Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

Entscheid des Kantonsgerichts Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht

vom 12. September 2013 (731 12 268)

Zusatzversicherung

Der Tatbestand von Art. 40 VVG ist vorliegend nicht erfüllt. Die Observation war objektiv nicht geboten. Die darauf folgende Verzichtserklärung ist ungültig. Die Leistungspflicht ist gestützt auf die attestierte Arbeitsfähigkeit im Gutachten zu beurteilen. Bei angezeigtem Berufswechsel hat der Versicherte Anspruch auf Leistungen während einer Übergangsfrist.

Besetzung	Präsidentin Eva Meuli, Kantonsrichter Yves Thommen, Kantonsrichter Dieter Freiburghaus, Gerichtsschreiberin Christina Markiewicz
Parteien	A.____, Kläger, vertreten durch Boris Marberg, Gewerkschaft Unia, Region Nordwestschweiz, Rechtsdienst, Rebgasse 1, 4005 Basel gegen **AXA Winterthur**, General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur, Beklagte
Betreff	Taggeld

A. A.____, geb. 1956, arbeitete seit 1980 bei B.____ als Sicherheitswärter. Mit Meldung vom 26. Oktober 2010 teilte die Arbeitgeberin der AXA Winterthur mit, dass A.____ seit dem 30. September 2010 100% arbeitsunfähig sei. Mit Bericht vom 17. November 2010 diagnostizierte C.____, FMH Handchirurgie, vom D.____ eine Ringbandstenose A1 III beidseits. Die AXA Winterthur anerkannte ihre Leistungspflicht und richtete monatlich Taggelder in der Höhe von Fr. 4'682.-- aus. Zur Beurteilung der medizinischen Situation und der Arbeitsfähigkeit gab die AXA Winterthur am 2. Mai 2011 beim E.____ ein polydisziplinäres Gutachten in Auftrag.

In der Zeit vom 20. Juli bis 22. August 2011 wurde A.____ observiert. Nach Konfrontation mit den Observationsergebnissen verzichtete er am 6. September 2011 mit Verweis auf Art. 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) vom 2. April 1908 auf sämtliche Versicherungsleistungen und Lohnansprüche gegenüber der Arbeitgeberin. Die AXA Winterthur verzichtete im Gegenzug auf die Rückforderung der bisher ausgerichteten Taggeldleistungen. Mit Schreiben vom 22. September 2011 widerrief A.____ den Verzicht auf sämtliche Versicherungsleistungen.

B. Am 5. September 2012 erhob A.____, vertreten durch die Unia Nordwestschweiz, Klage gegen die AXA Winterthur. Er beantragte, es sei festzustellen, dass die Verzichtserklärung vom 6. September 2011 nichtig sei. Weiter sei die AXA Winterthur zur Zahlung von Fr. 13'109.60 zu verurteilen. Es sei zweifelhaft, ob die Überwachung zulässig gewesen sei. Gemäss Gutachten des E.____ vom 15. August 2011 sei er in einer angepassten Tätigkeit zu 30% arbeitsfähig, wobei mit einer Steigerung von 10-20% alle drei Wochen bis zu einem Vollpensum zu rechnen sei. Am 6. September 2011 sei er seitens der Versicherung zu einem Gespräch eingeladen worden, bei welchem das Überwachungsvideo gezeigt worden sei. Anschliessend sei er unter Druck gesetzt worden, den Leistungsverzicht zu unterschreiben. Dieser sei deshalb nichtig. Ausserdem stehe das Bildmaterial nicht in Widerspruch zu den Ausführungen der Gutachter. Die Leistungseinstellung per 6. September 2011 sei demnach zu Unrecht erfolgt. Aufgrund des gestaffelten Pensums ab August 2011 habe er Anspruch auf Leistungen bis Ende März 2012.

C. Mit Klagantwort vom 21. November 2012 beantragte die AXA Winterthur, vertreten durch Rechtsanwalt Matthias Imbach, die Abweisung der Klage. Der Kläger habe gegenüber den Ärzten unrichtige Angaben zu seiner effektiven Leistungsfähigkeit gemacht bzw. Tatsachen verschwiegen. Mit diesem Vorgehen habe er bezweckt, ärztliche Bescheinigungen über eine volle Arbeitsunfähigkeit in seiner Tätigkeit als Sicherheitswärter im Gleisbau zu erhalten und damit eine Grundlage zum Bezug von Taggeldern. Der Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG sei somit erfüllt. Dies zeige auch die Tatsache, dass der Kläger nach der Konfrontation mit den Observationsergebnissen eingestanden habe, den Gutachtern und der Beklagten gegenüber die Beschwerden massiv übertrieben zu haben, um ungerechtfertigterweise in den Genuss von Krankentaggeldern zu gelangen.

Selbst wenn der Tatbestand von Art. 40 VVG nicht erfüllt sein sollte, hätte der Kläger im vorliegenden Fall keinen Anspruch auf die von ihm verlangten Krankentaggelder. Gemäss Gutachten vom 15. August 2011 sei der Kläger in seiner angestammten Tätigkeit zu 50% arbeitsfähig. In einer beschwerdeangepassten Tätigkeit bestehe sogar eine volle Arbeitsfähigkeit. In einem solchen Fall werde nach Ansetzen einer Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten die Bemessung des Taggeldes gestützt auf Art. 61 VVG nach der Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit vorgenommen. Im konkreten Fall sei der Versicherte spätestens ab dem 15. August 2011 in einer körperlich leichten, leidensangepassten Tätigkeit wieder vollumfänglich arbeitsfähig gewesen. Das Ansetzen einer Übergangsfrist sei in casu jedoch nicht angezeigt, da der Kläger das Arbeitsverhältnis mit seiner Arbeitgeberin per 6. September 2011 aufgelöst habe.

D. Mit Replik vom 9. Januar 2013 hielt A.____ an seiner Klage fest. Die Unia Nordwestschweiz als Vertreterin wies erneut darauf hin, dass die Beobachtungen des Privatdetektivs keine Ergebnisse geliefert hätten, die den Erkenntnissen der Gutachter widersprechen würden. Darüber hinaus wäre es angezeigt gewesen, das Observationsmaterial einem Gutachter zur Beurteilung vorzulegen. Die Beklagte habe genau das Gegenteil getan. Sie habe den Kläger gutachterlich abklären und erst danach beobachten lassen. Zudem habe sich die Beklagte unfair verhalten, indem sie den Kläger am 6. September 2011 zu einem Gespräch vorgeladen habe, ohne den wahren Grund zu nennen. Der Kläger hätte aber ein Recht darauf gehabt, sich vertreten zu lassen.

E. Die AXA Winterthur hielt mit Duplik vom 12. März 2013 an ihrem Antrag auf Abweisung der Klage fest. Die Observation habe die gutachterlich attestierte volle Arbeitsfähigkeit des Klägers bestätigt. Es sei deshalb nicht notwendig gewesen, die Observationsergebnisse einem weiteren Facharzt vorzulegen.

F. An der heutigen Parteiverhandlung nehmen der Kläger, sein Rechtsvertreter Boris Marberg von der Unia Nordwestschweiz sowie Rechtsanwalt Matthias Imbach für die AXA Winterthur teil. Die Parteien halten an ihren Anträgen und Begründungen fest.

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

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

1.2 Die sachliche Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht, ergibt sich aus Art. 7 ZPO i.V.m. § 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und

Verwaltungsprozessordnung (VPO) vom 16. Dezember 1993. Wie das Kantonsgericht mit Grundsatzentscheid vom 1. Dezember 2011 festhielt, ist bei Klagen betreffend Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung keine vorgängige Schlichtung durchzuführen, womit sie direkt am Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, einzureichen sind (Beschluss des Kantonsgerichts vom 1. Dezember 2011, 731 11 262).

1.3 Die örtliche Zuständigkeit richtet sich grundsätzlich nach Art. 9 ff. ZPO. Der dem vorliegenden Fall zu Grunde liegende Versicherungsvertrag ist als Konsumentenvertrag im Sinne von Art. 32 ZPO zu qualifizieren, weshalb die Klage am Wohnsitz der Versicherten eingereicht werden kann (Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO; vgl. URS FELLER/JÜRG BLOCH, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 32 N 45 ff.). Nichts anderes ergibt sich im vorliegenden Fall aus Art. F7 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB), wonach ein Wahlgerichtsstand am Wohnsitz der Versicherten besteht. Das angerufene Gericht ist aufgrund des Wohnsitzes des Versicherten im Kanton örtlich zuständig.

2. Art. 88 ZPO regelt die Feststellungsklage. Mit dieser verlangt die klagende Partei die gerichtliche Feststellung, dass ein Recht oder Rechtsverhältnis besteht oder nicht besteht. Die Feststellungsklage ist gegenüber der Leistungsklage grundsätzlich subsidiär, d.h. der Kläger muss auf Leistung klagen, wenn eine Leistungsklage möglich ist. Kann der Kläger Rechtsschutz durch eine Leistungsklage erlangen, so fehlt es mit anderen Worten an einem Feststellungsinteresse. Fehlt es an einem Feststellungsinteresse, tritt das Gericht auf die Klage nicht ein (vgl. MARC WEBER, in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar zum ZPO, 2. Auflage, Art. 88 N 9 ff.). Der Kläger verlangt im gegebenen Fall, es sei festzustellen, dass die Verzichtserklärung vom 6. September 2011 nichtig sei. Diese Frage ist jedoch im Rahmen der Leistungsklage über Fr. 13‘109.60 zu beurteilen, weshalb es an einem Feststellungsinteresse fehlt. Auf die Feststellungsklage ist folglich nicht einzutreten.

3.1 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO ist der vorliegende Prozess vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht. Die Untersuchungsmaxime gebietet es dem Gericht zwar, den Sachverhalt mit eigenen Mitteln abzuklären und mit vertretbarem Aufwand zu einem hinreichend sicheren Beweisergebnis zu gelangen; es ist dabei aber nicht an Beweisanträge gebunden und kann auch von sich aus Beweise erheben. Die Parteien werden dadurch jedoch nicht von der Mitwirkung an der Erhebung der Beweise und der Erstellung des Sachverhaltes entbunden. Sie sind es, die primär die Verantwortung für die Ermittlung des Sachverhaltes tragen. Das Bundesgericht hat die in den Vorgängernormen zu Abs. 2 enthaltene Untersuchungsmaxime daher bisweilen auch als gemilderte Verhandlungsmaxime bezeichnet. Nur wenn an der Vollständigkeit der Behauptungen oder Beweise ernsthafte Zweifel bestehen, muss das Gericht nachforschen. Diese Nachforschung besteht aber allein darin, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie auf die Pflicht zum Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Die Untersuchungsmaxime zwingt das Gericht nicht dazu, das Beweisverfahren beliebig auszudehnen oder alle möglichen Beweise abzunehmen. Ebenso wenig verleiht die Untersuchungsma-

xime den Parteien Anspruch auf ein bestimmtes Beweismittel. Das Gericht muss die betroffene Partei nur einmal auf etwaige Unzulänglichkeiten in ihren Tatsachenbehauptungen und Beweismitteln hinweisen. Bei anwaltlicher Vertretung ist das Mass der gerichtlichen Mitwirkung auf "einschlägige Fälle" beschränkt. Indessen verpflichtet die Untersuchungsmaxime das Gericht, ordnungsgemäss eingebrachte und taugliche Beweismittel zu berücksichtigen, wenn es von der Nichterweislichkeit einer bestimmten Tatsache ausgehen will. Die Untersuchungsmaxime ändert nichts an der formellen Beweislast. Kann etwa das Bestehen einer entscheiderheblichen Tatsache durch das Gericht weder bejaht noch verneint werden, so entscheidet das Gericht trotz Untersuchungsmaxime gemäss Art. 8 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (ZGB) vom 10. Dezember 1907 nach Beweislastgesichtspunkten (vgl. BERND HAUCK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO-Kommentar, Art. 247 Abs. 2 ZPO N 33 ff.)

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

3.3 Gelangt das Gericht in Würdigung der Beweise zur Überzeugung, eine Tatsachenbehauptung sei bewiesen oder widerlegt, ist die Beweislastverteilung gegenstandslos (BGE 109 II 251 E. 3.5). Diesfalls liegt freie Beweiswürdigung vor, die bundesrechtlich nicht geregelt ist, auch nicht durch Art. 8 ZGB. Diese Bestimmung schreibt dem Gericht nicht vor, mit welchen Mitteln der Sachverhalt abzuklären und wie das Ergebnis zu würdigen ist (BGE 112 II 179); sie schliesst selbst eine vorweggenommene Beweiswürdigung und Indizienbeweise nicht aus (BGE 109 II 31 E. 3b und 344/45). Eine beschränkte Beweisabnahme verletzt Art. 8 ZGB daher nicht, wenn das Gericht schon nach deren Ergebnis von der Sachdarstellung einer Partei überzeugt ist, gegenteilige Behauptungen also für unbewiesen hält (BGE 114 II 290 E. 2). Ebenso wenig schliesst der im Verfahren zur Beurteilung von Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung herrschende Untersuchungsgrundsatz die antizipierte Beweiswürdigung aus (Urteil des Bundesgerichts vom 9. November 2006, 5C.206, E. 2.1).

3.4 Dem Versicherer steht ein - aus Art. 8 ZGB abgeleitetes - Recht auf Gegenbeweis zu. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 120 II 393 E. 4b) und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Gelingt der Gegenbeweis, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

3.5 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob dieser für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen der Expertin oder des Experten begründet sind (vgl. BGE 134 V 232 E. 5.1, 125 V 352 E. 3a, 122 V 160 E. 1c). Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern ausschliesslich dessen Inhalt (vgl. BGE 125 V 352 f. E. 3, 122 V 160 E. 1c; AHI-Praxis 2001 S. 113 E. 3a). Das Gericht darf dabei eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt ist (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 136).

4. Strittig zwischen den Parteien ist die Ausrichtung von Krankentaggeldleistungen vom 7. September 2011 bis 31. März 2012.

4.1 Da das VVG ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld enthält, sind die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die AVB von 2006 massgebend. Die AXA Winterthur gewährt die in der Police aufgeführten Leistungen für die wirtschaftlichen Folgen von Krankheiten (Art. A1 AVB). Als Krankheit gilt jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalls ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erfordert und eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (Art. B1 Abs. 1 AVB). Arbeitsunfähigkeit ist eine ärztlich, attestierte durch eine Krankheit bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Berücksichtigt wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich (Art. B4 Abs. 1 AVB). Bei voller Arbeitsunfähigkeit bezahlt die AXA Winterthur das in der Police aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25 % ergeben jedoch keinen Anspruch (Art. C2 Abs. 1 und 2 AVB). Der Versicherungsschutz erlischt mit dem Erlöschen des Versicherungsvertrags oder mit dem Ausscheiden aus dem Kreis der versicherten Personen (Art. A2 Abs. 4 AVB). Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes bezahlt die AXA Winterthur das Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind, noch bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer, längstens jedoch bis zum Beginn einer Rente gemäss BVG oder entsprechender ausländischer Versicherungseinrichtungen (Art. C4 Abs. 5 AVB). In der Schweiz wohnhafte Versicherte haben das Recht, in die Einzelversicherung der AXA Winterthur überzutreten, wenn sie aus dem Kreis der Versicherten ausscheiden, der Vertrag erlischt oder sie als arbeitslos gelten (Art. E1 Abs. 1 AVB).

4.2.1 Die Arbeitgeberin meldete der AXA Winterthur am 26. Oktober 2010 eine Arbeitsunfähigkeit des Klägers ab 30. September 2010. Diese richtete die vertraglich vereinbarten Leistungen aus. C.____ attestierte eine volle Arbeitsunfähigkeit bis 7. November 2011 aufgrund einer

Ringbandstenose beidseits (vgl. Bericht vom 17. November 2010). Dr. med. F.____, FMH Allgemeine Medizin, verlängerte das Attest bis Ende Januar 2011 (vgl. Bericht vom 13. Dezember 2010 sowie Attest vom 21. Dezember 2010). Dr. med. G.____, FMH Allgemeine Medizin, vom beratenden medizinischen Dienst der AXA Winterthur erachtete aufgrund der Akten eine volle Arbeitsfähigkeit ab 1. Februar 2011 als gegeben (vgl. Bericht vom 12. Januar 2011). Gemäss Bericht von Dr. F.____ vom 25. Januar 2011 sei der postoperative Zustand beider Hände dagegen nicht optimal. Es fänden wieder regelmässige handchirurgische Kontrollen und intensive ergotherapeutische Behandlungen im D.____ statt. Das Heben von schweren Geräten, Bahnschienen und Bahnschwellen sei mit diesen Händen nicht möglich. Aufgrund der weiteren internistischen Krankheiten seien schwere Arbeiten allgemein nicht zumutbar. Dr. F.____ attestierte eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit bis 28. Februar 2011 aufgrund zunehmender rheumatischer Beschwerden und Abnützungserscheinungen an der Wirbelsäule und am Hüftgelenk sowie Schmerzen im Wirbelsäulen- und Beckenbereich (vgl. Bericht vom 25. Januar 2011 sowie Atteste vom 21. Januar 2011 und 7. Februar 2011). Am 16. Februar 2011 berichtete Dr. F.____ ergänzend, dass neuere Röntgenuntersuchungen fortgeschrittene Spondylarthropathien der unteren Lumbalabschnitte, mässige Arthrosen der Wirbelkörper, deutliche Verknöcherungen in den Weichteilen an den Sehnenansätzen im gesamten Beckenbereich und Verkalkungen im Bereich beider Hüftpfannen zeigten. Diese Weichteilverknöcherungen seien wahrscheinlich verantwortlich für die tendinopathischen Beschwerden des Versicherten (vgl. dazu Bericht des D.____ vom 27. Januar 2011). In Bezug auf die Hände sei die Greiffunktion eingeschränkt. Der Versicherte benötige wieder eine Fingerschiene und regelmässige handchirurgische Betreuung. Nach wie vor sei er zu 100% arbeitsunfähig (vgl. Attest vom 23. Februar 2011).

4.2.2 Auf Anraten des beratenden Arztes der AXA Winterthur wurde ein Verlaufsbericht des behandelnden Handchirurgen angefordert (Schreiben vom 23. Februar 2011). Gemäss Bericht von Dr. C.____ vom 18. Februar 2011 sei die Gesamtsituation des Versicherten schwierig. Er betone seine Rücken-, Knie- und Beinbeschwerden und äussere den Wunsch, seine bisherige Arbeit im Gleisbau nicht mehr aufnehmen zu müssen. Als Handchirurg könne er nur die Situation der Hände beurteilen. Trotz beginnender Tendovaginitis stenosans dürfe der Versicherte beide Hände auch für schwere Arbeiten einsetzen. Sollte die Problematik eines Schnappfingers am rechten Zeigefinger entstehen, könne diese operativ behoben werden. Unter Therapie habe eine Beweglichkeitsverbesserung erreicht werden können. Eine Arbeitsunfähigkeit hinsichtlich der Hände sei derzeit nicht zu attestieren.

4.2.3 Dr. F.____ attestierte dagegen aufgrund der gesamten Beschwerdesituation weiterhin eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit (vgl. Atteste vom 23. März 2011, 26. April 2011, 24. Mai 2011, 27. Juni 2011 und 8. August 2011).

4.2.4 Am 2. Mai 2011 gab die AXA Winterthur als Ergebnis einer eingehenden Besprechung vom 26. April 2011 mit dem Versicherten, dem Eingliederungsverantwortlichen der IV-Stelle sowie dem kaufmännischen Leiter der Arbeitgeberin ein polydisziplinäres Gutachten beim

E.____ in Auftrag. Mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit wurden gemäss Gutachten vom 15. August 2011 ein chronisches Lumbovertebralsyndrom, persistierende Schmerzen, eine Schwäche sowie ein Schwellungsgefühl in beiden Händen bei Status nach Karpaltunnelspaltung beidseits, eine Polyarthrose, ein symptomatischer Fersensporn beidseits sowie eine Epicondylopathia humeri radialis beidseits diagnostiziert. Aus rheumatologischer Sicht könnten dem Versicherten aufgrund der degenerativen Veränderungen des Achsenskeletts lediglich noch leichte bis maximal intermittierend mittelschwere, wechselbelastende und rückenadaptierte Tätigkeiten zugemutet werden. Des Weiteren wirke sich die beidseitige mediale und retropatellare Gonarthrose einschränkend aus. Aufgrund dieser Veränderungen könne der Versicherte keine Arbeiten mehr ausführen, welche Gehen auf unebenem Grund, wiederholtes oder dauerndes Steigen auf Leitern oder Treppen und Arbeiten in der Höhe sowie wiederholtes oder dauerndes Knien notwendig machten. Die Veränderungen im Bereich der Hände verunmöglichten manuell stark belastende Tätigkeiten, insbesondere feinmechanische Arbeiten. Da es sich bei der angestammten Tätigkeit um eine vorwiegend stehende Arbeit, verbunden mit Gehen auf unebenem Grund und zum Teil hoher Gewichtsbelastung handle, könne die Arbeit als Sicherheitswächter dem Versicherten aus rheumatologischer Sicht langfristig nur noch zu maximal 50% zugemutet werden. Wegen der Dekonditionierung sei ein schrittweiser Einstieg wichtig (Beginn mit zwei Stunden täglich und Steigerung etwa alle drei Wochen bis auf 50%). Eine leidensangepasste Tätigkeit könne dem Versicherten vollschichtig zugemutet werden. Auch hier sei ein schrittweiser Aufbau des Pensums vorzunehmen, beginnend mit einem 30%-Pensum und einer Steigerung um 10-20% etwa alle drei Wochen.

5.1 Obwohl die medizinische Abklärung beim E.____ im Gange war, wurden die Akten an die interne Betrugsabteilung übermittelt. Ende Mai 2011 veranlasste die AXA Winterthur die Observation des Versicherten. Die genauen Umstände, die dafür den Ausschlag gaben, bleiben ungeklärt, da es dazu keine Unterlagen in den Akten gibt und gemäss Auskunft des Rechtsvertreters der AXA Winterthur auch keine auffindbar seien. Vorhanden ist einzig der Observationsbericht vom 23. August 2011, wonach mit der Observation im Zeitraum vom 20. Juli bis 22. August 2011 hätte festgestellt werden sollen, ob die Angaben des Klägers bezüglich seiner Beeinträchtigungen zutreffend seien. Anscheinend war der Verdacht aufgekommen, dass der Versicherte Taggeldleistungen erschleichen wollte, da er mehrmals geäussert hatte, aufgrund seiner Beschwerden nicht mehr arbeiten zu können.

5.2 Am 6. September 2011 wurde der Versicherte mit dem Bildmaterial konfrontiert und schliesslich zur Unterzeichnung der strittigen Verzichtserklärung bewogen, wonach er zugebe, dass er seine Beschwerden gegenüber dem Gutachter und der AXA-Winterthur massiv übertrieben habe, um ungerechtfertigt in den Genuss von Taggeld- und Rentenleistungen zu gelangen. Im Sinne von Art. 40 VVG verzichte er auf sämtliche Versicherungsleistungen und Lohnansprüche gegenüber seinem Arbeitgeber. Am 22. September 2011 widerrief der Versicherte den Verzicht. Er bestritt, dass er seine Beschwerden gegenüber dem Gutachter und der AXA Winterthur falsch dargestellt habe. Den Verzicht habe er unter Druck unterschrieben. Die AXA

Winterthur wies diese Vorwürfe zurück und hielt an der Gültigkeit des Verzichts fest. Der Tatbestand von Art. 40 VVG sei in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt.

6. Zu prüfen ist, ob die Voraussetzungen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches gemäss Art. 40 VVG erfüllt sind bzw. der Verzicht vom 6. September 2011 gültig ist und die Beklagte berechtigt war, ihre Leistungen einzustellen.

6.1 Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Massgabe des Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). Betrügerische Anspruchsbegründung liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen verfälscht oder verschweigt. Äussert er eine persönliche Meinung, eine Vermutung oder gar bloss einen Verdacht, handelt es sich noch nicht um eine tatsächliche Mitteilung. Nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen ist von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen. Betrügerische Anspruchsbegründung liegt nur dann vor, wenn der Anspruchsteller „zum Zwecke der Täuschung“ gehandelt hat. Zu den objektiven Voraussetzungen muss also noch das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzukommen. Sie besagt, dass der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen.

6.2 Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber „an den Vertrag nicht gebunden“. Die einhellige Lehre und Praxis leiten daraus das Recht des Versicherers ab, die Leistung zu verweigern und – gegenüber dem Versicherungsnehmer – gegebenenfalls vom Vertrag zurückzutreten. Will der Versicherer den Vertrag wegen betrügerischer Anspruchsbegründungen nicht aufrechterhalten, ist dazu eine Willenserklärung des Versicherers erforderlich.

6.3 Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen oder die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen. Indizien genügen regelmässig nicht, vielmehr ist der direkte Beweis erforderlich, der die erhebliche Tatsache unmittelbar zum Gegenstand hat (vgl. JÜRG NEF, in: Honsell/Vogt/Schnyder, VVG-Kommentar, Art. 40 VVG).

6.4.1 Die Beklagte erachtete den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG als erfüllt, weil der Kläger den Ärzten gegenüber falsche Angaben zu seinem Gesundheitszustand und der damit verbundenen Arbeitsfähigkeit gemacht bzw. wichtige Tatsachen zu seiner effektiven Leistungsfähigkeit verschwiegen habe. Der Kläger habe sich dabei zu Nutze gemacht, dass die behandelnden Ärzte bei der medizinischen Einschätzung des von ihm geschilderten Beschwerdebil-

des mangels adäquater objektiver Befunde massgeblich auf seine Angaben betreffend Arbeitsfähigkeit hätten abstellen müssen. Aber auch der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG sei gegeben. Der Kläger habe seine effektive Leistungsfähigkeit bewusst verschwiegen, um von den ihn behandelnden und untersuchenden Ärzten Arbeitsunfähigkeitsatteste zu erlangen.

6.4.2 Dem kann nicht gefolgt werden. Der Kläger schilderte seine Beschwerden, so wie er sie erlebte. Dass seine Wahrnehmung dessen, was er trotz seiner Beschwerden noch leisten könne, mit der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit nicht übereinstimmte, ist nicht aussergewöhnlich. Ebenso wenig, dass die behandelnden Ärzte die subjektive Darstellung der Beschwerden in ihre Beurteilung miteinbezogen. Um eine unbefangene Beurteilung zu erhalten, ist deshalb regelmässig die Einholung eines Gutachtens notwendig. Damit können die medizinische Situation und die Arbeitsfähigkeit von neutraler Seite beurteilt werden. Dem Kläger übertriebene Darstellung seiner Beschwerden vorzuwerfen, um die Ärzte zu falschen Attesten zu verleiten, um Versicherungsleistungen kassieren zu können, ist äusserst fragwürdig und im Ergebnis falsch. Insbesondere wurden im Gutachten vom 15. August 2011 mehrere objektiv nachweisbare Beschwerden aufgeführt, die durchaus Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit haben. Zudem konnte beim Kläger weder eine Aggravation noch eine Simulation seiner Beschwerden festgestellt werden. Der Kläger erfüllte auch stets seine Mitwirkungspflichten bezüglich der gebotenen Abklärungen seines Gesundheitszustandes. Damit steht aber die Observation in Frage, welche unter den gegebenen Umständen kaum als objektiv geboten gelten kann (vgl. BGE 136 III 410, E. 4.2.1). Denn die objektive Gebotenheit der Observation als wichtiges Element der Interessenabwägung im privatrechtlichen und verfassungsmässigen Persönlichkeitsschutz setzt das Bestehen konkreter Anhaltspunkte voraus, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden und an der behaupteten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen. Dazu gehören etwa widersprüchliches Verhalten, Inkonsistenzen anlässlich der medizinischen Untersuchung, Aggravation, Simulation, Selbstschädigung oder Zweifel an der Redlichkeit der versicherten Person (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 25. September 2012, 9C_492/2012, E. 4.1, BGE 137 I 327). Solche Anhaltspunkte waren im Zeitpunkt der Beauftragung der Observation nicht vorhanden. Insbesondere lief die medizinische Abklärung beim E.____ bereits, weshalb der Observationsauftrag nicht nachvollziehbar ist. Des Weiteren bildet ein Observationsbericht für sich allein keine sichere Basis für die Sachverhaltsfeststellungen betreffend den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit des Versicherten (BGE 137 I 327, E. 7.1). Er kann diesbezüglich höchstens Anhaltspunkte liefern oder Anlass zu Vermutungen geben. Sichere Kenntnis des Sachverhaltes kann in dieser Hinsicht erst die ärztliche Beurteilung des Observationsmaterials liefern (Urteil des Bundesgerichts vom 16. August 2013, 8C_192/2013, E. 3.1). Auch daran fehlt es im vorliegenden Fall. Aber selbst das Bildmaterial der Observation ist unergiebig. Die gefilmten Handlungen des Versicherten widersprechen den Ergebnissen des Gutachtens in Bezug auf sein Leistungsvermögen nicht, was der Rechtsvertreter der Beklagten denn auch an der heutigen Parteiverhandlung eingestand. Die zumutbare Arbeitsfähigkeit des Klägers und damit auch die absehbare Leistungseinstellung der Beklagten ergeben sich ohne weiteres aus dem Gutachten.

Demzufolge kann dem Kläger eine Verfälschung oder Verheimlichung von Angaben zu seinem Gesundheitszustand, um in betrügerischer Absicht Leistungen von der Versicherung zu erhalten, nicht vorgeworfen werden. Somit ist weder der objektive noch der subjektive Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt und eine Leistungseinstellung gestützt darauf nicht zulässig.

6.4.3 Die Verzichtserklärung vom 6. September 2011 erweist sich als ungültig. Einmal stützt sie sich auf den Tatbestand des Art. 40 VVG, welcher vorliegend nicht erfüllt ist. Des Weiteren berichtete der Kläger an der heutigen Parteiverhandlung glaubhaft, wie er von zwei Versicherungsmitarbeitern gedrängt worden sei, den Leistungsverzicht zu unterschreiben, nachdem sie ihm einen Teil des Bildmaterials gezeigt hätten und mit einer Rückforderung drohten. Das Gutachten vom 15. August 2012 wurde dem Kläger dagegen vorenthalten, weshalb er über seinen Leistungsanspruch nicht im Bild war. Er war mit der Situation überfordert und erkannte die Tragweite des Verzichts nicht. Seine Bitte, seine Tochter hinzuzuziehen, wurde zudem grundlos abgelehnt. Da nach den Umständen davon auszugehen ist, dass der Kläger bei Kenntnis des wahren Sachverhaltes die Erklärung nicht oder nicht so abgegeben hätte, liegt ein wesentlicher Willensmangel im Sinne von Art. 23 und 24 des Bundesgesetzes betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (OR) vom 30. März 1911 vor. Die Folge davon ist die Unverbindlichkeit des Verzichts, welche rechtzeitig mit dem Schreiben vom 22. September 2012 bzw. mit Klagerhebung am 5. September 2013 geltend gemacht wurde.

7.1 Die Leistungspflicht ist folglich gestützt auf die attestierte Arbeitsfähigkeit im Gutachten vom 15. August 2012 - welches unbestrittenermassen vollen Beweiswert geniesst - zu beurteilen. Der Kläger ist nach einer schrittweisen Eingewöhnung in seiner angestammten Tätigkeit zu 50% arbeitsfähig. Eine leidensangepasste Tätigkeit ist dem Versicherten dagegen zu 100% zumutbar, wobei auch hier eine schrittweise Erhöhung des Pensums ausgehend von einem 30%igen Pensum mit Steigerung um 10-20% alle drei Wochen bis zum Vollpensum vorzunehmen ist. Da dem Kläger ein Vollzeitpensum in einer Verweistätigkeit zumutbar ist, ist ihm aufgrund seiner Schadenminderungspflicht ein Berufswechsel zuzumuten (vgl. Art. 61 VVG und Art. B4 Abs. 1 AVB).

7.2 Ist ein Berufswechsel angezeigt, gesteht die Rechtsprechung der versicherten Person zur Anpassung an die veränderten Verhältnisse und zur Stellensuche eine Übergangsfrist zu, während welcher das bisherige Krankentaggeld geschuldet bleibt. In der Regel wird eine Frist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet. Die Anpassungszeit beginnt mit der Aufforderung des Taggeldversicherers zum Berufswechsel (vgl. Urteile des Bundesgerichts vom 27. August 2012, 4A_79/2012, E. 5.1 und vom 29. März 2007, K 224/05, E. 3.3).

7.3 Die Beklagte anerkennt diese Regelung. Sie macht jedoch geltend, dass das Ansetzen einer Übergangsfrist vorliegend nicht angezeigt sei, weil der Kläger das Arbeitsverhältnis mit seiner Arbeitgeberin per 6. September 2011 aufgelöst habe und aufgrund der vollen Arbeitsfä-

higkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit ein volles Taggeld von der Arbeitslosenversicherung ab dem 7. September 2011 hätte beziehen können. Die Beklagte schulde dem Kläger daher keine weiteren Taggeldleistungen.

7.4 Abgesehen davon, dass die Auflösung des Arbeitsvertrages unter fragwürdigen Umständen zustande gekommen ist, bezahlt die Beklagte gemäss AVB das Taggeld längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer (C6 Abs. 1 AVB). Gemäss Police für die kollektive Krankenversicherung hat der Kläger Anspruch auf 80% des Lohnes während 730 Tagen. Nach Erlöschen des Versicherungsschutzes hat der Versicherte bis zum Ablauf der vereinbarten Leistungsdauer Anspruch auf das Taggeld für Krankheiten, die während der Vertragsdauer eingetreten sind (C4 Abs. 5 AVB). Der Kläger hat folglich Anspruch auf Ausrichtung von Leistungen über die Beendigung des Arbeitsverhältnisses hinaus. Der Versicherte war seit dem 30. September 2010 zu 100% arbeitsunfähig und erhielt dafür monatliche Taggeldleistungen in Höhe von Fr. 4‘682.--. Am 6. September 2011 wurden diese eingestellt. Der Kläger hat bisher knapp ein Jahr Leistungen bezogen, womit die 730 Tage noch nicht aufgebraucht sind. Eingefordert hat der Kläger einen Betrag von Fr. 13‘109.60, welcher sich auf die Berechnung eines gestaffelten Anstiegs der Arbeitsfähigkeit alle vier Wochen um 10% während der Monate September 2011 bis April 2012 stützt. Da die eingeklagte Summe einer Übergangsfirst von knapp drei Monaten entspricht, ist sie dem Kläger vollumfänglich zuzugestehen. Die Leistungsklage ist demnach gutzuheissen.

8. Das Verfahren vor dem Versicherungsgericht ist gemäss Art. 114 Abs. 2 lit. f ZPO kostenlos. Dem obsiegenden Kläger ist gestützt auf Art. 106 Abs. 1 ZPO eine Parteientschädigung zu Lasten der Beklagten zuzusprechen. Gemäss Honorarnote vom 27. März 2013 machte der Vertreter des Klägers angemessene 8 Stunden und 20 Minuten geltend. Zusätzlich gewährt das Gericht 2 Stunden für die Parteiverhandlung sowie 45 Minuten für die Vorbesprechung. Demnach hat der Kläger Anspruch auf Vergütung der Parteikosten in Höhe von Fr. 1‘682.50 (11 Stunden und 5 Minuten à Fr. 150.-- [Tarif für Verbandsangestellte von gemeinnützigen Organisationen] sowie Auslagen von Fr. 20.--).

Demgemäss wird **e r k a n n t** :

://: 1. Die Klage wird, soweit darauf einzutreten ist, gutgeheissen und die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 13'109.60 zu bezahlen.

2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

3. Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 1'682.50 (inkl. Auslagen) zu bezahlen.

Kantonsgericht
Basel-Landschaft
Abteilung Sozialversicherungsrecht

http://www.bl.ch/kantonsgericht