

GR_GERICHTE S 2017 97 vom 5. Juni 2019

GR Gerichte, 2019-06-05, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/gr_gerichte_S_2017_97

FR: GR_GERICHTE S 2017 97 du 5 juin 2019

IT: GR_GERICHTE S 2017 97 del 5 giugno 2019

Regeste

Versicherungsleistungen nach VVG (Rückforderung und Beseitigung Rechtsvorschlag) | Krankenversicherung VVG

Erwägungen

E. 3

Mit Krankmeldung vom 30. September 2014, eingegangen bei der A._____ am 18. November 2014, zeigte die C._____ GmbH eine 100%ige Arbeits- unfähigkeit von B._____ wegen Krankheit (Erschöpfungsdepression) an. Der behandelnde Psychiater Dr. med. D._____ diagnostizierte bei B._____ mit Arztbericht vom 10. Dezember 2014 eine mittelgradige depressive Epi- sode mit somatischen Symptomen und attestierte ihr eine 100%ige Arbeits- unfähigkeit für die nächsten zwei bis drei Monate. Die A._____ bezahlte für die Zeit ab 15. Oktober 2014 (nach Ablauf der Wartefrist) bis zum 31. De- zember 2014 Taggelder in der Höhe von Fr. 21'368.10 aus der Kollektiv- Taggeldversicherung (Police Nr. 33513) aus.

E. 3.1

Die Beklagte stellt in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. Septem- ber 2017 den Verfahrens Antrag, die Klägerin sei anzuweisen, die fehlende Seite 2 des Verlaufsberichts per 3. Mai 2016 (kB 12) sowie eine besser lesbare Kopie des Observationsberichtes vom 17. Juli 2015 (kB 22) zu edieren mit anschliessender Einräumung der Möglichkeit, sich dazu allen- falls vernehmen zu lassen. Die Klägerin reichte mit der Replik und Widerklageantwort vom 2. Novem- ber 2017 den Verlaufsbericht per 3. Mai 2016 in vollständiger Form als kB 12a ein, womit der beklagtische Antrag hinfällig wird.

E. 3.2

Was den von der Beklagten in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 kritisierten Ermittlungsbericht der G._____ AG vom 17. Juli 2015 (kB 22) betrifft, so ist zwar der darin enthaltene Textteil gut leser- lich, hingegen ist die Qualität der hineinkopierten bzw. schwarz- weiss ge- druckten Fotos schlecht. Die Klägerin reichte mit der Triplik/Widerklagedu- plik vom 18. Januar 2018 die entsprechenden Bilder in guter Auflösung ein (kB 22a), womit auch diese beklagtische Rüge obsolet ist. Im Übrigen reichte die Klägerin auch sämtliche DVD's, die anlässlich der Observation - 12 - aufgenommen wurden, ins Recht (kB 22 DVD 1-7). Da auf den Fotos im Ermittlungsbericht sowohl das Aufnahmedatum wie auch die Aufnahmezeit aufgeführt sind, kann jede herauskopierte und im Bericht als Bild eingefügte Sequenz ohne weiteres auch auf den DVD's nachgeschaut werden.

E. 3.3

Die Beklagte verlangt in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 des Weiteren, sie solle als Partei befragt und auch zur Beweisaussage zu sämtlichen Ausführungen in ihren Rechtsschriften zugelassen werden. Die Parteibefragung ist in Art. 191 ZPO, die Beweisaussage einer Partei in Art. 192 ZPO geregelt. Beide dienen dem Beweis einer rechtserheblichen Tatsache. Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern die Parteiaussage der Beklagten noch etwas Wesentliches zum Sachverhalt beitragen könnte, was sich nicht bereits aus den im Recht liegenden Beweismitteln ergäbe. Da zudem die Beweisaussage nach Art. 192 ZPO der Parteibefragung nach Art. 191 ZPO in dem Sinne nachgeht, dass erstere sich erübrigt, wenn bereits die Parteibefragung zur richterlichen Überzeugung geführt hat (HAFNER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 192 Rz. 2), ist vorliegend mangels Notwendigkeit einer Parteibefragung auch kein Grund für eine Beweisaussage der Beklagten gegeben.

E. 3.4

Die Beklagte beantragt in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 die Edition eines Zustellnachweises bezüglich des Fax-Schreibens der Klägerin vom 18. Juni 2015 an Dr. med. D.____ (kB 16). Gleichzeitig verlangt sie auch die Herausgabe eines allfälligen Erinnerungsschreibens/einer Mahnung an Dr. med. D.____. Sie möchte damit bewiesen haben, dass die Klägerin sich um die Einholung eines medizinischen Berichts seitens des behandelnden Psychiaters bemüht habe.

- 13 - Was das Fax-Schreiben vom 18. Juni 2015 (kB 16) betrifft, so liegt eine Kopie davon bei den Akten. Das Gericht hat keinen Anlass anzunehmen, dass dieses Dr. med. D.____ nicht zugestellt wurde, auch wenn kein Zustellnachweis vorhanden ist. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, inwiefern ein strikter Beweis, dass die Klägerin Dr. med. D.____ tatsächlich um einen medizinischen Bericht gebeten hat (Zustellnachweis/Erinnerungsschreiben) etwas Erhellendes zum Sachverhalt in der vorliegenden Streitsache beitragen könnte. Darüber hinaus sei erwähnt, was nachfolgend ausgeführt wird (vgl. Erwägungen 6.3.1 - 6.3.1.3), dass die effektiv im Recht liegenden Berichte von Dr. med. D.____ (kB 6, kB 11, bB 6, bB 18) im Vergleich zum gutachterlichen Konsil von Dr. med. F.____ vom 4. Juli 2015 (kB 15) und zu dessen ergänzenden Bericht vom 23. August 2015 (kB 33) ohnehin wenig aussage- bzw. beweiskräftig sind.

E. 3.5

Die Klägerin offeriert in ihrer Replik vom 2. November 2017 die Befragung von Dr. med. D.____ als Zeuge. Dieser sollte bestätigen, dass er der Beklagten tatsächlich keinen therapeutischen Arbeitsversuch empfohlen hatte, wie das eben auch nicht aus den Akten hervorgehe. Die Beklagte stimmt in ihrer Duplik vom 5. Januar 2018 einer Zeugenbefragung von Dr. med. D.____ zu, allerdings um damit genau das Gegenteil zu beweisen. Das Gericht sieht von einer Befragung des behandelnden Arztes ab, zumal nicht zu erwarten ist, dass Dr. med. D.____ nach rund vier Jahren seit Abschluss der Behandlung der Beklagten im August 2015 (bB 6, bB 18) etwas anderes aussagen werde, als er bereits in den von ihm ausgestellten ärztlichen Zeugnissen bzw. Berichten (kB 6, kB 11, bB 6, bB 18) festgehalten hat. Dabei ist insbesondere auf sein Arztzeugnis vom 17. Februar 2018 (bB 18) hinzuweisen, in dem er erstmals Arbeitsversuche ab Mai 2015 bestätigte. Das Gericht wird sich im Nachfolgenden mit dem Beweiswert dieser Angaben befassen (vgl. Erwägungen 6.3.1 - 6.3.1.3, 6.6.2.1). Die-

- 14 - selben Überlegungen gelten für den beklagischen Antrag zur Einholung eines Arztberichtes von Dr. med. D._____. Beide Beweisanträge (Zeugen- einvernahme Dr. med. D.____ und Einholen eines Arztzeugnisses) werden daher abgelehnt.

E. 3.6

Die Klägerin verlangt schliesslich in ihrer Replik und Widerklageantwort vom 2. November 2017 die Edition sämtlicher Kontoauszüge der Beklagten, von L._____, dem Lebenspartner der Beklagten, und der C.____ GmbH für den Zeitraum vom 1. September 2014 bis zum 1. September 2016, um damit zu klären, ob die Beklagte damals trotz angeblicher Arbeitsunfähigkeit für ihre Tätigkeit eine Vergütung erhielt oder nicht bzw. um aufzuzeigen, dass sich die Beklagte nicht in einer finanziellen Notlage befand, sondern Leistungen der Taggeldversicherung abschöpfen wollte, die ihr nicht zustanden. Wie nachfolgend erläutert (vgl. Erwägungen 7.1 - 7.3), geht das Gericht bereits aufgrund der vorhandenen Akten davon aus, dass tatsächlich eine betrügerische Anspruchsbegründung vorliegt. Die zur Edition verlangten Kontoauszüge erachtet das Gericht daher als für die entsprechende Beweisführung nicht erforderlich, weshalb auch dieser Beweisantrag abgelehnt wird. 4. Vorliegend ist strittig, ob die Beklagte im Sinne von Art. 40 VVG in betrügerischer Absicht falsche Angaben gemacht hat oder nicht und Tatsachen verschwiegen hat oder nicht, um Leistungen zu erhalten, die ihr nicht zustanden, und damit auch, ob die Klägerin von der Beklagten zu Recht den Betrag von total Fr. 56'288.65 für ausgerichtete Taggelder über Fr. 62'742.-- ab dem 15. Oktober 2014 (nach Ablauf der 30-tägigen Wartefrist) bis zum 31. Mai 2015 und für Abklärungskosten über Fr. 17'521.65 unter Abzug der bezahlten Prämien der Einzelversicherung für Januar bis Juli 2015 über Fr. 23'975.-- zurückfordert oder nicht.

- 15 - Ebenfalls strittig ist, ob die Klägerin den Versicherungsvertrag Police Nr. 33513 zu Unrecht gekündigt und die Beklagte fälschlicherweise nicht auf Art. 22.3 und Art. 27.1 der AVB, wonach die Leistungspflicht mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrags endet, aufmerksam gemacht hat oder nicht und die Beklagte deshalb von der Klägerin zu Recht den Betrag von total Fr. 39'045.-- für ausstehende Taggelder über Fr. 15'070.-- für die Zeit vom 1. Juni bis 14. Juli 2015 (100%ige Arbeitsunfähigkeit) und vom 15. Juli bis 5. August 2015 (50%ige Arbeitsunfähigkeit) sowie für bezahlte Prämien über Fr. 23'975.-- für die Zeit von Januar bis Juli 2015 einfordert oder nicht.

E. 4

B.____ unterzeichnete am 1. Februar 2015 den ihr von der A.____ unterbreiteten Antrag für den Übertritt in die Einzel-Taggeldversicherung für

- 3 - das Risiko Krankheit per 1. Januar 2015. Am 11. Februar 2015 stellte die A.____ die Versicherungs-Police aus (Police Nr. 20000181221. 00001). In der Folge richtete sie aus dieser Versicherung für die Zeit vom 1. Januar 2015 bis zum 31. Mai 2015 Taggelder in der Höhe von Fr. 41'374.-- aus.

E. 4.1

Rechtliche Grundlage des vorliegenden Rechtsstreits bildet Art. 40 VVG. Demnach ist die Versicherung gegenüber der Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden, wenn diese oder ihr(e) Vertreter(-in) Tatsachen, welche die Leistungspflicht der Versicherungsanbieterin ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat oder wenn sie die ihr nach Massgabe von Art. 39

VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat. Die Rückforderung der Klägerin bezüglich der ausgerichteten Taggelder basiert auf Art. 62 ff. Obligationenrecht (OR; SR 220) (ungerechtfertigte Bereicherung) sowie Art. 50.6 AVB und Art. 40.6 AVB, die Rückforderung der Observationskosten auf Art. 97 ff. OR (vgl. Erwägungen 7.3 - 7.4). Die Widerklage der Beklagten beruht ihrerseits auf der behaupteten Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit von Bestimmungen im Versicherungsvertrag und in den entsprechenden AVB der Police Nr. 33513 (Art. 20 OR) und der behaupteten Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit des Versicherungsvertrags Nr. 20000181221.00001 (Art. 20 und Art. 21 OR) (vgl. Erwägung 9).

E. 4.2

Nach Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB; SR 210) hat diejenige Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden

- 16 - Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden, rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel, die durch abweichende gesetzliche Regelungen verändert werden kann, gilt auch im Bereich des VVG (BGE 130 III 321 E.3.1; NEBEL, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 100 Rz. 4 und Rz. 9). An der formellen Beweislast ändert die vorliegend geltende soziale Untersuchungsmaxime (vgl. Erwägung 2.1) nichts; kann etwa das Bestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 ZGB nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BGE 130 III 321 E.3.1 und E.5; HAUCK, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, Kommentar zur ZPO, Zürich 2016, Art. 247 Rz. 33ff., insbesondere Rz. 37). Nach der Grundregel von Art. 8 ZGB hat die Anspruchsberechtigte – in der Regel die Versicherungsnehmerin, die versicherte Dritte oder die Begünstigte – die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs (BGE 130 III 321 E.3.1). Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches: Art. 40 VVG) (BGE 130 III 321 E.3.1). Anspruchsberechtigter und Versicherer haben im Streit um vertragliche Leistungen je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen (BGE 130 III 321 E.3.1).

- 17 -

E. 4.3

Die Klägerin macht in ihrer Klage vom 26. Juni 2017 und in den nachfolgenden Rechtsschriften (Replik/Widerklageantwort vom 2. November 2017, Triplik/Widerklageduplik vom 18. Januar 2018, Stellungnahme vom

E. 4.4

Die Beklagte bestreitet in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 und in den nachfolgenden Rechtsschriften (Duplik/Widerklage vom 5. Januar 2018, Quadruplik vom 20. Februar 2018) sämtliche Ausführungen der Klägerin. Indem diese sowohl eine vertrauensärztliche Untersuchung wie auch eine Observation angeordnet und durchgeführt habe, habe sie nicht nur unverhältnismässig, sondern auch persönlichkeitsverletzend im Sinne von Art. 28 ZGB gehandelt. Die Observation habe nämlich nicht nur im öffentlichen Raum, sondern auch in einer privaten Tiefgarage und in einem Restaurant stattgefunden. Sie selbst sei ihrer Mitwirkungspflicht nachgekommen, weshalb der Verhältnismässigkeitsgrundsatz es geboten hätte, das Resultat der vertrauensärztlichen Untersuchung abzuwarten. Was die anlässlich der Observation gemachten Feststellungen der Klägerin betreffe, so habe diese gar nicht geprüft, was ihre Funktion und Tätigkeit vor der Krankheit gewesen seien, sie habe sich nämlich zur Zeit der Observation gar nicht, wie behauptet, an ihrem angestammten Arbeitsplatz aufgehalten. Zudem habe sie keine Arbeit geleistet, sondern lediglich am Computer Zeitungen gelesen und Bewerbungen geschrieben. Ebenso wenig habe sie dem Personal Anweisungen gegeben oder die Kundschaft betreut. Nicht haltbar sei auch, dass die Klägerin den behandelnden Arzt Dr. med. D. _____ nie mit dem Observationsmaterial konfrontiert habe, denn ihre Anwesenheit am Arbeitsort (nicht am angestammten Arbeitsplatz) sei mit diesem abgesprochen gewesen, es habe sich um einen therapeutischen Arbeitsversuch gehandelt. Selbst wenn der therapeutische Arbeitseinsatz der Klägerin verschwiegen worden wäre, würde dies keine Täuschungsabsicht im Sinne von Art. 40 VVG darstellen. Damit seien die Voraussetzungen von Art. 40 VVG – die objektiven und die subjektiven – im Sinne von Art. 8 ZGB weder bewiesen noch erfüllt. Darüber hinaus würden die Ermittlungsergebnisse die Klägerin nicht dazu berechtigen, die Taggelder rückwirkend per Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 15. September 2014 zurückzufordern, denn auch der Vertrauensarzt - 20 - der Klägerin habe die Beklagte erst per 16. März 2015 als voll arbeitsfähig geschrieben. Zudem belege auch die Observation keine rückwirkende Arbeitstätigkeit der Beklagten ab dem 15. September 2014. Es bestehe also kein Rückforderungsanspruch bezüglich der Taggelder. Eventualiter werde die Einrede der Verjährung erhoben. Die Kosten für die Observation könnten nicht von ihr eingefordert werden, weil diese rechtswidrig gewesen sei. Die Betreuung sei zu Unrecht erfolgt, weshalb sie auch keine Betreuungskosten zu bezahlen habe. Zur Begründung der Widerklage beruft sich die Beklagte auf die "Besonderen Bestimmungen" in der Versicherungspolice zur Kollektiv-Taggeldversicherung, wonach in Abweichung von den AVB bei versicherten Personen, die bei Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis arbeits- bzw. erwerbsunfähig sind, der Leistungsanspruch während der ganzen Dauer der Arbeitsunfähigkeit, längstens jedoch bis zur Erschöpfung der maximalen Leistungsdauer bzw. bis zum Erlöschen des Versicherungsvertrags gewahrt bleibt. Diese letztere Bestimmung (Ende des Leistungsanspruchs mit Erlöschen des Versicherungsvertrags), auf die sie nie aufmerksam gemacht worden sei, sei ungewöhnlich und deshalb nichtig. Darüber hinaus sei Art. 22.4 der AVB, wonach der Versicherungsschutz mit Erlöschen des Versicherungsvertrages ende, gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ebenfalls ungewöhnlich und damit nichtig. Demnach hätte die Klägerin trotz ihrer per 31. Dezember 2014 erfolgten Kündigung des Kollektiv-Taggeldvertrages die vereinbarten Taggelder längstens bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer bzw. bis zur Genesung erbringen müssen. Die Klägerin habe die Notlage der Beklagten krass ausgenutzt, habe sie darüber getäuscht, dass die Taggelder infolge Kündigung des Kollektiv-Taggeldvertrages nicht

mehr geschuldet seien und sie in erpresserischer Art und Weise genötigt, die Einzel-Taggeldversicherung mit der hohen Jahres- prämie von Fr. 41'100.-- zu unterzeichnen, was sie allerdings nur mit Vor-

- 21 - behalt getan habe. Diesbezüglich behalte sie sich die Ergreifung strafrecht- licher Schritte vor. Da sie nachweislich bis im Juni 2015 zu 100 % und bis zum 14. Juli 2015 zu 50 % arbeitsunfähig gewesen sei, habe sie weitere Taggelder in der Höhe von Fr. 15'070.-- sowie die Rückerstattung der ab Januar 2015 für die Einzel-Taggeldversicherung bezahlten Prämien über Fr. 23'975.-- zu- gute. 5. Da die Beklagte die Nichtigkeit von Teilen des Kollektiv-Taggeldversiche- rungsvertrages Police Nr. 33513 (kB 2), von Art. 22.4 AVB (kB 1) und des Einzel-Taggeldversicherungsvertrages Police Nr. 20000181221. 00001 (kB 9) behauptet, ist vorerst auf diese Rügen einzugehen.

E. 5

Abklärungen der A._____ ergaben, dass der Lebenspartner von B._____ angeblich hoch verschuldet sei, und dass er mit B._____ und weiteren Per- sonen die am 13. April 2015 ins Handelsregister eingetragene E._____ AG gegründet hatte, deren Zweck der Betrieb einer unabhängigen medizini- schen Abklärungsstelle sowie die Erstellung von medizinischen Gutachten und vertrauensärztlichen Beurteilungen ist. Aufgrund dieser Umstände und weil auch der Lebenspartner von B._____ im Jahr 2014 aus psychischen Gründen Taggelder bezog, entstand der Verdacht, dass die Angaben von B._____ zu ihrem Gesundheitszustand nicht zutreffen könnten. Die A._____ ordnete daher eine vertrauensärztliche Untersuchung an und ver- anlasste eine Personenüberwachung.

E. 5.1

Nach Ansicht der Beklagten sind der letzte Satz des ersten Absatzes der "Besonderen Bestimmungen" im Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (Ende des Leistungsanspruchs mit Erlöschen des Versi- cherungsvertrags) sowie Art. 22.4 AVB (Ende der Versicherung mit Erlö- schen des Versicherungsvertrags) ungewöhnlich und widersprüchlich bzw. unklar und daher im Sinne von Art. 20 Abs. 2 OR nichtig. Aus diesem Grund, so die Beklagte, und weil ihre Arbeitsunfähigkeit über den Kündi- gungstermin vom 31. Dezember 2014 hinaus weiter gedauert habe, hätte die Leistungspflicht der Klägerin aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungs- vertrag trotz dessen Kündigung, mithin mit Erlöschen des Versicherungs- vertrags nicht enden dürfen. Zudem rügt die Beklagte, dass weder ihre da- malige Arbeitgeberin noch sie selbst von der Klägerin auf diese ungewöhn- lichen Bestimmungen aufmerksam gemacht worden seien. Auch sei ihr nicht gesagt worden, dass sie die versicherten Taggeldleistungen weiterhin aus der Kollektiv-Taggeldversicherung hätte beziehen können. Zur Begrün- dung beruft sie sich u.a. auf BGE 135 III 225 und ruft die analoge Anwen- dung von Art. 42 VVG (zum Teilschaden) an.

- 22 - Die Klägerin bestreitet diese Behauptungen und legt dar, dass einerseits die fragliche Bestimmung im Versicherungsvertrag Police Nr. 33513 eine Verbesserung gegenüber den Bestimmungen von Art. 22.3 und Art. 27.1 AVB bedeute, und dass andererseits der kritisierte letzte Satz dieses Ab- satzes keine Änderung, sondern eine Bestätigung der AVB darstelle. Die explizite Erwähnung habe lediglich dazu gedient, aufzuzeigen, dass die AVB in diesem Punkt nicht geändert worden seien.

E. 5.2

Ein Vertrag ist nach Art. 20 OR dann nichtig, wenn er einen unmöglichen oder widerrechtlichen Inhalt hat oder gegen die guten Sitten verstösst (Abs. 1). Betrifft der Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, sobald nicht anzunehmen ist, dass er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre (Art. 20 Abs. 2 OR). Was Allgemeine Vertragsbedingungen (nachfolgend AGB) betrifft, so liegt ihr Geltungsgrund in ihrer rechtsgeschäftlichen Übernahme in einen Einzelvertrag (FUHRER, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 33 Rz. 40; HÄBERLI/HUSMANN, Krankentaggeld, versicherungs- und arbeitsrechtliche Aspekte, Bern 2015, Rz. 78). Die Beklagte bestreitet nicht, dass die massgeblichen AVB bzw. AVB (kB 1, kB 10) global übernommen wurden. Eine solche Globalübernahme ist nach dem Vertrauensprinzip gültig, wenn der Verwender die Kundin vor Vertragsabschluss auf die AGB hinweist und ihr die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von deren Inhalt Kenntnis zu nehmen (FUHRER, a.a.O., Art. 33 Rz. 45). Keine Geltung haben (FUHRER, a.a.O., Art. 33 Rz. 57 ff.) bzw. ungültig sind (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, OR, Allgemeiner Teil, Bd. I, 8. Aufl., Zürich 2003, Rz. 1140a) solche AGB, wenn sie u.a. ungewöhnlich sind. Die Ungewöhnlichkeitsregel besagt, dass von der globalen Zustimmung zu AGB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen sind, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Par-

- 23 - tei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist; die Partei, welche die AGB in den Vertrag aufgenommen hat, muss aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen, dass ihr unerfahrener Vertragspartner gewisse ungewöhnliche Klauseln nicht will (FUHRER, a.a.O., Art. 33 Rz. 57 mit Hinweisen; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 91). Klauseln sind in diesem Sinn ungültig, wenn sie objektiv und subjektiv ungewöhnlich sind (FUHRER, a.a.O., Art. 33 Rz. 60), d.h. sie müssen einen objektiv geschäftsfremden Inhalt aufweisen (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 92) und aus Sicht der Zustimmungenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ungewöhnlich sein, ohne dass diese auf die betreffende Bestimmung hingewiesen worden wäre (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 93).

E. 5.2.1

Dem besseren Verständnis halber sei hier erwähnt, dass zwischen den Begriffen "Nachdeckung" und "Nachleistung" unterschieden werden muss (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 314). Mit dem Austritt aus dem Versicherungskreis endet grundsätzlich die Versicherungsdeckung für den einzelnen Arbeitnehmer; er hat keinen Versicherungsschutz mehr für neue Erkrankungen, die nach dem Ende des Arbeitsverhältnisses auftreten, es besteht mithin keine Nachdeckung (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 315). Um die Versicherungsdeckung nahtlos aufrechtzuerhalten, muss er entweder in eine Einzelversicherung oder in eine neue Kollektivversicherung übertreten (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 315). Die Nachleistung hingegen betrifft die Frage, ob der Versicherer für während des Arbeitsverhältnisses eingetretene Arbeitsunfähigkeit auch nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses und damit nach Ausscheiden der versicherten Person aus dem Kreis der Kollektivversicherten aufzukommen hat (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 317).

E. 5.2.2

Das VVG regelt die Frage, was mit Versicherungsleistungen nach Beendigung des Versicherungsvertrags geschieht, nicht, es gilt diesbezüglich Vertragsfreiheit (MAURER,

Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern

- 24 - 1995, S. 239 f.). Das Bundesgericht hat in BGE 127 III 106 festgehalten, dass in einer Kollektivversicherung für Taggelder nach VVG der Versicherte, der aus der Kollektivversicherung ausscheidet, weil er nicht mehr zu dem durch den Vertrag bestimmten Versichertenkreis gehört, Leistungen auch für die Folgen des Ereignisses geltend machen kann, die nach Erlöschen des Versicherungsverhältnisses entstehen, vorausgesetzt allerdings, dass ein leistungs begründendes Ereignis eingetreten ist und keine vertraglichen Abmachungen vorliegen, die das Recht auf Leistungen über die Deckungsdauer hinaus einschränken oder aufheben würden (E.3b). Der Ausschluss oder die Beschränkung der Nachleistung in den AGB ist also grundsätzlich zulässig (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 321).

E. 5.2.3

Ausgangspunkt der vorliegend interessierenden Fragestellung sind daher die AVB der Klägerin (kB 1), insbesondere Art. 22 AVB, der das Ende der Versicherung regelt. Gemäss Art. 22.3 AVB endet der Versicherungsschutz mit dem Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis bzw. gemäss Art. 22.4 AVB mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrags. Art. 27.1 AVB sieht für diese beiden Fälle das Recht vor, in die Einzel-Taggeldversicherung überzutreten (Übertrittsrecht). Regeln diese Bestimmungen der AVB also die Frage der Versicherungsdeckung bzw. einer allfälligen Nachdeckung, die mit dem Ende der Versicherung endet bzw. mit der Möglichkeit des Übertritts in die Einzel-Taggeldversicherung aufgefangen wird, so regelt Art. 26 AVB das Erlöschen des Leistungsanspruches, mithin die Frage einer allfälligen Nachleistung. Art. 26 AVB sieht vor, dass auch der Anspruch auf Leistungen mit dem Ende der Versicherung erlischt. Das bedeutet vorliegend grundsätzlich, dass die versicherte Person mit Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis (Art. 22.3 AVB) und mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrags (Art. 22.4 AVB) bei bestehender Arbeitsunfähigkeit keine Taggelderleistungen mehr erhält. Diese Folge wird insofern gemildert, als die Versicherung gemäss Art. 25 AVB während eines laufenden Falls auf das ihr zustehende Recht, den Vertrag aufzulösen, ver-

- 25 - zichtet (ausser bei Anzeigepflichtverletzung und Versicherungsmissbrauch).

E. 5.2.4

Der fragliche Versicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) sah in den "Besonderen Bestimmungen" eine Änderung von Art. 22.3 AVB und Art. 27.1 AVB vor: "In Abänderung von Art. 22.3 und Art. 27.1 AVB (...), bleibt bei versicherten Personen, die beim Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis (insbesondere mit der Aufgabe der Tätigkeit für den Versicherungsnehmer) arbeitsunfähig bzw. erwerbsunfähig sind, der Leistungsanspruch für den laufenden Fall im Rahmen der Vertragsbestimmungen der Kollektivversicherung gewahrt. (...)." Damit wurden inhaltlich die Art. 22.4 i.V.m. Art. 25 AVB wiederholt, wonach sich die Klägerin verpflichtet, den Versicherungsvertrag in einem laufenden Fall nicht zu beenden. Diesen Teil der "Besonderen Bestimmungen" kritisiert die Beklagte denn auch nicht, sondern nur den folgenden letzten Satz des ersten Absatzes: "In jedem Fall endet der Leistungsanspruch mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrages." Diese Bestimmung stimmt mit dem Inhalt des von der Beklagten ebenfalls gerügten Art. 22.4 AVB und des Art. 26 AVB überein (kB 1). Demnach endet mit dem Erlöschen der Versicherung sowohl der Versicherungsschutz (Art. 22.4 AVB) als auch

der Leistungsanspruch (Art. 26 AVB), eine Fortsetzung der Taggeldleistung kann in diesem Fall nur per Übertritt erreicht werden (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 322). Diese von der Beklagten gerügte Bestimmung "In jedem Fall endet der Leistungsanspruch mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrages" ist nach Ansicht des Gerichts weder unklar noch widersprüchlich. Auch erweist sie sich nicht als im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR inhaltlich unmöglich oder widerrechtlich oder gar, wie von der Beklagten geltend gemacht, sittenwidrig. Der Umstand, dass diese in den AVB bereits enthaltene Regelung auch noch im Versicherungsvertrag (kB 2) aufgeführt ist, zeigt, dass darauf besonderes Augenmerk gelegt worden war, dies wohl auch, um sei-

- 26 - tens der Klägerin einen allfälligen möglichen Vorwurf der Ungewöhnlichkeit auszuschliessen, wäre dieser Nachleistungsausschluss nur in den AVB enthalten gewesen. Jedenfalls kann sich die Beklagte hier nicht auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, zumal die kritisierte Formulierung im Versicherungsvertrag selbst und nicht in den global übernommenen AVB enthalten ist. Damit erweist sich auch die Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel als unbehelflich.

E. 5.2.5

Gemäss Art. 22.4 AVB endet der Versicherungsschutz mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrages. Diese Bestimmung beschlägt die Frage der Nachdeckung, d.h. den Versicherungsschutz für neue Erkrankungen (HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 315) und nicht, wie die Beklagte anzunehmen scheint, die Frage der Nachleistung. Die Bestimmung, dass die Versicherungsdeckung mit dem Ende des Versicherungsvertrages erlischt (Art. 22.4 AVB), ist weder ungewöhnlich, weil geschäftsfremd im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel (vgl. Erwägung 5.2), noch nichtig im Sinne von Art. 20 OR. Das Ende der Nachdeckung ist die übliche Folge der Beendigung des Vertragsverhältnisses, ebenso wie dies bei dem in Art. 22.3 AVB geregelten Austritt der versicherten Person aus dem Versichertenkreis der Fall ist (vgl. HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 315). Da die Klägerin gemäss Art. 24.1 AVB die Versicherung – ausser nach Eintritt eines versicherten Ereignisses (Art. 25 AVB) – unter Einhaltung einer dreimonatigen Kündigungsfrist frühestens auf Ablauf der vereinbarten Vertragsdauer und danach auf das Ende jeder Versicherungsperiode (gemäss Art. 14 AVB das Kalenderjahr) kündigen kann, bedeutet dies, dass sie es unter bestimmten Bedingungen in der Hand hat, das Ende der Versicherungsdeckung im Sinne von Art. 22.4 AVB herbeizuführen. Auch dies entspricht dem ihr – wie auch der Beklagten – zustehenden ordentlichen Kündigungsrecht, das zwar im VVG nicht explizit erwähnt wird, jedoch für den

- 27 - Versicherungsvertrag indirekt aus dem OR (Verweis in Art. 100 Abs. 1 VVG) abgeleitet wird (FUHRER, a.a.O., Art. 25 Rz. 22; HÄBERLI/HUSMANN, a.a.O., Rz. 360). Dass also ein Vertragsverhältnis durch Kündigung aufgelöst werden kann und dass damit die typische Hauptleistungs-Forderung erlischt (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 3588 f.; FUHRER, a.a.O., Art. 25 Rz. 22 und Rz. 53), ist nicht ungewöhnlich, sondern übliche Folge einer Vertragsauflösung (FUHRER, a.a.O., Art. 25 Rz. 53). Diese Konsequenz musste auch der in der Versicherungsbranche tätig gewesenen Beklagten (vgl. kB 12 S. 1, kB 15, kB 53; FUHRER, a.a.O., Art. 33 Rz. 60) bzw. ihrer Arbeitgeberin klar gewesen sein. In jedem Fall vermag die Beklagte mit ihrer Argumentation, Art. 22.4 AVB sei ungewöhnlich bzw. nichtig, nicht zu überzeugen.

E. 5.2.6

Im Sachverhalt, der dem von der Beklagten angerufenen BGE 135 III 225 zugrunde lag, regelten die AVB, dass der Versicherungsschutz mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrags endete und die vertraglichen Leistungen für dann laufende Krankheiten noch während einer bestimmten Dauer (180 Tage bzw. Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer bzw. Beginn einer BVG-Rente) ausgerichtet würden. Das Bundesgericht hielt fest, dass eine Bestimmung, gemäss welcher der Versicherer den maximalen zeitlichen Umfang seiner Leistungspflicht nach Eintritt des Versicherungsfalles durch einseitige Willenserklärung beeinflussen könne, ungewöhnlich sei (Regeste). Die Sachlage im geschilderten Urteil ist mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar. Dort (BGE 135 III 225) ging es um die in den AVB vorgesehene Möglichkeit, den Versicherungsvertrag auch während eines laufenden Falls zu kündigen, mit dem Ergebnis, dass die nach Erlöschen des Versicherungsvertrags weiterlaufende Leistungspflicht zeitlich begrenzt war, der Versicherer es mithin ab einem gewissen Zeitpunkt in der Hand hatte, durch die Kündigung die Leistungsdauer abzukürzen und so das ver-

- 28 - einbarte Maximum von 720 Tagen nicht zur Anwendung kommen zu lassen. Eine derartige Möglichkeit des Versicherungsunternehmens, durch einseitige Willenserklärung nach Eintritt des Versicherungsfalles auf den zeitlichen Umfang der geschuldeten Leistungen Einfluss zu nehmen, erachtete das Bundesgericht als dem Wesen des Versicherungsvertrages und generell dem Grundsatz "pacta sunt servanda" (vgl. hierzu BGE 135 III 1 E.2.4) fremd, weshalb die Versicherung nach Treu und Glauben auch nicht davon ausgehen konnte, die Beschwerdeführerin würde einer derartigen Klausel zustimmen. Demgegenüber geht es im vorliegenden Fall darum, dass der Versicherungsvertrag nach Eintritt eines versicherten Ereignisses nur im Falle einer Anzeigepflichtverletzung oder eines Versicherungsmissbrauchs gekündigt werden kann (Art. 25 AVB; kB 1), mithin nur für den Fall, dass die Versicherungsnehmerin ihren aus dem Versicherungsvertrag sich ergebenden Pflichten nicht nachkommt und folglich mit entsprechenden Konsequenzen wie einer Kündigung oder gar mit strafrechtlichen Schritten rechnen muss. Die Konstellation, die dem Urteil in BGE 135 III 225 zugrunde lag, ist folglich mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar, weshalb die Beklagte aus dem zitierten bundesgerichtlichen Urteil nichts zu ihren Gunsten ableiten kann.

E. 5.2.7

Die Beklagte ruft auch Art. 42 Abs. 1 VVG an. Gemäss dieser Bestimmung sind der Versicherer wie die Versicherungsnehmerin bei Eintritt eines Teilschadens, für den Ersatz beansprucht wird, berechtigt, spätestens bei der Auszahlung der Entschädigung vom Vertrag zurückzutreten. Was die Beklagte aus der analogen Anwendung von Art. 42 VVG zu ihren Gunsten ableiten will, ist nicht nachvollziehbar. Tritt vorliegend ein versichertes Ereignis ein, kann die Klägerin gestützt auf Art. 25 AVB den Versicherungsvertrag nicht kündigen (mit Ausnahme bei Anzeigepflichtverlet-

- 29 - zung bzw. Versicherungsmissbrauch), womit der Leistungsanspruch aufrechterhalten bleibt (vgl. Art. 26 AVB). Liegen diese Voraussetzungen nicht vor, kann der Versicherer gestützt auf Art. 24.1. AVB den Versicherungsvertrag zulässigerweise (vgl. Erwägung 5.2.5) ordentlich kündigen, womit die Versicherungsdeckung per Ablauf der Kündigungsfrist endet (Art. 22 AVB; FUHRER, a.a.O., Art. 25 Rz. 53). Art. 42 VVG, der von einem bei Leistungsausrichtung ungekündigten Vertragsverhältnis ausgeht, ist vorliegend nicht massgeblich.

E. 5.3

Schliesslich rügt die Beklagte zumindest implizit die Nichtigkeit bzw. Ungültigkeit des Einzel-Taggeldversicherungsvertrages Police Nr. 20000 181221.00001 (kB 9). Die Beklagte wirft der Klägerin vor, der Übertritt ohne Gesundheitsprüfung in die Einzel-Taggeldversicherung mit der hohen Jahresprämie von Fr. 41'100.-- sei in täuschender und damit sittenwidriger, nötiger und erpresserischer Absicht erfolgt.

E. 5.3.1

Ein Vertrag kann einen unsittlichen Inhalt aufweisen und damit gegen Art. 20 Abs. 1 OR verstossen (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 656). Davon zu unterscheiden ist das unsittliche Zustandekommen des Vertragsabschlusses; die Unsittlichkeit berührt hier die Art und Weise, wie der Vertragswille gebildet wird (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 729). Das Gesetz regelt den Tatbestand nicht umfassend, zu denken ist an die Übervorteilung (Art. 21 OR), die absichtliche Täuschung (Art. 29 OR) und die von der Beklagten nicht angerufene Furchterregung (Art. 29 OR) (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 729). Gemäss Art. 21 OR (Übervorteilung) kann die Verletzte innerhalb Jahresfrist erklären, dass sie den Vertrag nicht halte, und das schon Geleistete zurückverlangen, wenn ein offenes Missverhältnis zwischen der Leistung und der Gegenleistung durch einen Vertrag begründet wird, dessen Abschluss von dem einen Teil durch Ausbeutung der Notlage, der Unerfah-

- renheit oder des Leichtsinns des andern herbeigeführt worden ist (Abs. 1). Gemäss Art. 28 OR (absichtliche Täuschung) ist der Vertrag für die Getäuschte dann nicht verbindlich, auch wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war, wenn sie durch absichtliche Täuschung seitens des andern zum Vertragsabschluss verleitet worden ist (Abs. 1).

E. 5.3.2

Entgegen den Ausführungen der Beklagten führt eine Übervorteilung nach Art. 21 OR bzw. eine Täuschung nach Art. 28 OR nicht zur Nichtigkeit eines Vertrags, sondern zu dessen Ungültigkeit, sofern diese innert eines Jahres seit Vertragsabschluss geltend gemacht wird (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, a.a.O., Rz. 745). Vorliegend unterzeichnete die Beklagte den Antrag für den Versicherungsvertrag Police Nr. 20000181221.00001 (kB 9) am 10. Februar 2015 (bB 5) und kündigte diesen mit Schreiben vom 31. Juli 2015 per 31. August 2015 wieder (kB 31). Innerhalb eines Jahres seit Vertragsabschluss gab die Beklagte jedoch keine Ungültigkeitserklärung ab (vgl. z.B. kB 53, kB 56). Von einer entsprechenden Ungültigkeit gestützt auf Art. 21 und/oder Art. 28 OR kann vorliegend somit mangels entsprechender rechtzeitiger Geltendmachung nicht ausgegangen werden.

E. 5.3.3

Ferner unterliess es die Beklagte, die von ihr behauptete Notlage auch zu belegen. Sie gibt lediglich an, dass sie aufgrund der ihr attestierten Arbeitsunfähigkeit auf die Taggelder angewiesen gewesen sei, um ihre Fixkosten zu decken. Da die Beklagte keine Belege zu ihren konkreten finanziellen Verhältnissen zu jenem Zeitpunkt vorlegt, ist eine damalige – finanzielle – Notlage nicht ausgewiesen. Demgegenüber ist nachvollziehbar, dass die Beklagte unter einem gewissen psychischen Druck stand, den Versicherungsantrag für den Übertritt in die Einzel-Taggeldversicherung zu unterzeichnen (bB 4), zumal die Klägerin offenbar nach dem 31. Dezember 2014 keine Taggelder mehr leistete bzw. die für die Zeit ab Januar 2015 bestimmten Taggelder erst nach Unterzeichnung des Antrags am 1.

Februar

- 31 - 2015 (bB 5) auszahlte. Nachvollziehbar ist auch, dass die mit der offerierten Einzel-Taggeldversicherung geforderte Monatsprämie von Fr. 3'425.-- (kB 9, bB 5) der Beklagten als hoch erschien. Allerdings ist zu beachten, dass beide Seiten zu jenem Zeitpunkt noch davon ausgingen, dass die Klägerin der Beklagten angesichts des Übertritts in die Einzel-Taggeldversicherung ohne Gesundheitsprüfung und der andauernden Arbeitsunfähigkeit weiterhin Taggeldleistungen in der Höhe von rund Fr. 8'000.-- pro Monat (jeweils 28-31 Tage à Fr. 274.--; kB 9) ausrichten würde. Der hohen Prämie standen also auch entsprechende (höhere) Leistungen gegenüber. Der Umstand, dass sich die Beklagte auf dem Antragsformular die Genehmigung der Prämie durch die FINMA vorbehielt (bB 5), täuscht nicht darüber hinweg, dass der Einzel-Taggeldversicherungsvertrag offensichtlich zustande gekommen ist, zumal die Klägerin am 11. Februar 2015 die entsprechende Versicherungspolice ausstellte (kB 9), die Beklagte die Prämien bezahlte (teils mittels Verrechnung) (kB 7, 12, 12a) und die Taggelder entgegennahm (kB 7). Im Übrigen zeigt die Klägerin plausibel auf, dass die FINMA das Produkt "Einzel-Taggeldversicherung" genehmigt hatte, der von der Beklagten auf dem Antragsformular angebrachte Vorbehalt (bB 5) also bereits bei der Unterzeichnung obsolet war (vgl. Ziff. 24 Replik und Widerklageantwort vom 2. November 2017). Aus alledem ergibt sich nicht, dass die Beklagte im Rahmen des Abschlusses des Einzel-Taggeldversicherungsvertrages Police Nr. 20000 181221.00001 (kB 9) im Sinne von Art. 21 OR übervorteilt worden wäre.

E. 5.3.4

Die Beklagte macht geltend, die Klägerin habe ihr vorgegaukelt, die Einstellung der Taggelder aus der Kollektiv-Taggeldversicherung ab Ende 2014 infolge Kündigung sei korrekt. Damit habe die Klägerin versucht, ihrer eigenen Leistungspflicht zu entgehen. Die Klägerin hält dem zu Recht entgegen, dass der massgebliche Versicherungsvertrag bereits ordentlich gekündigt war, als ihr der Schadenfall gemeldet wurde (Formular mit dem

- 32 - Datum vom 30. September 2014, eingegangen am 18./19. November 2014; kB 3 und kB 12). Tatsächlich erfolgte die Kündigung seitens der Klägerin am 22. September 2014 (kB 8) und damit zu einem Zeitpunkt, als sie noch keine Meldung und damit keine Kenntnis vom Eintritt des mutmasslich versicherten Ereignisses hatte. Die Krankmeldung hätte der Klägerin gemäss Art. 45.2 AVB spätestens fünf Tage nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist (hier 30 Tage, somit spätestens am 20. Oktober 2014), in jedem Fall aber innert 30 Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit (hier somit spätestens am 15. Oktober 2014) gemeldet werden müssen. Da die Meldung aber – offensichtlich unentschuldigt – erst Mitte November 2014 zugestellt wurde (kB 3, kB 12), begann der effektive Leistungsanspruch der Beklagten gemäss Art. 45.2 zweiter Satz AVB frühestens mit Eingang der Meldung, mithin am 18./19. November 2014. Die Klägerin kündigte damit nicht während eines laufenden Falles (vgl. Art. 25 AVB), und der Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) erlosch per 31. Dezember 2014. Dass in einem solchen Fall, bei dem die Arbeitsunfähigkeit zwar nach der Kündigung angezeigt wurde, jedoch auch die Zeit davor betraf, anders, nämlich z.B. ähnlich wie im Arbeitsrecht unter Berücksichtigung einer in die Kündigungsfrist fallenden Sperrfrist gehandhabt werden müsste (vgl. dazu STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, Zürich 2012, Art. 336c Rz. 2 S. 1071 f.), macht die Beklagte nicht geltend, zudem fehlt dafür sowohl eine gesetzliche wie auch eine vertragliche Grundlage. Damit

war die Haltung der Klägerin, wonach für die Zeit nach dem 31. Dezember 2014 keine Leistungspflicht aus dem gekündigten Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) mehr bestand, korrekt. Inwiefern die Klägerin die Beklagte diesbezüglich getäuscht haben sollte, ist nicht ersichtlich. Eine absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 OR liegt nicht vor.

- 33 -

E. 5.4

Das Gericht kommt damit zum Schluss, dass, entgegen den Ausführungen der Beklagten, der Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) und Art. 22.4 AVB (kB 1) weder nichtig im Sinne von Art. 20 OR noch ungültig, weil ungewöhnlich sind, und dass auch der Einzel-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 20000181221.00001 (kB 9) weder sittenwidrig und somit nichtig noch ungültig infolge Übervorteilung oder absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 21 bzw. Art. 28 OR ist. Im vorliegenden Fall kann daher auf diese vertraglichen Bestimmungen abgestellt werden. 6. Das Gericht bildet sich seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise (Art. 157 ZPO). Im Nachfolgenden ist zu prüfen, inwiefern auf die Arztzeugnisse von Dr. med. D._____ (vgl. Erwägungen 6.3.1.-6.3.1.3), auf die medizinischen Beurteilungen von Dr. med. F._____ (vgl. Erwägungen 6.3.2.-6.3.3) und auf die Ergebnisse der Observation (Erwägungen 6.4-6.5.3) abgestellt werden kann.

E. 6

Am 2. Juli 2015 wurde B._____ vertrauensärztlich untersucht. Der beratende Psychiater der A._____, Dr. med. F._____, stellte in seinem gutachterlichen Konsil vom 4. Juli 2015 fest, dass die Frage offen geblieben sei, ob es sich bei der Erkrankung von B._____ tatsächlich um eine mittelgradige depressive Episode gemäss den ICD-10-Kriterien gehandelt habe, viel eher dürfte eine – mittlerweile remittierte – Anpassungsstörung mit depressiver Reaktion und Angstgefühlen vorgelegen haben. Der Psychiater konnte weder eine manifeste depressive Symptomatik noch eine Angstproblematik mit eigenständigem Krankheitswert feststellen. Er attestierte B._____ ab dem 15. Juli 2015 wieder eine volle Arbeitsfähigkeit.

E. 6.1

Die Klägerin legt dar, dass sie aus verschiedenen Gründen Zweifel über Bestand und Ausmass der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Beklagten gehegt habe, was schliesslich zur Anordnung sowohl der vertrauensärztlichen Begutachtung wie auch der Überwachung geführt habe. Die Durchführung der Überwachung sei rechtmässig erfolgt, deren Ergebnisse, zusammen mit der medizinischen Stellungnahme, hätten die ursprünglichen Zweifel an einer existierenden Arbeitsunfähigkeit bestätigt. Die Beklagte beanstandet einerseits, dass die Klägerin eine medizinische Begutachtung bei Dr. med. F._____ und gleichzeitig eine Observation angeordnet habe, ohne zuerst den medizinischen Bericht abzuwarten. Andererseits rügt sie sowohl das medizinische Konsil von Dr. med. F._____ vom 4. Juli 2015 als auch die Anordnung und Durchführung der Observation und verlangt, dass die Ermittlungsergebnisse beweismässig nicht verwertet werden. Ferner wirft sie der Klägerin Hausfriedensbruch und eine Persön-

- 34 - lichkeitsverletzung vor und erachtet die Kosten der Observation, sollten diese ihr auferlegt werden, als zu hoch.

E. 6.2

Im zivilrechtlichen Verfahren sind es, wie bereits erwähnt, die Parteien, welche die Beweismittel zu beschaffen haben (vgl. Art. 152 Abs. 1 ZPO). Daran, dass die Parteien die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung tragen, ändert auch die soziale Untersuchungsmaxime nichts (Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1). Die Klägerin legt plausibel dar, dass sie aufgrund verschiedener Umstände (unspezifische psychiatrische Diagnose, späte Einreichung der Krankmeldung und des Arztberichtes, keine ICD-10 Kategorisierung, keine eigentliche Therapie, psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit auch beim Lebenspartner der Beklagten, Firma-Gründung während der Arbeitsunfähigkeit, kB 19, kB 21; vgl. dazu Erwägung 6.4.1) Verdacht auf Versicherungsmissbrauch schöpfte und daher sowohl eine medizinische Untersuchung bei ihrem Vertrauensarzt als auch eine Observation anordnete. Die ärztliche Untersuchung ist eine vertragliche Pflicht der Versicherungsnehmerin, die sich aus Art. 44.3 AVB (kB 1) bzw. Art. 35.3 AVB (kB 10) ergibt, die Observation bzw. die Verwertung rechtswidrig erlangter Observationsergebnisse ist nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Rahmen einer Interessenabwägung bei Vorliegen bestimmter, hier gegebener Voraussetzungen (vgl. dazu Erwägung 6.4.2.4) auch im Privatversicherungsrecht bzw. im Zivilverfahrensrecht zulässig (BGE 136 III 410; TEICHMANN/WEISS, Die Verwertbarkeit von Observationen durch Privatdetektive im Verfahrensrecht, in: ZBJV Bd. 55 2019, S. 158 mit Hinweisen). Dass die Klägerin beide Untersuchungen im Mai/Juni 2015 mehr oder weniger gleichzeitig anordnete (kB 13, kB 14, kB 21, bB 8), ist nicht zu beanstanden, zumal die Klägerin im Rahmen von Art. 152 ZPO grundsätzlich frei ist, wann sie welche Beweismittel beschaffen will. Die Beklagte bringt nichts Konkretes bzw. Überzeugendes vor, das – bei gegebenen Voraussetzungen – gegen die gleichzeitige Anordnung einer vertrauensärztlichen Untersuchung und einer Observation sprechen würde.

E. 6.3

In Verfahren nach der ZPO bei Streitigkeiten aus der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (auch vor den Versicherungsgerichten) gilt bezüglich vom Versicherer eingeholter ärztlicher Gutachten Folgendes: Beweismittel sind gemäss Art. 168 ZPO u.a. Urkunden (Art. 177 ZPO), wobei dazu auch Arztzeugnisse zählen (DOLGE, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 177 Rz. 13), sowie Gutachten (Art. 183 ZPO). Bei Arztzeugnissen kann grundsätzlich vorerst aufgrund des Fachwissens der ausstellenden Person sowie der strafrechtlichen Sanktion (Art. 318 StPO) von dessen Richtigkeit ausgegangen werden (DOLGE, a.a.O., Art. 177 Rz. 13). Der Beweiswert eines Arztberichtes wird jedoch erschüttert, wenn z.B. der Arzt den Patienten nicht untersucht und ausschliesslich auf dessen Aussagen abgestellt hat, bei telefonischen Diagnosen sowie bei widersprüchlichem Verhalten des Patienten während bescheinigter Arbeitsunfähigkeit (DOLGE, a.a.O., Art. 177 Rz. 13). Bei Gutachten im Sinne von Art. 183 ff. ZPO ist gemäss der Gesetzessystematik einzig das vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel gemeint (BGE 141 III 433 E.2.5.2). Privatgutachten hingegen sind zwar zulässig, aber nicht als Beweismittel, sondern nur als Parteibehauptungen (BGE 141 III 433 E.2.5.2 mit Hinweis auf Botschaft zur ZPO, BBl 2006 7325 zu Art. 180-185). Im Gegensatz zur sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung nach BGE 125 V 351 stellt ein Privatgutachten kein Beweismittel dar (BGE 141 III 433 E.2.6), ihm ist lediglich die Qualität von blossen Parteibehauptungen beizumessen

(BGE 141 III 433 E.2.6 mit zahlreichen Hinweisen). Allerdings ist zu beachten, dass nur Tatsachenbehauptungen bewiesen werden müssen, die ausdrücklich bestritten sind, wobei Bestreitungen so konkret zu halten sind, dass sich bestimmen lässt, welche einzelnen Behauptungen des Klägers damit bestritten werden (BGE 141 III 433 E.2.6,

- 36 - BGE 117 II 113 E.2); die Bestreitung muss ihrem Zweck entsprechend so konkret sein, dass die Gegenpartei weiss, welche einzelne Tatsachenbehauptung sie beweisen muss (BGE 141 III 433 E.2.6, BGE 115 II 1 E.4). Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen (BGE 141 III 433 E.2.6, BGE 132 III 83 E.3.5; Urteil des Bundesgerichts 4A_178/2015 vom 11. September 2015 E.2.6). Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit durch Beweismittel nachgewiesenen Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 E.2.6).

E. 6.3.1

Dr. med. D._____, FMH für Psychiatrie und Psychotherapie, stellte drei Arztzeugnisse, zwei datiert vom 9. Juli 2015 (kB 24 und kB 27) und eines vom 14. Juli 2017 (bB 6), sowie drei ärztliche Berichte aus, nämlich denjenigen vom 10. Dezember 2014 (kB 6; eingegangen bei der Klägerin am 16. Dezember 2014), denjenigen vom 9. April 2015 (kB 11) und einen solchen vom 17. Februar 2018 (bB 18). Im ärztlichen Bericht vom 10. Dezember 2014 (kB 6) stellte Dr. med. D._____ die Diagnose "mittelgradige depressive Episode mit somatischen Symptomen" ohne ICD-10 Kategorisierung. Er beschrieb den psychopathologischen Befund mit "Durchschlafstörungen, Unruhe, Kraftlosigkeit, Gedankenkreisen, Brustschmerz, Konzentrationsverlust, Suizidgedanken". Die Behandlung sollte in 7-14-tägigen Abständen stattfinden, sie umfasste verhaltenstherapeutische Anweisungen und die Abgabe von Antidepressiva. Als Intervention nannte der Psychiater regelmässiges Körpertraining,

- 37 - mit dem eine Gewichtsreduktion und eine höhere Gelassenheit erreicht worden sei (kB 6). Als Gründe für die Arbeitsunfähigkeit wurde aufgeführt, dass geringfügige Veränderungen im Tagesablauf Suizidgedanken, Angst und falsche Handlungen auslösen würden (kB 6), die 100%ige Arbeitsunfähigkeit würde sicher noch zwei bis drei Monate dauern (kB 6). In seinem Bericht vom 9. April 2015 (kB 11) bestätigte Dr. med. D._____ die Diagnose. Gleichzeitig hielt er fest, dass die Patientin ruhiger, geordneter und stabiler, der Schlaf deutlich besser geworden und die Belastbarkeit noch eingeschränkt sei, die weiter dauernde Arbeitsunfähigkeit bestehe wegen fehlender Belastbarkeit im Arbeitsumfeld und würde noch ca. zwei bis vier Monate dauern (kB 11). Die Arbeitsunfähigkeit bestätigte er mit den ärztlichen Zeugnissen vom 9. Juli 2015 (kB 24 und kB 27), in denen er der Beklagten eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juni bis zum 30. Juni 2015 bzw. ab dem 1. Juli bis zum 14. Juli 2015 attestierte bzw. mit dem ärztlichen Zeugnis vom 14. Juli 2017 (bB 6), in dem er eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit zwischen dem 15. September 2014 und dem 14. Juli 2015 sowie eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. Juli 2015 attestierte. 6.3.1.1. Die Klägerin erachtet diese Befundbeschreibung als unspezifisch, verspätet und insofern widersprüchlich, als zwar im

April 2015 eine Besserung des Zustands beschrieben, der Beklagten jedoch weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit aufgrund der fehlenden Belastbarkeit im Arbeitsumfeld attestiert wurde. Gleichzeitig sei es der Beklagten möglich gewesen, ausführliche Korrespondenzen bezüglich ihres Taggeldes zu Händen der Klägerin zu verfassen. Die Beklagte macht geltend, es sei nicht einzusehen, weshalb die Klägerin bei Erhalt der Arztberichte von Dr. med. D._____ nicht nachgehakt bzw. Ergänzungsfragen gestellt habe, wenn sie damit nicht zufrieden gewesen sei.

- 38 - 6.3.1.2. Zutreffend ist, dass im ärztlichen Bericht vom 10. Dezember 2014 von Dr. med. D._____ (kB 6) die ICD-10 Kategorisierung fehlt. Im ICD-10 Katalog (abrufbar unter www.icd-code.de) wird die depressive Episode unter dem Code F32.- geführt, beschrieben werden folgende Symptome: gedrückte Stimmung, Verminderung von Antrieb und Aktivität, verminderte Fähigkeit zu Freude, Verminderung von Interesse und Konzentration, ausgeprägte Müdigkeit nach jeder kleinsten Anstrengung, meist gestörter Schlaf, verminderter Appetit, fast immer Beeinträchtigung von Selbstwertgefühl und Selbstvertrauen, Schuldgefühle oder Gedanken über eigene Wertlosigkeit sogar bei der leichten Form, wenig Veränderung der gedrückten Stimmung von Tag zu Tag, keine Reaktion auf Lebensumstände, eventuell Begleitung durch so genannte "somatische" Symptome wie Interessenverlust oder Verlust der Freude, Früherwachen, Morgentief, deutliche psychomotorische Hemmung, Agitiertheit, Appetitverlust, Gewichtsverlust und Libidoverlust. Bei der mittelgradigen depressiven Episode (ICD-10 F32.1) sind gewöhnlich vier oder mehr der angegebenen Symptome vorhanden, und die betroffene Patientin hat meist grosse Schwierigkeiten, alltägliche Aktivitäten fortzusetzen. Dr. med. D._____ gab mit den Symptomen "Durchschlafstörungen, Unruhe, Kraftlosigkeit, Gedankenkreisen, Brustschmerz, Konzentrationsverlust, Suizidgedanken" (kB 6) tatsächlich, wie die Klägerin geltend macht, einen relativ unspezifischen Befund an, der nur rudimentär bzw. teilweise mit den erwähnten Kriterien nach ICD-10 Katalog für eine mittelgradige depressive Episode übereinstimmt. Dies hielt auch Dr. med. F._____ in seinem (beweistauglichen, vgl. Erwägung 6.3.2) Bericht vom 4. Juli 2015 (kB 15) fest. Seiner Ansicht nach würden die wenigen, vagen und nur stichwortartigen Angaben ohne umfassenden anamnestischen oder psychopathologischen und damit kaum aussagekräftigen Befund "nicht für eine länger andauernde krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit qualifizieren" (kB 15 S. 1). Dem Gericht erscheint es in der Tat fraglich, wie Dr. med. D._____

- 39 - mit seinen Angaben eine über mehrere Monate anhaltende Arbeitsunfähigkeit begründen konnte. Eigenartig mutet auch die Feststellung von Dr. med. D._____ an, die Intervention (regelmässiges Körpertraining) habe zu einer Gewichtsreduktion und einer höheren Gelassenheit geführt, ohne zu erwähnen, ob bzw. wie sich die Symptome der mittelgradigen depressiven Episode verändert hätten (kB 6) und ohne zu begründen, weshalb die 100%ige Arbeitsunfähigkeit noch mehrere Monate dauern würde (kB 6). Dasselbe gilt für den Bericht vom 9. April 2015 (kB 11). Darin hielt Dr. med. D._____ fest, dass die Patientin ruhiger, geordneter und stabiler, der Schlaf deutlich besser geworden und die Belastbarkeit noch eingeschränkt sei. Dennoch sollte die Arbeitsunfähigkeit nach ihm noch zwei bis vier Monate weiterdauern (kB 11), was er auch mit den ärztlichen Zeugnissen vom 9. Juli 2015 (kB 24 und kB 27) bestätigte (100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. Juni bis zum 30. Juni 2015 bzw. ab dem 1. Juli bis zum 14. Juli 2015).

6.3.1.3. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die ärztlichen Berichte und

Zeugnisse von Dr. med. D._____ auf entsprechende Bestreitung der Klägerin hin als unspezifisch, nicht schlüssig und teils widersprüchlich ein- zustufen sind und somit nur einen geringen Beweiswert aufweisen.

E. 6.3.2

Der ärztliche Bericht von Dr. med. F._____, FMH Psychiatrie/Psychotherapie, vom 4. Juli 2015 (kB 15) beruht auf einer persönlichen Untersuchung der Beklagten vom 2. Juni (recte: Juli, vgl. kB 14) 2015 sowie auf den ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellten Akten. Dr. med. F._____ stellte während des Interviews am 2. Juli 2015 keine nennenswerten Anzeichen einer gewissen Ermüdung und Erschöpfung fest, keine Beeinträchtigungen des formalen Gedankenganges, keine Hinweise für das Vorliegen von symptomatisch manifesten Zwangsgedanken, Wahnerleben oder Sinnestäuschungen, weshalb er ein psychotisches Erleben verneinte (kB 15 S. 8). Er

- 40 - erachtete auch eine Ich-Störung, eine Derealisation oder Depersonalisation als nicht gegeben, keine manifesten Angsteffekte, überwertige Ideationen oder tiefen Groll (kB 15 S. 9). Dr. med. F._____ hielt auch fest, dass er kein manifestes schweres depressives Zustandsbild und keine aktuelle Suizidgefährdung vorgefunden habe (kB 15 S. 9). Dr. med. F._____ kritisierte, dass die in den Akten beschriebene Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode weder im Sinne der ICD-10-Klassifikation eingeordnet worden noch durch einen umfassenden anamnestischen oder psychopathologischen Befund belegt sei. Die im Bericht von Dr. med. D._____ vom 9. April 2015 aufgrund erneut vager Angaben beschriebene Tendenz zur Verbesserung und die weiterhin bestehende prognostizierte Arbeitsunfähigkeit von 100 % für weitere zwei bis vier Monate sei nicht nachvollziehbar (kB 15 S. 11). Er selbst stellte als Diagnose einen Status nach remittierter Anpassungsstörung (F 43.23) mit depressiver Reaktion und Angstgefühlen fest, die sich im Rahmen einer Belastungssituation entwickelt hätten (kB 15 S. 11 und S. 14), sowie einen Verdacht auf akzentuierte Persönlichkeitszüge (Z 73.1), jedoch nicht im Sinne einer zusätzlichen Diagnose mit Einschränkung auf die Leistungsfähigkeit. Die Versicherte sei in der Lage, ab dem 15. Juli 2015 sowohl ihre bisherige berufliche Tätigkeit als auch eine angepasste Tätigkeit (angestrebt sei der Wiedereinstieg im Versicherungsbereich) wieder aufzunehmen, zumal er keine psychopathologische Symptomatik mit Krankheitswert mehr vorgefunden habe (kB 15 S. 14). 6.3.2.1. Die Beklagte rügt vorerst, Dr. med. F._____ sei nicht unabhängig, er sei voreingenommen, weil die Klägerin offenbar über seine Agenda verfüge, und er sei auch angesichts seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit zur Klägerin und seiner deplatzierten Äusserungen befangen.

- 41 - Wie oben erwähnt (vgl. Erwägung 6.3), handelt es sich bei der ärztlichen Begutachtung durch Dr. med. F._____ um ein Parteigutachten, dem die Qualität einer – substantiiert zu bestreitenden – Parteibehauptung zukommt (BGE 141 III 433 E.2.6). Parteibehauptungen gehen typischerweise von einer Partei aus. Dass es sich bei Dr. med. F._____ unbestrittenermaßen um den Vertrauensarzt der Klägerin handelt, bedeutet damit lediglich, dass sein medizinischer Bericht ebenfalls als Parteibehauptung wie sie in BGE 141 III 433 E.2.6 beschrieben wird, zu behandeln ist. Im Übrigen hat er von Gesetzes wegen (vgl. Art. 57 Abs. 5 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KVG]; SR 832.10) in seinem Urteil unabhängig zu sein, und weder Versicherer noch Leistungserbringer noch deren Verbände können ihm Weisungen erteilen. Die Kritik der Beklagten, Dr. med. F._____ sei nicht unabhängig, zielt unter all diesen Umständen an der Sache vorbei – unabhängig davon, ob seine Bezahlung fürstlich war oder nicht, wie die

Beklagte ohne entsprechende Beweise einwendet. Schliesslich sei erwähnt, dass auch im Sozialversicherungsrecht medizinischen Beurteilungen versicherungsinterner Ärzte und Parteigutachten Beweiswert zukommt (vgl. Urteil des Bundesgerichts 9C_415/2017 vom 21. September 2017 E.3.2; BGE 139 V 225 E.5.2, BGE 125 V 351 E.3b/dd und ee zum Sozialversicherungsrecht). Der Umstand, dass sowohl die Einladung zur versicherungsmedizinischen Abklärung (kB 14) wie auch die entsprechende Auftragserteilung an Dr. med. F._____ (bB 8) vom gleichen Tag, nämlich vom 8. Juni 2015, datieren, und dass dabei in der Einladung (kB 14) bereits ein konkreter Untersuchungstermin aufgeführt war, erscheint entgegen den Ausführungen der Beklagten nicht aussergewöhnlich. Im Gegenteil, es ist nichts als naheliegend, dass ein derartiger Termin im Voraus abgesprochen und in der Folge schriftlich bestätigt wird. Daraus und auch aus den einzelnen Ausführungen von Dr. med. F._____ ist jedenfalls keine Voreingenommenheit ersichtlich. Im Übrigen hat das Gericht die medizinische Beurteilung von Dr. med. F._____ ohnehin im Rahmen des Beweisverfahrens eingehend zu würdigen.

- 42 - 6.3.2.2. Die Beklagte bringt ferner vor, es sei nicht klar, welche Akten Dr. med. F._____ zur Verfügung gestellt worden seien. Dr. med. F._____ führte in seinem gutachterlichen Konsil vom 4. Juli 2015 aus, die für seine Beurteilung relevanten Aktenauszüge habe er einzeln bezeichnet und aufgeführt (kB 15 S. 2), was so auch zutreffend ist. Allerdings lagen zu jenem Zeitpunkt lediglich zwei medizinische Berichte des behandelnden Psychiaters, Dr. med. D._____, vom 10. Dezember 2014 (kB 6) und vom 9. April 2015 (kB 11) vor. Im Übrigen macht die Beklagte nicht geltend, dass dem Gutachter konkret ein Aktenstück oder ein medizinischer Bericht gefehlt hätte. In diesem Zusammenhang ist auch irrelevant, ob Dr. med. F._____ von der Observation gewusst hat oder nicht. Die Beklagte macht denn auch nicht geltend, dies habe den Inhalt der medizinischen Beurteilung einseitig bzw. unzulässigerweise beeinflusst bzw. inwiefern dies der Fall sein sollte. 6.3.2.3. Schliesslich bemängelt die Beklagte auch, dass sie nicht zur Familienanamnese, zur Einnahme von Medikamenten und zur angestammten Tätigkeit befragt worden sei, dass das Gutachten inhaltliche Fehler (zu Lebensdaten ihrer Mutter) und Unklarheiten enthalte (zu Tagesablauf, Arbeitsversuche, -aufnahme) und dass keine testpsychologische Abklärung erfolgt sei. Diesbezüglich legt die Beklagte nicht dar, inwiefern die angeblich fehlenden Angaben – z.B. dass Suizide in der Familie vorkamen, dass die Mutter den Vater verlassen habe und nicht umgekehrt, kein Verstecken vor den Mitarbeitern anlässlich ihrer Ausflüge ins Geschäft – zu einem anderen gutachterlichen Ergebnis geführt hätten. Auch nicht zu beanstanden ist, dass der Gutachter am Schluss der Untersuchung der Beklagten gegenüber keine persönliche Einschätzung abgab, zumal es sich nicht um eine medizinische Konsultation, sondern um eine Begutachtung zu Handen der Klägerin handelte.

- 43 - 6.3.2.4. Darüber hinaus macht die Beklagte auch geltend, der Psychiater habe rechtswidrigerweise nicht mit dem behandelnden Psychiater, Dr. med. D._____, Kontakt aufgenommen. Auch diesbezüglich zeigt sie jedoch nicht auf, inwiefern das medizinische Gutachten von Dr. med. F._____ in diesem Fall anders ausgefallen wäre. Dass die wenig aussagekräftigen Angaben von Dr. med. D._____ (vgl. Erwägungen 6.3.1.2 - 6.3.1.3) zu einer anderen Beurteilung geführt hätten, ist wenig wahrscheinlich. Wäre die Beklagte davon überzeugt gewesen, hätte sie ihren behandelnden Arzt auffordern können, sich doch noch bei Dr. med. F._____ zu melden. Dieser hatte nämlich durchaus versucht, mit Dr. med. D._____ telefonisch Kontakt aufzunehmen, was jedoch trotz Bitte um Rückruf und

einem zweiten Versuch zur Kontaktaufnahme nicht möglich war (kB 15 S. 10). Auch ein Faxschreiben der Klägerin vom 18. Juni 2015 an Dr. med. D._____, mit der Bitte um einen Bericht zum Gesundheitszustand der Beklagten und um Beantwortung der von ihr gestellten Fragen (kB 16), blieb unbeantwortet, wobei nicht bewiesen ist, dass der Fax den Psychiater tatsächlich erreicht hat, wie die Beklagte geltend macht. Dass Dr. med. F._____ seine Beurteilung ohne Rücksprache mit dem behandelnden Arzt verfasste, ist unter diesen Umständen, entgegen der Auffassung der Beklagten, dem Beweiswert seines Berichts nicht abträglich. Immerhin hätte die Beklagte, sofern sie den Bericht von Dr. med. F._____ ernsthaft hätte bestreiten wollen, (bereits früher, nicht erst rund zweieinhalb Jahre später, nämlich mit dem ärztlichen Bericht vom 17. Februar 2018, bB 18) selbst einen entsprechenden ärztlichen Bericht von Dr. med. D._____ einholen und als Beweismittel ins Recht legen können, anstatt nur zu rügen, dass Dr. med. F._____ ihren behandelnden Arzt nicht erreicht habe.

E. 6.3.3

Das Gericht erachtet das gutachterliche Konsil von Dr. med. F._____ vom 4. Juli 2015 (kB 15) als vollständig, in sich schlüssig und überzeugend. Die wenig konkreten und wenig substantiierten Einwände der Beklagten vermögen dessen Beweiswert nicht zu erschüttern (vgl. BGE 141 III 433

- 44 - E.2.6). Liegt aber ein überzeugendes medizinisches Gutachten zum Gesundheitszustand der Beklagten vor, ist, auch wenn es sich dabei um ein Parteigutachten handelt, auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens in zulässiger antizipierter Beweiswürdigung (GEHRI, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 53 Rz. 21 mit Hinweis auf BGE 134 I 140 E.5.3) zu verzichten.

E. 6.4

Grundlage für die Frage, ob die Ergebnisse der Observation beweismässig verwertbar sind oder nicht ist vorliegend Art. 152 Abs. 2 ZPO. Demnach werden rechtswidrig beschaffte Beweismittel nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt. Im Leitentscheid BGE 136 III 410 hielt das Bundesgericht (noch vor Inkrafttreten der ZPO), fest, dass eine auf einer Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB beruhende privatdetektivliche Observation der versicherten Person durch überwiegende öffentliche Interessen gerechtfertigt sein könne (BGE 136 III 410 E.2.2.3 mit Hinweisen). Im Zentrum stehe eine Interessenabwägung zwischen öffentlichen und privaten Interessen, bei der die Interessen an einer Verhinderung von Versicherungsmissbrauch gegen die privaten Interessen des betroffenen Individuums abzuwägen seien. Diese Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen (BGE 136 III 410 E.2.2.3, BGE 129 III 529 E.3.1). Zu berücksichtigen ist dabei gemäss Bundesgericht, dass die von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen ihres Gesundheitszustands, ihrer Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne ihr Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden. Ob die Observation zulässig ist, hängt gemäss Bundesgericht (BGE 136 III 410 E.2.2.3.) weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird; insbesondere kann entscheidend sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo sie stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit),

- 45 - wie lange sie dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt sie hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (BGE 136 III 410 E.2.2.3 mit Hinweisen) (zum Ganzen auch: Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E.5.3; TEICHMANN/WEISS, a.a.O., S. 157 mit Hinweisen; GROLIMUND/VILLARD, in: HONSELL/VOGT/ SCHNYDER/ GROLIMUND, Basler Kommentar zum VVG, Er- gänzungsband, Basel 2012, Art. 40 Observation, S. 152 f.).

E. 6.4.1

Vorliegend steht bzw. stand die Ausrichtung von Taggeldern in der Höhe von rund Fr. 100'000.-- (rund Fr. 63'000.-- vom 15. Oktober 2014 bis 31. Mai 2015 [Klage] + rund Fr. 40'000.-- für Juni und Juli 2015 [Widerklage]) an die Beklagte in Frage. Ausgangspunkt ist die behauptete Arbeitsun- fähigkeit der Beklagten ab dem 15. September 2014 bis zum 14. Juli 2015. Die Arbeitgeberin der Beklagten reichte die von der Beklagten mitunter- zeichnete Krankmeldung (kB 3, bB 2) verspätet ein und kam somit ihren in Art. 45.2 AVB (kB 1) vereinbarten Obliegenheiten nicht nach (vgl. auch Er- wägung 5.3.4). Insbesondere fällt diesbezüglich auf, dass die Krankmel- dung, unter welche sowohl die Beklagte selbst als auch ihre Arbeitgeberin, bei der die Beklagte stellvertretende Geschäftsführerin war, ihre Unter- schrift setzten, mit dem 30. September 2014 datiert ist (kB 3), nachdem am 22. September 2014 der Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) seitens der Klägerin gekündigt worden war (kB 8), und dass die Beklagte den Erhalt dieser Kündigung nicht bestritt. Nichtsdesto- trotz erreichte die Krankmeldung die Klägerin erst am 18. bzw. 19. Novem- ber 2014 (kB 3, 4, 12). Ferner stellte die Beklagte der Klägerin am 19. November 2014 zwar offen- bar zwei Arbeitsunfähigkeitszeugnisse zu (vgl. bB 2 S. 2), doch erhielt die Klägerin den ärztlichen Bericht von Dr. med. D._____ vom 10. Dezember - 46 - 2014 (kB 6; Eingang am 16. Dezember 2014) erst auf (dringende) Nach- frage der Klägerin vom 26. November 2014 hin (kB 5). Dieser Bericht ent- hielt dann, obwohl die Beklagte bereits seit dem 15. September 2014 bei Dr. med. D._____ in Behandlung gewesen sein soll, einen lediglich unspe- zifischen Befund, zudem waren die Schlussfolgerungen nicht schlüssig und teils widersprüchlich (vgl. Erwägungen 6.3.1.2 - 6.3.1.3). Tatsächlich kann eine solch unspezifische Diagnose einen Anfangsverdacht rechtfertigen, was auch das Bundesgericht bestätigt hat (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E.5.3). In der Folge enthielt auch der ärzt- liche Bericht vom 9. April 2015 (kB 11) keine genaueren Angaben, und ins- besondere wurde der Beklagten trotz verbessertem Gesundheitszustand die gleiche Diagnose gestellt und weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähig- keit für weitere zwei bis vier Monate attestiert, was zu Recht eigenartig an- mutet (vgl. Erwägung 6.3.1.2). Unbestritten ist darüber hinaus, dass auch der Lebenspartner der Beklag- ten aufgrund einer psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit von der Klägerin Krankentaggelder bis zum 31. Dezember 2014 bezog, was die Klägerin in nachvollziehbarer Weise als auffällig taxierte. Schliesslich ist auch nach- vollziehbar, dass die Klägerin Verdacht schöpfte, als sie feststellte, dass sich die Beklagte während der ihr attestierten vollen Arbeitsunfähigkeit an der Gründung einer Aktiengesellschaft, der E._____ AG, die am 13. April 2015 ins Handelsregister eingetragen wurde und deren Statuten vom 26. März 2015 datieren (kB 19), beteiligt war. Während nämlich die Erkrankung der Beklagten gemäss den Angaben des Psychiaters derart gravierend sein sollte, dass sie eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit rechtfertigte (kB 6, 11), und angesichts der im ICD-10 Katalog aufgezählten Symptome einer Depression, zu der

z.B. auch eine Verminderung von Antrieb und Aktivität, Verminderung von Interesse und Konzentration, eine gedrückte Stimmung, ausgeprägte Müdigkeit zählen, lässt der Umstand, dass sich die Beklagte an einer Gesellschaftsgründung beteiligte, zumindest aufhorchen. Dr. med.

- 47 - F._____ schrieb dazu (kB 15 S. 13), es sei wohl auch für den medizinischen Laien nachvollziehbar, dass ein Mensch, der noch von einer zumindest mittelgradigen depressiven Verstimmung betroffen sei, emotional-afektiv aufgrund der Niedergeschlagenheit und Hoffnungslosigkeit sowie motivational nicht in der Lage wäre, eine solche Geschäftsidee auf die Beine zu stellen. Auch wenn weder aus den Akten noch aus diesen Ausführungen von Dr. med. F._____ hervorgeht, von welchen konkreten Tätigkeiten die Klägerin bzw. Dr. med. F._____ im Zusammenhang mit dieser Firmengründung ausgingen, bleibt nicht leicht verständlich, dass die Beklagte aufgrund ihrer angeblich ernsthaften Erkrankung doch zusammen mit drei weiteren Personen an der Gründung einer Gesellschaft teilnehmen konnte (kB 19). Dies gilt unabhängig davon, ob sie dabei nur am rein formalen Akt der Firmengründung, mithin der öffentlichen Beurkundung, teilnahm, wie sie selbst ohne Vorlegen eines Beweises behauptet, oder ob sie sich an weiteren diesbezüglichen Aktivitäten (Konzeption der Unternehmung, zukunftsgerichteten Überlegungen und Planungen, Renovation, etc.) beteiligte. Dass gemäss Angaben der Beklagten die Renovation und der Umbau der Geschäftsliegenschaft zwischen September 2015 und Juli 2016 und die Aufnahme der Betriebstätigkeit im August 2016 erfolgten, ändert an dieser Schlussfolgerung nichts.

Letztlich ergeben alle diese Hinweise ein Gesamtbild, das bei der Klägerin zu Recht ernsthafte Zweifel am Bestehen einer Arbeitsunfähigkeit der Beklagten auslösten. Nach Ansicht des Gerichts lag damit ein genügender Anfangsverdacht vor (GROLLIMUND/VILLARD, a.a.O., Art. 40 Observation, S. 152), weshalb die Anordnung der Observation seitens der Klägerin (kB 20, kB 21) nicht zu beanstanden ist. 6.4.2.1. Die Observation selbst fand im Zeitraum vom 17. Juni bis zum 2. Juli 2015 statt, wobei die Beklagte innerhalb dieser 17 Tage an fünf Tagen (17. Juni, 18. Juni, 19. Juni, 1. Juli und 2. Juli 2015) beobachtet wurde (kB 22). Am

- 48 - Wohnort wurde jeweils geprüft, ob ihr Fahrzeug in der Tiefgarage stand. Dies war am Abend des 17. Juni, am Morgen und Abend des 18. Juni, am Morgen des 19. Juni sowie am Morgen des 2. Juli der Fall. Die Beklagte rügt in diesem Zusammenhang einen Hausfriedensbruch im Sinne von Art. 186 des Schweizerischen Strafgesetzbuches (StGB; SR 311.0) seitens der observierenden Personen. Sie bestreitet, dass die Tiefgarage von aussen einsehbar sei, und behauptet, dass sich die Parkplätze für ihre beiden Autos im hintersten Bereich der Tiefgarage befänden. Die observierende Person habe deshalb die Tiefgarage betreten müssen, um die Fahrzeuge zu sehen. Die Klägerin bestreitet, dass die Tiefgarage seitens der observierenden Person betreten worden sei, und rügt, dass die Beklagte zum Beweis ihrer Behauptungen zumindest einen Grundrissplan hätte einreichen können. Die G._____ AG hielt im Observationsbericht vom 17. Juli 2015 (kB 22 S. 6) fest, dass sich der Parkplatz der Beklagten im vorderen Bereich der Tiefgarage befindet und von aussen eingesehen werden könne. Die Beklagte legt zum Beweis des Gegenteils Fotografien aus dem Inneren der Tiefgarage ins Recht (bB 9). Trotz einer Angabe mit Leuchtstift, wo sich der Parkplatz für ihr(e) Fahrzeug(e) befinden soll, lässt sich auf diesen relativ mangelhaften Abbildungen nichts Konkretes zur Unterstützung des beklagten Standpunktes erkennen, insbesondere auch nicht, wo sich der Ausgang und in Relation

dazu ihr(e) Fahrzeug(e) befindet bzw. befinden. Die Beklagte verlangt in diesem Zusammenhang die Durchführung eines Augenscheins. Das Gericht erachtet einen solchen als nicht erforderlich. Ein Augenschein wäre nur dann durchzuführen gewesen, wenn die unmittelbare (Sinnes-)Wahrnehmung durch die Mitglieder des Gerichts zur Feststellung der strittigen Tatsachen erforderlich gewesen wäre (DOLGE, a.a.O., Art. 181 Rz. 1). Wie die Klägerin zu Recht ausführt, hätte die Beklagte z.B. einen Grundrissplan einreichen können, um darzulegen, wo sich ihre Parkplätze und damit ihr(e) Fahrzeug(e) befanden. Darüber hinaus würde eine

- 49 - allfällige Feststellung, dass das/die fragliche(n) Fahrzeug(e) nur mit dem Betreten der Tiefgarage hätte(n) gesehen werden können, an der Sachlage nichts ändern. Ob es sich bei einem allfälligen kurzfristigen Betreten der Tiefgarage bereits um einen (die Stellung eines Strafantrags voraussetzenden) Hausfriedensbruch nach Art. 186 StGB handelte, wie die Beklagte behauptet, ist zumindest zweifelhaft. Abgesehen davon haben die Vertreter der G. _____ AG mit dem Blick in die Tiefgarage keine Foto- oder Videoaufnahmen gemacht, sondern sich lediglich anhand der Präsenz des/r Fahrzeug(e)s vergewissert, ob die Beklagte noch zu Hause war oder nicht. Der Beklagten, die aus ihrer Behauptung Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB), gelingt es somit nicht, den Verdacht oder gar die Voraussetzungen für einen Hausfriedensbruch seitens der G. _____ AG zu beweisen. Am 18. Juni 2015 beobachtete der Mitarbeiter der G. _____ AG, wie die Beklagte mit ihrem Lebenspartner nach X. _____ fuhr und dort im Restaurant des Hotels N. _____ mit einer Drittperson an einer rund 1 ½-stündigen Besprechung teilnahm (kB 22 Tagesprotokolle S. 6). Diesbezüglich macht die Beklagte geltend, das Restaurant sei kein öffentlicher Raum, die dortige Observation erfülle den strafrechtlichen Tatbestand von Art. 179bis StGB. Dem kann nicht gefolgt werden. Art. 179bis StGB setzt das Abhören und Aufnehmen fremder, nicht öffentlicher Gespräche voraus (VON INS/WYDER, in: NIGGLI/WIPRÄCHTIGER, Basler Kommentar zum StGB, Basel 2003, Art. 179bis Rz. 5, Rz. 7, Rz. 10). Vorliegend wurden lediglich Videoaufnahmen (ohne Ton) gemacht (kB 22 inkl. DVD 1-7), zudem sind die Räumlichkeiten des Restaurants im Hotel N. _____, wie aus dem Videomaterial ersichtlich wird, frei zugänglich. Mit der Observation dieses fremden Gesprächs in einem frei zugänglichen Restaurant dürfte der (ebenfalls einen Strafantrag voraussetzende) Straftatbestand von Art. 179bis StGB kaum verletzt sein.

- 50 - Am 19. Juni 2015 wurde beobachtet, wie die Beklagte mit ihrem Lebenspartner das Restaurant O. _____ aufsuchte, dort etwas trank und danach wieder ins Fitness-Center zurückkehrte, wo sie während rund dreieinhalb Stunden im Empfangsbereich administrative Arbeiten erledigte (kB 22 Tagesprotokolle S. 6). Darüber hinaus wurde die Beklagte an sämtlichen Überwachungstagen im Fitness-Center gesehen. Nach dem Beschrieb im Observationsbericht vom 17. Juli 2015 (kB 22) und gemäss dem Videomaterial befinden sich im Eingangsbereich die Empfangstheke mit Computer, dahinter ein Raum, der gemäss der Beklagten als BackOffice benutzt werde, links des Eingangs der Physiotherapiebereich und die Umkleidekabinen, an der Empfangstheke vorbei der Fitnessraum mit den Geräten. Die Beklagte sass jeweils hinter der Empfangstheke, wo sie am Computer tätig war oder telefonierte sowie mit dem Personal oder mit Kunden sprach, wie aus dem Observationsmaterial (inkl. DVD's) hervorgeht (kB 22, kB 28). Damit steht fest, dass die Beklagte lediglich im öffentlichen und jedermann zugänglichen Raum beobachtet wurde, womit der Eingriff in ihre Persönlichkeit als leicht im Sinne der bundesgerichtlichen Vorgaben zu taxieren ist (GROLIMUND/VILLARD, a.a.O., Art. 40

Observation S. 152 mit Hinweis auf BGE 135 I 169 E.4.3. u.a.). 6.4.2.2. Auch die gemachten Video- und Fotoaufnahmen sind nicht zu beanstanden. Die Beklagte wurde lediglich in öffentlich zugänglichen Räumen beobachtet, nicht im privaten Bereich, womit ihre Intimsphäre gewahrt wurde (GROLIMUND/VILLARD, a.a.O., Art. 40 Observation S. 152 mit Hinweisen). 6.4.2.3. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, war die Observation verhältnismässig (GROLIMUND/VILLARD, a.a.O., Art. 40 Observation S. 153 mit Hinweisen). Die Überwachung war tatsächlich geeignet und erforderlich, um festzustellen, ob die Beklagte arbeitsunfähig war oder nicht (vgl. dazu auch Urteil des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E.5 und E.7). Sie beschränkte sich zudem auf die Aspekte, die für die Leistungspflicht der Klägerin massgeblich waren, nämlich auf die Arbeitstätigkeit der Beklagten in dem von ihr und ihrem Lebenspartner geführten Fitness-Center. Dies erklärt auch, dass sie eben gerade nicht bei anderen Aktivitäten wie Treffen von Freunden/Bekannten, Freizeitaktivitäten oder beim Einkaufen gesehen bzw. observiert wurde, was die Beklagte in diesem Zusammenhang zu Unrecht beanstandet. 6.4.2.4. Das Gericht kommt aufgrund des Gesagten zum Schluss, dass die erfolgte Observation der Beklagten im Zeitraum vom 17. Juni bis zum 2. Juli 2015 zulässig und die Observationsergebnisse mithin als taugliche und zulässige Beweismittel im Sinne von Art. 152 Abs. 2 ZPO verwertbar sind.

E. 6.4.3

Die Beklagte macht im Rahmen der Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 eine Verletzung des rechtlichen Gehörs nach Art. 29 Abs. 2 BV und des Fairnessgebots nach Art. 6 EMRK geltend. Sie stützt sich dabei auf den Umstand, dass sie anlässlich des Gesprächs mit der Klägerin bzw. mit einem Vertreter der G._____ AG am 29. Juli 2015 in Z._____, an dem ihr die Observationsergebnisse eröffnet wurden, keine Gelegenheit erhielt, die Observations-CD's (recte: DVD's) zumindest auszugsweise zu sichten. Die Klägerin bestreitet dies und legt dar, dass die Beklagte sowohl anlässlich des Gesprächs vom 29. Juli 2015 als auch danach jede Gelegenheit gehabt hätte, sich zu den Erkenntnissen der Observation zu äussern. Im Übrigen fänden die von der Beklagten angerufenen Art. 29 Abs. 2 BV und die EMRK im Rahmen eines Vertragsverhältnisses zwischen Privaten keine Anwendung.

- 52 - 6.4.3.1. Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK; SR 0.101) garantiert im Rahmen seines Geltungsbereichs ein faires, zügiges und öffentliches Verfahren (FROWEIN/PEUKERT, EMRK-Kommentar, Kehl am Rhein 2009, Art. 6 Rz. 1). Die Bestimmung gilt für Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen und für strafrechtliche Anklagen und bezieht sich auf gerichtliche Verfahren (MEYER-LADEWIG, EMRK Handkommentar, Baden-Baden 2011, Art. 6 Rz. 4 f.). Sie umfasst, wie auch Art. 29 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV; SR 101), den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör. Daraus ergibt sich das Recht, mit rechtzeitig und formgültig angebotenen Beweisanträgen und Vorbringen gehört zu werden, soweit diese erhebliche Tatsachen betreffen und nicht offensichtlich beweisuntauglich sind (Urteil des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013 E.3.1; BGE 129 II 396 E.2.1; MEYER-LADEWIG, a.a.O., Art. 6 Rz. 101). Dieses Recht ergibt sich im Bereich des Zivilrechts auch aus Art. 152 Abs. 1 ZPO und gemäss der Rechtsprechung aus Art. 8 ZGB (Urteile des Bundesgerichts 4A_109/2013 vom 27. August 2013 E.3.1, 4A_264/2011 vom 14. November 2011 E.3.2). 6.4.3.2. Die Beklagte übersieht vorliegend, dass es sich bei der Klägerin um eine private Versicherungsgesellschaft handelt

(nicht eine mit hoheitlicher Gewalt ausgestattete Verwaltungsbehörde), mit der sie bzw. ihre Arbeitgeberin in einem vertraglichen Verhältnis stand, aus dem nunmehr verschiedene strittige Ansprüche einander gegenüberstehen. Inwiefern in dieser Konstellation Art. 6 EMRK, Art. 29 Abs. 2 BV und Art. 152 Abs. 1 ZPO auf das vorprozessuale Verhältnis zwischen den Parteien zur Anwendung gelangen sollte, ist nicht ersichtlich und legt die Beklagte auch nicht dar. Darüber hinaus zeigt die Beklagte auch nicht auf, dass sie anlässlich der fraglichen Besprechung vom 29. Juli 2015 oder allenfalls auch später die Sichtung der DVD's überhaupt verlangt hätte. Eine entsprechende Verletzung des rechtlichen Gehörs seitens der Klägerin ist zu verneinen.

- 53 -

E. 6.5

Aus dem Ermittlungsbericht vom 17. Juli 2015 inkl. DVD 1-7 (kB 22) und dem Abschlussbericht vom 27. August 2015 (kB 28) der G._____ AG ergibt sich Folgendes: Die Beklagte wurde an den fünf Tagen, an denen sie observiert wurde, für mehrere Stunden und auch während der Öffnungszeiten an ihrem Arbeitsort, vorwiegend hinter der Empfangstheke, angetroffen. Dabei war sie sowohl am Computer und am Telefon tätig und im regen Austausch mit Personal und Kunden. Für den Beobachter waren keine gesundheitlichen Einschränkungen feststellbar. Es wurde auch beobachtet, wie die Beklagte am 18. Juni 2015 in X._____ in einem Restaurant an einem geschäftlichen Treffen teilnahm und sich aktiv einbrachte, und wie sie am 19. Juni 2015 mit ihrem Lebenspartner ein Restaurant in Y._____ aufsuchte, um etwas zu trinken. Ferner wurde festgestellt, dass die Beklagte am 1. Oktober 2014 bei einer weiteren Versicherungsgesellschaft eine Versicherung für eine Erwerbsunfähigkeitsrente abgeschlossen hatte (vgl. kB 28 S. 2), wobei sie weder den aktuellen Schadenfall mit Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. September 2014 noch sonstige gesundheitliche Einschränkungen angab.

E. 6.5.1

Die Beklagte bringt gegen die Observationsergebnisse vor, sie habe sich gar nicht an ihrem "angestammten" Arbeitsplatz befunden, wie die Klägerin behauptete. Dieser befände sich nämlich im hinteren, nicht einsehbaren Bereich des Fitness-Centers. Zudem behauptet sie, bei den Tätigkeiten am Computer habe es sich nicht um Arbeit gehandelt, vielmehr habe sie dort die Zeitung gelesen und Bewerbungen geschrieben. Sie habe auch keine Anweisungen an das Personal gegeben, noch Kunden betreut. Die Klägerin hätte die Funktion und Tätigkeit der Beklagten vor der Krankheit besser abklären müssen. Die Klägerin ihrerseits bestreitet diese Angaben.

E. 6.5.2

Das Gericht stellt aufgrund des Ermittlungsberichts vom 17. Juli 2015 inkl. DVD 1-7 (kB 22) fest, dass sich die Beklagte während mehrerer Stunden

- 54 - pro Tag und zwar an drei aufeinanderfolgenden Tagen im Juni 2015 und zwei aufeinanderfolgenden Tagen im Juli 2015 während mehrerer Stunden im Fitness-Center aufhielt. Es handelte sich dabei mehrheitlich nicht um kurze Besuche, sondern um länger dauernde Aufenthalte, während denen die Beklagte an der Theke im Eingangsbereich offensichtlich administrative Aufgaben erledigte. Ihre Behauptung, es habe sich dabei nicht um Arbeiten für ihre Arbeitgeberin gehandelt, ist einerseits wenig glaubhaft, andererseits irrelevant, weil erkennbar ist, dass die Beklagte trotz angeblicher 100%iger

Arbeitsunfähigkeit in der Lage war, über mehrere Stunden am Computer tätig und mit dem Personal im Austausch zu sein, Kundenkontakt zu haben und zu telefonieren (kB 22 inkl. DVD 1-7). Ihr Verhalten wirkt dabei, wie auf dem Videomaterial ersichtlich ist, kommunikativ, aufgestellt und aktiv, was mit einem mittelgradig depressiven Krankheitsbild nicht vereinbar ist. Ob es sich bei diesem Arbeitsplatz an der Empfangstheke um ihren eigenen angestammten Arbeitsplatz (gemäss Angaben der Beklagten befand sich dieser im BackOffice) handelte oder nicht, ist dabei nicht ausschlaggebend. Wie die Klägerin zu Recht ausführt, ist auch nicht anzunehmen, dass die Beklagte als stellvertretende Geschäftsführerin vor ihrer angeblichen Krankheit ausschliesslich im BackOffice gearbeitet hatte. Zudem bestehen weitere Widersprüchlichkeiten zwischen den Behauptungen der Beklagten, auf welche die Klägerin zu Recht aufmerksam macht: Unerklärlich ist, wieso der angebliche Arbeitsversuch im Bereich der Theke stattfinden sollte, wenn dies gemäss den Angaben der Beklagten gar nicht ihr angestammter Arbeitsplatz gewesen sei. Die an der Empfangstheke geführten Telefongespräche der Beklagten dürften kaum privater Natur gewesen sein, denn in diesem Fall wäre nicht erklärlich, dass die angeblich mittelgradig depressive Beklagte diese nicht im wohl ruhigeren BackOffice führte. Umgekehrt wäre es auch nicht sinnvoll gewesen, im Rahmen eines Arbeitsversuchs nur private Telefongespräche zu führen. Wenn der angebliche Arbeitsversuch dazu dienen sollte, die Beklagte wieder an grössere Menschenansammlungen zu gewöhnen, so steht dies im Widerspruch zu

- 55 - ihrer Behauptung, sie habe sich vorwiegend in den ruhigen Morgenstunden dort aufgehalten.

E. 6.5.3

Das Gericht erachtet den Ermittlungsbericht vom 17. Juli 2015 (kB 22) und den Abschlussbericht vom 27. August 2015 (kB 28) der G._____ AG nach all dem Gesagten als schlüssig und überzeugend, weshalb vorliegend vollumfänglich darauf abgestellt werden kann.

E. 6.6

Die Klägerin unterbreitete die Ermittlungsergebnisse ihrem beratenden Arzt, Dr. med. F._____, damit dieser die Observationsergebnisse medizinisch einordne. Dieser erstattete seine Stellungnahme am 23. August 2015 (kB 33). Er erachtete die Angaben der Beklagten zur Tätigkeit im Geschäft und zum Tagesablauf als kontrolliert und bewusst geäusserte Fehlinformation, die psychopathologische Symptomatik als zumindest seit Mitte Juni weitgehend remittiert, die angegebene fehlende Belastbarkeit im Arbeitsumfeld seit spätestens Mitte März 2015 als nicht mehr einschränkend, womit spätestens ab dann eine vollständige Arbeitsfähigkeit gegeben sei.

E. 6.6.1

Die Beklagte bringt dagegen vor, Dr. med. F._____ sei befangen, auf seine Beurteilung könne nicht abgestellt werden. Zudem habe sie die Klägerin darüber am 24. April 2015 (gemäss kB 12a) telefonisch informiert, dass sie in Absprache mit Dr. med. D._____ therapeutische Arbeitsversuche unternehme. Auch gegenüber Dr. med. F._____ habe sie anlässlich der Untersuchung vom 2. Juni 2015 im Zusammenhang mit dem Tagesablauf erwähnt, dass sie weiterhin jeden Morgen "ans" – gemeint gewesen sei "ins" – Geschäft gehe. Ferner macht die Beklagte geltend, Dr. med. D._____ hätte mit dem Observationsmaterial konfrontiert werden müssen. Die Klägerin bestreitet diese Einwände

und hält fest, dass die Observation insgesamt die Zweifel an einer existierenden Arbeitsunfähigkeit bestätigt habe. Die Überwachung habe ergeben, dass die Beklagte anlässlich der

- 56 - vertrauensärztlichen Untersuchung durch Dr. med. F._____ falsche Angaben gemacht habe. Im Rahmen der vertrauensärztlichen Untersuchung vom 2. Juni 2015 (kB 15) habe sie angegeben, dass sie die Geschäftsräumlichkeiten nicht mehr betrete und dass sie sich eine Rückkehr ins Geschäft nicht mehr vorstellen könne. Zudem habe sie den Einwand, es habe sich bei ihren Besuchen im Geschäft um therapeutische Arbeitsversuche gehandelt, erstmals am 27. Mai 2016 vorgebracht (kB 53).

E. 6.6.2

Bereits im medizinischen Konsil vom 4. Juli 2015 (kB 15), also noch vor Unterbreitung der Observationsergebnisse, zweifelte Dr. med. F._____, ob es sich bei der Erkrankung der Beklagten wirklich um eine mittelgradige depressive Episode gehandelt habe. Er sah im Beschwerdebild vielmehr eine Anpassungsstörung (ICD-10 F43.23) mit depressiver Reaktion und Angstgefühlen, die sich im Rahmen einer Belastungsstörung entwickelt habe, worauf auch die Einschätzung der Versicherten und der von ihr geschilderte Verlauf hinweise (kB 15 S. 11). Diese Diagnose und Einschätzung bestätigte er im medizinischen Bericht vom 23. August 2015 (kB 33). Dort hielt er weiter fest, dass die Beklagte im Rahmen der ersten Untersuchung wahrheitswidrig erwähnt habe, sie sei durch ihre Arbeit im Fitness-Center derart belastet, dass sie sich nicht mehr getraue, ins Geschäft zu gehen und dass sie den Kontakt mit den Mitarbeitern scheue. Zudem schätze sie ihre Leistungsfähigkeit auf 10 % der erwartbaren Leistung ein. Letztere Angabe erachtete Dr. med. F._____ unter Berücksichtigung verschiedener psychologischer Aspekte noch als tolerierbar, jedoch bezeichnete er die Schilderungen der Beklagten zum Tagesablauf als eine kontrolliert und bewusst geäußerte Fehlinformation (kB 22 S. 2). Die von ihr behauptete psychische Belastung werde durch keine Aspekte der Mimik oder Gestik bestätigt, die entsprechende Art des Auftretens sei in den vorliegenden DVD's dieselbe wie anlässlich der Exploration am 2. Juli 2015 (kB 22 S. 2). Dies erwecke den Eindruck einer tendenziösen Aussage in der Absicht, einen versicherungsmässigen Vorteil zu erlangen. Unter Berücksich-

- 57 - tigung der zusätzlich rapportierten Befunde könne davon ausgegangen werden, dass die Versicherte schon zumindest seit Mitte Juni in der Lage gewesen sei, ihren Verpflichtungen nachzukommen. Angesichts des Berichtes von Dr. med. D._____ vom 9. April 2015 und der dort beschriebenen Besserung sowie des Fehlens von weiteren Einschränkungen, könne von einer vollen Arbeitsfähigkeit spätestens ab dem 16. März 2015 ausgegangen werden (kB 22 S. 3). 6.6.2.1. Die Beklagte gibt nicht konkret an, was an dieser medizinischen Einschätzung nicht zutreffen sollte. Insbesondere bestreitet sie nicht, dass sie tatsächlich hinter der Empfangstheke am Computer gesessen habe, doch gibt sie nach wie vor an, dort gar nicht gearbeitet, sondern am Computer die Zeitung gelesen und Bewerbungen geschrieben zu haben. Erst mit Schreiben vom 27. Mai 2016 (kB 53) brachte sie vor, es habe sich um einen therapeutischen Arbeitsversuch gehandelt, den sie in Absprache mit ihrem behandelnden Psychiater durchgeführt habe. Zum Beweis dafür reichte sie mit der Quadruplik vom 20. Februar 2018 den Arztbericht von Dr. med. D._____ vom 17. Februar 2018 ein (bB 18). Darin schreibt der behandelnde Psychiater, die Beklagte habe auf sein Anraten hin diverse Arbeitsversuche unternommen, im Mai 2015 ohne Leistungserbringung, später ab ca. Mitte Juli 2015 mit entsprechender Leistungs- und

Arbeitserbringung. Wie bereits oben erwähnt (Erwägung 6.3), sind Parteigutachten und somit auch der Bericht von Dr. med. D._____ vom 17. Februar 2018 (bB 18) lediglich eine Parteibeauptung, die je detaillierter sie ausfällt, desto substantieller bestritten werden muss (BGE 141 III 433 E.2.6). Vorliegend behauptet Dr. med. D._____ in gerade zwei Sätzen, die Beklagte habe "diverse Arbeitsversuche" unter anderem auch auf sein fachärztliches Anraten hin unternommen. Er erklärt allerdings nicht, was mit den "diversen" Arbeitsversuchen gemeint ist und wer sonst noch ("unter anderem") Solches empfohlen hätte. Nicht nachvollziehbar ist auch, dass er diese die Behauptun-

- 58 - gen der Beklagten unterstreichende Angabe erst im Februar 2018 tut, mithin erst drei Jahre nach seinem letzten ärztlichen Bericht vom 9. April 2015 (kB 11), in dem davon nichts erwähnt wird. Seine Aussagen sind unter diesen Umständen nicht glaubhaft. Auf jeden Fall vermögen sie die Einschätzung von Dr. med. F._____ in dessen medizinischem Konsil vom 23. August 2015 (kB 22) nicht zu erschüttern. Dies gilt umso mehr, als auch nicht glaubhaft ist, dass die Beklagte die Klägerin telefonisch über angebliche therapeutische Arbeitsversuche unterrichtet hätte. Aus der von ihr angeführten Beweisurkunde, nämlich die S. 2 des Verlaufsberichts der Klägerin (kB 12a), lässt sich jedenfalls nichts Dergleichen entnehmen. Ebenso wenig vermag der Bericht von Dr. med. H._____ vom 3. August 2015 (kB 54), der ein Vorgespräch in der Klinik I._____ dokumentiert, in dem eine mittelgradig ausgeprägte Depression diagnostiziert und ein stationärer Aufenthalt als indiziert erachtet wurden, an dieser Einschätzung etwas zu ändern. Im Übrigen fällt tatsächlich auf, wie dies die Klägerin darlegt, dass die Beklagte drei Tage nach der Konsultation bei Dr. med. H._____ die Behandlung bei Dr. med. D._____ beendete (bB 6) und nach ihren Angaben ab diesem Zeitpunkt wieder voll arbeitsfähig war. 6.6.2.2. Das Gericht kommt zusammenfassend zum Schluss, dass die Ergebnisse der durchgeführten Observation zu einer deutlich anderen medizinischen Einschätzung des hier massgeblichen Sachverhalts führen, dass nämlich die im Laufe der persönlichen Überwachung der Beklagten zu Tage geförderten Handlungen und Verhaltensweisen nicht mit der seitens des behandelnden Psychiaters gestellten Diagnose einer mittelgradigen depressiven Episode und mit einer mehrere Monate dauernden 100%igen Arbeitsunfähigkeit in Einklang zu bringen sind. 7. Art. 40 VVG enthält nach dem Wortlaut zwei unterschiedliche Tatbestandsvarianten; einerseits wahrheitswidrige Angaben zu anspruchsbegründenden (bzw. -mindernden) Tatsachen und andererseits zu späte oder unter-

- 59 - lassene Mitteilungen gemäss Art. 39 VVG (Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E.5; NEF, in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 40 Rz. 12). Objektive Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung sind falsche oder keine Angaben zu Fakten, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern, ebenso wie die wahrheitswidrige Darstellung und die Unterdrückung von Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers begründen oder erhöhen (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 12 mit Hinweis auf BGE 78 II 278, 280). Es genügt dabei ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers bewirken kann (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 17; Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 8. Februar 2015 E.5.1). Unter Art. 40 VVG fällt u.a. auch das Ausnutzen eines Versicherungsfalles durch Vortäuschen eines grösseren Schadens; dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 22; Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 8. Februar 2015 E.5.1). Zusätzlich

zu den objektiven Voraussetzungen muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 23; Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 8. Februar 2015 E.5.1 mit Hinweisen). 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., Art. 40 Rz. 23). Diesbezüglich hat das Bundesgericht entschieden, dass angesichts der mit der betrügerischen Anspruchsbegründung, namentlich mit dem Nachweis der Täuschungsabsicht verbundenen Beweisschwierigkeiten das Beweismass der überwie-

- 60 - genden Wahrscheinlichkeit gilt (Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E.2.2 mit Hinweisen).

E. 7

Mit Schreiben vom 17. Juli 2015 berichtete die G._____ AG über ihre sich über fünf Tage erstreckenden Ermittlungen in der Zeit vom 17. Juni 2015

- 4 - bis zum 2. Juli 2015. An diesen Tagen begab sich B._____ jeweils in das Fitness-Center C._____, hielt sich über mehrere Stunden dort auf und erledigte verschiedene administrative Arbeiten. Auch hatte sie am 18. Juni 2015 eine geschäftliche Besprechung in X._____. Am 24. Juli 2015 wurde B._____ mit den Ergebnissen der Überwachung konfrontiert. Dabei bestritt sie, im Fitness-Center gearbeitet zu haben. Die A._____ teilte B._____ mündlich, dann mit Schreiben vom 30. Juli 2015 mit, dass sie ihr rückwirkend per Schadensdatum vom 15. September 2014 sämtliche Leistungen aberkenne, sie rückwirkend aus dem Vertrag der Kollektiv-Taggeldversicherung ausschliesse und dass sie per 1. Januar 2015 vom Vertrag der Einzel-Taggeldversicherung zurücktrete. Zudem teilte sie mit, dass sie eine Rückforderung der zu Unrecht ausgerichteten Taggeldleistungen erwäge. Mit Schreiben vom 31. Juli 2015 kündigte B._____ ihrerseits den Versicherungsvertrag mit der A._____ wegen finanzieller Untragbarkeit der Monatsprämie. Mit Schreiben vom 20. August 2015 teilte die A._____ B._____ mit, dass sie den Betrag von Fr. 56'288.65 (Taggelder Fr. 62'742.--, Abklärungskosten Fr. 17'521.65, abzüglich der bezahlten Prämien der Einzelversicherung Fr. 23'975.--) innert 30 Tagen zurückfordere.

E. 7.1

In objektiver Hinsicht steht aufgrund der Observationsergebnisse (kB 22 und kB 28) und der medizinischen Einschätzungen von Dr. med. F._____ (kB 33, auch kB 15) fest, dass die Beklagte gegenüber der Klägerin Angaben gemacht hat, die nicht den Tatsachen entsprachen (vgl. auch zusammenfassend Erwägung 6.6.2.2). So hat sie das Bestehen einer 100%igen Arbeitsunfähigkeit ab dem 15. September 2014 behauptet und sich medizinisch attestieren lassen, obwohl eine solche nicht oder nicht im angegebenen Mass bzw. nicht während der angegebenen Dauer vorhanden war. Mit dieser wahrheitswidrigen Darstellung erwirkte sie Taggeldleistungen der Klägerin, die ihr nicht oder nicht im entsprechenden Ausmass zustanden hätten, wäre der Klägerin der wahre Gesundheitszustand der Beklagten bekannt gewesen. Auch gegenüber Dr. med. F._____ machte die Beklagte unwahre Angaben, welche die behauptete vollständige Arbeitsunfähigkeit bestätigen sollten, und selbst als sich die Beklagte (wieder) ins Geschäft begab, meldete sie dies der Klägerin nicht bzw. behauptete fälschlicherweise, es handle sich um

therapeutische Arbeitsversuche.

E. 7.2

Auch die in subjektiver Hinsicht erforderliche Täuschungsabsicht ist vorliegend zu bejahen. Die Beklagte schilderte anlässlich der vertrauensmedizinischen Untersuchung vom 2. Juli 2017 (kB 14) gegenüber Dr. med. F._____ einen anderen Tagesablauf, als er während der im gleichen Zeitraum durchgeführten Observation beobachtet wurde (kB 15, insbesondere S. 5, kB 22 Tagesprotokolle; vgl. auch Erwägung 6.6.2). So gab die Beklagte Dr. med. F._____ gegenüber an, dass sie zwar "jeden Morgen ans Geschäft" gehe, sie dies sehr versteckt mache, sie jedoch nicht ins Geschäft hineingehe. Dies widerspricht den Beobachtungen im Rahmen der Observation klar, die zeigten, dass die Beklagte das Fitness-Center tatsächlich jeden Tag betrat und dass sie dort auch während mehrerer

- 61 - Stunden Arbeiten erledigte. Auch die Aussage der Beklagten, sie könne sich eine Rückkehr ins Geschäft nicht mehr vorstellen und sie sehe sich nicht mehr in der Lage, innerhalb einer gewissen Menschenmenge tätig zu sein, wie dies an ihrem letzten Arbeitsplatz der Fall gewesen sei (kB 15 S. 6), steht im Gegensatz zu dem anlässlich der Observation – mithin auch noch am Tag der vertrauensärztlichen Untersuchung selbst (vgl. kB 22 S. 7) – festgestellten offenen, kommunikativen und aufgestellten Verhalten der Beklagten an der Empfangstheke des Fitness-Centers (kB 22 DVD 1- 7). Diese augenscheinlichen Diskrepanzen können, wie dies die Klägerin richtig darlegt, tatsächlich nur mit einer bewussten Täuschungsabsicht in Einklang gebracht werden. Anders ist nicht erklärlich, wie die Beklagte auch am Vortag der vertrauensärztlichen Untersuchung von zwölf bis mindestens 18 Uhr und am Tag der vertrauensärztlichen Untersuchung bereits am Morgen im Fitness-Center beschäftigt war und gleichzeitig am Nachmittag dem Arzt schildern konnte, sie gehe nicht ins Geschäft und könne sich, was ihre beruflichen Perspektiven betreffe, eine entsprechende Arbeit am bisherigen Ort auch nicht mehr vorstellen. Wenn die Beklagte diesbezüglich einwendet, sie habe das nicht mit Wissen und Willen getan, so wirkt diese Aussage wenig überzeugend. Dasselbe gilt für die erstmals am 27. Mai 2016 (kB 53), mithin rund ein ganzes Jahr später vorgebrachte Behauptung, sie habe ab Mai 2015 therapeutische Arbeitsversuche unternommen. Dies sei der Grund, weshalb sie im Rahmen der Observation im Geschäft angetroffen worden sei. Auch diese Aussage erscheint indessen unglaublich. Hätte es sich tatsächlich um therapeutische Arbeitsversuche gehandelt, ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Beklagte diesen Einwand, – wenn sie ihn schon der Klägerin gegenüber verschwiegen hatte –, nicht spätestens unverzüglich nach Eröffnung der Observationsergebnisse und der erstmaligen Konfrontierung mit dem Vorwurf der betrügerischen Anspruchsbegründung im Juli 2015 (kB 29) sowie der Rückforderung der Klä-

- 62 - gerin im August 2015 (kB 35) vorbrachte, sondern damit ein Jahr (kB 53) und mit der entsprechenden Bestätigung des behandelnden Arztes, Dr. med. D._____, fast drei Jahre (bB 18) zuwartete. Die Beklagte verweist diesbezüglich auch auf das Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 und macht geltend, dass das Verschweigen eines therapeutischen Arbeitseinsatzes keine Täuschungsabsicht bedeute. Im zitierten Urteil hatte der Versicherte im Juli 2011 der Versicherung angegeben, er habe bis dahin keine Arbeitsversuche in seinem Geschäft unternommen und keinen Kundenkontakt gehabt (Urteil des Bundesgerichts 4A_432/2015 vom 8. Februar 2016 E.3.1), während anlässlich der Observation im Mai und Juli 2011 festgestellt worden war, dass er an jedem Tag im Geschäft anwesend war und teilweise auch Kunden bedient hatte. Das Bundesgericht kam

zum Schluss, geradezu willkürlich sei die Beweiswürdigung der Vorinstanz nicht (E.5.3.3). Diese hatte festgestellt, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit sei davon auszugehen, dass der Be- klagte mit dem Verschweigen allfälliger Kundengespräche seine Aussich- ten auf weitere Taggeldleistungen habe erhöhen wollen, jedoch nicht in der Absicht gehandelt habe, von der Klägerin zu Unrecht Taggelder zu erhal- ten. Die Vorinstanz hatte sich dabei auch auf ärztliche Angaben gestützt, wonach dem Versicherten im Rahmen eines Therapieprogramms eine Annäherung an den Betrieb empfohlen worden war (E.5.3.2). Inwiefern die Beklagte aus diesem bundesgerichtlichen Urteil etwas zu ihren Gunsten soll ableiten können, legt die Beklagte nicht näher dar. Keinesfalls kann aus dem Urteil jedoch, wie dies die Beklagte tut, eine allgemeine Regel abge- leitet werden, wonach das Verschweigen eines therapeutischen Arbeitsver- suchs keine Täuschungsabsicht bedeute. Im Gegenteil, im Urteil 4A_382/2014 vom 3. März 2015 hielt das Bundesgericht fest, dass die un- terlassene Orientierung des Versicherten über seine berufliche Betätigung ein grob unsorgfältiges Verhalten und damit eine Verletzung seiner Mittei- lungspflicht bzw. eine Pflichtwidrigkeit darstelle (E.6.3).

- 63 - Nach wie vor gilt also, dass das Gericht den Sachverhalt in jedem Einzelfall zu würdigen und damit auch vorliegend aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen hat, ob eine subjektive Täuschungsabsicht nach Art. 40 VVG vorliegt oder nicht. Das Gericht taxiert jedenfalls die anderslautenden Ein- wände der Beklagten als reine Schutzbehauptungen.

E. 7.3

Sind damit sowohl der objektive wie auch der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt, ist eine betrügerische Anspruchsbegründung seitens der Beklagten zu bejahen. Dies hat zur Folge, dass der Versicherer nicht an den Vertrag gebunden ist (Art. 40 VVG). Die einhellige Lehre und Praxis leiten daraus das Recht des Versicherers ab, die Leistung zu verweigern und – gegenüber dem Versicherungsnehmer – gegebenenfalls vom Ver- trag zurückzutreten (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 44) sowie – gegenüber dem betrügerischen Anspruchsteller – die Leistung, mithin den ganzen An- spruch, zu verweigern (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 46, 47; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E.5.2). Der Rücktritt bewirkt das Dahinfallen des Vertrags, wobei die sogenannte versicherungsrechtliche Unverbindlichkeit in aller Regel mit Rückwirkung bis zum Zeitpunkt, in dem der Rücktrittsgrund entstanden ist, eintritt (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 53). Wenn eine betrügerische Anspruchsbegründung vorliegt und der Versicherer seine Entschädigungszahlung bereits erbracht hat, steht ihm ein Rückforderungsrecht zu, und zwar nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 55).

E. 7.3.1

Die Klägerin trat mit Schreiben vom 30. Juli 2015 (kB 29) von dem mit der Beklagten abgeschlossenen Einzel-Taggeldversicherungsvertrag (Police Nr. 2000181221.00001; kB 9) zurück und schloss die Beklagte rückwirkend aus dem mit der Arbeitgeberin der Beklagten abgeschlossenen Kollektiv-

- 64 - Taggeldversicherungsvertrag (Police Nr. 33513; kB 2) aus. Dem stand auch der in Art. 25 AVB (kB 1) bzw. Art. 21 AVB (kB 10) enthaltene Verzicht auf das Kündigungsrecht, das im Fall einer Anzeigepflichtverletzung und eines (versuchten oder vollendeten) Versicherungsmissbrauchs nicht gilt, nicht entgegen. Damit war die Klägerin

nicht mehr an den Einzel-Taggeld- versicherungsvertrag (Police Nr. 2000181221.00001; kB 9) gebunden bzw. nicht mehr aus dem Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag (Police Nr. 33513; kB 2) leistungspflichtig und konnte gestützt auf Art. 50.6 AVB und Art. 40.6 AVB die zu Unrecht ausgerichteten Leistungen zurückfordern (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E.5.2 mit Hin- weis auf Urteil des Bundesgerichts 5C.138/2005 vom 5. September 2005 E.4.2). Diese Forderung beruht ihrerseits auf Art. 62 Abs. 1 OR, wonach, wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines andern berei- chert worden ist, die Bereicherung zurückzuerstatten hat. Der massgebliche Zeitpunkt, ab dem diese Rückforderung entsteht, ist der Zeitpunkt, in dem der Rücktrittsgrund entstanden ist, mithin nach herr- schender Lehrmeinung der Eintritt des Versicherungsfalls (nicht erst der Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung) (NEF, a.a.O., Art. 40 Rz. 53), vorliegend somit der 15. September 2014. Dem Einwand der Be- klagten, selbst Dr. med. F._____ habe ihr erst ab dem 16. März 2015 eine (bestrittene) volle Arbeitsfähigkeit attestiert, ist unter diesen Umständen nicht zu hören. Die Höhe der zurückgeforderten Taggelder (Fr. 62'742.-- abzüglich von der Beklagten bezahlte Prämien für die Einzel-Taggeldversi- cherung über Fr. 23'975.--) von total Fr. 38'767.-- wurde von der Beklagten nicht näher bestritten.

E. 7.3.2

Das Rückforderungsrecht der Klägerin gilt auch für die Observationskos- ten. Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung können die Kosten einer durchgeführten Observation der Versicherungsnehmerin auferlegt werden, wenn sie rechtmässig durchgeführt wurde und notwendig war, um

- 65 - zu klären, ob die eingereichten ärztlichen Berichte die effektive Arbeits- und Leistungsfähigkeit wiedergeben (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A_110/2017 vom 27. Juli 2017 E.7 und 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E.6.3). Grundlage dafür sind die Art. 97 ff. OR (Schadenersatz bei verschul- deter Vertragsverletzung). Vorliegend erachtet das Gericht die Vorausset- zungen für die Überwälzung der Observationskosten als gegeben, zumal die Überwachung rechtmässig und insbesondere geeignet und erforderlich war, um die behauptete Arbeitsunfähigkeit der Beklagten zu überprüfen (vgl. auch Erwägungen 6.4.2.3 f.). Die Klägerin ist folglich auch berechtigt, die Observationskosten geltend zu machen. 7.3.2.1. Die Beklagte bestreitet diese Kosten als unverhältnismässig hoch und nicht genügend substantiiert. Der Einwand der mangelnden Substantiierung ist nicht zu hören, hat doch die Klägerin die detaillierte Rechnung der G._____ AG vom 9. September 2015 über Fr. 17'521.65 (BVM-Fallbearbeitung über Fr. 3'018.75 für 17.25 Stunden à Fr. 175.-- und Kosten Zusatzabklärun- gen/Personenüberwachung über Fr. 13'205.-- sowie Mehrwertsteuer zu 8 % über Fr. 1'297.90; kB 34) und die Auflistung der Kosten für die Zusatz- abklärungen (kB 58), aus denen der betriebene Aufwand im Einzelnen her- vorgeht, ins Recht gelegt. Sowohl die geltend gemachten Stundentarife (Fr. 175.-- für die Fallbearbeitung, Fr. 125.-- für die Personenüberwachung) als auch der konkrete Aufwand, der nebst der Fallführung fünf Tage Obser- vation und entsprechende Nachbearbeitungsarbeiten umfasste, erscheint der Bedeutung und der Schwierigkeit des Auftrags angemessen. Die Be- klagte substantiiert jedenfalls ihre Bestreitung nicht näher, obwohl sie auf- grund dieser Unterlagen ohne Weiteres hätte aufzeigen können, welche Positionen sie als unverhältnismässig erachtet.

E. 7.3.3

Die von der Beklagten erhobene Verjährungseinrede in Bezug auf die Rückerstattung der erbrachten Taggelder erweist sich als unberechtigt. Der Bereicherungsanspruch nach Art. 62 OR verjährt mit Ablauf eines Jahres,

- 66 - nachdem die Verletzte von ihrem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR). Vorliegend erhielt die Klägerin spätestens mit Übergabe der Observations- ergebnisse am 17. Juli 2015 (kB 22) gesicherte Kenntnis des betrügeri- schen Leistungsanspruchs seitens der Beklagten. Einen bzw. rund zwei- einhalb Monate später, mit dem – von der Beklagten nicht bzw. verspätet abgeholten (kB 37-38) – Schreiben vom 20. August 2015 (kB 35) bzw. mit nochmaligem Schreiben vom 29. September 2015 (kB 54) machte sie ihre Rückforderung über Fr. 56'288.65 gegenüber der Beklagten geltend. Am 4. Mai 2016, mithin vor Ablauf der einjährigen Verjährungsfrist, gab die Be- klagte eine Verjährungsverzichtserklärung bis zum 30. September 2017 ab (kB 51). Am 30. September 2016, also innerhalb der Dauer des Ver- jähungsverzichts, wurde der Zahlungsbefehl gegen die Beklagte ausge- stellt (kB 57). Da die Klägerin ihre Klage an das Verwaltungsgericht am 26. Juni 2017 erhob, mithin immer noch innerhalb der Dauer des Verjährungs- verzichts, ist der Anspruch der Klägerin nicht verjährt. Die entsprechende Einrede der Beklagten ist abzuweisen.

E. 7.4

Aus all dem Gesagten folgt, dass die Klage vollumfänglich gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten ist, die ihr ausgerichteten Taggelder über Fr. 62'742.-- und die Observationskosten in der Höhe von Fr. 17'521.--, ab- züglich der geleisteten Prämien aus der Einzel-Taggeldversicherung in der Höhe von Fr. 23'975.--, total somit Fr. 56'288.65, an die Klägerin zu bezah- len. 8. Gemäss Art. 79 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG; SR 281.1) hat eine Gläubigerin, gegen deren Betreibung Rechts- vorschlag erhoben worden ist, ihren Anspruch im Zivilprozess oder im Ver- waltungsverfahren geltend zu machen; sie kann die Fortsetzung der Betrei-

- 67 - bung nur aufgrund eines vollstreckbaren Entscheids erwirken, der den Rechtsvorschlag ausdrücklich beseitigt. Beruht die Forderung auf einem vollstreckbaren gerichtlichen Entscheid, so kann die Gläubigerin beim Ge- richt die Aufhebung des Rechtsvorschlags (definitive Rechtsöffnung) ver- langen (Art. 80 SchKG), sofern die Betriebene nicht durch Urkunden be- weist, dass die Schuld seit Erlass des Entscheids getilgt oder gestundet worden ist, oder die Verjährung anruft (Art. 81 Abs. 1 SchKG).

E. 8

Mit gutachterlichem Konsil vom 23. August 2015 nahm Dr. med. F._____ zuhanden der A._____ zu den Observationsergebnissen Stellung. Er sprach von einer bewussten Fehlinformation seitens von B._____ und ging von einer vollständigen Arbeitsfähigkeit spätestens ab dem 16. März 2015 aus.

E. 8.1

Die Klägerin beantragt in ihrem Rechtsbegehren die Beseitigung des von der Beklagten am 17. Oktober 2016 in der Betreibung Nr. 201609229 des Betreibungsamtes K._____ gegen den am 30. September 2016 zugestell- ten Zahlungsbefehl erhobenen Rechtsvorschlags (kB 57). Die Beklagte macht geltend, die Betreibung sei ungerechtfertigt, weshalb sie auch keine Betreibungskosten zu bezahlen habe. Sie beantragt, die Klägerin sei anzuweisen, die

erfolgte Betreuung zurückzuziehen und im Register der Beklagten löschen zu lassen.

E. 8.2

Mit dem vorliegenden Urteil hat das Gericht über die Forderung der Klägerin einen gerichtlichen Entscheid im Sinne von Art. 80 und Art. 81 Abs. 1 SchKG erlassen. Vollstreckbar wird dieser, sobald er rechtskräftig ist. Da die klägerische Forderung vollumfänglich gutzuheissen ist, kann auch die definitive Rechtsöffnung grundsätzlich erteilt werden, sofern die Beklagte nicht Einwendungen im Sinne von Art. 81 Abs. 1 SchKG vorbringt. Die Beklagte macht weder eine Tilgung noch eine Stundung der Schuld geltend, sie bringt jedoch in ihrer Klageantwort und Widerklage vom 19. September 2017 die Einrede der Verjährung vor. Dieser Einwand erweist sich jedoch, wie bereits vorne ausgeführt (vgl. Erwägung 7.3.3), als unbegründet. Damit ist der am 17. Oktober 2016 seitens der Beklagten in der Betreuung Nr. 201609229 des Betreibungsamtes K._____ erhobene

- 68 - Rechtsvorschlag zu beseitigen und die definitive Rechtsöffnung für den gutgeheissenen Betrag von Fr. 56'288.65 zu erteilen.

E. 8.3

Die Betreuungskosten gehen von Gesetzes wegen zu Lasten der Beklagten (Art. 68 Abs. 2 SchKG). 9. Bei dem für die Hauptklage örtlich zuständigen Gericht kann Widerklage erhoben werden, wenn die Widerklage mit der Hauptklage in einem sachlichen Zusammenhang steht (Art. 14 Abs. 1 ZPO).

E. 9

Am 27. August 2015 erstattete die G._____ AG ihren Abschlussbericht.

E. 9.1

Die Beklagte macht widerklageweise geltend, die Klägerin hätte die Taggeldleistungen, trotz Kündigung des Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrags Police Nr. 33513 (kB 2) per 31. Dezember 2014, weiterhin und längstens bis zur Erschöpfung der Leistungsdauer bzw. bis zur vollen Genesung der Beklagten per 6. August 2015 (bB 6) erbringen müssen. Dies leitet sie daraus ab, dass der im entsprechenden Kollektiv-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 33513 (kB 2) aufgeführte letzte Satz des ersten Absatzes der "Besonderen Bestimmungen" sowie Art. 22.4 AVB (kB 1) nichtig seien, weil ungewöhnlich und sittenwidrig. Zudem sei sie, wollte sie weiterhin Taggeldzahlungen wegen ihrer Arbeitsunfähigkeit beziehen, gezwungen gewesen, den Einzel-Taggeldversicherungsvertrag mit der hohen Jahresprämie von Fr. 41'000.-- (kB 9) zu unterzeichnen. Dieser sei daher in erpresserischer Art und Weise zustande gekommen. Da sie nachweislich auch im Juni 2015 und bis zum 14. Juli 2015 zu 100 % und vom 15. Juli 2015 bis zum 5. August 2015 zu 50 % arbeitsunfähig gewesen sei, habe sie Anrecht auf ein Taggeld von 44 Tagen à Fr. 274.-- und 22 Tagen à Fr. 137.--, total nämlich auf Fr. 15'070.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 4. Juli 2015 (mittlerer Verfall). Darüber hinaus habe sie infolge krass rechtswidriger Schadensbearbeitung widerklageweise Anrecht auf Rückerstattung der Einzel-Taggeldversicherungsprämien über Fr. 23'975.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 16.

- 69 - April 2015 (mittlerer Verfall). Insgesamt beläuft sich die Widerklage auf Fr. 39'045.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 1. August 2015. Die Klägerin bestreitet die widerklageweise geltend gemachte Forderung und verweist auf die entsprechenden bereits im Zusammenhang mit der Klage gemachten Ausführungen bezüglich Nichtigkeit bzw.

Ungültigkeit der Vertragsbestimmungen und AVB's. Insbesondere hält sie fest, dass die Kollektiv-Taggeldversicherung Police Nr. 33513 (kB 2) per Ende Dezember 2014 erloschen sei und damit auch der Anspruch der Beklagten auf Tag- geldleistungen aus dieser Versicherung. Stattdessen habe sie den ihr an- gebotenen Einzel-Taggeldversicherungsvertrag Police Nr. 20000181221 (kB 9) akzeptiert.

E. 9.2

Wie vorne (Erwägungen 5.2.4. und 5.2.5., 5.4) dargelegt, verstösst der von der Beklagten gerügte letzte Satz des ersten Absatzes der "Besonderen Bestimmungen" ("In jedem Fall endet der Leistungsanspruch mit dem Er- löschen des Versicherungsvertrages") im Kollektiv-Taggeldversicherungs- vertrag Police Nr. 33513 (kB 2) nicht gegen Art. 20 Abs. 1 OR, und Art. 22.4 AVB (Ende des Versicherungsschutzes mit Erlöschen des Versi- cherungsvertrages; kB 1) ist nicht ungewöhnlich und damit auch nicht nich- tig. Auch der Abschluss des Einzel-Taggeldversicherungsvertrags Police Nr. 20000181221 (kB 9) erweist sich, wie vorne dargelegt (Erwägungen 5.3.2., 5.3.3. und 5.3.4, 5.4), nicht als unsittlich bzw. ungültig. Das Gericht kommt zum Schluss, dass die Beklagte aus ihrer Argumenta- tion nichts zu ihren Gunsten ableiten kann, und die Widerklage sich als unbegründet erweist.

E. 9.3

Zusammenfassend kommt das Gericht zum Schluss, dass die Widerklage der Beklagten vollumfänglich abzuweisen ist.

- 70 -

E. 10

Da B._____ das eingeschriebene Schreiben der A._____ vom 20. August 2015 nicht abgeholt hatte, stellte die A._____ ihr dieses Schreiben am 29. September 2015 nochmals zu. Gleichzeitig wiederholte sie die Rückforde- rung über total Fr. 56'288.65 zur Zahlung innert 30 Tagen.

- 5 -

E. 10.1

Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren betreffend Ansprüche aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung kostenlos. Für das vorliegende Klageverfahren vor dem Verwaltungsgericht werden folg- lich keine Gerichtskosten erhoben.

E. 10.2

Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen zu; die Par- teien können eine Kostennote einreichen (Art. 105 Abs. 2 ZPO). Die Par- teientschädigung als Teil der Prozesskosten wird der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Vorliegend hat die unterliegende Beklagte und Widerklägerin dem Ausgang des Verfahrens gemäss keinen Anspruch auf eine Parteientschädigung (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin und Widerbeklagte war im vorliegenden Verfahren nicht an- waltlich vertreten. Gemäss Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO kann sie in begründeten Fällen dennoch eine angemessene Umtriebsentschädigung als Parteien- tschädigung beanspruchen. Diese Regelung zielt indessen auf Fälle ab, in denen rechtlich bewanderte oder von Dritten im Verborgenen unterstützte Personen ohne Vertreter prozessieren, in denen ein Anwalt in eigener Sa- che

auftritt oder als Organ einer Partei oder als Angestellter ihres Rechtsdienstes handelt. Mit der vorgesehenen Umtriebsentschädigung soll in erster Linie ein gewisser Ausgleich für den Verdienstausfall einer selbständig-gerwerbenden Partei erreicht werden (RÜEGG/RÜEGG, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2017, Art. 95 Rz. 21; vgl. auch Urteil des Verwaltungsgerichts S 15 133 vom 9. August 2017 E.10b). Im vorliegenden Fall erscheint zwar die Streitsache als umfangreich, dennoch dürfte der Aufwand der mit der Materie und versicherungsrechtlichen Rechtsstreitigkeiten vertrauten Klägerin und Widerbeklagten, da in den Rechtsschriften viele Argumente auch wiederholt werden, nicht derart hoch gewesen sein, dass die Zusprache einer Umtriebsent-

- 71 - schädigung an die durch ihren Rechtsdienst vertretene Klägerin gerechtfertigt wäre. Das Gericht folgt demnach dem Regelfall und spricht der Klägerin keine Umtriebsentschädigung zu. Demnach erkennt das Gericht: 1.1. Die Klage wird gutgeheissen und B._____ verpflichtet, der A._____ AG Fr. 56'288.65 zu bezahlen. 1.2. Die Widerklage wird abgewiesen. 2. In der Betreuung Nr. 201609229 des Betreibungsamtes K._____ wird die definitive Rechtsöffnung für den Betrag von Fr. 56'288.65 erteilt. 3. Es werden keine Kosten erhoben. 4. [Rechtsmittelbelehrung] 5. [Mitteilungen]

E. 11

Die A._____ gewährte in der Folge Akteneinsicht, erklärte mit Schreiben vom 8. April 2016 einen Verjährungsverzicht bis zum 30. September 2017, sofern die Verjährung nicht bereits eingetreten sei, und gewährte mit Schreiben vom 18. April 2016 einen Betreibungsstopp bis zum 6. Mai 2016. Der Rechtsvertreter von B._____ gab mit Schreiben vom 4. Mai 2016 ebenfalls einen Verjährungsverzicht bis zum 30. September 2017 ab, unter dem Vorbehalt, dass die Verjährung noch nicht eingetreten sei.

E. 12

Mit Schreiben vom 27. Mai 2016 nahm die Rechtsvertreterin von B._____ zur Angelegenheit Stellung. Sie kritisierte die Observation und den Ermittlungsbericht vom 27. August 2015 und hielt fest, dass es sich bei den beobachteten Arbeitseinsätzen von B._____ um therapeutische Arbeitsversuche gehandelt habe. Den Bericht von Dr. med. F._____ vom 7. April (recte: 4. Juli) 2015 erachtete sie als nicht beweiskräftig und verwies in diesem Zusammenhang auf die Einschätzung von Dr. med. H._____ vom 3. August 2015 anlässlich eines Vorgesprächs in der Klinik I._____ mit der Diagnose einer mittelgradig ausgeprägten Depression. Sie bestritt das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung und erklärte, die A._____ sei immer noch an den Versicherungsvertrag gebunden.

E. 13

Mit Schreiben vom 29. Juli 2016 wies die A._____ die Einwände von B._____ zurück. Insbesondere kritisierte sie, dass die Behauptung, es habe sich bei den Arbeitseinsätzen um therapeutische Arbeitsversuche gehandelt, erst rund ein Jahr später vorgebracht wurde. Sie erachtete, auch angesichts der für sie massgeblichen medizinischen Einschätzung von Dr. med. F._____ und entgegen den nicht massgeblichen Ausführungen von Dr. med. H._____ den Tatbestand von Art. 40 VVG (betrügerische Anspruchsbegründung) als erfüllt und hielt an ihrer Rückforderung fest.

E. 14

Mit Schreiben vom 30. August 2016 hielt B._____ vollumfänglich an ihrer Auffassung fest. In der Folge leitete die A._____ die Betreuung gegen B._____ ein. Am 30. September 2016 wurde der Zahlungsbefehl in der Be- treibung Nr. 201609229 über Fr. 56'288.65 ausgestellt. Am 17. Oktober 2016 erhob B._____ dagegen Rechtsvorschlag.

E. 15

Am 26. Juni 2017 reichte die A._____ (nachfolgend Klägerin) beim Verwal- tungsgericht des Kantons Graubünden Klage gegen B._____ mit folgenden Rechtsbegehren ein: "1. Die Beklagte habe der Klägerin CHF 56'288.65 zu bezahlen. 2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 201609229 des Be- treibungsamtes K._____ in der Höhe von CHF 56'288.65 zu beseiti- gen. 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

E. 16

Am 19. September 2017 reichte B._____ als Beklagte und Widerklägerin (nachfolgend Beklagte) dem Gericht die Klageantwort und Widerklage mit folgenden Rechtsbegehren ein: "1. Die Klage sei abzuweisen; 2. Die Klägerin sei anzuweisen, die Betreuung mit der Nr. 201609229 des Betreibungsamtes K._____ (Zahlungsbefehl vom 30.09.2016) über den Betrag von Fr. 56'288.65 zurück zu ziehen und im Register der Beklagten löschen zu lassen; 3. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten widerklageweise Fr. 39'045.00 plus Zins von 5 % seit 01.08.2015 zu bezahlen." Gleichzeitig stellte sie verschiedene Verfahrensanträge.

E. 17

Am 2. November 2017 reichte die Klägerin und Widerbeklagte (nachfol- gend Klägerin) die Replik und Widerklageantwort mit folgenden Rechtsbe- gehren ein:

- 7 - "1. Die Beklagte habe der Klägerin CHF 56'288.65 zu bezahlen. 2. Es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. 201609229 des Be- treibungsamtes K._____ in der Höhe von CHF 56'288.65 zu beseiti- gen. 3. Die Widerklage der Beklagten sei vollumfänglich abzuweisen. 4. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

E. 18

Am 5. Januar 2018 reichte die Beklagte die Duplik und Widerklagereplik mit unveränderten Rechtsbegehren ein.

E. 19

Am 18. Januar 2018 reichte die Klägerin die Triplik und Widerklageduplik mit unveränderten Rechtsbegehren ein.

E. 20

Am 20. Februar 2018 reichte die Beklagte die Quadruplik mit unveränder- ten Rechtsbegehren ein. Gleichzeitig legte sie ein Arztzeugnis von Dr. med. D._____ vom 17. Februar 2018 ins Recht.

E. 21

Am 27. Februar 2018 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zum neu eingereichten Arztbericht von Dr. med. D._____ vom 17. Februar 2018 ein und bestätigte ihre

Rechtsbegehren.

E. 22

Mit Schreiben vom 24. April 2019 teilte der Instruktionsrichter den Parteien mit, dass er die Durchführung einer Hauptverhandlung als nicht erforderlich erachte, weshalb auf eine solche verzichtet werde. Er räumte den Parteien Frist bis zum 10. Mai 2019 ein, um sich dazu zu äussern, wobei ausdrücklich darauf hingewiesen wurde, dass Stillschweigen als Zustimmung zum Verzicht auf eine Hauptverhandlung angesehen würde. In der Folge ging von keiner Seite eine entsprechende Stellungnahme ein, womit das angerufene Verwaltungsgericht aufgrund der Ausführungen in den Rechtsschriften und der eingereichten Akten entscheidet.

- 8 - Auf die weiteren Ausführungen der Parteien in ihren Rechtsschriften wird, soweit entscheiderelevant, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen. Das Gericht zieht in Erwägung: 1.1. Gegenstand der vorliegenden Klage bilden Leistungen aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung, zu denen auch Streitigkeiten aus Krankentaggeldversicherungen gehören. Derartige Versicherungen unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1; VOCK/NATER, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 7 Rz. 6). Streitigkeiten aus derartigen Versicherungen sind daher privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 E.1.1, BGE 138 III 558 E.3.2; Urteil des Bundesgerichts 4A_233/2017 vom 28. September 2017 E.1.1). Gemäss Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) können die Kantone für solche Streitigkeiten ein Gericht bezeichnen, das als einzige kantonale Instanz zuständig ist. Im Kanton Graubünden ist nach Art. 63 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (VRG; BR 370.100) nicht das Zivil- sondern das Verwaltungsgericht für Streitigkeiten über Leistungen aus einer Zusatzversicherung zuständig (wobei in Art. 63 Abs. 2 lit. b VRG fälschlicherweise Art. 47 des Versicherungsaufsichtsgesetzes [VAG; SR 961.01] erwähnt ist, neu korrekterweise Art. 85 Abs. 1 VAG und Art. 7 ZPO, vgl. dazu Urteil des Verwaltungsgerichts S 13 157 vom 16. Februar 2016 E.1b mit weiteren Hinweisen). Im vorliegenden Fall ist die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts somit gegeben.

- 9 - 1.2. Gemäss Art. 32 Abs. 1 ZPO ist bei Streitigkeiten aus Konsumentenverträgen für Klagen der Konsumentin oder des Konsumenten das Gericht am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien, bei Klagen der Anbieterin oder des Anbieters das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei zuständig. Als Konsumentenverträge gelten nach Art. 32 Abs. 2 ZPO auch Verträge über Leistungen des üblichen Verbrauchs, die für die persönlichen oder familiären Bedürfnisse der Konsumentin oder des Konsumenten bestimmt sind und von der anderen Partei im Rahmen ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit angeboten werden. Verträge zwischen einer Privatperson und einer Versicherungsgesellschaft über eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung gelten nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung als Konsumentenvertrag (Urteil des Bundesgerichts 4A_695/2011 vom 18. Januar 2012 E.3.1; vgl. auch Urteile des Verwaltungsgerichts S 14 175 vom 3. November 2015 E.1b und U 12 46 vom 15. November 2012/15. Februar 2013 E.1b). Vorliegend hat die Klägerin in ihrer Eigenschaft als Anbieterin also die Möglichkeit, das Gericht am Wohnsitz der beklagten Partei anzurufen. Da die beklagte Versicherungsnehmerin in Y._____ wohnt, ist dies das Verwaltungsgericht des Kantons

Graubünden. Dem stehen auch die Gerichtsstandsklauseln in den einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Kollektiv-Taggeldversicherung (Ausgabe 2006) (nachfolgend: AVB) (vgl. klägerische Beilage [kB] 1) bzw. diejenige aus den einschlägigen Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Einzel-Taggeldversicherung (Ausgabe 2006) (nachfolgend: AVB) (vgl. kB 10) nicht entgegen. Art. 56 der AVB bzw. Art. 45 AVB räumt der Versicherungsnehmerin bzw. der Versicherten die Wahl des Gerichtsstands ein, sie enthalten jedoch keine Regelung für die Anbieterin. Damit ist das Verwaltungsgericht des Kantons Graubünden nach Art. 32 Abs. 1 lit. b ZPO auch örtlich zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache zuständig. 1.3. Nach der Rechtsprechung ist bei Streitigkeiten über Leistungen aus der Zusatzversicherung auf ein vorgängiges Schlichtungsverfahren zu verzich-

- 10 - ten, weil für diese Streitigkeiten eine Gleichbehandlung angebracht ist mit den Streitigkeiten, die im Ausnahmekatalog von Art. 198 ZPO aufgeführt sind (BGE 138 III 558 E.4). Vorliegend hat die Klägerin die Klage korrekterweise eingereicht, ohne vorgängig die Schlichtungsbehörde anzurufen. 1.4. Da auch die übrigen Prozessvoraussetzungen nach Art. 59 ZPO unbestrittenermassen erfüllt sind, ist auf die Klage einzutreten. 2.1. Vorliegend ist das vereinfachte Verfahren nach den Art. 243 ff. ZPO anwendbar (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Dabei stellt das Gericht den rechtserheblichen Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 ZPO), d.h. es gilt die (soziale) Untersuchungsmaxime, nicht jedoch die Officialmaxime (MAZAN, in: SPÜHLER/TENCHIO/INFANGER, Basler Kommentar zur ZPO, Basel 2017, Art. 247 Rz. 4 und Rz. 13; Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1; Urteil des Verwaltungsgerichts S 12 51 vom 29. April 2014 E.2a). Die soziale Untersuchungsmaxime dient vor allem dem Ausgleich eines Machtgefälles zwischen den Parteien oder ungleichen juristischen Kenntnissen (Urteil des Bundesgerichts 4A_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1 mit Hinweis auf die Botschaft vom 28. Juni 2006 zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, BBl 2006 7348 Ziff. 5.16 zu Art. 242 und Art. 243 E-ZPO). Wie bei der gewöhnlich anwendbaren Verhandlungsmaxime liegt es indessen grundsätzlich an den Parteien, den Prozessstoff beizubringen; sie sind namentlich nicht von ihrer jeweiligen Behauptungs- bzw. Bestreitungs- und (Gegen-) Beweislast befreit (Urteil des Bundesgerichts 4A_20/2018 vom 29. Mai 2018 E.2.5 mit Hinweis auf BGE 141 III 569 E.2.3). Das Gericht hat sich nur über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen; die soziale Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen und alle möglichen Beweise abzunehmen (Urteil des Bundesgerichts - 11 - 4A_491/2014 vom 30. März 2015 E.2.6.1; BGE 125 III 231 E.4a mit Hinweisen). 2.2. Die Parteien stimmten dem Verzicht auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu (vgl. Art. 233 i.V.m. Art. 219 ZPO), weshalb eine solche nicht durchgeführt wurde. 3. Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO hat jede Partei das Recht, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt (Abs. 1), rechtswidrig beschaffte Beweismittel werden nur berücksichtigt, wenn das Interesse an der Wahrheitsfindung überwiegt (Abs. 2).

E. 27

Februar 2018) im Wesentlichen geltend, dass die Beklagte von ihr ungerechtfertigte Leistungen bezogen habe, weshalb ihre Rückforderung begründet sei. Insbesondere habe die Krankmeldung vom 30. September 2014 die Klägerin erst am 18. November 2014

erreicht und eine erste Einschätzung des behandelnden Arztes habe sie erst am 16. Dezember 2014 erhalten. Dieser und die folgenden medizinischen Berichte seien äusserst knapp ausgefallen, hätten keine ICD-10-Kategorisierung enthalten und die Konsultationen hätten ohne eigentlichen Therapienachweis lediglich alle 7- 14 Tage stattgefunden. Deshalb sei man seitens der Klägerin auf die Beklagte aufmerksam geworden. Da aufgrund weiterer Umstände – psychisch bedingte Arbeitsunfähigkeit auch seitens des Lebens- und Geschäftspartners der Klägerin, Gründung einer Firma während der angeblichen Arbeitsunfähigkeit – Zweifel über Bestand und Ausmass der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit der Beklagten bestanden, habe die Klägerin sowohl eine vertrauensärztliche Begutachtung als auch eine Überwachung angeordnet. Da ein hinreichender Anfangsverdacht auf Versicherungsmissbrauch bestanden habe, sei die Anordnung der Überwachung rechtmässig gewesen. Auch die Observation selbst sei korrekt abgelaufen, die erforderlichen Kriterien seien eingehalten worden (Tatsachen im öffentlichen Raum, Beachtung der Intimsphäre, Verhältnismässigkeit, Geeignetheit des Mittels, angemessener zeitlicher Rahmen). Die Überwachung habe an den Tag gebracht, dass die Beklagte an verschiedenen Tagen über mehrere Stunden in den Geschäftsräumlichkeiten ihrer Arbeitgeberin gearbeitet habe (Tätigkeiten am Computer, Anweisungen an das Personal, Kontakt mit Kunden) und dass dabei keine Einschränkungen ersichtlich gewesen seien. Zudem sei die Beklagte bei der aktiven Teilnahme an einem geschäftlichen Gespräch in einem Restaurant beobachtet worden. Dr. med. F._____, dem - 18 - das Observationsmaterial zur Stellungnahme zugestellt wurde, habe deutliche Diskrepanzen zu den anlässlich der Begutachtung vom 2. Juli 2015 geschilderten Beschwerden und des Tagesablaufs sowie anlässlich des dabei von ihm beobachteten Verhaltens festgestellt. Damit seien die Zweifel an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit bestätigt worden. Die Beklagte habe anlässlich der vertrauensärztlichen Untersuchung falsche Aussagen gemacht, sie habe die Klägerin über das Ausmass ihrer Beschwerden getäuscht. Damit sei das objektive Tatbestandsmerkmal von Art. 40 VVG, nämlich die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten erfüllt. Zudem sei auch das entsprechende subjektive Tatbestandselement der Täuschungsabsicht gegeben. Die wahrheitswidrigen Angaben der Beklagten seien klar auf eine Täuschung ausgerichtet gewesen. Sie – als im Übrigen ehemalige Case Managerin der M._____- habe ihre vertraglichen und gesetzlichen Pflichten mit voller Absicht verletzt. Waren die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt, so sei die Klägerin nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden gewesen, sie habe zu Recht vom Vertrag über die Einzel-Taggeldversicherung zurücktreten und die Beklagte rückwirkend aus dem Vertrag über die Kollektiv-Taggeldversicherung ausschliessen dürfen, der somit auf den Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalles dahinfalle. Die Rückforderung der zu viel ausgerichteten Taggelder erfolge nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR und stütze sich zudem auf Art. 50.6 AVB und Art. 40.6 AVB. Die Observationskosten fordere die Klägerin gestützt auf Art. 97 ff. OR (Vertragsverletzung) zurück. Die Verrechnung der von der Beklagten geleisteten Prämien für die Einzelversicherung sei im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR zulässig. Die Betreuungskosten seien von Gesetzes wegen (Art. 68 SchKG) geschuldet.

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