale Medizin (SAPPM), Delegierte Psychotherapie (FMPP), statt. Dr. C.\_\_\_\_ hielt fest, dass die Klägerin, die von ihrer Tochter begleitet werde, auf differenziertem Niveau kommunizieren könne und während des Gesprächs keine Beschwerden äussere. Eine Aggravation sei nicht festzustellen. Beim Aufstehen benötige sie die Hilfe ihrer Tochter. Sie könne weder selbständig aufstehen noch stehen bleiben. Beim Stehen zeige sie trotz Hilfe der Tochter Unsicherheiten, schwanke, es sei unklar, ob sie allein hinfallen würde. Gehen könne sie nur am Arm ihrer Tochter. Fest mit dem Arm eingehängt, könne sie nur sehr langsam einige Schritte gehen. Sie benötige für die zwanzig Meter vom Untersuchungszimmer bis zur Reception etwa fünf Minuten (S. 5). Es fänden sich keine Hinweise für Gedächtnisstörungen und auch nach eineinhalb Stunden zeigten sich keine Hinweise für Ermüdung oder Konzentrationsstörungen. Auch für eine schwerere psychiatrische Pathologie bestünden keine Anhaltspunkte. Affektiv wirke die Klägerin adäquat. Eine depressive Stimmung sei nicht objektivierbar und werde auf Nachfragen hin auch verneint. Sie sei nicht traurig, sei gerne mit der Familie zusammen. Ein sozialer Rückzug finde nicht statt (S. 5). Hausarzt Dr. Z.\_\_\_\_ habe auf Anfrage durch die Vertrauensärztin mitgeteilt, dass viele Abklärungen durchgeführt worden seien. Es habe sich jedoch keine spezielle Ursache der Beschwerden finden lassen (S. 6). Dr. C.\_\_\_\_ führte aus, dass die Klägerin über Beschwerden klage, die - so wie sie auf detaillierte Befragung hin angegeben würden - medizinisch nicht erklärbar seien. Insbesondere die Beschwerden in beiden Händen, den Füßen und der strumpfförmige Verlauf der Sensibilitätsstörungen entsprächen nicht den somatisch- anatomischen Gegebenheiten. Auch die durchgeführten Therapien, von denen die Klägerin berichte, sprächen eher für unspezifische Beschwerden. Eine Nachfrage beim Hausarzt habe keine schwerwiegende organische oder psychiatrische Ursache für die Beschwerden ergeben. Sinnvollerweise sei gemeinsam mit dem Hausarzt ein Rehabilitierungsplan für die berufliche Eingliederung aufzustellen (S. 6).

4.6 Vom 29. Juni bis 6. Juli 2010 war die Klägerin in der Klinik für Neurologie des D.\_\_\_\_ hospitalisiert. Mit Austrittsbericht vom 2. Juli 2010 (Urk. 2/16/1) wurden folgende Diagnosen gestellt (S. 1): Medikamentenübergebrauchskopfschmerz starke holocephale bifrontale Kopfschmerzen über den ganzen Tag unkontrollierte Einnahme von Schmerzmitteln über mehrere Jahre bei generalisiertem Schmerzsyndrom generalisiertes Schmerzsyndrom über Jahre schmerzhaftes Kribbelparästhesien auf der linken Körperseite, diffuse Kreuz- und Beinschmerzen, bildgebend, laborchemisch und elektrophysiologisch keine erklärende Pathologie reaktiv mittelgradiges depressives Zustandsbild Suizidalität glaubhaft verneint Der Kopfschmerz sei während des stationären Analgetikaentzugs rückläufig gewesen. Es habe sich keine die subjektiv empfundenen Symptome ausreichend erklärende Grunderkrankung gefunden. Weder serologisch noch bildgebend seien Anhaltspunkte für eine rheumatologische Erkrankung gegeben. Eine Polyneuropathie habe ausgeschlossen werden können. Nebst dem generalisierten Schmerzsyndrom leide die Klägerin an einer mittelgradigen depressiven Störung, die weiter behandelt werden sollte (S. 5).

4.7 Dr. Z.\_\_\_\_ führte mit Bericht vom 21. August 2010 (Urk. 9/M13) aus, es sei am 30. März 2010 bei der Klägerin akut zu Kopfschmerzen gekommen, zusätzlich zu Sensibilitätsstörungen in der ganzen linken Körperhälfte, verbunden mit Schmerzen. Es sei ihr stark schwindlig gewesen, so dass sie kaum mehr habe aufstehen können. Sie leide immer noch unter heftigsten Schwindelbeschwerden, der ganze Körper vibriere.

Zudem habe sie starke Kopfschmerzen. Wegen dieser Beschwerden könne sie das Bett kaum verlassen. Die Beschwerden seien äusserst komplex. Auch von den Spezialisten der Augenklinik und der Neurologie habe bislang keine Diagnose gestellt werden können (S.

1). Seit 30. März 2010 sei die Klägerin vollständig arbeitsunfähig. Dies werde sie mindestens bis nach dem Rehaaufenthalt in E.\_\_\_\_ bleiben. Im Moment könne auch keine behinderungsangepasste Tätigkeit diskutiert werden (S. 2). 4.8Im Auftrag der Beklagten erstattete Dr. med. A.\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin und Rheumaerkrankungen FMH, am 30. August 2010 ein Gutachten (Urk. 2/18). Die Untersuchung der Beklagten fand am 19. August 2010 statt. Dr. A.\_\_\_\_ stellte nach Berücksichtigung der Akten (S. 2 ff.), Erhebung der Anamnese (S. 8 ff.) und der Befunde (S. 12 ff.) folgende Diagnosen (S. 18): Ganzkörperschmerzsyndrom mit und bei Medikamentenübergebrauchs-Kopfschmerz anamnestisch Schlafstörungen Tinnitus somatoforme Schmerzstörung anamnestisch Übergewicht (BMI 28) Vitamin D-Mangel Die Klägerin schildere Schmerzen im ganzen Bereich des Körpers. Eine schmerzfreie Stelle werde nicht angegeben; sie lokalisiere die Schmerzen in beiden Füßen, Knien, gluteal, lumbal, im Bereich der Leisten und Oberschenkel ventral, im Abdomen, über dem Brustbein, im Bereich des zervikothorakalen Übergangs, im Nacken, im Hinterkopf, frontal, über beiden Kieferhöhlen sowie im Bereich der Ellbogen und der Oberarme (S. 11 unten f.). Aktuell im Sitzen habe sie Schmerzen der Intensität 8/10 auf einer Visuellen Analogskala; schwächere Schmerzen als 7/10 habe sie nie (S. 12 oben). In Rückenlage weigere sich die Klägerin, den Oberkörper von der Liege abzuheben; der Langsitz sei problemlos bis Finger-Zehenabstand 0 möglich. Sie weigere sich, ausgehend von der Bauchlage den Vierfüßlerstand einzunehmen, und klage dabei über vermehrte Kreuzschmerzen, obwohl diese Region dadurch nicht vermehrt belastet werde. Lehne sie sich im Sitzen rückwärts, so aktiviere sie dabei spontan die Abdominalmuskulatur und könne diese Position auffallend gut stabilisieren und halten (S. 13 unten f.). Die Klägerin schildere ihre Beschwerden absolut diffus und nicht nachvollziehbar. Begebe sie sich langsam und hinkend, das linke Knie meist etwas steif haltend ins Untersuchungszimmer, so wechsele das Gangbild situationsabhängig laufend. Sitze sie gut eine Stunde ruhig auf dem Stuhl, halte sie ihre linke Hand meist demonstrativ unter dem Pult auf dem Knie. Trotzdem könne sie diese Hand beim Aus- und Ankleiden ganz normal einsetzen. Obwohl sie beim Verlassen des Untersuchungszimmers kaum mehr ihre Füße hebe und mit den Absätzen schleife, zeigten diese absolut keine Abriebspuren. So sei nach der Untersuchung durch das Fenster zu beobachten gewesen, wie die Klägerin, eingehängt im Arm ihres Ehemannes, bei uncharakteristischem Hinken doch recht gut wieder beide Beine hochheben und auch über die Fersen abrollen könne. Das beobachtete Verhalten lasse sich kaum durch ein somatisches Leiden allein erklären. So seien denn auch alle fünf Waddell-Zeichen positiv, was auf eine funktionelle Ausgestaltung hinweise (S. 14). Aus rheumatologischer Sicht liessen sich nur unspezifische und weitgehend inkonstante Befunde erheben, die das von der Klägerin angegebene Beschwerdebild und die angegebenen Limitierungen kaum erklärten. Hinweise für ein relevantes psychiatrisches Leiden wie eine Depression oder Angststörung bestünden nicht. Psychosoziale Belastungsfaktoren seien jedoch unübersehbar vorhanden (S. 14). Die Medikamentenspiegel seien alle im nicht messbaren, also nicht therapeutischen Bereich (S. 15). Bei der Untersuchung präsentiere sich eine schwerstleidende und übergewichtige Frau in gutem Allgemeinzustand. Zur Untersuchung erscheine sie in Begleitung ihres Ehemannes, der sie an einem Arm führe und stütze. Ohne Hilfe zeige sie ein langsames und zögerndes Bewegungsverhalten, wobei keine konsistente Bewegungsstörung habe beobachtet werden können. Weigere sich die Klägerin, gewisse Bewegungen auszuführen oder gewisse Positionen einzunehmen, so könne trotzdem keine konsistente schmerzhaft Limitierung beobachtet werden. Die von der Klägerin angegebenen invalidisierenden

Beschwerden fänden bei der Untersuchung kein objektivierbares Korrelat. Zudem sei die Anamneseerhebung, vor allem betreffend die Krankheitsentwicklung, äusserst schwierig in Erfahrung zu bringen. An naheliegende Dinge möge oder wolle sich die Klägerin nicht erinnern, andererseits seien ihr andere Sachverhalte und auch Daten auffallend präsent. Die Untersuchung werde durch Selbstlimitierungen dominiert; Pseudobewegungen würden genauso schmerzhaft angegeben wie eigentliche Bewegungsprüfungen. Es würden eigentlich alle Körperstrukturen als druckdolent angegeben, so dass die Diagnose eines generalisierten Weichteilrheumatismus mit grösster Zurückhaltung gestellt werden dürfe. Eine konsistent schmerzhaftige Bewegungsstörung im Bereich des Achsenskeletts könne nicht objektiviert werden, so dass auch nicht von einem vertebrale Syndrom gesprochen werden könne (S. 16). Das von der Klägerin angegebene Beschwerdebild lasse sich durch die klinisch objektivierbaren Befunde in keiner Art und Weise erklären. Schon der konstant hohe Schmerzpegel, der sich durch keine Massnahmen signifikant beeinflussen lasse, spreche für eine Schmerzverarbeitungsstörung. Dabei handle es sich offensichtlich vor allem um eine Problematik auf der Verhaltensebene, was wohl kaum allein auf unbewusster Ebene ablaufen könne. Das therapeutische Vorgehen sei von der Klinik für Neurologie vorgegeben worden. Die verordneten Medikamente würden jedoch von der Klägerin nicht eingenommen. Eine Arbeitsunfähigkeit lasse sich aufgrund der festgestellten rheumatologischen Befunde nicht begründen (S. 17), weder in der bisherigen noch in einer anderen angepassten Tätigkeit (S. 18). 4.9 Vom 23. August bis 20. September 2010 befand sich die Klägerin zur stationären Rehabilitation in E.\_\_\_\_. Mit Austrittsbericht vom 8. Oktober 2010 (Urk. 2/19) wurden folgende Diagnosen gestellt (S. 1): generalisiertes Schmerzsyndrom erfüllte Kriterien für Fibromyalgie anhaltende somatoforme Schmerzstörung

Verdacht auf depressives Syndrom Verdacht auf

Medikamentenübergebrauch-Kopfschmerzen täglich holocephale Kopfschmerzen bifrontal betont Migräne ohne Aura Osteoporose mit und bei Vitamin D-Mangel Verdacht auf intrakranielle Hypertension mit und bei Syndrom der erworbenen Hyperopie mit Choroidfalten seit März 2010 Zunahme der Kopfschmerzen, Tinnitus, Schwindel fluktuierende Visusminderung beidseits unklarer Genese Die Verlaufskontrolle erfolge durch den Hausarzt. Es werde die Durchführung der ambulanten Physiotherapie zur weiteren Verbesserung der Stabilität der Haltungsmuskulatur sowie zur Rekonditionierung empfohlen. Bis 30. September 2010 sei die Klägerin zu 100 % arbeitsunfähig, danach erfolge die weitere Beurteilung durch den Hausarzt (S. 4). Die Klägerin sei am 20. September 2010 in gutem Allgemeinzustand nach Hause entlassen worden (S. 2 unten). 4.10 Zu diesem Austrittsbericht hielt Dr. A.\_\_\_\_ am 5. Oktober 2010 (Urk. 2/20) fest, dass dieser offensichtlich nicht in Kenntnis der ganzen Vorgeschichte abgefasst worden sei. Die Befunde würden somit nicht im Zusammenhang mit der doch komplexen Vorgeschichte gewürdigt. Auch würden Befunde der klinischen Psychologie nicht detailliert aufgeführt und nicht gewürdigt. Zudem fehle ein detailliertes Belastungsprofil (S. 2). 4.11 Mit Bericht vom 11. März 2011 (Urk. 2/15) stellte Dr. Z.\_\_\_\_ folgende Diagnosen (S. 1): chronisch panvertebrales Schmerzsyndrom bei Verdacht auf Fibromyalgie chronische migräneartige Kopfschmerzen CRPS Typ 1, Stadium 1 Hand rechts bei Status nach TFCC-Ausrissläsion fluktuierende Visusminderung beidseits unklarer Genese Der Gesundheitszustand der Klägerin habe sich seit August 2010 durchwegs negativ entwickelt. Aktuell klage sie über heftige Kopfschmerzen, Schwindel, Rückenschmerzen, Vibrieren in den Lippen, Knieschmerzen. Ohne Hilfe könne sie nicht aufstehen. Am 9. Oktober 2010 habe sie eine

Verletzung des rechten Handgelenks erlitten und könne mit dieser Hand gar nichts machen (S. 1). Aufgrund der schweren diffusen Beschwerden mit Kraftlosigkeit und Schmerzen am ganzen Körper sowie unklaren Parästhesien in der linken Körperhälfte sei die Klägerin seit 30. März 2010 zu 100 % arbeitsunfähig. Wegen heftigen Thoraxschmerzen bestehe eine weitere Arbeitsunfähigkeit ab 23. Februar 2010. Zusätzlich sei die Klägerin wegen der Folgen des Unfalls vollständig arbeitsunfähig. Es resultiere also eine Arbeitsunfähigkeit wegen Krankheit von 100 % sowie wegen Unfall ebenfalls zu 100 %, womit sich eine Summe von 200 % Arbeitsunfähigkeit ergebe. Eine den Beschwerden angepasste Tätigkeit sei absolut unvorstellbar (S. 2). 4.12 Vom 19. September bis 12. Oktober 2011 hielt sich die Klägerin stationär im F. \_\_\_ auf. Mit Austrittsbericht vom 11. Oktober 2011 (Urk. 2/31) wurden im Wesentlichen folgende Diagnosen gestellt (S. 1): chronisches lumbovertebrales bis lumbospondylogenes Schmerzsyndrom unter anderem bildgebend schwere degenerative Veränderungen der Halswirbelsäule mit fokalen Diskushernien mit Kompression des Rückenmarks ohne entzündliche Veränderungen Wirbelsäulenfehlform, -fehlhaltung, Haltungsinsuffizienz, muskuläre Dysbalance, allgemeine Dekonditionierung, Schonhaltung dringender Verdacht auf somatoforme Schmerzstörung Osteoporose generalisiertes Schmerzsyndrom DD Fibromyalgie bei/mit unklaren Kribbelparästhesien auf der linken Körperseite unklarer Schwindel bildgebend keine Pathologien des Schädels weitere Abklärungen unauffällig Syndrom der erworbenen hohen Hyperopie mit Chroidalfalten CRPS der oberen Extremität rechts nach foveolärer TFCC-Läsion am rechten Handgelenk nach Sturz am

## E. 9

Oktober 2010 mittelgradige depressive Episode Lipödem der Beine Die Klägerin sei aufgrund der Exazerbation eines chronisch lumbovertebralen Schmerzsyndroms mit neu Ausstrahlung in die unteren Extremitäten und den Abdomenbereich erfolgt. Mit der gleichen Symptomatik sei sie am 9. September 2011 notfallmässig im Spital I. \_\_\_ behandelt worden. Sie berichte, dass sie seit März 2010 wegen dem Schwindel und der Schwäche in den Beinen am Rollator mobil sei (S. 2). Am 12. Oktober 2011 habe man die Klägerin in leicht gebessertem Zustand in die G. \_\_\_ entlassen können (S. 3 unten). 4.13 Vom 12. bis 30. Oktober 2011 befand sich die Klägerin zur stationären Rehabilitation in der G. \_\_\_. Mit Austrittsbericht vom 9. November 2011 (Urk. 2/32) wurde zusätzlich zu den bereits am F. \_\_\_ gestellten Diagnosen diejenige eines Verdachtes auf eine Angststörung mit agoraphoben Anteilen gestellt (S. 1). Therapieziel sei gewesen, dass die Klägerin Schmerzstrategien kenne und regelmässig an den Therapien teilnehme, und dass sie am Rollator in Begleitung für 100 Meter mobil sei. Diese Ziele hätten teilweise erreicht werden können (S. 2). Im Austrittsbericht Physiotherapie der G. \_\_\_ vom 26. Oktober 2011 (Urk. 2/33) wurde festgehalten, dass ein Bewegungsuntersuch kaum möglich sei, da passive Bewegungen nicht zugelassen würden. Gezielte Bewegungsaufträge könnten aufgrund von Schmerzen kaum ausgeführt werden; Kraftteste seien nicht aussagekräftig (S. 1).

Gemäss Austrittsbericht Ergotherapie vom 26. Oktober 2011 (Urk. 2/34) sei eine Palpation der rechten Hand aufgrund des Berührungsschmerzes kaum möglich gewesen. Im Bereich des TFCC und des Ulnarköpfchens habe die Klägerin die grössten Schmerzen beschrieben, welche bis in den Oberarm ausstrahlten. Die Behandlung sei daher stark limitiert gewesen; eine passive oder aktive Mobilisation sei nicht möglich gewesen (S. 2). 4.14 Dr. med. H. \_\_\_, Innere Medizin und Rheumatologie FMH, Beratender Arzt der Beklagten, führte mit Bericht vom 27. Juli 2012 (Urk. 9/M18) aus, es sei aufgrund der medizinischen Akten und

der im Rahmen der Observation gezeigten Verhaltensweisen keine organisch erklärbaren Bewegungseinschränkungen medizinisch fassbar. Selbst wenn eine beginnende seronegative Spondylarthropathie im Lumbalbereich zeitweise Beschwerden verursachen könnte, sei dies kein Grund für eine teilweise Arbeitsunfähigkeit. Die Verhaltensweise, welche im Rahmen der Observation festgestellt worden sei, spreche für eine generelle Hinfälligkeit im Rahmen einer somatoformen Schmerzstörung bei psychischer Verstimmung. Es liege weder eine neurologische noch eine rheumatologische Erkrankung vor, welche eine Einschränkung des Bewegungsapparates bewirken könnte. Somit sei die Tätigkeit als Reinigungsmitarbeiterin für mittelschwere Tätigkeiten aus organmedizinischer Sicht nicht eingeschränkt. Da auch keine psychiatrische Störung diagnostiziert worden sei, was anlässlich der Hospitalisation im F.\_\_\_\_ erneut überprüft worden sei, sei generell medizinisch von einer altersentsprechenden Arbeitsfähigkeit auszugehen. Die altersentsprechenden degenerativen Veränderungen lägen im Rahmen des Üblichen und störten die alltäglichen Bewegungsabläufe nicht (S. 1 f. Ziff. 1). Es lägen gemäss Abklärungen des F.\_\_\_\_ degenerative Veränderungen im Hals- und Lendenwirbelsäulenbereich vor. Diese seien aber im Alter von 57 Jahren bei Frauen und Männern zu erwarten und führten im aktenmässig bekannten Ausmass keineswegs zu Einschränkungen. Es liege kein Grad ausserordentlicher degenerativer Veränderungen vor, welche zu Schmerzzuständen führen könnten. Der lediglich verdachtsweise vermutete Beginn einer entzündlichen Erkrankung der Wirbelsäule könnte nur aufrecht gehalten werden, wenn in sechsmonatigen Abständen nicht nur die radiologischen Verdachtszeichen deutlich zunähmen, sondern wenn auch entsprechende klinische Befunde erhoben werden könnten. Die Symptomatik sei aber streng im Rahmen der klassischen somatoformen Schmerzstörung geblieben. Somit sei auch aufgrund der Möglichkeit einer beginnenden entzündlichen LWS-Erkrankung allein keine Arbeitsunfähigkeit begründbar (S. 2 Ziff. 2). Eine lang andauernde Arbeitsunfähigkeit sei seit der rheumatologischen Beurteilung vom 30. August 2010 bereits nicht mehr medizinisch ausgewiesen (S. 2 Ziff. 3). 4.15 Eine Verlaufskontrolle am F.\_\_\_\_ vom 27. März 2012 (Urk. 16) zeigte insgesamt diskrete progrediente entzündliche Veränderungen im Bereich der LWS und des Ileosakralgelenks beidseits bei klinischem Verdacht auf eine seronegative Spondylarthropathie sowie weiterhin keine sicheren entzündlichen Veränderungen thorakal beidseits (S. 2). 5. 5.1 Die Beklagte liess die Klägerin im Zeitraum vom 3. bis 19. August 2010 und vom 11. September bis 1. November 2010 observieren (vgl. Urk. 9/Z1-2 sowie die bei den Akten liegenden DVD). Die Aufdeckung respektive Verhinderung von Versicherungsbetrug mittels Observationen ist sowohl im Privat- als auch im Sozialversicherungsrecht praxisgemäss zulässig und die damit verbundene Persönlichkeitsverletzung (vgl. Art. 28 ZGB) gerechtfertigt (BGE 135 I 169 E. 5.5). Vorausgesetzt ist, dass das Interesse an der Verhinderung missbräuchlicher Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit überwiegt (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 mit Hinweisen). 5.2 Die Observation beschränkte sich auf wenige Tage im obgenannten Zeitraum. Ein Eingriff in die strafrechtlich geschützte Privat- respektive Geheimsphäre (vgl. Art. 179 quater des Strafgesetzbuches; StGB) fand nicht statt. Die Observation beschränkte sich auf Aktivitäten der Klägerin im öffentlichen Raum. Da ein ausgewiesenes finanzielles Interesse seitens der Beklagten bestand, die Überwachungsmaßnahme zeitlich in begrenztem Rahmen stattfand, sich auf die für den Überwachungszweck geeigneten Mittel (Videoaufnahmen) beschränkte und auch sonst keine schwerer wiegenden Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte der Klägerin beinhaltete,

erweist sie sich als verhältnismässig. Sie entspricht den Kriterien der Rechtsprechung (BGE 136 III 410 E. 2.2.3). Die aus der Observation gewonnenen Erkenntnisse sind mithin verwertbar. 6. 6.1Am 17. August 2010 wurde die Klägerin dabei beobachtet, wie sie leicht hinkend zu ihrem Auto ging und einstieg. In der linken Hand trug sie ihre Handtasche. Sie wurde zu keinem Zeitpunkt gestützt oder anderweitig beim Gehen unterstützt. Bei ihrer Rückkehr wirkte ihr Gang unauffällig. Über dem linken Arm lag ihre Jacke und sie trug mit der linken Hand ihre Handtasche sowie einen Plastiksack (Urk. 9/Z1 S. 2 sowie entsprechende Filmsequenz). 6.2Am 18. August 2010 wurde sie dabei beobachtet, wie sie, am linken Arm ihre Handtasche angehängt, eine kleine Kartonschachtel in der linken Hand trug. Diese fiel mehrfach zu Boden und die Klägerin bückte sich mehrfach danach, nahm die Schachtel vom Boden auf und legte sie schliesslich in den Kofferraum des Fahrzeuges, welchen sie zuvor selbst geöffnet hatte und wieder schloss. Dazu musste sie sich strecken. Anschliessend öffnete sie die Beifahrertür und stieg ins Fahrzeug. Bei ihrer Rückkehr war wiederum ein leichtes Hinken feststellbar. Die Handtasche trug sie in der linken Hand (Urk. 9/Z1 S. 3 sowie entsprechende Filmsequenz). 6.3Am 19. August 2010 ging die Klägerin ohne Unterstützung ihres Ehemannes zügig und mit unauffälligem Gang zum Auto. In der linken Hand trug sie ihre Handtasche und einen kleinen Plastiksack (Urk. 9/Z1 S. 3 sowie entsprechende Filmsequenz). Aufgrund des Fahrziels und des Datums ist davon auszugehen, dass sie

sich zum Untersuchungstermin bei Dr. A.\_\_\_\_ begaben. Am Ziel angekommen, ging die Klägerin zunächst selbständig. Kurz darauf hinkte die Klägerin und wurde von ihrem Ehemann beim Gehen gestützt. Ihr Gang wirkte schleppend, mühsam und stark hinkend (Urk. 9/Z1 S. 3 sowie entsprechende Filmsequenz). Im Restaurant vermochte sie mit dem gestreckten rechten Arm und der rechten Hand den Stuhl nach hinten zu schieben und sich selbständig hinzusetzen (Filmsequenz Minute 5.48). Auf dem Weg zur Arztpraxis ging sie am Arm ihres Ehemannes eingehängt und leicht schwankend; die Handtasche hing am rechten Arm (Filmsequenz, Minute 6). 6.4Am 25. Oktober 2010 wurde die Klägerin beobachtet, wie sie sich zunächst mit der Handtasche und zwei Tüten in der linken Hand zum Boden bückte und etwas aufhob. Danach zog sie mit der rechten Hand einen gefüllten Wäschekorb zu sich hin, wechselte die Tüten in die rechte Hand, hob den linken Arm mit der daran hängenden Handtasche auf Brusthöhe an und dirigierte damit ein Fahrzeug heran. Danach stellte sie die Handtasche auf dem Wäschekorb ab, bückte sich und trug ihn mitsamt der Tasche mit beiden Händen aufrecht gehend ein paar Meter weit, bevor sie ihn wieder abstellte und ihrem Ehemann überliess. Danach hängte sie sich die Tasche mit der linken Hand über die linke Schulter und ging zügig ins Haus (Urk. 9/Z2 und dazugehörige Filmsequenz). 6.5Am 26. Oktober 2010 wurde die Klägerin beobachtet, wie sie selbständig zum Fahrzeug ging und einstieg. Anschliessend wurde sie beobachtet, wie sie in einem Möbelgeschäft selbständig herumging, den linken Arm auf Kopfhöhe betätigte, sich in der Garage nach Paketen bückte, den Kofferraum des Fahrzeugs selbständig öffnete, etwas aus einer am Boden stehenden Schachtel holte, wobei sie sekundenlang in gebückter Haltung verblieb, mit der linken Hand erneut den Kofferraum öffnete und die unter dem rechten Arm eingeklemmten Gegenstände hineinlegte. Sodann setzte sie sich selbständig und ohne sichtbare Einschränkung ins Auto (Urk. 9/Z2 und dazugehörige Filmsequenz). 7. 7.1Den bei den Akten liegenden Arbeitsunfähigkeitsattesten von Dr. Z.\_\_\_\_ (vgl. Urk. 2/14) sind ihrer Natur entsprechend keine Diagnosen oder Befunde zu entnehmen, weshalb sie keinen Aufschluss über die Begründetheit der darin festgelegten Arbeitsunfähigkeit zu geben vermögen. Dies gilt auch für die weiteren, etwas ausführlicheren Arztberichte von Dr.

Z.\_\_\_\_: In demjenigen vom 21. August 2010 (vgl. vorstehend E. 4.7) führte Dr. Z.\_\_\_\_ aus, die Klägerin leide unter heftigsten Schwindelbeschwerden und könne das Bett kaum verlassen. Nebst dem Umstand, dass Dr. Z.\_\_\_\_ keine Diagnose zu stellen vermochte, widersprechen diese Feststellungen den Observationsergebnissen, die die Klägerin am 17., 18. und 19. August 2010 bei vollkommen normal anmutenden Aktivitäten und Bewegungen zeigen. Dies ist umso auffälliger, als Dr. Z.\_\_\_\_ seine Feststellungen offenbar aufgrund von Konsultationen tätigte, die am 16. und 19. August 2010 stattfanden (vgl. Urk. 9/M13 S. 2). Auch der Bericht vom 11. März 2011 (vgl. vorstehend E. 4.11) vermag nicht zu überzeugen, da Dr. Z.\_\_\_\_ von einer Arbeitsfähigkeit von 200 % ausgeht, was keinen Sinn ergibt. Die Feststellung von Dr. Z.\_\_\_\_, dass die Klägerin aufgrund der am 9. Oktober 2010 erlittenen Verletzung mit der rechten Hand gar nichts machen könne, widerlegte die Klägerin am 25. Oktober 2010 selbst, indem sie die rechte Hand zum Transport eines gefüllten Wäschekorb einzusetzen vermochte. Insgesamt mangelt es den Berichten von Dr. Z.\_\_\_\_ somit an Schlüssigkeit, so dass darauf nicht abgestellt werden kann. 7.2 Die zeitnah zum Beginn der Arbeitsunfähigkeit ab 29. März 2010 erstellten medizinischen Unterlagen ergaben normale Befunde (vgl. vorstehend E. 4.2). Die otorhinolaryngologische Abklärung ergab Hinweise auf eine funktionelle Überlagerung und den Verdacht, dass die Angaben der Klägerin allenfalls nicht ganz zuverlässig seien (vgl. vorstehend E. 4.3). Die Kopfschmerzen wurden neurologisch abgeklärt und ein stationärer Medikamentenentzug empfohlen (vgl. vorstehend E. 4.4). Keiner dieser Berichte enthält Angaben zu einer Arbeitsunfähigkeit der Klägerin. 7.3 Dr. C.\_\_\_\_ kam nach Durchführung einer eigenen Untersuchung und Erhebung der Anamnese sowie der Befunde mit Bericht vom 11. Juni 2010 zum Schluss, dass die Beschwerden der Klägerin medizinisch nicht erklärbar seien (vgl. vorstehend E. 4.5). Die Klägerin zeigte anlässlich der Untersuchung ein Verhalten, welches im Widerspruch zu demjenigen stand, das ein Vorgesetzter gleichentags im Anschluss an die vertrauensärztliche Untersuchung beobachtete (vgl. Urk. 9/M11/3): War die Klägerin anlässlich der Untersuchung noch unfähig, selbständig und ohne Hilfe ihrer Tochter zu stehen und schwankte dabei, so stand sie kurz darauf frei und aufrecht ohne Abstützen. Auch wenn diese Beobachtung nicht durch einen Arzt gemacht wurde, lässt sich daraus doch auf die Richtigkeit der Einschätzung durch Dr. C.\_\_\_\_ schliessen. 7.4 Auch während der Hospitalisation in der Klinik für Neurologie wurde keine die subjektiv empfundenen Symptome ausreichend erklärende Grunderkrankung gefunden; es wurde ein Medikamentenübergebrauchskopfschmerz, welcher während des Entzuges rückläufig gewesen sei, und ein generalisiertes Schmerzsyndrom festgestellt (vgl. vorstehend E. 4.6). 7.5 In Bezug auf Schmerzen mit den sich dabei naturgemäss ergebenden Beweisschwierigkeiten ist zu beachten, dass die subjektiven Schmerzangaben der versicherten Person für die Begründung einer Arbeitsunfähigkeit allein nicht genügen; vielmehr muss verlangt werden, dass die Schmerzangaben durch damit korrelierende, fachärztlich schlüssig feststellbare Befunde hinreichend erklärbar sind. Die Schmerzangaben müssen also zuverlässiger medizinischer Feststellung und Überprüfung zugänglich sein (BGE 130 V 399 E. 5.3.2). Dass dies vorliegend nicht der Fall ist, ergibt sich aus der Würdigung des Gutachtens von Dr. A.\_\_\_\_ (vgl. vorstehend E. 4.8), dessen Gutachten unter Einbezug der Akten, Erhebung der Anamnese und der Befunde sowie Durchführung eigener Untersuchungen erging und den praxisgemässen Anforderungen an einen Arztbericht zu genügen vermag (vgl. vorstehend E. 1.4), und den Observationsergebnissen vom August 2010: Dr. A.\_\_\_\_ hielt fest, dass sich das angegebene Beschwerdebild durch die klinisch objektivierbaren Befunde in keiner Art und Weise

erklären liessen. Die Klägerin zeigte anlässlich der Untersuchung vom 19. August 2010 ein durchgehend inkonsistentes Verhalten und präsentierte

sich schwerstleidend, liess sich von ihrem Ehemann am Arm führen und stützen und wechselte ihr Gangbild fortlaufend. Sämtliche Waddell-Zeichen waren positiv. Die angegebenen invalidisierenden Beschwerden hätten gemäss Dr. A.\_\_\_\_ bei der Untersuchung kein objektivierbares Korrelat gefunden, und aufgrund der rheumatologischen Befunde lasse sich keine Arbeitsunfähigkeit begründen. Diese Einschätzung wurde durch die Observationsergebnisse vom 17. und 18. August 2010 bestätigt, zeigten sie doch, wie die Klägerin - in krassem Gegensatz zu dem bei Dr. A.\_\_\_\_ gezeigten Verhalten - mit allenfalls leichtem Hinken selbständig geht, steht, ins Auto steigt, Dinge trägt, sich bückt und Dinge vom Boden aufhebt (vgl. vorstehend E. 6.1-2). Am Morgen des 19. August 2010, kurz vor der Untersuchung bei Dr. A.\_\_\_\_, geht sie an ihrem Wohnort zunächst zügig und unauffällig, bevor ihr Gang, am Untersuchungsort angekommen, schleppend, mühsam und stark hinkend wird (vgl. vorstehend E. 6.3). Dieses innert kürzester Zeit ändernde Bewegungsverhalten wurde bereits im Juni 2010, im Anschluss an die vertrauensärztliche Untersuchung, beobachtet und führte zur fristlosen Entlassung der Klägerin. Der Eindruck, dass die Klägerin ihre Beschwerden situationsbedingt demonstriert, lässt sich deshalb nicht von der Hand weisen.

7.6 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass weder ab 30. März 2010 - dem Zeitpunkt, ab dem die Klägerin eine leistungsauslösende Arbeitsunfähigkeit postuliert (vgl. Urk. 1 S. 10 Ziff. 18 f.) - noch im Zeitpunkt des Ausscheidens aus dem Kreis der bei der Beklagten Versicherten am 15. Juni 2010 (Art. E3 Abs. 2 AVB) beweismässig verwertbare ärztliche Atteste für eine anspruchsbegründende Arbeitsunfähigkeit der Klägerin vorliegen; vielmehr ist den zeitnah ergangenen Arztberichten zu entnehmen, dass keine Arbeitsunfähigkeit verursachende Krankheit feststellbar war. Dies wurde denn in der Folge durch die Ergebnisse der Observation untermauert. Ist eine Arbeitsunfähigkeit vor oder am 15. Juni 2010 nicht überwiegend wahrscheinlich, so hat die Klägerin keine Ansprüche aus der Kollektivtaggeldversicherung der Beklagten. Nachdem die Klägerin ausdrücklich Leistungen aus der Kollektivversicherung der Beklagten beansprucht (vgl. Urk. 1 S. 2), ist ein allfälliger Anspruch aus einer Einzelversicherung nicht zu prüfen: Das Gericht ist an den Gegenstand und Umfang des Begehrens gebunden, insbesondere wenn der Kläger seine Ansprüche im Rechtsbegehren selbst qualifiziert oder beschränkt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_464/2009 vom 15. Februar 2010 E. 4.1 mit Hinweis; Urteil des Bundesgerichts 4A\_572/2010 vom 20. Dezember 2010 E. 4.2). Die nach der Begutachtung durch Dr. A.\_\_\_\_ vom 19. August 2010 ergangenen Arztberichte sind somit für die vorliegende Streitfrage ohne Belang. Demnach ist die Klage abzuweisen. 8. 8.1 Die Beklagte beantragt gestützt auf Art. 40 VVG in Verbindung mit Art. 62 ff. OR widerklageweise die Zusprache von Fr. 18'932.70 für Observations- und Untersuchungskosten (Urk. 8 S. 2, S. 17 Ziff. 3.9): 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 an den Vertrag nicht gebunden. 8.2 Die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 40 VVG setzt neben dem täuschenden Verhalten (objektive Seite) eine Täuschungsabsicht (subjektive Seite) voraus. Der Nachweis eines bestimmten Wissens, einer bestimmten Absicht ist naturgemäss schwierig zu erbringen, denn es handelt sich um

ein innerpsychisches Phänomen, das sich in der Regel einem direkten Beweis entzieht. Die Lösung führt über eine wertende Analyse aller Umstände und Indizien des Sachverhaltes, die Schlüsse auf die Motive des Anspruchstellers zulassen. Wenn der Anspruchsberechtigte Wissen über Tatsachen für sich behält, die Einfluss auf die Leistungspflicht des Versicherers haben, stellt sich in subjektiver Hinsicht die Frage der Unvorsorgfalt, deren Mass es zu beurteilen gilt (VVG-Kommentar, Art. 40 Rz. 61 und 65). Der Beweis für das Vorliegen der subjektiven Täuschungsabsicht obliegt dem Versicherer (Rz. 25). Das von der Klägerin je nach Situation gezeigte unterschiedliche Verhalten ist aus objektiver Sicht als täuschend zu werten. Für die Bejahung einer subjektiven Täuschungsabsicht liegen jedoch zu wenig Anhaltspunkte vor: Weder wurde die Klägerin tatsächlich beim Arbeiten beobachtet, noch lässt sich ihr Verhalten dahingehend interpretieren, dass sie bewusst in der Absicht handelte, von der Beklagten ungerechtfertigt Taggelder zu erhalten. Solche wurden gar nicht geleistet. Eine Rückforderung der Kosten gestützt auf Art. 62 ff. des Obligationenrechts, wie von der Beklagten beantragt (vgl. Urk. 8 S. 17 Ziff. 3.9), fällt mangels Bereicherung der Klägerin ausser Betracht. Damit ist auch die Widerklage abzuweisen. Das Gericht erkennt: 1. Die Klage wird abgewiesen. 2. Die Widerklage wird abgewiesen. 3. Das Verfahren ist kostenlos. 4. Zustellung gegen Empfangsschein an: Rechtsanwalt Rolf Weidmann AXA Versicherungen AG Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA 5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin Mosimann Lienhard BB/SL/MT versandt

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.