

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150609\_d\_ag\_o\_02 vom 9. Juni 2015**

FINMA Versicherungsrecht, 2015-06-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20150609\\_d\\_ag\\_o\\_02](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20150609_d_ag_o_02)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150609\_d\_ag\_o\_02 du 9 juin 2015

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20150609\_d\_ag\_o\_02 del 9 giugno 2015

## **Erwägungen**

### **E. 3**

Kammer KANTON AARGAU VKL2OI 4.22 1 ns / fi Art. 145 Urteil vom 9. Juni 2015  
Besetzung Oberrichterin Plüss, Präsidentin Oberrichter Hartmann Oberrichterin Gössi  
Gerichtsschreiberin Suter Klägerin X. Versicherungen vertreten durch lic. iur. Peter Krebs,  
Fürsprecher, Beklagter A. vertreten durch (je. iur. Stefan Galligani, Rechtsanwalt,  
Gegenstand Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach WG

-2- Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten: 1. 1.1. Der 1970 gebotene A. (Beklagter) führte als Einzelunternehmer Firma B. das Pub C. in \_\_\_\_\_ und war im Rahmen dieser Tätigkeit bei der X. Versicherungen (nachfolgend: Klägerin) krankentaggeldversichert (Klagebeilage [KB] 3). Ab 8. April 2009 war er gemäss seinen Angaben krankheitsbedingt (Dis kushernie) dauerhaft arbeitsunfähig und meldete sich am 28. April 2009 bei der Klägerin zum Bezug von Taggeldleistungen an (Klageantwortbeilage [AB] 12). Diese erbrachte die vereinbarten Taggeldleistungen nach Ablauf der vertraglichen Wartefrist von 30 Tagen in Höhe von 100 % des versicherten Jahreseinkommens (KB 20). Nachdem ein mit dem Fall betrauter Mitarbeiter der Klägerin am 22. Dezember 2009 das C.-Pub in \_\_\_\_\_ aufgesucht und den Kläger ohne Anzeichen der geltend gemachten Beschwerden arbeitend vorgefunden habe, wurde die Observation des Beklagten angeordnet. In der Folge stellte die Klägerin die Taggeldleistungen ein. Die letzte Zahlung erfolgte am 27. April 2010 (KB 20). Nachdem der Rechtsvertreter des Beklagten bei der Klägerin um Auszahlung der eingestellten Taggeldzahlungen für die Monate Mai - Juli 2010 ersucht hatte, teilte diese ihm mit Schreiben vom 10. September 2010 mit, dass sie vom Versicherungsvertrag mit dem Beklagten per

#### **E. 3.1**

Die AVB (Ausgabe 2002, AB 3 bzw. Nachtrag zu den AVB in der Police vom 28. April 2008, S. 4, KB 3) enthalten keine Bestimmung zur Rückforderung und keine Verjährungsregelung. Es ist zu entscheiden, ob die Rück erstattung zu viel bezahlter Krankentaggeldleistungen im konkreten Fall nach den Regeln der ungerechtfertigten Bereicherung (Art. 62 ff. OR) ab zuwickeln ist oder aber Vertragsrecht zur Anwendung gelangt. Ein vertraglicher Anspruch schliesst nach herrschender Lehre und Praxis einen Bereicherungsanspruch aus (BGE 126 III 119 E. 3a; 114 III 1152 E. 2c und 2d).

#### **E. 3.2**

Das Bundesgericht hatte in seiner früheren Rechtsprechung mehrfach entschieden, dass auf die Rückforderung bereits geleisteter Zahlungen im Falle eines Rücktritts wegen betrügerischer Anspruchsbegründung (Art. 40 WG) das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung anwendbar sei (BGE 42 II 674 E. 2a, 126 III 119 E. 3e; 127 III 421 E. 3clbb).

In der neueren Lehre und Rechtsprechung hat sich indessen die generelle Tendenz entwickelt, Ansprüche vermehrt auf eine vertragliche denn auf die bereicherungsrechtliche Grundlage zu stützen (BGE 114 11152 E. 2; 126 III 119 E. 3c; 132 III 242 E. 4.1). In seinem Urteil 5C59/2006 vom 1. Juni 2006 warf das Bundesgericht alsdann die Frage auf, ob sich diese Tendenz zur Einschränkung des Anwendungsbereichs des Bereicherungsrechts auch auf Rückforderungen nach einem Rücktritt gestützt auf Art. 40 WG auswirkt. Trotz Hinweise auf die vertragliche Natur der Rückforderungsansprüche nach allgemeinem Obligationenrecht liess es indes diese Frage offen. In einer neuen Entscheidung hielt das Bundesgericht nun fest, dass eine Rückabwicklung nach Bereicherungs- und Vindikationsrecht lediglich noch in den Fällen vorzunehmen ist, in welchen Leistungen im Zusammenhang mit einem Vertrag erbracht wurden, der wegen Mängeln bei der Vertragsentstehung (Willensmängel, Formmängel) nicht gültig zustande gekommen ist. Wenn dagegen ein zunächst gültig zustande gekommener Vertrag aus nachträglich eingetretenen Gründen scheitert, kommt eine Rückabwicklung nach vertraglichen Grundsätzen in Betracht. Von einem solchen vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis geht das Bundesgericht denn auch bei einem Dahinfallen des Vertrages infolge eines Rücktritts

-8- wegen Erfüllungsmängeln aus (BGE 137 III 243 E. 4.4.7). Bei der hier strittigen betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 WG handelt es sich nun nicht um einen Mangel der Vertragsentstehung sondern der Fehltatbestand steht vielmehr im Zusammenhang mit der Vertragserfüllung; die Klägerin wirft dem Beklagten vor, nach Vertragsabschluss, im Zusammenhang mit der Geltendmachung von Versicherungsansprüchen, Pflichten verletzt zu haben. Vor dem Hintergrund dieser neuen Rechtsprechung rechtfertigt es sich daher, die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 WG den Mängeln der Vertragserfüllung gleich zu stellen und auf die Rückabwicklung vertragliche Regeln anzuwenden.

### **E. 3.3**

Nach Art. 46 Abs. 1 WG verjähren die Forderungen aus dem Versicherungsvertrage in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Das Bundesgericht stellt für den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns hinsichtlich der Rückerstattung von Leistungen nach Art. 40 VVG auf das Dahinfallen des Vertrages infolge des Rücktritts ab (vgl. dazu Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4). Den Ausführungen des Beklagten, wonach die Verjährung der Ansprüche für jeden Tag einzeln zu beurteilen sei (Klageantwort, S. 8 ff.; Duplik, S. 7), und dass die Taggeldansprüche gemäss bisheriger Rechtsprechung einheitlich verjähren, kann somit nicht gefolgt werden. Wie die Klägerin in ihrer Replik (S. 6) zu Recht ausführt, handelt es sich bei vorliegender Streitsache nicht um die Forderung einer Taggeldzahlung sondern um einen Rückforderungsanspruch, wobei für den Beginn der Verjährung auf den Zeitpunkt des Dahinfallens des Vertrages infolge des Rücktritts abgestellt wird. Die Klägerin macht geltend, sie habe den Rücktritt vom Vertrag am 17. August 2010 mündlich erklärt und am 10. September 2010 schriftlich bestätigt. Dies wird von Seiten des Beklagten nicht bestritten und gilt da mit als erstellt. Entgegen seinen Ausführungen, wonach er ab Ende April 2010 keine Krankentaggelder mehr erhalten und die Klägerin damit bereits ab diesem Datum vom Vertrag zurückgetreten sei, ist — vor dem Hintergrund der zitierten bundesgerichtlichen Rechtsprechung — einzig das Datum der (mündlichen) Rücktrittserklärung entscheidend. Die zwei jährige Verjährungsfrist hat damit am 17.

August 2010 zu laufen begonnen.

#### **E. 3.4**

Mit ihrer Betreibungseinleitung am 3. Mai 2012 (Replikbeilage 1) hat damit die Klägerin die am 17. August 2010 zu laufen begonnene zweijährige Verjährungsfrist (i.S.v. Art. 135 Ziff. 2 OR) unterbrochen.

-9- Der in Frage stehende Rückforderungsanspruch der Klägerin auf die dem Beklagten in der Zeit vom 4. Mai 2009 bis 3D. April 2010 geleisteten Krankentaggelder ist damit noch nicht verjährt. Ausgangsgemäss kann demnach offen bleiben, ob die Behauptung der Klägerin zutrifft, wonach sich der Beklagte gestützt auf Art. 2 ZGB nicht auf die Verjährung berufen könne (Replik S. 8).

#### **E. 4**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolge. 2.3. Mit Verfügung der Instruktionsrichterin der 3. Kammer des Versicherungsgerichts des Kantons Aargau vom 17. September 2014 wurde das Gesuch des Beklagten um unentgeltliche Rechtspflege abgewiesen. 2.4. Mit Replik vom 6. Oktober 2014 hielt die Klägerin an den mit Klage ge stellten Rechtsbegehren fest. 2.5. Mit Duplik vom 8. Dezember 2014 hielt der Beklagte an seinen mit Klage geantwortet gestellten Rechtsbegehren fest. 2.6. Auf die Begründung der Rechtsschriften wird — soweit erforderlich — im Rahmen der Erwägungen eingegangen. Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung: 1. 1.1. Beim zwischen den Parteien abgeschlossenen Versicherungsvertrag handelt es sich um eine Taggeldversicherung basierend auf dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (WG; vgl. Art. 25 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Klägerin [AVBJ, AB 3]). Entsprechend ist der Versicherer in der Ausgestaltung der Taggeldversicherung frei und es sind im vorliegenden Fall die Bestimmungen des Versicherungsvertrages, des WG sowie die AVB massgebend.

-5- Krankentaggeldversicherungen nach WG werden in ständiger bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (Urteil des Bundesgerichts 4A\_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2). Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen nach WG sind privatrechtlicher Natur. Für das Verfahren findet die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Anwendung (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 7 ZPO; BGE 138 III 558 E. 3.2). Eine Klage kann direkt beim Gericht anhängig gemacht werden; es ist kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen (BGE 138 III 558 E. 4.6). 1.2. Gemäss Art. 24 AVB können Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag am schweizerischen Wohnsitz des Versicherungsnehmers, der versicherten Person oder der anspruchsberechtigten Person sowie am Gesellschaftersitz geltend gemacht werden. Der Beklagte hat Wohnsitz in , damit befindet sich eine örtliche Zuständigkeit im Kanton Aargau. 1.3. Gemäss Art. 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist. Im Kanton Aargau entscheidet über derartige Streitigkeiten das Versicherungsgericht als einzige kantonale Instanz ( Art. 14 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO]). 1.4. Für die Beurteilung der mit Klage vom 6. Mai 2014 angehobenen Streitfrage ist das Versicherungsgericht des Kantons Aargau somit örtlich und sachlich zuständig. 1.5. Da die Prozessvoraussetzungen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten. 2. 2.1. 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 WG obliegenden Mitteilungen

-6- zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gemäss Art. 40 WG gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden. Eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 WG liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tat sachen, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben, wahr heitswidrig darstellt (NEF, in: Basler Kommentar, VVG, 2001, N. 3 zu Art. 40 WG). Es genügt ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann (NEF, a.a.O., N. 17 zu Art. 40 VVG). Unter Art. 40 WG fällt unter anderem das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (NEF, a.a.O., N. 22 zu Art. 40 WG). Zu den objektiven Voraussetzungen muss zusätzlich das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzukommen, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (NEF, a.a.O., N. 23 zu Art. 40 WG). Im Urteil 5C.2/2007 vom 17. Oktober 2007, Erwägung 4.2, entschied das Bundesgericht, dass, wenn eine versicherte Person mifficile, nur noch zu 10 bis 15 % arbeitsfähig zu sein und tatsächlich jedoch wesentlich mehr arbeite, vom Vorliegen einer Täuschungsabsicht ausgegangen werden müsse. 2.2. Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber nicht an den Vertrag gebunden und berechtigt, die Leistung zu verweigern sowie gegebenenfalls, wenn die täuschende Handlung (des Anspruchsberechtigten) dem Versicherungsnehmer selbst vorgeworfen werden kann, vom Vertrag zu rückzutreten (NEF, a.a.O., N. 44 zu Art. 40 VVG; FuHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N. 11.100). Das Rücktrittsrecht ist, in den Schranken von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), an keine Frist gebunden und zeitlich nicht limitiert (NEF, a.a.O., N. 52 zu Art. 40 VVG). Die Leistungsbefreiung wirkt zurück auf den Zeitpunkt der Täuschungshandlung, d.h. auf den Eintritt des Versicherungsfalls (FuHRER, a.a.O., N. 11.98; NEF, aaC., N. 53 zu Art. 40 WG). 2.3. Den Versicherer trifft die Beweislast dafür, dass er wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs zur Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigt ist (BGE 130 III 321 E. 3.1; NEF, a.a.O., N. 56 zu Art. 40 WG). Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den

-7- Hauptbeweis leisten. Jedoch kann eine Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises gerechtfertigt sein (NEF, aaC., N. 57 zu Art. 40 WG). 3. Der Beklagte erhob gegen die Rückforderung der Klägerin die Einrede der Verjährung. Daher ist vorab auf die Verjährungsproblematik einzugehen.

#### **E. 4.1**

Die Klägerin macht geltend, dass sie vom Kläger hinsichtlich seiner Arbeitsfähigkeit getäuscht worden sei. Er habe über Schmerzen geklagt und sich gegenüber der Klägerin und den Ärzten entsprechend dieser Schmerzsymptomatik verhalten, worauf ihm eine Arbeitsunfähigkeit attestiert worden sei. Im Privat- und Berufsleben seien diese (vorgespielten) Verhaltensweisen nicht mehr erkennbar gewesen. Der Beklagte habe sich

jung, dynamisch und spontan bewegt, ohne Anzeichen von Schmerzen oder Einschränkungen in seiner Arbeitstätigkeit. Obwohl er Taggelder der Klägerin bezogen habe, sei er weiterhin körperlich uneingeschränkt und in vollem Umfang arbeitsfähig gewesen. Die Täuschung über seine Arbeitsfähigkeit sei anhand der Observationsberichte, der Videoaufnahmen und der Stellungnahme des Vertrauensarztes erstellt. In Folge der täuschungsbedingten Leistungsbefreiung aufgrund des Rücktritts vom Vertrag durch die Klägerin habe der Beklagte die zu Unrecht bezogenen Taggelder zurückzuzahlen.

#### **E. 4.2**

Der Beklagte macht im Wesentlichen geltend, dass seine Arbeitsunfähigkeit seit dem 4. Mai 2009 bis auf weiteres ärztlich bestätigt sei. Er habe die Klägerin über seinen gesundheitlichen Zustand, sein Geschäft, seinen Alltag nach der Erkrankung und auch über sein Einkommen stets gewiss senhaft orientiert. Er habe ab April 2009 seine Arbeit im Pub nicht mehr wie gewohnt ausführen können. Dies hätten auch seine Angestellten bestätigt. Er habe meistens nur Waren ins Pub gebracht, dieses geöffnet und geschlossen. Falls er sich länger im Pub aufgehalten habe, habe er sich wiederholt hinlegen müssen, weil er aufgrund der starken Schmerzen nicht über längere Zeit habe stehen können. Vor der Krankheit habe er die Arbeit unter der Woche alleine ausgeführt. Er habe keine Aushilfe benötigt. Danach sei an jedem Tag jeweils eine Aushilfe anwesend gewesen. Er sei nunmehr nur noch im Pub gewesen, um nach dem Rechten zu sehen und er habe nur noch leichte Arbeiten selber erledigen können. Hinsichtlich der Observation sei festzuhalten, dass die von der Klägerin genannten Tätigkeiten nicht im offensichtlichen Widerspruch zu der von ihm geschilderten Schmerzsymptomatik stünden. Nichts anderes gehe auch aus dem Arztbericht von Dr. med. D., Klinik E. hervor. Er habe nicht nur gute Tage sondern auch Tage gehabt, an welchen er das Haus aufgrund der grossen Schmerzen nicht verlassen können. Bedenklich sei zudem, dass die Videoaufnahmen auf eine Weise geschnitten und bearbeitet worden seien, um den Eindruck einer kontinuierlichen Tätigkeit seinerseits zu erwecken. Die Aufnahmen hätten in dessen keinen Beweiswert. So verkenne die Klägerin zum Beispiel, dass zwischen den einzelnen Tätigkeiten teilweise Stunden vergangen seien oder dass viele der ihm vorgeworfenen Tätigkeiten in der Regel nicht länger als 5 Minuten gedauert hätten.

#### **E. 5**

Aus den dem Gericht vorliegenden relevanten Unterlagen ergibt sich Folgendes:

##### **E. 5.1**

Gemäss ärztlichen Zeugnissen von Dr. med. F. Dr. med. G. Prof. Dr. med. H. sowie Dr. med. J. wurde dem Beklagten vom 4. Mai 2009 bis 31. Juli 2010 eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit attestiert (KB 6 bis 19). Gemäss dem Konsiliarbericht von Dr. med. K. Facharzt FMH Innere Medizin und Rheumatologie, vom 8. März 2010 (KB 25) habe die Arbeitsfähigkeit des Beklagten in der angestammten Tätigkeit im Restaurant als Kellner bei 0% gelegen. Aus dem Bericht geht ferner hervor, dass sich der Beklagte ihm gegenüber dahingehend geäußert habe, dass er unregelmässig in seinen Betrieb gehe, um koordinieren zu können. Er habe ausgeführt, dass er darüber hinaus indessen keine eigentliche Arbeit erfüllen könne, und dass die Wegstrecke von zu Hause ins Restaurant mit dem PKW am schlimmsten sei. Es wurde weitest festgehalten, dass eine zumindest angedeutete subjektive Schmerzbetonung vorhanden sei. Schliesslich wurde ausgeführt, dass der Beklagte während der Besprechung gestanden habe, weil Sitzen die Schmerzen deutlich verstärkt

hätte. Aus dem Besprechungsbericht des Beklagten mit L. von der Klägerin vom 20. Mai 2010 (KB 24) geht das Folgende hervor: Der Beklagte hinke deutlich und habe nach einer halben Stunde auf dem Sofa seine Wirbelsäule entlasten und sich mit dem linken Arm auf der Sitzfläche abstützen müssen. Er habe anlässlich des Besprechungstermins u.a. ausgesagt, dass er sehr stark ermüde, v.a. beim Autofahren. Wenn er von zu Hause ins Geschäft losfahre, habe er bereits in \_\_\_\_\_ Probleme. Wenn er aussteige und an die frische Luft komme, werde es dann besser. Im Weiteren dürfe er keine Gewichte von mehr als 5 kg mehr heben, da er sonst gemäss Angaben seiner Ärzte gelähmt sein könnte. Sein Kind sei jetzt 6 kg schwer. Er könne die Tochter nur noch heben, wenn sie sich nicht bewege. Im Weiteren könne er nicht zwei Stunden stehen. Sitzen gehe auch schlecht. Gehen könne er etwa 15 Minuten (im Maximum). Er

- 11 - verliere schnell die Kraft im rechten Bein. Treppensteigen sei schwierig. Die Schmerzmedikation nütze nicht immer etwas. Es komme auch auf das Wetter an. Bei schlechtem Wetter gehe es ihm schlechter. Hinsicht ich seines Lokals führte er aus, dass ihm zwar sein Arzt geraten habe, sofort mit der Arbeit aufzuhören. Er mache seit ca. einem Jahr eigentlich nichts mehr. Je nach Schmerzsituation sei er vielleicht auch mal drei Stunden im Geschäft. Dies komme aber fast nie vor. Bei schönem Wetter sei es besser. Aktuell verspüre er starke Beschwerden. Er gehe fast jeden Tag ins Geschäft, um nach dem Rechten zu sehen. Die Aushilfe habe aber einen Schlüssel. Er habe ausgeführt, dass ohne ihn das Pub nicht funktioniere; dass er die treibende Kraft sei und die Gästebetreuung mache. Schliesslich habe er ausgeführt, dass er die Einkäufe im \_\_\_\_\_ erledige (wenn es etwas Leichtes sei).

## **E. 5.2**

Der Beklagte wurde sodann durch die Firma M. an verschiedenen Tagen zwischen dem 4. Februar und 22. Mai 2010 überwacht. Aus dem Bericht zu den Ermittlungen vom 4. Februar 2010 bis 6. März 2010 (KB 26) geht zusammengefasst im Wesentlichen hervor, dass der Beklagte über mehrere Stunden beim Arbeiten im Gastlokal gesehen worden sei. Dabei habe er den Eindruck eines Chefs hinterlassen, der tatkräftig mithelfe und mit anpacke. Er habe verschiedene Tätigkeiten verrichtet und nur wenige Pausen gemacht. Ansonsten habe er sich auf verschiedene Weise betätigt, z.B. Vorräte (v.a. Getränke) ins Pub transportiert und habe Tische und Stühle hinausgetragen. Ebenso sei er hinter der Bar tätig gewesen, habe Tische abgeräumt oder diese gereinigt. Weiter sei er für die Zubereitung der Snacks zuständig gewesen. Nebst ihm hätte jeweils eine Bardame beim Arbeiten festgestellt werden können. Aus dem Bericht zu den Ermittlungen vom 19. bis 22. Mai 2010 (KB 27) geht hervor, dass der Beklagte an drei von vier Tagen resp. Abenden ausserhalb seiner Wohnadresse oder beim Arbeiten im Pub haben gesehen werden können. Während des Tages habe er verschiedene Tätigkeiten verrichtet, welche z.T. ebenfalls im Zusammenhang mit dem Pub gestanden hätten. Dazu habe das Tätigen verschiedener Einkäufe gehört, das Hantieren am Auto, das Spaziergehen und vorbereitende Arbeiten für den abendlichen Pubbetrieb. An den beiden Abenden, an denen sich der Beklagte im Pub aufgehalten und gearbeitet habe, sei er u.a. beim Zubereiten von Getränken und Speisen sowie beim Verrichten verschiedener Aufräum- und Reinigungsarbeiten zu sehen gewesen. Ebenso habe er sich um seine Gäste gekümmert und verschiedene Unterredungen geführt. In den verschiedenen Situationen habe er sich wiederholt ziemlich stark betätigt; habe schwergewichtige Gegenstände umhergehoben oder in einer nach vornüber gebeugten Haltung hantiert. All das, wie auch das Einnehmen anderer Körperpositionen, hätte ihm

keine Probleme be reitet. Der Beklagte habe sich sehr aktiv gezeigt und sich stets spontan - 12- und uneingeschränkt bewegt. Das Lenken eines Personenwagens hätte ihm anscheinend ebenfalls nichts ausgemacht. Auch habe er mehrmals zu Fuss beobachtet werden können. Sein Gang sei im Ablauf rund und unauffällig gewesen; er habe sich teils zügigen Schrittes und ohne er kennbare Einschränkungen bewegt. Ein Hinken sei nicht erkennbar ge wesen. Aus den von der Firma M. eingereichten Aufnahmen (KB 29 - 31) geht im Wesentlichen das Folgende hervor: Am 4. und am 16. Februar 2010 ist der Beklagte bei seinem Auto zu sehen, wobei er am 16. Februar 2010 eine Tasche bei sich trug. Am 5. März 2010 ist ein Ausschnitt zu sehen, in welchem der Beklagte im Pub Speisen zubereitet und diese aus der Kü che trägt. Er ist beim Abwasch und sonstigen Tätigkeiten im Pub zu se hen. Es ist dabei auch (zumindest) eine weitere Person ersichtlich, welche Kellnerarbeiten verrichtete. Die Aufnahme beginnt um 21.40 Uhr und die letzte Sequenz endet um 0.39 Uhr am 6. März 2010 (KB 29). Am 20. Mai 2010 ist der Beklagte bei einer Garage und einer Tankstelle zu sehen. Am späteren Nachmittag lud er Getränke in sein Auto ein. Es handelt sich da bei um Sixpacks mit 1.5 l Flaschen und sonstigen Getränken. Ausserdem ist zu sehen, wie er eine Harasse mit leeren Flaschen trägt (KB 30), Am 21. Mai 2010 ist er bei einem Spaziergang mit einem Kinderwagen zu se hen (Start der Aufnahmen um 13.34 Uhr; letzte Sequenz stoppt um 14.01 Uhr). Am späteren Nachmittag ist er beim Einkauf zu sehen, wobei er Lebensmittel sowie eine Schachtel trägt, welche er später ins Pub bringt. Es ist weiter zu sehen, wie er das Pub aufschliesst und wie er ei nen gusseisernen Bartisch sowie Stühle vor den Eingang des Pubs trägt und schiebt (KB 31). In der Stellungnahme zu den Observationsdokumenten von Dr. med. K. vom 21. Juli 2010 (KB 28) wird ausgeführt, dass beim Beklagten die Bewegungsabläufe sowie das Arbeitstempo bei allen Se quenzen (gemäss Observations-DVD's) unauffällig seien. Es sei kein Hinweis auf ein Rückenleiden ersichtlich und es fehle ein auch nur ange deutetes Schonverhalten. Es liege eine ausserordentliche Diskrepanz zu seinem Konsiliarbericht vom März 2010 vor und er frage sich, wie er zu seinem Bericht gekommen sei. Es sei wohl zu einer Stabilisierung mit Be schwerdefreiheit beim Beklagten gekommen, wobei dieser bewusstseins- nahe an der früher bestandenen Symptomatik festgehalten habe. Es sei unmöglich, diese Diskrepanz zu erfassen, wenn ein Patient "keine Fehler bei der Vorführung" mache.

### **E. 5.3.1**

Die Aufdeckung respektive Verhinderung von Versicherungsbetrug mittels Observationen ist sowohl im Privat- als auch im Sozialversicherungsrecht praxisgemäss zulässig und die damit verbundene Persönlichkeitsver)et zung (vgl. Art. 28 ZGB) gerechtfertigt (BGE 135 1169 E. 5.5). Vorausge

13- setzt ist, dass das Interesse an der Verhinderung missbräuchlicher Inan spruchnahme von Versicherungsleistungen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit über wiegt (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

### **E. 5.3.2**

Vorliegend richtete die Klägerin aufgrund der gemeldeten Arbeitsunfähig keit über längere Zeit Taggelder in nicht unerheblichem Umfang aus (vgl. KB 18 if.). Im Zeitpunkt der Anordnung der Observation war zudem nicht absehbar, dass in voraussichtlich kurzer Zeit keine Taggeldleistungen mehr beansprucht würden. Die Observation beschränkte sich auf einige Tage in den Zeiträumen vom 4. Februar bis 6. März 2010 (vgl. KB 26) und vom 19.

bis 22. Mai 2010 (KB 7). Ein Eingriff in die strafrechtlich geschützte Privat- respektive Geheimsphäre (vgl. Art. 179tet Strafgesetzbuches) fand nicht statt. Die Observation beschränkte sich auf Aktivitäten des Beklagten im öffentlichen Raum (Wald; Tankstelle etc.) sowie in öffentlich zugänglichen Räumen (Pub; Linkaufsgeschäft). Da ein ausgewiesenes finanzielles Interesse seitens der Klägerin 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 des Beklagten 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.

#### **E. 5.4**

Zusammengefasst steht das Folgende fest: Der Beklagte war in der Zeit vom 4. Februar bis 22. Mai 2010 — trotz gemeldeter vollständiger Arbeitsunfähigkeit — verschiedentlich für seinen Gastwirtschaftsbetrieb tätig. Entgegen seinen Aussagen gegenüber Dr. med. K., wonach er keine eigentliche Arbeit mehr verrichten könne (Konsiliarbericht vom 8. März 2010 [KB 25J), konnte der Beklagte nachweislich an verschiedenen Tagen bei unterschiedlichen (mehr oder weniger kraftintensiven) Tätigkeiten für seinen Gastronomiebetrieb beobachtet werden. Aus den Observationsaufnahmen geht dabei insbesondere hervor, dass er in seinem Betrieb am Abend des 5. auf den 6. März 2010, in einer Zeitspanne von ca. drei Stunden, Service-Arbeiten verrichtet hat. Er wurde gesichtet, wie er Speisen und Getränke zubereitete, diese den Gästen servierte und den Abwasch tätigte. Weiter wurde er am 20. und am 21. Mai 2010 gesichtet, wie er u.a. Getränke-Six-Packs in sein Auto geladen, das Pub aufgeschlossen und einen gusseisernen Bar-Tisch und Stühle vor den Eingang des Pubs getragen bzw. geschoben hat. Ausserdem wurde er beobachtet, wie er

- 14 - Strecken mit dem Auto gefahren ist und mit dem Kinderwagen einen längeren Spaziergang gemacht hat. Insbesondere hinsichtlich seiner Aktivitäten am 20. und 21. Mai 2010 ist dabei bezeichnend, dass er sich gleichentags bzw. tags zuvor gegenüber einem Mitarbeiter der Klägerin da hingehend geäußert hat, dass er derzeit starke Beschwerden habe und dass er nicht mehr als 15 Minuten gehen könne. Ausserdem vermerkte der Mitarbeiter der Klägerin, dass der Beklagte am Besprechungstermin gehinkt habe und dass er nach einer halben Stunde auf dem Sofa seine Wirbelsäule habe entlasten und sich mit dem linken Arm auf der Sitzfläche habe abstützen müssen (KB 24). Entgegen diesem Bericht ist indes in den — teilweise gleichentags aufgenommenen Observationsaufnahmen — keine auch nur ansatzweise schonende Haltung des Beklagten ersichtlich. Anhand dieser Aufnahmen lässt sich beim Beklagten denn auch generell keinerlei Schmerzempfindlichkeit hinsichtlich bestimmter Bewegungen erkennen. Bezüglich des Beweiswerts der Aufnahmen ist zwar mit dem Beklagten festzuhalten, dass es sich dabei lediglich um einzelne — wenige Minuten andauernde — Sequenzen handelt, welche über einen Zeitraum von z.T. mehreren Stunden aufgenommen worden sind. Dennoch ist festzuhalten, dass bereits diese — auf den Aufnahmen ersichtlichen — Tätigkeiten nicht für eine derart schlechte gesundheitliche Verfassung sprechen, wie sie vom Beklagten dargestellt wird. Es ist damit bereits aus diesen Gründen davon auszugehen, dass seine Arbeitsfähigkeit nicht derart herabgesetzt gewesen war, dass er vollkommen arbeitsunfähig war, obwohl er sich für die fragliche Zeit von Dr. med. F., Dr. med. G., Prof. Dr. med. H.

sowie Dr. med. J. eine vollständige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen liess. Nichts anderes geht auch aus der Stellungnahme zu den Observationsdokumenten von Dr. med. K. vom 21. Juli 2010 hervor. Nicht stichhaltig ist der Einwand des Beklagten, lediglich gelegentlich und nur für kleinere Arbeiten im Pub tätig gewesen zu sein und dass er zu sätzlich Angestellte habe beschäftigen müssen. Aufgrund der Observation steht fest, dass er seine Tätigkeit als Geschäftsinhaber ausgeübt hat, obschon er unter Entgegennahme der Taggelder gegenüber der Klägerin stets angegeben hatte, vollständig arbeitsunfähig zu sein und seine Arbeitsunfähigkeit auch durch Dr. med. F. Dr. med. G. Prof. Dr. med. H. sowie Dr. med. J. bescheinigen liess. Damit verursachte er objektiv eine Irreführung des Versicherers.

### **E. 6.1**

Vorliegend steht in objektiver Hinsicht fest, dass der Beklagte im Sinne von Art. 40 WG zumindest Tatsachen, die geeignet sind, die Leistungspflicht des Versicherers auszuschliessen oder zu mindern, verschwiegen hat. Es ist sogar davon auszugehen, dass er Tatsachen unrichtig mitge

-15- teilt hat (vgl. Bericht von L. vom 20. Mai 2010 [KB 24] oder Konsiliarbericht von Dr. med. K. vom 8. März 2010 [KB 25J]).

### **E. 6.2**

In subjektiver Hinsicht ist erforderlich, dass eine Täuschungsabsicht bestand (vgl. E. 2.1. vorstehend). Bei Unterlassungen, das heisst wenn wie teilweise vorliegend nicht Falschangaben, sondern über leistungsrelevante Tatsachen keine Mitteilung gemacht wurde, stellt sich in subjektiver Hinsicht die Frage der Unsorgfalt (vgl. NEF, a.a.O., N. 61 und 65 zu Art. 40 WG). Die Fähigkeit zur Ausübung der Tätigkeit als Inhaber eines Gastronomiebetriebes betrifft die Frage der Arbeitsfähigkeit und damit eine wesentliche, den Taggeldanspruch beeinflussende Tatsache. Wie bereits ausgeführt (E. 5.3, vorstehend) ist aufgrund der vorliegenden Akten mit überwiegender Wahrscheinlichkeit erstellt, dass sich der Beklagte — entgegen den von ihm eingereichten Arztberichten, welche ihm eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigten, sowie seinen Aussagen gegenüber dem Vertrauensarzt und dem Mitarbeiter der Klägerin, wonach er keine eigentliche Arbeit mehr verrichten könne — in seinem Beruf betätigte, ohne dies der Klägerin mitzuteilen. Da der Beklagte mehrfach bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit beobachtet werden konnte und auch selber nicht bestritten hat, zeitweise gearbeitet zu haben, handelt es sich offensichtlich nicht nur um einen Einzelfall. Die unterlassene Mitteilung stellt mithin eine grobe Unsorgfalt dar. Bei dieser Sachlage, das heisst bei der Vornahme von Arbeitstätigkeiten trotz vorgegebener vollständiger Arbeitsunfähigkeit, ist die Täuschungsabsicht klarerweise gegeben. Nach dem Gesagten kann damit offenbleiben, ob der Beklagte die Klägerin über sein erzielbares Einkommen getäuscht hat, nachdem er — wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird — die an ihn ausbezahlten Krankentaggelder ohnehin vollumfänglich zurückzuerstatten hat.

### **E. 6.3.1**

Da die Voraussetzungen von Art. 40 VVG in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht bezüglich der erfolgten Taggeldzahlungen erfüllt sind, besteht diesbezüglich kein Versicherungsanspruch aus dem Schadensereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchsberechtigte einer Täuschung schuldig gemacht hat. Die Klägerin war damit an den mit dem Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag für Erwerbsausfall nicht

mehr gebunden und durfte vom Vertrag zurücktreten (vgl. E. 2.2. vorstehend). Wie bereits zuvor bei der Verjährungsthematik ausgeführt (E. 3.3. vorstehend), bestreitet der Beklagte nicht, dass ihm die Klägerin am 17. August 2010

- 16 - mündlich den Rücktritt vom Vertrag mitgeteilt hat. Der Vertrag fällt damit rückwirkend mit Eintritt des Versicherungsfalles dahin (vgl. E. 2.2. vorstehend). Der Klägerin stehen für die ab dem 4. Mai 2009 erbrachten Leistungen daher vertragliche Rückerstattungsansprüche (vgl. E. 3. vorstehend) zu. Die Klägerin hat dem Beklagten aufgrund der Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit der Diskushernie aus der Krankentaggeldversicherung Taggelder von insgesamt Fr. 43'658.00 (332 Tage Fr. 131.50 [KB 20]) geleistet. Nach Verrechnung mit Prämien Guthaben in der Höhe von Fr. 2476.40 (vgl. Klage 5. 16 f.) resultiert ein Betrag in der Höhe von Fr. 41'181.60. Der Beklagte ist demnach zu verpflichten, der Klägerin Taggelder in Höhe von Fr. 41'181.60 zurückzuerstatten.

### **E. 6.3.2**

Die Überwälzung von Überwachungskosten auf die versicherte Person bzw. den Versicherungsnehmer fällt dann in Betracht, wenn die Observation aus Sicht der Versicherung notwendig war, gehören diese Kosten doch nicht zum normalen Aufwand einer Versicherung, welcher zur Abklärung des Sachverhaltes gemäss der Untersuchungspflicht notwendig ist (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.3). Die Klägerin war vorliegend aufgrund der falschen Angaben bzw. aufgrund des Verschweigens auf diese Observation angewiesen, um den Beklagten überführen zu können, weshalb die Observation notwendig war. Die Klägerin beantragt den Ersatz von Observationskosten im Betrag von Fr. 10613.00 zzgl. Zins zu 5 % seit 28. Mai 2010 sowie Fr. 17257.35 zzgl. Zins zu 5 % ab 18. Juli 2010. Die geltend gemachten Kosten werden vom Beklagten als unverhältnismässig bestritten. Entgegen den nicht weiter substantiierten Einwendungen des Beklagten erachtet das Versicherungsgericht — nach Durchsicht der Rechnungsaufstellung der Firma M. vom 11. Mai 2010 (betreffend den Zeitraum vom 4. Februar bis 16. April 2010, Replikbeilage 2), im Betrag von Fr. 10813.00, sowie der Rechnungsaufstellung vom 30. Juni 2010 (betreffend den Zeitraum vom 19. Mai bis 21. Juni 2010, Replikbeilage 3) im Betrag von Fr. 17'257.35, — weder die Höhe der geltend gemachten Stunden noch des jeweils geltend gemachten Stundenansatzes als unverhältnismässig. Überdies erwiesen sich denn auch beide Observationsphasen für die vorliegend zu klärende Frage der Rückerstattung der an den Beklagten bezahlten Krankentaggelder als relevant. Der Beklagte hat damit der Klägerin die geltend gemachten Observationskosten in der Höhe von Fr. 28'070.35 zu ersetzen.

-17-

### **E. 6.3.3**

Die Klägerin macht überdies Kosten für ärztliche Zeugnisse und Zwischenberichte im Betrag von insgesamt Fr. 967.45 geltend (Rechnung von Dr. med. G. vom 30. September 2009; Rechnungen von Dr. med. K. vom 9. März und 17. August 2010). Auch diese Kosten hat der Beklagte zu ersetzen, nachdem die Klägerin als Folge des Vertragsrücktritts Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, wie wenn der Vertrag nie abgeschlossen worden wäre. Der Umfang der geltend gemachten Kosten wird vom Beklagten nicht bestritten. Er ist damit zu verpflichten, der Klägerin die Kosten für ärztliche Zeugnisse und Zwischenberichte im Betrag von insgesamt Fr. 967.45 zu ersetzen.

#### **E. 6.3.4**

Die Klägerin ersucht sodann um die Bezahlung eines Verzugszinses. Da das VVG keine Vorschriften zum Verzugszins enthält, finden die Art 102 ff. OR Anwendung (Art. 100 Abs. 1 WG). Ein Schuldner, welcher durch die Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt wurde, hat einen Verzugszins von 5 % zu bezahlen (Art. 102 Abs. ii. V. m. Art. 104 Abs. 1 OR). Mit Schreiben vom 26. Mai 2011 (KB 39) wurde dem Beklagten (ausweislich der Akten erstmals) eine Frist bis am 10. Juni 2011 ange setzt, um ihr einen Vorschlag für die Rückzahlung des eingeklagten Be trages zu unterbreiten, ansonsten die Betreuung eingeleitet werde. Der Beklagte bestreitet nicht, dieses Schreiben erhalten zu haben. Somit be findet er sich seit Ablauf der Frist am 11. Juni 2011 in Verzug und ist ab diesem Datum zur Bezahlung von 5 % Zins auf den ausstehenden Betrag zu verpflichten.

#### **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Klage gutzuheissen und der Beklagte zu ver pflichten, der Klägerin Fr. 7021 9.40 (Fr. 41161.60 + Fr. 28'070.35 + Fr. 967.45) zuzüglich 5% Zins seit 11. Juni 2011 zu bezahlen. In diesem Umfang ist der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Be treibungsamtes Buchs, AG, aufzuheben.

#### **E. 8.1**

Das vorliegende Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

#### **E. 8.2.1**

Eine Parteientschädigung ist nach den allgemeinen Regeln zuzusprechen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_194/2010 vom 17. November 2010). Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, zu welchen die Partei-

- 18- entschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgehend vom Streitwert von CHF 70219.40 beläuft sich die Grundent schädigung auf Fr. 10389.75 ( 3 Abs. 1 lit. a Ziff 5 des Dekrets über die Entschädigung der Anwälte [Anwaltstarif, AnwT, SAR 291.150]). Unter Berücksichtigung eines Abzugs von 20 % wegen nicht durchgeführter Verhandlung (vgl. § 6 Abs. 2 AnwT), eines Zuschlags von 10 % für eine zusätzliche Rechtschrift (vgl. § 6 Abs. 3 AnwT) zuzüglich Pauschalen von 3 % für Auslagen und 8 % MWSt ergibt sich eine Parteientschädigung von Fr. 10'170.65, welche vollumfänglich dem Beklagten aufzuerlegen ist.

#### **E. 8.2.2**

Soweit die Klägerin den Ersatz der Kosten für das Schlichtungsverfahren in der Höhe von Fr. 300.00 (vgl. KB 2) beantragt, ist diesbezüglich festzu halten, dass gemäss Art. 113 Abs. 2 lit. f ZPO in Streitigkeiten aus Zusatz versicherungen zur sozialen Krankenversicherung (worunter auch die kol lektive Krankentaggeläversicherungen nach WO subsumiert wird, vgl. dazu E. 1.1. vorstehend) keine Gerichtskosten erhoben werden. Die der Klägerin im Schlichtungsverfahren — zu Unrecht — auferlegten Kosten können damit nicht auf den Beklagten überwält werden. Das Versicherungsgericht erkennt: 1. 1.1. In Gutheissung der Klage wird der Beklagte verpflichtet, der Klägerin Fr. 70'219.40 zuzüglich 5% Zins seit 11. Juni 2011 zu bezahlen. In die sem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. \_\_\_\_\_ des Be treibungsamtes Buchs, AG, aufgehoben. 1.2. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen. 2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben. 3. Der Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 10170.65 (inkl. Auslagen und MwSt.) zu bezahlen.

-19- Zustellung an: die Klägerin (Vertreter; 2-fach) den Beklagten (Vertreterin; 2-fach) die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FIN MA Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten sowie interkantonalem Recht innert 30 Tagen seit der Zustellung mit Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten beim Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, angefochten werden. Bei Entscheidungen über die Zusprennung oder Verweigerung von Geldleistungen in der Militär- oder Unfallversicherung kann auch jede unrichtige oder unvollständige Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts gerügt werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern sei, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 42 und 82 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [BGG; SR 173.110] vom 17. Juni 2005). Aarau, 9. Juni 2015 Verschiedenes (Kantonsgericht des Kantons Aargau 3. Kammer Die Präsidentin: Die Gerichtsschreiberin: Plüsch Suter, 40N. Gfr

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