

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20161027\_d\_bl\_o\_01 vom 27. Oktober 2016**

FINMA Versicherungsrecht, 2016-10-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20161027\\_d\\_bl\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20161027_d_bl_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20161027\_d\_bl\_o\_01 du 27 octobre 2016

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20161027\_d\_bl\_o\_01 del 27 ottobre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 25**

September 2013 teilten die Dres. C.\_\_\_\_ und D.\_\_\_\_ der B.\_\_\_\_ mit, dass A.\_\_\_\_ seit dem 23. April 2013 wegen Schwangerschaftskomplikationen insbesondere eines Karpaltunnelsyndroms zu 100 % arbeitsunfähig sei. Aufgrund der eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse, mit welchen jeweils eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt wurde, richtete die B.\_\_\_\_ vom 19. August 2013 bis zur Geburt ihres am 25. Januar 2014 geborenen Sohnes Taggelder aus. Nachdem die Versicherte bis 2. Mai 2014 Mutterschaftsentschädigung erhalten hatte, leistete die B.\_\_\_\_ ab 3. Mai 2014 aufgrund neu eingereichter Arbeitsunfähigkeitszeugnisse Taggelder bis Ende November 2014. Vom 20. Oktober 2014 bis 23. Januar 2015 liess die B.\_\_\_\_ die Versicherte observieren. Anlässlich der Besprechung vom 15. Januar 2015 schilderte die Versicherte gegenüber dem zuständigen Schadensinspektor G.\_\_\_\_, dass sie starke Schmerzen an den Händen habe und mit ihnen fast gar nichts machen könne. Am 28. Januar 2015 wurde sie mit den Observationsergebnissen konfrontiert. In der Folge unterschrieb sie gleichentags einen Vergleich, mit welchem sie auf Taggeldleistungen ab 1. Dezember 2014 per Saldo aller Ansprüche verzichtete und sich verpflichtete, die Kosten für die Observation zu bezahlen. Zudem willigte sie ein, aus dem versicherten Personenkreis ausgeschlossen zu werden und dass ihr der Übertritt in die Einzelversicherung verweigert werde, weil sie Taggelder in betrügerischer Art und Weise kassiert habe. Die B.\_\_\_\_ erklärte sich dagegen bereit, von der Rückforderung von Taggeldleistungen sowie der Einleitung von straf- und zivilrechtlichen Massnahmen abzusehen. Mit Schreiben vom 18. Februar 2015 widerrief A.\_\_\_\_, vertreten durch Advokatin Kathrin Bichsel, den Vergleich.

B. Am 26. Januar 2016 erhob die Rechtsvertreterin namens und im Auftrag von A.\_\_\_\_, Klage gegen die Versicherung. Sie beantragte, es sei die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin Fr. 26'601.90 zuzüglich Verzugszins von 5 % seit 1. Juni 2015 (mittlerer Verfall) zu bezahlen; unter o/e-Kostenfolge. Zur Begründung führte sie aus, dass die von der B.\_\_\_\_ angeordnete Observation objektiv nicht geboten gewesen sei und über einen unangemessen langen Zeitraum stattgefunden habe. Zudem habe sie trotz Editionsaufforderung nie die Möglichkeit erhalten, das gesamte Observationsmaterial zusammen mit der Klägerin zu sichten. Anlässlich der Besprechung vom 28. Januar 2015 sei der Klägerin mit Strafverfolgung gedroht worden, weshalb der gleichentags unterzeichnete Vergleich mit einem Willensmangel behaftet und folglich nicht rechtsgültig sei. Da die Klägerin mit verschiedenen Arztberichten stets zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben worden sei und sie bereits für 371 Tage Leistungen bezogen habe, habe sie Anspruch auf die Zahlung der restlichen 359 Tage à Fr. 74.10 inkl. Zins seit 1. Juni 2015.

C. Mit Klageantwort vom 8. April 2016 beantragte die Beklagte, vertreten durch Advokat Andrea Tarnutzer-Münch, die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei. Sie stellte sich auf den Standpunkt, dass der am 28. Januar 2014 abgeschlossene Vergleich rechtsgültig abgeschlossen worden sei. Entgegen der Ansicht der Klägerin könne in der Geltendmachung von bestehenden rechtlichen Ansprüchen und einer Ankündigung von rechtlichen Schritten seitens der B.\_\_\_\_ keine Nötigung oder Drohung gesehen werden. Für ihre Sichtweise bringe die Klägerin keine Beweise vor, weshalb es sich bei ihrem Vorbringen nur um reine, unsubstantiierte Parteibehauptungen handle. Die Observation sei aufgrund von Hinweisen (vorbestehende, krankheitsfremde Faktoren, objektiv geringer Leidensdruck sowie ärztliche bescheinigte namhafte Befundverbesserung) geboten gewesen. Entgegen der Aussagen der Rechtsvertreterin

Seite 3

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> sei ihr die Einsichtnahme in die Observationsakten gewährt worden. Aufgrund der Observation sei erstellt, dass die Klägerin Tätigkeiten ausgeübt habe, welche mit den geltend gemachten Beschwerden nicht vereinbar seien. Gemäss Expertise von Dr. med. H.\_\_\_\_, FMH Chirurgie, vom 10. Februar 2016 sei davon auszugehen, dass die von den behandelnden Ärzten bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten unbegründet und zweifelhaft seien. Die Klägerin hätte nach ihrem Mutterschaftsurlaub inkl. zusätzlich unbezahltem Urlaub von 2 Wochen ihre Arbeitstätigkeit ab 19. Mai 2014 wieder aufnehmen können.

D. An der heutigen Parteiverhandlung nehmen die Klägerin, ihre Rechtsvertreterin sowie Rechtsanwalt Andrea Tarnutzer-Münch für die Beklagte und Schadensinspektor G.\_\_\_\_ teil. Die Klägerin und der Schadensinspektor wurden befragt. Im Weiteren hielt die Rechtsvertreterin der Klägerin im Wesentlichen an ihren Anträgen und ihrer Begründung fest. Die Beklagte liess durch ihren Rechtsvertreter ihre Rechtsbegehren insoweit erweitern, als sie die Beseitigung des Rechtsvorschlages in der Betreuung betreffend Observationskosten und die Ausrichtung einer Parteientschädigung in Höhe von Fr. 7'395.-- verlangte.

Das Kantonsgericht zieht i n E r w ä g u n g :

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908. Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur, weshalb strittige Ansprüche darüber in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen sind. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) vom 19. Dezember 2008.

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ergibt sich aus Art. 7 ZPO i.V.m. § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Grundsatzentscheid vom 1. Dezember 2011 festhielt, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen, womit sie direkt am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, einzureichen sind (Beschluss des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, vom 1. Dezember 2011, 731 11 262).

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz der Klägerin eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRIG BLOCH, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 32 N 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Kapitel H der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB, Ausgabe 2012) der Beklagten, wonach ein Wahlgerichtsstand am schweizerischen Wohnsitz bzw. Geschäftssitz des Versicherungsnehmers, am schweizerischen Wohnsitz der versicherten Person oder der Anspruchsberechtigten, am

Seite 4

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> schweizerischen Arbeitsort der versicherten Person oder am Sitz der Beklagten besteht (vgl. Kapitel H [Gerichtsstand] AVB). Da die Klägerin Wohnsitz in Z.\_\_\_\_ hat, ist das angerufene Gericht auch örtlich zuständig. Auf die formgerecht beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht erhobene Klage vom 26. Januar 2016 ist demnach einzutreten.

2. Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ist der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen; es ist dabei aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweise erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [ZPO], Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Zürich/Basel/Genf 2016, Art. 247 Abs. 2 ZPO N 32 ff.)

3. Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat gemäss Art. 8 ZGB derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 327 E. 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen, für welche die Beweislast aufgrund von Art. 8 ZGB beim Versicherer liegt (Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

4.1 In vorliegender Sache schlossen die Klägerin und die Beklagte am 28. Januar 2015 einen Vergleich ab. Darin verzichtete die Klägerin unter anderem auf weitere Taggeldzahlungen. Mit Schreiben vom 18. Februar 2015 widerrief die Klägerin durch ihre Rechtsvertreterin den Vergleich. Sie machte geltend, dass sie sich damals unter Druck gesetzt gefühlt habe und dass sie unter einer depressiven Erkrankung sowie einer Stressintoleranz leide. Unter diesen Umständen hätte die Beklagte mit ihr keinen Vergleich abschliessen dürfen, ohne ihr Gelegenheit zu geben, diesen in Ruhe mit jemandem zu

besprechen. In der Klageschrift führte sie aus, dass sie wegen ihrer gesundheitlichen Verfassung und der erneuten Schwangerschaft mit der Situation überfordert gewesen sei und keine Kenntnis der rechtlichen Möglichkeiten gehabt habe. Zudem sei ihr mit Strafverfolgung gedroht worden. Bei wahrer Kenntnis der Sachlage hätte sie den Vergleich nie unterzeichnet. Dieser sei somit mit Willensmängeln behaftet, weshalb er für die Klägerin nicht verbindlich sei.

4.2 Die Anfechtung des Vergleichs wegen Willensmangels richtet sich nach den Bestimmungen der Art. 23 ff. des Bundesgesetzes betreffend Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (5. Teil: Obligationenrecht, OR) vom 30. März 1911. Ist eine vertragsschliessende

Seite 5

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> Person von der anderen oder von einem Dritten widerrechtlich durch Erregung begründeter Furcht zur Eingehung eines Vertrages bestimmt worden, so ist der Vertrag für die bedrohte Person unverbindlich (Art. 29 Abs. 1 OR). Gemäss Art. 30 Abs. 2 OR wird die Furcht vor Geltendmachung eines Rechts (z.B. Drohung einer Strafanzeige) nur dann berücksichtigt, wenn die Notlage der bedrohten Person benutzt wurde, um ihr die Einräumung übermässiger Vorteile abzunötigen. Die Drohung mit einer Strafanzeige gilt somit unter anderem dann als widerrechtlich, wenn versucht wird, mit der Drohung eine ungerechtfertigte Zuwendung zu erlangen (BGE 120 IV 17 E. 2a/bb; 101 IV 47 E. 2b S. 49 mit Hinweisen; Urteil des Bundesgerichts vom 7. Dezember 2004, 4C.310/2004, E. 3.3).

4.3.1 Die Umstände, wie der Vergleich zwischen den Parteien am 28. Januar 2015 zustande kam, kann aufgrund der Akten nicht abschliessend beurteilt werden. Zu diesem Zweck sind an der heutigen Parteiverhandlung die Klägerin und der zuständige Schadensinspektor G.\_\_\_\_ befragt worden. G.\_\_\_\_ führte aus, dass er den Vergleich anhand einer Standardvorlage verfasst und der Klägerin vorgelegt habe. Er habe der Klägerin nie gedroht, dass gegen sie eine Strafanzeige wegen betrügerischen Verhaltens erhoben werde. Er habe lediglich gesagt, dass auf eine Strafanzeige verzichtet werde, wenn sie den Vergleich unterschreibe. Dies bedeute aber nicht, dass bei Nichtunterzeichnung tatsächlich eine solche erfolgt wäre. Des Weiteren habe er ihr den Inhalt des Vergleichs erklärt, wonach die Beklagte keine Rückforderung von Taggeldern und keine Umtriebsentschädigung geltend mache, wenn sie im Gegenzug davon absehe, die Weiterausrichtung von Taggeldleistungen zu fordern und die Observationskosten übernehme. Er habe die Klägerin auch darauf aufmerksam gemacht, dass ihr nach Bedarf eine Bedenkzeit eingeräumt werde. Sie habe jedoch darauf verzichtet. Demgegenüber gab die Klägerin an, dass sie anlässlich der Besprechung vom 28. Januar 2015 erstmals über die Observation informiert worden sei. Der Schadensinspektor habe sie als Betrügerin bezeichnet, weil sie gemäss dem Bildmaterial Taschen getragen habe, was aber angeblich mit den von ihr beschriebenen Beeinträchtigungen an der Hand nicht zu vereinbaren sei. Weiter habe er ihr in Aussicht gestellt, dass die Beklagte keine Strafanzeige mache, wenn sie den Vergleich unterschreibe. Von der Einräumung einer Bedenkzeit sei nie die Rede gewesen. Nach Unterzeichnung des Vergleichs habe er sie zum Hauptportal des Gebäudes der Beklagten begleitet und gesagt, dass der Beizug eines Anwalts zwecklos sei.

4.3.2 Die Sachverhaltsschilderungen der Klägerin und des Schadeninspektors der Beklagten über das Zustandekommen des Vergleichs weichen stark voneinander ab. Nach Würdigung

deren Darlegungen ergibt sich, dass keine glaubwürdiger ist als die andere. Es kann deshalb auf keine Darstellung abgestellt werden. Immerhin stimmen ihre Aussagen darin überein, dass der Schadensinspektor der Klägerin gesagt habe, die Beklagte würde auf eine Strafanzeige bei Unterzeichnung der Vereinbarung verzichten. Dies bedeutet aber, dass die Klägerin bei Nichtunterzeichnung mit der Einleitung eines Strafverfahrens rechnen musste. Eine solche Androhung ist - wie die Beklagte richtig erkannte - grundsätzlich zulässig. Der Vergleich vom

## **E. 28**

Januar 2015 kann gestützt auf Art. 30 Abs. 2 OR nur dann als unverbindlich angesehen werden, wenn dieser der Beklagten mehr Rechte verschaffte, als ihr tatsächlich zustanden. Dies ist der Fall, wenn sich erweisen würde, dass die Klägerin über den 18. Mai 2014 hinaus arbeitsunfähig ist und deshalb weiterhin Anspruch auf Taggeldleistungen hat. Die Beklagte geht

Seite 6

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> davon aus, dass die Klägerin gestützt auf die Beurteilung ihres Vertrauensarztes Dr. H.\_\_\_\_ vom 10. Februar 2016 nach dem Mutterschaftsurlaub des ersten Kindes seit 19. Mai 2014 wieder zu 100 % arbeitsfähig sei. Die Klägerin bestreitet dies. Es ist somit zu prüfen, ob die Klägerin für den strittigen Zeitraum vom 19. Mai 2014 bis 25. November 2015 (= Zeitpunkt der Ausschöpfung der vertraglichen Taggeldleistungen) wieder vollständig arbeitsfähig war.

5.1. Das VVG enthält - ausser in Art. 87 - keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die AVB massgebend. Danach erbringt die Beklagte das Taggeld für jeden Kalendertag einer ärztlich festgestellten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 %. Der Anspruch entsteht nach Ablauf der Wartefrist unter der Bedingung, dass die versicherte Person zu diesem Zeitpunkt noch zum versicherten Personenkreis gehört (Kapitel N [Taggeld] Art. 1 Abs. 1 AVB). Als Krankheit gilt jede - vom Willen der versicherten Person unabhängige - Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert oder eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Kapitel Begriffe Art. 1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten (Kapitel Begriffe Art. 3 AVB). Die Versicherung bezahlt das Taggeld während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Erreichen des Schlusalters (Kapitel N [Taggeld] Art. 4 Abs. 1 Satz 1 AVB). Nach Erschöpfung der Leistungsdauer für einen Versicherungsfall erlischt die Taggeldversicherung für die einzelne versicherte Person. Gleichzeitig erlischt auch der Taggeldanspruch für allfällig weitere laufende Krankheitsfälle der gleichen Person (Kapitel N [Taggeld] Art. 4 Abs. 4 AVB).

5.2 Zur Beurteilung der Frage der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeiten liegen dem Gericht für den Zeitraum vom 19. Mai 2014 bis 25. November 2015 folgende Unterlagen vor:

5.3.1 Dem Bericht von PD Dr. med. I.\_\_\_\_, Neurologe, Bethesda Spital, vom 6. Mai 2014 ist zu entnehmen, dass die Klägerin im 3. Schwangerschaftsmonat Kribbelparästhesien in den Fingern I-III beidseits verspürt habe. Im weiteren Verlauf habe die Sensibilitätsstörung

mit Taubheit der Finger auf der linken Seite zugenommen. Sie habe Mühe, morgens die Finger zu bewegen und den Faustschluss wieder zu lösen. Zudem habe sie Schmerzen in den kleinen Fingergelenken. In der Untersuchung habe er eine Hypästhesie in den Fingern I-III linksseitig palmar sowie in den Fingerspitzen vorgefunden. Weniger ausgeprägt sei die Hypästhesie palmo-lateral im Finger V links. Eine eingeschränkte Kraft und Schmerzen beständen bei der Handflexion und -extension sowie beim langen Fingerbeuger. Die Kraft sei bei der Daumenopposition und bei der Fingerspreizung beidseits leicht eingeschränkt. Aufgrund der neurographischen Untersuchung sei eine leicht- bis mittelgradige Schädigung der Myelinscheiden des Nervus medianus beidseits ohne Hinweise für eine ausgeprägte axonale Schädigung festzustellen. Linksseitig reiche ein Muskelbauch relativ weit in den Karpaltunnel hinein. Infolge der Schwangerschaft sei zurzeit von einer Operation abzusehen. Er attestierte der Klägerin eine Arbeitsunfähigkeit vom 30. April 2014 bis 30. Juni 2014 (vgl. auch Berichte vom 5. Mai 2014 und vom 27. Mai 2014). Am 5. Dezember 2014 berichtete er, dass sich die Sensibilitätsstörungen deut-

Seite 7

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> lich zurückgebildet hätten. Es würden nur noch gelegentlich Gefühlsstörungen in den Fingern auftreten. Die Befundverbesserung zeige sich auch in der Neurographie des Nervus medianus. Es sei einzig eine Zunahme der Schwellung des Nervus medianus des Karpaltunnels rechtsseitig festzustellen.

5.3.2 Mit Schreiben vom 31. Januar 2015 bestätigte Dr. med. J.\_\_\_\_, FMH Psychiatrie und Psychotherapie, dass er die Klägerin seit dem 23. November 2013 wegen einer depressiven Erkrankung behandle. Er schrieb die Klägerin insgesamt vom 23. November 2013 bis

### **E. 31**

März 2015, vom 27. April 2015, vom 23. Mai 2015, vom 27. Juli 2015, vom 30. Juli 2015, vom 29. August 2015, vom 26. September 2015, vom 31. Oktober 2015, vom 30. November 2015 und vom 24. Dezember 2015).

5.3.3 Am 17. Juni 2015 berichtete Dr. med. K.\_\_\_\_, FMH Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates und FMH Handchirurgie, L.\_\_\_\_, dass die Klägerin seit dem 7. Oktober 2013 bei ihr in Behandlung sei. Bei der Erstbehandlung habe sich die Klägerin in der 25. Schwangerschaftswoche der ersten Schwangerschaft befunden. Es hätten deutliche Zeichen eines beidseitigen Karpaltunnelsyndroms und einer Tendovaginitis stenosans an mehreren Fingern bestanden. Nach der Geburt seien die Beschwerden aufgrund der ergotherapeutischen Behandlung etwas rückläufig gewesen. Eine geplante Operation habe verschoben werden müssen, weil die Klägerin keine Betreuung für ihren Sohn habe sicherstellen können. Nachdem ein weiterer Operationstermin festgestanden habe, sei die Klägerin ungeplant erneut schwanger geworden. Mit den Beeinträchtigungen und Schmerzen an den Händen könne sie den Alltag insofern bewältigen, als es ihr möglich sei, kürzere Strecken mit dem Auto zu fahren und nicht allzu schwere Taschen zu tragen. Es sei davon auszugehen, dass sich die Schmerzen gegen Ende der Schwangerschaft verstärkten. Aufgrund der Beschwerden an beiden Händen könne die Klägerin ihren manuell relativ belastenden und feinmotorischen Beruf als Dentalassistentin nicht ausüben. Da eine Operation erst nach der Geburt des zweiten Kindes durchgeführt werden könne, sei es momentan schwierig zu beurteilen, ab wann die Klägerin wieder arbeitsfähig sein werde (vgl. auch Schreiben vom 8. Januar 2015). Sie schrieb die Klägerin nach der Geburt und dem Mutterschaftsurlaub des ersten Kindes vom

27. Juni 2014 bis zur Operation am 28. Januar 2016 + 1 Monat zu 100 % arbeitsunfähig (Arbeitsunfähigkeits- zeugnisse vom 27. Juni 2014, vom 27. August 2014, vom 29. September 2014, vom 10. November 2014, 8. Dezember 2014, 30. April 2015, 2. Juli 2015, vom 31. August 2015, vom 26. Oktober 2015, vom 11. Januar 2016).

5.4.1 Aufgrund dieser ärztlichen Berichte und Bescheinigungen ist für die strittige Zeit vom 19. Mai 2014 bis 25. November 2015 eine durchgehende 100%ige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen. Die Beklagte bezweifelt jedoch gestützt auf die Beurteilung ihres Vertrauensarztes Dr. H.\_\_\_\_ vom 10. Februar 2016 die Richtigkeit dieser Bescheinigungen, da die Klägerin gemäss den Observationsergebnissen in der Fein- und Grobmotorik nicht wesentlich eingeschränkt gewesen sei. Dr. H.\_\_\_\_ stellte aufgrund der medizinischen Akten und des Observationsmaterials am 10. Februar 2016 fest, dass bei der Klägerin während der Schwangerschaft infolge einer Wasserretention zwar ein Karpaltunnelsyndrom aufgetreten sei. Die Symptomatik sei jedoch

Seite 8

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> gemäss elektroneurographischen Befunden bald nach der Geburt wieder verschwunden. Bei der zweiten Schwangerschaft mit Beginn im Oktober/November 2014 habe die Klägerin im zweiten Schwangerschaftsmonat bereits über wiederauftretende Beschwerden an den Händen geklagt, was aber nicht möglich sei, weil es zu diesem Zeitpunkt noch nicht zu Wasserretentionen mit Ödemen habe kommen können. Solche entwickelten sich erst Ende des 2. Trimenons. Aufgrund der weitgehend normalisierten elektroneurographischen Befunde sei mit PD Dr. I.\_\_\_\_ davon auszugehen, dass die massiven geklagten Gefühlsstörungen und Kraftverluste insbesondere in der linken Hand eine funktionelle Überlagerung darstellten. Die von der Klägerin angegebenen Beschwerden liessen sich auch nicht aufgrund des Observationsmaterials verifizieren. Entgegen ihren Angaben sei auf den Videofilmen zu sehen, dass die Klägerin nicht permanent Stützhandschuhe trage und ihre Finger und Hände frei bewege. Zudem könnten keine Einschränkungen in der Greiffunktion beobachtet werden, könne sie doch das Auto gut steuern sowie die Autotür gut öffnen und schliessen. Sie sei auch in der Lage, ihr Kleinkind im Sitz zu fixieren, den Henkel einer Tragtasche mit intaktem Faustschluss zu umschliessen und voluminöse Taschen beidhändig zu tragen. Die von ihr angegebenen Einschränkungen beim Greifen und beim Lösen der Faust, die Steifheit der Finger, der Kraftverlust und die Unfähigkeit, eine Flasche zu öffnen, entwickelten sich erst im Spätstadium eines Karpaltunnelsyndroms. Aufgrund der auf den Observationsbildern zu sehenden Einsätze der Hände könne keine Arbeitsunfähigkeit, auch nicht für die Tätigkeit als Prophylaxeassistentin, begründet werden.

5.4.2 Dr. H.\_\_\_\_ setzte sich in seiner Aktenbeurteilung sehr einlässlich mit der Entwicklung eines Karpaltunnelsyndroms während einer Schwangerschaft und den daraus resultierenden Einschränkungen auseinander. Desgleichen geht er auf die Angaben der Klägerin betreffend ihren Beschwerden anlässlich des Gesprächs mit dem Schadensinspektors vom 15. Januar 2015 und den Beobachtungen während der Observation näher ein. Wenn er aber daraus folgert, dass die Klägerin uneingeschränkt ihre Hände einsetzen könne und deshalb keine Arbeitsunfähigkeit bestehe, so trägt er der Tätigkeit der Klägerin als Prophylaxeassistentin in einer Zahnarztpraxis zu wenig Rechnung. Der Beruf einer Prophylaxeassistentin setzt eine sehr gute manuelle Geschicklichkeit voraus. So untersuchen sie unter anderem mit speziellen feinen Instrumenten und Geräten Zähne und Zahnfleisch auf Beläge und Erkrankungen und behandeln diese. Die äusserst präzisen Arbeiten erfordern eine hohe

Konzentration und feinmotorisches Geschick. Es erstaunt daher nicht, dass eine Prophylaxeassistentin ihren Beruf nicht mehr ausüben kann, wenn sie an den Händen beeinträchtigt ist. Dr. H.\_\_\_\_ berücksichtigte diese Umstände nicht, stützte er sich doch bei seiner Argumentation vor allem auf die Funktionen, welche die Klägerin anlässlich der Beobachtung ausführte. Zwar ist aufgrund der Observationsergebnisse davon auszugehen, dass die Klägerin bei der Besprechung vom 15. Januar 2015 mit der Schilderung ihrer Beschwerden und bei der Angabe der Schmerzintensität übertrieb. Dies bedeutet aber noch nicht, dass sie ihre angestammte Tätigkeit hätte ausüben können. Das Lenken eines Autos, das Tragen von Taschen oder das Fixieren eines Kleinkindes in einem Kindersitz verlangt nicht die gleiche Feinmotorik, wie sie beim Hantieren mit Instrumenten im Mund von Patienten notwendig ist. Für die Beurteilung der Arbeitsfähigkeit einer Prophylaxeassistentin ist daher eine differenziertere Betrachtungsweise notwendig, als sie Dr. H.\_\_\_\_ vornahm. Dazu kommt, dass Dr. H.\_\_\_\_ die psychischen Beeinträchtigungen der Klägerin, welche die Arbeitsfähigkeit gemäss Beurteilung von Dr. J.\_\_\_\_ seit dem 23. November 2013 zu 100 % ein-

Seite 9

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> schränken, unberücksichtigt liess. Seine Beurteilung ist daher nicht überzeugend genug, um darauf abstellen zu können. Da die Observation keinen Aufschluss über die Einschränkung der Arbeitsfähigkeit in der angestammten Tätigkeit der Klägerin gibt, kann eine Auseinandersetzung über die Zulässigkeit der von der Beklagten vom 20. Oktober 2014 bis 23. Januar 2015 angeordneten Überwachung und mit den Auswirkungen des kürzlich ergangenen Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 18. Oktober 2016 betreffend verdeckt durchgeführten Observationen (Nr. 61838/10) unterbleiben.

5.5 Hingegen leuchtet die Beurteilung von Dr. K.\_\_\_\_ über die Arbeitsfähigkeit der Klägerin ein. Sie untersuchte die Klägerin persönlich und nahm eine Zumutbarkeitsbeurteilung im Hinblick auf die angestammte Tätigkeit vor. Sie stellte wie Dr. H.\_\_\_\_ in ihrem Bericht vom 8. Januar 2016 fest, dass es nach der ersten Geburt zu einer Besserung der Symptomatik gekommen sei. Gleichzeitig wies sie aber darauf hin, dass aufgrund der erneuten Schwangerschaft eine Zunahme der Beschwerden an den Händen zu erwarten sei. Dieser Verlauf würde bei einer Wiederaufnahme der Tätigkeit in der Zahnarztpraxis beschleunigt werden. Aufgrund dieser Umstände schrieb sie die Klägerin zu 100 % arbeitsunfähig. Diese Beurteilung ist nachvollziehbar, ist doch davon auszugehen, dass die von Dr. H.\_\_\_\_ und Dr. K.\_\_\_\_ festgehaltene Zustandsbesserung nur vorübergehend war. Es darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich der Zustand der Hände nach der ersten Geburt nie normalisierte. So blieben die Gefühlsstörungen in den Fingern gemäss Bericht von PD Dr. I.\_\_\_\_ vom 5. Dezember 2014 bestehen. Zudem ist zu berücksichtigen, dass sich nach der ersten Geburt an der rechten Hand ein deutliches Karpaltunnelsyndrom entwickelte. Denn gemäss den neurographischen Untersuchungen vergrösserte sich die Querschnittsfläche des Nervus medianus deutlich gegenüber der Voruntersuchung Ende April 2014 (vgl. Berichte von PD Dr. I.\_\_\_\_ vom 6. Mai 2014 und 5. Dezember 2014 sowie von Dr. K.\_\_\_\_ vom 8. Januar 2015). Es gibt daher keinen Anlass, daran zu zweifeln, dass sich die Beschwerden an den Händen im Laufe der zweiten Schwangerschaft verstärkten. Unter diesen Umständen ist es auch einleuchtend, dass Dr. K.\_\_\_\_ die Klägerin mit Blick auf ihren Beruf als Prophylaxeassistentin zu 100 % arbeitsunfähig schrieb. Da sowohl Dr. K.\_\_\_\_ als auch PD Dr. I.\_\_\_\_ als Fachärzte von

Beginn an eine Operation als indiziert erachteten, was im Übrigen von Dr. H.\_\_\_\_ nicht bestritten wurde, ist zu schliessen, dass eine Arbeitsfähigkeit in der Tätigkeit als Prophylaxeassistentin erst wieder nach einem operativen Eingriff bestand. Die Indikation für eine Operation des Karpaltunnelsyndroms stand zwar bereits während der ersten Schwangerschaft fest. Diese durfte jedoch wegen der weiteren Familienplanung der Klägerin erst Anfang 2016 durchgeführt werden. Daher ist erklärbar, weshalb sich die durch das Karpaltunnelsyndrom bedingte Arbeitsunfähigkeit über eine längere Zeit hinzog. Damit steht gleichzeitig fest, dass die Klägerin wegen des Karpaltunnelsyndroms während des strittigen Zeitraumes vom 19. Mai 2014 bis 25. November 2015 in ihrer angestammten Tätigkeit nicht arbeitsfähig war. Aufgrund dieses Ergebnisses kann auf eine Prüfung der Zuverlässigkeit der von Dr. J.\_\_\_\_ bescheinigten Arbeitsunfähigkeit ab 23. November 2013 aus psychischen Gründen verzichtet werden.

6. Aufgrund dieser Ausführungen ist die Beklagte zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin infolge einer 100%igen Arbeitsfähigkeit ab 19. Mai 2014 keinen Anspruch mehr auf Taggeldleistungen habe. Damit nötigte die Beklagte der Klägerin mit dem Vergleich vom

Seite 10

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> 28. Januar 2015 einen übermässigen Vorteil ab, hatte diese doch bis zur Ausschöpfung der Krankentaggelder einen Anspruch auf Leistungen der Beklagten. Da davon auszugehen ist, dass die Klägerin bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes die Erklärung für einen Verzicht auf Taggelder ab 1. Dezember 2015 nicht abgegeben hätte, liegt ein wesentlicher Willensmangel im Sinne von Art. 30 OR vor. Die Klägerin war deshalb befugt, sich auf die Unverbindlichkeit des Vergleichs vom 28. Januar 2015 zu berufen, welche sie mit Schreiben vom 18. Februar 2015 auch rechtzeitig geltend machte. Die Klage ist demgemäss gutzuheissen.

7. Gemäss Art. 100 Abs. 1 VVG in Verbindung mit Art. 102 Abs. 1 OR gerät der Versicherer mit einer Mahnung in Verzug. Wurde aber für die Erfüllung ein bestimmter Verfalltag verabredet, oder ergibt sich ein solcher infolge einer vorbehaltenen und gehörig vorgenommenen Kündigung, so kommt der Schuldner schon mit Ablauf dieses Tages in Verzug (Abs. 2). Die Anwendung von Art. 102 Abs. 2 OR fällt ausser Betracht, da aus den AVB der Beklagten keine Verfalltagbestimmung zu entnehmen ist. Es bedarf daher für den Eintritt des Verzugs einer Mahnung. Mit Schreiben vom 18. Februar 2015 forderte die Klägerin die Beklagte auf, ab 1. Dezember 2015 weiterhin Taggelder auszurichten. Mit dieser Mahnung setzte sie die Beklagte in Verzug. Demgemäss hat die Beklagte ab 18. Februar 2015 auf den Forderungsbetrag (mittlerer Verfall) einen Verzugszins von 5 % ab Fälligkeit der monatlichen Zahlungen zu leisten.

8. Das Verfahren vor dem Versicherungsgericht ist gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. f ZPO vom 19. Dezember 2008 kostenlos. Der obsiegenden Klägerin ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung zu Lasten der Beklagten zuzusprechen. Gemäss Honorarnoten vom 24. Juni 2016 und 26. Oktober 2016 machte die Vertreterin der Klägerin angemessene 18 Stunden geltend. Zusätzlich gewährt das Gericht 2 Stunden und 35 Minuten für die Parteiverhandlung inkl. Vorbesprechung. Demnach hat die Klägerin Anspruch auf Vergütung der Parteikosten in Höhe von Fr. 6'174.15 (20 Stunden und 35 Minuten à Fr. 250.-- sowie Auslagen von Fr. 571.-- inkl. Mehrwertsteuer von 8 %).

Seite 11

<http://www.bl.ch/kantonsgericht> Demgemäss wird e r k a n n t :

://: 1. In Gutheissung der Klage wird die B.\_\_\_\_\_ verpflichtet, der Klägerin Fr. 26'601.90 (359 Tage à Fr. 74.10) zuzüglich Verzugszinsen von 5 % ab 18. Februar 2015 zu bezahlen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beklagte hat der Klägerin eine Parteientschädigung von Fr. 6'174.15 (inkl. Auslagen und 8 % Mehrwertsteuer) zu entrichten.

Gegen diesen Entscheid wurde von der Beklagten am 3. Februar 2017 Beschwerde beim Bundesgericht (Verfahren-Nr. 4A 78/2017) erhoben.

<http://www.bl.ch/kantonsgericht>

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