

Gerichtskreis IV Aarwangen-Wangen

Gerichtspräsident 2

Schloss
4912 Aarwangen

Telefon 062 / 919 02 31
Telefax 062 / 919 02 30
Postkonto 49-711-7

Schloss Aarwangen, 07. Juli 2008

Z 06 1851

U r t e i l
des Gerichtspräsidenten 2 des Gerichtskreises IV Aarwan-
gen-Wangen

in Sachen



X.

vertreten durch Fürsprecher Ismet Bardakci

Kläger

gegen

A. Versicherungen AG, (vormals B. Schweizerische Versicherungs-Gesellschaft),
vertreten durch Fürsprecher und Notar Franz Müller

Beklagte

Der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises IV Aarwangen-Wangen zieht

i n E r w ä g u n g :

I. I. Anträge, Zuständigkeit

1. Mit Klage vom 24. Oktober 2006 stellte der Kläger das Rechtsbegehren, die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Krankentaggelder in Höhe von Fr. 44'010.50 zuzüglich 5% Zins seit wann rechtens, zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge

2. Mit Gesuch vom 7. November 2006 stellte der Kläger ein Gesuch um Erteilung des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung und beantragte die amtliche Beiordnung des für ihn tätigen Anwaltes.
3. In ihrer Klageantwort vom 12. Januar 2007 beantragte die Beklagte, die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
4. Mit Verfügung vom 06. März 2007 wurde dem Kläger Frist gesetzt zur Einreichung einer schriftlichen Replik. Zudem wurden die Akten der S. 5.76955.03.0/33 betreffend den Kläger (hinter der Ss.) ediert.
Die Replik wurde vom Kläger am 9. Mai 2007 eingereicht.
5. In der Duplik vom 5. Juli 2007 bestätigte die Beklagte das Rechtsbegehren, die Klage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.
6. Am 13. September 2007 fand die Hauptverhandlung in Anwesenheit beider Parteien und einer Übersetzerin statt.
Beide Parteien bestätigten ihre gestellten Rechtsbegehren. Nach Eröffnung der Beweisverfügung wurde mit beiden Parteien ein Parteiverhör durchgeführt. Hierauf wurden Vergleichsverhandlungen durchgeführt, die jedoch scheiterten. Die Verhandlungen wurden anschliessend abgebrochen und den Parteien eine Beweismittelfrist gesetzt.
7. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2007 teilte Fürsprecher Bardakci mit, die Parteianwälte führten Vergleichsverhandlungen und beantragte eine Verlängerung der Beweismittelfrist für beide Parteien.
Am 8. November 2007 teilte Fürsprecher Müller telefonisch mit, dass die Parteien in Vergleichsverhandlungen stünden und ersuchte, in nächster Zeit nicht neu zu verfügen oder vorzuladen. Am 31. Dezember 2007 schrieb Fürsprecher Bardakci, die Bemühungen der Parteien für eine gütliche Lösung seien fruchtlos geblieben, weshalb er um Fortsetzung des Klageverfahrens ersuche.
8. In der Fortsetzungsverhandlung vom 17. April 2008 wurde Dr. med. E. als Zeuge einvernommen. Nach Beendigung des Beweisverfahrens bestätigten die Parteien in den Schlussvorträgen ihre Rechtsbegehren. Anschliessend wurde die Urteilsfällung mit Einverständnis der Parteien vertagt und die schriftliche Urteilseröffnung in Aussicht gestellt.
9. Der Gerichtspräsident 2 des Gerichtskreises IV Aarwangen-Wangen ist zur Beurteilung der Klage sachlich und örtlich im ordentlichen Verfahren zuständig (Art. 22 Abs. 1 lit. a

GestG [auch Versicherungsverträge fallen unter Art. 22 GestG; vgl. Kellerhals/Von Werdt/Güngerich, Kommentar zum Gerichtsstandsgesetz, Stämpfli Verlag AG Bern 2001, N 37 zu Art. 22; Gross Balz, Kommentar zum Gerichtsstandsgesetz, Schulthess Zürich 2001, N 170 ff. zu Art. 22], Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [VAG], Art. 37 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Einführung der Bundesgesetze über die Kranken-, die Unfall- und die Militärversicherung [EG KUMV] i.V.m. Art. 2 Abs. 1 ZPO und Art. 299 ZPO).

II. Begründung der Anträge

1. In der Klageschrift führte Fürsprecher Bardakci zur Begründung insbesondere aus, der Kläger habe seit dem 1. August 2000 im Paketzentrum der O. gearbeitet. Diese habe für ihr Personal mit der Beklagten eine Kollektiv-Taggeldversicherung abgeschlossen. Nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bzw. per 26. März 2004 sei der Kläger gemäss der in der Police der Beklagten mit der O. vorgesehenen Möglichkeit von der Kollektiv- in die Einzelversicherung (Freizügigkeitspolice Nr. 12.091.159) übergetreten. Nachdem der Kläger ab dem 14. September 2004 arbeitsunfähig geworden sei, habe er bei der Beklagten Anspruch auf Krankentaggelder erhoben. Die Beklagte habe ihre Leistungspflicht anerkannt und ab dem Datum der Arbeitsunfähigkeit Taggelder ausgerichtet. Am 1. September 2005 habe die Beklagte ihn zu sich kommen lassen und ihn protokollarisch zu seinem Gesundheitszustand befragt. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2005 habe die Beklagte die Einzelversicherung aufgelöst und die Taggeldleistungen per 1. September 2005 eingestellt, mit der Begründung, der Kläger habe ihr gegenüber falsche Angaben über seinen Gesundheitszustand gemacht. Als Nachweis für die behauptete betrügerische Anspruchsbegründung habe die Beklagte lediglich auf die S.-Akten, das Protokoll vom 1. September 2005 und zehn Fotos verwiesen, die angeblich aus von ihr heimlich gemachten Videoaufnahmen stammten. Aus diesen Unterlagen könne aber keineswegs auf ein betrügerisches Verhalten des Klägers geschlossen werden. Obwohl die Beklagte das Vorspielen der Videoaufnahmen in Aussicht gestellt habe, habe sie dies unterlassen mit der Begründung, es handle sich um wichtige Beweismittel, die dem Unterzeichnenden nicht vorgespielt werden könnten. Die Versicherungsdeckung in der Einzelversicherung umfasse ein Krankentaggeld von Fr. 116.43 ab dem 31. Tag für die Dauer von 730 Tagen. Die Beklagte bezahle seit dem 1. September 2005 keine Taggelder mehr. Der Anspruch des Klägers betreffe die Taggelder von September 2005 bis und mit 13. September 2006, ausmachend total

Fr. 44'010.50.

Der Kläger habe seine Forderung aus der Einzelversicherung der Einwohnergemeinde T. abgetreten, weil diese ihm die Leistungen im Rahmen der SKOS-Richtlinien bevorzuschussten. Die Einwohnergemeinde T. habe die Forderungsabtretung rückwirkend per 1. September 2005 aufgehoben und sich damit einverstanden erklärt, dass die noch ausstehenden Leistungen an den Kläger bezahlt würden.

2. In der Klageantwort führte Fürsprecher Müller aus, die Beklagte stelle sich auf den Standpunkt, dass der Kläger die Ansprüche im Sinne von Art. 40 VVG betrügerisch begründet bzw. zu begründen versucht habe. Aus diesen Gründen entfalle die Leistungspflicht der Beklagten, die überdies berechtigt wäre, bereits ausgerichtete Leistungen zurückzufordern, was ausdrücklich vorbehalten bleibe. Erbracht worden seien insgesamt Taggeldleistungen von Fr. 35'864.00.

Eine Analyse der S.-Akten, welche im Zusammenhang mit den Sachverhaltsabklärungen zum vorliegenden Taggeldfall vorgenommen worden sei, habe erhebliche Zweifel an der Darstellung des Klägers geweckt. Im Zuge eines vom Kläger am 28. Juli 2003 erlittenen Verkehrsunfalls habe sich beispielsweise aufgrund einer Rehabilitationsabklärung in der Reha-Klinik U. im November 2003/Januar 2004 ergeben, dass die Leistungsbereitschaft des Klägers fraglich sei. Es sei eine 25%-ige Arbeitsfähigkeit ab 19. Januar 2004 und eine 50%-ige Arbeitsfähigkeit ab 26. Januar 2004 attestiert worden. Der S.-Kreisarzt Dr. F. habe am 23. Februar 2004 aufgrund einer kreisärztlichen Untersuchung festgehalten, dass eine volle Arbeitsfähigkeit ab 23. Februar 2004 bestehe. Offenbar seien dann in der Folge Rückenschmerzen aufgetaucht, die weiter untersucht worden seien. Der Kreisarzt der Ss., Dr. G., habe am 12. April 2005 eine volle Arbeitsfähigkeit des Versicherten nach wie vor als gegeben gehalten. Nach Beizug eines Spezialarztes, Dr. H., Bern, durch die S., sei eine neuerliche umfassende Beurteilung durch die S. erfolgt. Im Bericht vom 8. August 2005 habe der Kreisarzt festgehalten, es lägen völlig diffuse, organisch nicht zuzuordnende Beschwerden vor. Der Kreisarzt habe weder unfallbedingte noch krankheitsbedingte Auswirkungen gesehen. Er sei der klaren Meinung gewesen, es müsse von einer vollen Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Im Einspracheentscheid der S. vom 21. März 2006 sei diese Auffassung bestätigt worden. Angesichts der seltsamen Entwicklung des Falles habe sich die Beklagte entschlossen, den Kläger zu observieren. Hierzu würden zwei Protokolle und die DVD mit den entsprechenden Aufnahmen vorgelegt. In der Befragung vom 1. September 2005 habe der Kläger ausgeführt, er könne keine Einkaufstaschen tragen, nur kurze Strecken mit dem Auto fahren und laufe immer sehr langsam, und zwar nach einem langsamen hinkenden

Anlaufen, er könne weder schnell laufen noch rennen. Aus den Videoaufnahmen gehe dagegen hervor, dass der Kläger nicht nur offenbar ungehindert Auto fahre. Entgegen seinen Behauptungen besorge er auch Einkäufe, trage Taschen und anderes Material, so insbesondere auch ein ca. 10 kg schweres Pack Mineralflaschen. Er mache weder einen schmerzgeplagten noch leidenden Eindruck und habe am 12. Oktober 2005 sogar in leichtem Laufschrift beobachtet werden können.

Damit stehe fest, dass der Kläger nicht nur der Beklagten gegenüber, sondern offenbar auch seinen Ärzten gegenüber seine Beschwerden nicht korrekt geschildert habe. Zugunsten dieser Ärzte sei ja davon auszugehen, dass sie in Kenntnis der wahren Umstände ihre vollen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht abgegeben hätten. Damit sei der Tatbestand von Art. 40 VVG objektiv erfüllt. Auch am subjektiven Tatbestand könne kein Zweifel bestehen. Es gebe keinen Grund, weshalb der Kläger, dem bereits aus den langen Abklärungen der S. habe klar sein müssen, dass seinen diffusen Klagen mit Argwohn begegnet werde, gegenüber der Beklagten aggravierende Beschwerden schildere, die offensichtlich nicht vorhanden oder jedenfalls übertrieben seien und Einschränkungen geltend mache, die so nicht bestünden, als um eben Taggelder zu beziehen, auf die er keinen Anspruch habe. Damit habe die Beklagte ihre Leistungspflicht zu Recht verneint.

Überdies sei davon auszugehen, dass der Kläger spätestens seit der Leistungseinstellung vollumfänglich arbeitsfähig sei und daher ohnehin keinen Anspruch auf weitere Taggeldleistungen habe, wie die Abklärungen der S. bestätigen würden.

3. In seiner Replik brachte Fürsprecher Bardakci ergänzend vor, die Beklagte habe die Behauptung, wonach der Kläger seine Ansprüche im Sinne von Art. 40 VVG betrügerisch begründet habe, nicht belegt. Die Beklagte habe statt des Originalvideobandes eine selbst gebrannte CD mit manipulierten Aufnahmen aus dem angeblich echten Videoband zukommen lassen. Dieser DVD komme keine Beweisqualität zu, da Filmaufnahmen technisch durch Bearbeitung manipulierbar seien. Selbst wenn die von der Beklagten eingereichten Ausschnitte auf der DVD nicht manipuliert wären, könne daraus nicht ein betrügerisches Verhalten des Klägers abgeleitet werden.

Die zwischen den Parteien bestehende Taggeldversicherung sichere dem Kläger das Einkommen bei Krankheit. Unter Krankheit würden auch Störungen der psychischen Gesundheit fallen. Arbeitsunfähigkeit, welche nicht mit der Erwerbsunfähigkeit zu verwechseln sei, beziehe sich auf die Unfähigkeit, im bisher ausgeübten Tätigkeitsbereich ganz oder teilweise tätig zu sein. Die Arbeitsunfähigkeit werde vom behandelnden Arzt festgestellt. Die Angaben eines Versicherten über seine gesundheitlichen Beschwerden

und deren Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit, die er gegenüber seiner Versicherung oder eines Arztes gemacht habe, würden ihn weder arbeitsfähig noch arbeitsunfähig machen. Diese Angaben stellten seine subjektiven Wahrnehmungen dar, die für die Ärzte nicht verbindlich seien. Selbst, wenn ein Versicherter aufgrund seines subjektiven Befindens und trotz ärztlichen Attests, er sei arbeitsfähig, behaupten sollte, er fühle sich krank und könne nicht arbeiten, könne ihm nicht vorgeworfen werden, er handle in betrügerischer Absicht.

Wie aus den Klagebeilagen 8 bis 14 hervorgehe, habe der behandelnde Arzt Dr. E. den Kläger als zu 100% arbeitsunfähig geschrieben. Vor der Einstellung der Taggelder habe Dr. E. dem Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. I., auf dessen Verlangen hin einen Bericht erstattet. Diesem Arztbericht vom 17. März 2005 sei die folgende „genaue Diagnose“ zu entnehmen: „Somatisierung F 45.0 mit/bei depressiver Entwicklung (F33)“. In diesem Arztbericht werde auch erwähnt, dass der Kläger unter Knieschmerzen leide. Das MRI des linken Knies vom 8. Februar 2005 zeige Degenerationen im Innenmeniskus-Hinterhorn. Der Kläger leide seit den beiden Autounfällen auch unter einem lumbospondylogenen Schmerzsyndrom, welches seit Jahren bestehe. In der Folge sei es zu einer Schmerzausweitung und zu einer depressiven Entwicklung gekommen. Auch in seinem von der Q. eingeholten Arztbericht vom 29. September 2005 komme Dr. E. zum gleichen Ergebnis. Dass sich beim Kläger die Schmerzen chronifiziert hätten, gehe auch aus folgenden Arztberichten hervor: Arztbericht von Dr. K. vom 13. Juli 2004 (S.-Akte Nr. 39), kreisärztliche Untersuchung der S. vom 8. August 2005 (S.-Akte Nr. 53). Dass der Kläger wegen dieser gesundheitlichen Störung arbeitsunfähig geschrieben sei, sei aus psychologisch-medizinischer Sicht nicht zu beanstanden. Ob es sich bei der diagnostizierten somatoformen Schmerzstörung um ein invalidisierendes Leiden handle, brauche im vorliegenden Fall nicht beurteilt zu werden. Sämtliche Arztberichte seien sich darin einig, dass der Kläger seine bisherige Tätigkeit als Betriebsmitarbeiter bei der O. nicht mehr ausüben könne.

Die S. prüfe nur, ob unfallbedingte Einschränkungen bestünden.

Die Observationsprotokolle stellten blosse Parteierklärung der Beklagten dar. Sowohl dem detaillierten Bericht der Rehaklinik U. vom 16. Januar 2004, S. 5 (S.-Akte Nr. 28) als auch dem Arztbericht von Dr. E. vom 29. September 2005 könne entnommen werden, dass der Kläger Gewichte bis 10 kg tragen könne. Wenn die Beklagte die Originalvideoaufnahmen zur Verfügung stellen würde, würde man sehen können, dass die restlichen Mineralflaschen nicht vom Kläger, sondern von seinen anderen Familienmitgliedern getragen worden seien. Die Schmerzen des Klägers würden im Übrigen mit Ab-

ständen kommen und jeweils 10 bis 15 Minuten dauern. Der Kläger habe bei der Befragung am 1. September 2005 auch angegeben, dass die Ärzte ihm empfohlen hätten, sich zu bewegen und zu schwimmen. Er habe auch angegeben, dass er mit dem Auto kurze Strecken fahren könne.

Die Beklagte habe schon etwa im Juli 2005 den Kläger erstmals protokollarisch zu seiner Gesundheit befragt. Die Beklagte habe damals dem Kläger gesagt, er solle unbedingt bei der Qq. ein Gesuch um Leistungen der Invalidenversicherung stellen, andernfalls würden ihm keine Krankentaggelder mehr bezahlt.

In den Arztberichten des behandelnden Arztes und des Kreisarztes gehe unmissverständlich hervor, dass der Kläger unter psychischen Störungen (Schmerzverarbeitungsstörung) leide.

4. In der Duplik führte Fürsprecher Müller aus, der Vorwurf, Aufnahmen manipuliert zu haben, werde als ungehörig zurückgewiesen. Er sei umso kühner, als der Kläger Mitarbeitende der Beklagten allein deswegen der Ehrverletzung beschuldigt habe und strafrechtlich zur Verantwortung ziehen wolle, weil diese ihm unter Berufung auf Art. 40 VVG eine betrügerische Anspruchsbegründung vorgeworfen hätten. Es seien selbstverständlich keine Manipulationen erfolgt. Auf den Originalkassetten seien auch Aufnahmen anderer Abklärungen, die mit dem vorliegenden Fall nichts zu tun hätten, deshalb seien nicht die Originalaufnahmen eingereicht worden.

Es sei eine Erfahrungstatsache, dass sich auch Hausärzte auf Angaben des Patienten stützen müssten, insbesondere was die Schmerzempfindungen betreffe. Es sei auch eine Erfahrungstatsache, dass Hausärzte geneigt seien, Angaben der Patienten eher Glauben zu schenken, was sich durch das bestehende Vertrauensverhältnis erklären lasse, während unabhängige Ärzte naturgemäss und gerade in zweifelhaften Fällen kritischer seien.

Entscheidend sei vorliegend nicht die Frage, ob dem Kläger überhaupt etwas fehle oder nicht. Entscheidend sei, dass er seine Arbeitsunfähigkeit weit gravierender dargestellt habe, als sie effektiv sei.

Wenn sich der Kläger im Zusammenhang mit der Hervorhebung psychischer Probleme auf S.-Akte Nr. 53 stütze, müsse er sich vorhalten lassen, dass der erfahrene Kreisarzt weder unfall- noch krankheitsbedingt eine Arbeitsunfähigkeit sehe. Selbst in Kenntnis der angeblichen massiven Schmerzverarbeitungsstörung bescheinige der Kreisarzt der S. eine volle Arbeitsfähigkeit. Trotz einer psychischen Störung sei objektiv eine volle Arbeitsfähigkeit vorgelegen.

Im Bericht der Rehaklinik (S.-Akte Nr. 28) werde die zuletzt ausgeübte Tätigkeit im

Technik-Support-Bereich durch die Rehaklinik U. ganztags als zumutbar beurteilt, während der Kläger selber rundweg eine konstante 100%-ige Arbeitsunfähigkeit behauptete. Die Leistungsbereitschaft des Klägers werde gesamthaft als fraglich bezeichnet.

Wesentlich sei, dass der Kläger bei der Beklagten am 1. September 2005 unter anderem behauptet habe, seit Frühjahr 2005 habe sich die Situation verschlechtert. Gewichtheben gehe nicht. Den Einkauf besorge die Frau, er könne auch keine Einkaufstaschen tragen. Diese Darstellung sei offensichtlich falsch, so dass der Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt zu betrachten sei.

Es sei richtig, dass eine weitere Besprechung bei der B. in Bern stattgefunden habe, dies im April 2005. Bereits damals habe der Kläger wahrheitswidrige und entgegen den von ihm selbst genannten Arztberichten von Dr. E. angegeben, er könne gar keine Gewichte heben und seine Frau müsse die Einkäufe tätigen.

Im Übrigen bestreite die Beklagte ausdrücklich die Behauptungen des Klägers zur Arbeitsunfähigkeit. Den vom Kläger aufgelegten Akten sei zu entnehmen, dass die von ihm behaupteten gesundheitlichen Beeinträchtigungen unfallbedingt seien. Anerkanntermassen habe die Beklagte für derartige gesundheitliche Beeinträchtigungen nicht aufzukommen. Sollte sich neben den Unfallfolgen mit der Zeit eine „Gesundheitsstörung“ entwickelt haben, die von den Unfallfolgen überhaupt getrennt werden könne, sei festzuhalten, dass dieser kein Krankheitswert zukomme. bzw. deren Überwindung möglich und zumutbar wäre. Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit, die die betroffene Person bei Aufbietung allen guten Willens, Arbeit in ausreichendem Masse zu verrichten, zu vermeiden vermöchte, würden gemäss Bundesgericht nicht als invalidisierend gelten. Die vom Kläger geltend gemachte somatoforme Schmerzstörung falle an sich unter die Kategorie der psychischen Leiden. Selbst wenn ihr Krankheitswert zukäme, was vorliegend bestritten werde, sei dies nicht hinreichend, müsse doch die Schmerzstörung eine derartige Schwere aufweisen, dass der versicherten Person die Verwertung ihrer verbleibenden Arbeitskraft auf dem Arbeitsmarkt bei objektiver Betrachtung sozialpraktisch nicht mehr zumutbar oder dies für die Gesellschaft gar untragbar sei. Beruhe die Leistungseinschränkung schliesslich auf Aggravation oder einer ähnlichen Konstellation, liege regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vor.

Vor dem Hintergrund dieser Praxis sei festzuhalten, dass bei objektiver Betrachtung, wie sie namentlich auch von der S. vorgenommen worden sei, die vom Kläger postulierte Arbeitsunfähigkeit nicht vorliege. Die Klage wäre mithin selbst dann abzuweisen, wenn wider Erwarten die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG verneint würde.

5. Im Schlussvortrag führte Fürsprecher Bardakci aus, gemäss Bericht der SRO vom 1. März 2004 leide der Kläger an Beschwerden im Sinne einer Schmerzexacerbation seiner bekannten chronischen tieflumbalen Rückenschmerzen. Auch Dr. L. habe im Schreiben vom 10. Juli 2004 an Dr. E. festgehalten, gemäss seiner Beurteilung handle es sich um eine somatoforme Störung mit Schmerzverarbeitungsstörung. Dr. L. habe dem Kläger denn auch schon Saroten, ein Mittel gegen Depressionen, verschrieben. Dr. E. habe im Bericht an die Beklagte vom 9. Dezember 2004 Depression mit Somatisierung, chronische Rückenschmerzen und Kniebeschwerden diagnostiziert. Auch im Schreiben vom 17. März 2005 an den Vertrauensarzt der Beklagten habe Dr. E. geschrieben, der Kläger sei aufgrund seiner Schmerzsymptomatik und seiner depressiven Entwicklung bei seiner bisherigen Arbeit nicht arbeitsfähig. Es sei somit sachverhältnismässig erstellt, dass der Kläger seit 14. September 2004 wegen psychischen Beschwerden arbeitsunfähig sei. Die Beklagte verweise auf die S.-Akten, obwohl sie selber dem Kläger Taggelder wegen psychischen Beschwerden ausgerichtet habe. Die Beklagte habe die Videoaufnahmen zudem nicht offengelegt. Die Beklagte versuche einen Kausalzusammenhang mit einem Unfall herzustellen. Es liege aber kein dramatischer Unfall vor, sondern es gäbe viele Umstände, die zu den psychischen Beschwerden geführt hätten.
- Zu Art. 40 VVG: Der Kläger habe keine falschen Angaben gemacht. Das Kreuzband habe operiert werden müssen. Der Bericht der S. sei somit falsch. Die Qq. habe das Dossier gar nicht behandelt. Es sei eine Beschwerde hängig gegen den Qq.-Entscheid, gestützt auf den Bericht von Dr. M. Die Qq. habe auf die Videoaufnahmen verwiesen, obwohl diese gar nicht im Dossier gewesen seien.
- Chronische Schmerzen könnten nur durch Fachärzte diagnostiziert werden, diese Schmerzen seien objektiv nicht nachweisbar. Dr. L. habe den Kläger schon wegen Depressionen behandelt, obwohl er später ausgeführt habe, der Kläger sei gesund. Es sei nicht so, dass der Kläger keine Lasten tragen könne, nur schwere Lasten gingen nicht. Er sei wegen psychischen Problemen arbeitsunfähig, nicht wegen physischen Beschwerden. Er könne auch Sachen tragen. Der Kläger habe zu den Videoaufnahmen keine Stellung nehmen können. Das rechtliche Gehör sei ihm nicht gewährt worden. Erst im Verfahren habe er in einen Teil davon Einsicht nehmen können. Es bestünde keine gesetzliche Grundlage für die Videoaufnahmen. Diese seien unverhältnismässig. Sie seien zudem nicht vollständig eingereicht worden. Der Kläger könne kurze Strecken Auto fahren und leichte Sachen heben. Er habe nichts Falsches gesagt. Das Protokoll von der Besprechung vom 15. April 2005 sei vom Kläger nicht unterschrieben worden,

auch nicht von der vom Übersetzer in seinem Schreiben vom 11. April 2007 erwähnten Frau, die im Protokoll gar nicht aufgeführt sei. Das Protokoll vom 1. September 2005 sei verdächtig. Nach den Videoaufnahmen sei ein fremder Übersetzer beigezogen worden. Der Kläger habe der S. geschrieben, sie solle den Fall wieder aufnehmen, wenigstens in Bezug auf das Knie. Dieses sei schlimmer geworden. Die S. habe Dr. M. geschrieben, sie würden nicht bezahlen, da der Unfall nicht ursächlich sei.

6. Fürsprecher Müller führte im Schlussvortrag unter anderem aus, bei Art. 40 VVG genüge es, wenn ein Schaden vorgetäuscht werde, der nicht in diesem Ausmass vorliege. Es gehe um die richtige Darstellung von Tatsachen, nicht darum, ob jemand arbeitsfähig sei. Es gehe darum, was der Kläger an Tatsachen behauptet habe. Gemäss Rechtsprechung seien Observierung und Videoaufnahmen zulässig. Das Band sei auch nicht manipuliert worden, es sei nur eine Minute herausgeschnitten worden, in welcher man nichts habe sehen können. Der Kläger habe nicht von Anfang an psychische Beschwerden geltend gemacht, sondern körperliche.

Gemäss Protokoll vom 01. September 2005 habe der Kläger gesagt, das Hauptproblem sei der Rücken. Heute sage er, er habe Kniebeschwerden. Er habe gemäss Protokoll gesagt, er könne keine Einkaufstaschen tragen, er habe nicht gesagt, er könne keine schweren Sachen tragen. Er habe weiter gesagt, er könne nicht schnell laufen. Auf den Videoaufnahmen trage der Kläger aber Taschen und Pet-Flaschen in einer Stellung, die mit Rückenbeschwerden nicht möglich sei. Indem der Kläger gesagt habe, er könne nicht einkaufen, habe er falsch geantwortet. Er habe eine objektive falsche Darstellung gegeben. Subjektiv sei nicht Arglist, keine besonderen Machenschaften verlangt bei Art. 40 VVG. Man müsse nur einen Vermögensvorteil erlangen wollen. Dies sei beim Kläger gegeben. Warum sollte er sonst die Fragen falsch beantwortet haben? Es seien einfache Fragen zu täglichen Verrichtungen gewesen. Der Kläger habe massiv aggraviert.

Der Beweis der betrügerischen Anspruchsbegründung sei damit erbracht und die Klage abzuweisen.

Auch, falls wider Erwarten die Anwendung von Art. 40 VVG abgelehnt werde, sei die Klage aus folgenden Gründen abzuweisen: Die Arbeitsunfähigkeit beziehe sich nicht nur auf die bisherige Arbeitstätigkeit. Im Bereich der Zusatzversicherungen werde gemäss Art. 6 ATSG bei länger dauernder Arbeitsunfähigkeit auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabenbereich berücksichtigt. In der Praxis werde bei ungefähr 6 Monaten eine länger dauernde Arbeitsunfähigkeit angenommen. Es gehöre zur Schadensminderungspflicht, sich nach anderen Tätigkeiten umzuschauen und sol-

che aufzunehmen. Die Beklagte habe bis 1. September 2005 ein Jahr lang, somit länger als die 6 Monate, Taggelder ausgerichtet. Es seien zumutbare Verweistätigkeiten zu prüfen.

Es stelle sich die Frage, ob beim Kläger eine Krankheit vorliege. Das Knie sei eine Unfallfolge. Es werde ein psychisches Problem geltend gemacht. Welches psychische Leiden aber vorliege, liege im Dunkeln. Es werde ausgeführt, der Kläger leide an einer Schmerzverarbeitungsstörung. Es sei aber kein Psychiater beigezogen worden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung müsse bei psychischen Leiden ein Facharzt die Diagnose stellen. Der Kläger zeige durchaus depressive Züge, es liege aber letztlich eine Störung in der Schmerzverarbeitung vor. Es stelle sich die Frage nach dem Krankheitswert. Der Kläger werde mehrfach als nicht motiviert für eine Arbeit bezeichnet. Die Anforderungen an psychische Beschwerden seien hoch, sie seien im vorliegenden Fall nicht erfüllt. Arbeitsunfähigkeit wegen psychischen Beschwerden führe nur dann zur Arbeitsunfähigkeit, wenn eine willentliche Schmerzüberwindung und ein Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar seien. Der Kläger habe während einem Jahr nichts gemacht und auch nachher nicht nach einer Ersatztätigkeit gesucht. Er berufe sich einfach auf die Arbeitsunfähigkeit. Gemäss BGE vom 19.02.2008 und BGE U 394/06 (Schleudertraumapraxis) sei entscheidend, ob eine erhebliche Arbeitsunfähigkeit vorliege, die zu überwinden die versicherte Person ernsthafte Anstrengungen unternehme. Der Kläger habe keine solche ernsthaften Anstrengungen unternommen. Es liege kein krankheitswertiges psychisches Beschwerdebild vor. Die Beklagte habe deshalb keine Zahlungspflicht.

Zur Kausalität sei festzuhalten, dass am Anfang der Knieschaden bestanden habe, welcher klar von einem Unfall verursacht worden seien. Gestützt darauf sei es zu Rückenbeschwerden gekommen. Die Depression sei mit den chronischen Beschwerden gekommen. Ursprünglich sei ein Unfall, sogar mehrere Unfälle vorgelegen. Wenn eine Arbeitsunfähigkeit vorliegen würde, was verneint werde, dann würde diese auf die Unfälle zurückzuführen sein. Auch wenn die S. die Leistungspflicht abgelehnt habe, seien die Beschwerden Folge von Unfällen, es liege keine Krankheit vor.

Beim Qq.-Einspracheentscheid sei alles berücksichtigt worden, betreffend Unfall und Krankheit. Es sei aber festgehalten worden, dass der Kläger ein Erwerbseinkommen erzielen könne.

Die Klage sei somit kostenfällig abzuweisen.

III. Rechtliches, Sachverhalt

a. Unbestrittener Sachverhalt

1. Folgender Sachverhalt ist unbestritten und geht aus den Akten hervor:
Der Kläger ist nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses bei der O. aus der Krankentaggeldversicherung der Schweizerischen P. per 26. März 2004 in die Freizügigkeitspolice (Police Nr. 12.091.159) übergetreten (KB 5, 6). Gemäss der Freizügigkeitspolice umfasst die Versicherungsdeckung ein Krankentaggeld von Fr. 116.43 ab dem 31. Tag für die Dauer von 730 Tagen. Ab dem 14. September 2004 hat die Beklagte dem Kläger Taggelder ausgerichtet. Mit Schreiben vom 20. Oktober 2005 löste die Beklagte die Einzelversicherung auf und stellte die Taggelderleistungen per 1. September 2005 ein (KB 16)
2. Gemäss A 1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Freizügigkeitspolice (KB 7) erbringt die Beklagte bei Krankheit die in der Police aufgeführten Leistungen. Als Krankheit gilt jede Gesundheitsstörung, die der Versicherte unfreiwillig erleidet, kein Unfall oder keine Unfallfolge ist und eine ärztliche Behandlung erfordert. Nicht versichert sind unter anderem die Folgen von unfallähnlichen Körperschädigungen, welche durch die Versicherung nach UVG (Bundesgesetz über die Unfallversicherung vom 20.03.1981 versichert sind (A 6). Gemäss A 8 bezahlt die Beklagte, wenn die Krankheit nur teilweise Ursache der Arbeitsunfähigkeit ist, nur den entsprechenden Teil der Leistungen. Ist der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig, bezahlt die B. bei voller Arbeitsunfähigkeit das in der Police aufgeführte Taggeld. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe des Taggelds nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit; weniger als 25% ergeben keinen Anspruch (B 1). Steht der Rentenanspruch einer staatlichen oder betrieblichen Versicherung noch nicht fest, so erbringt die Beklagte das versicherte Taggeld im Sinne einer Vorleistung (B4).

b. Bestrittener Sachverhalt

1. Die Beklagte macht geltend, der Kläger habe die Ansprüche im Sinne von Art. 40 VVG betrügerisch begründet bzw. zu begründen versucht. Er habe gegenüber der Beklagten und offenbar auch seinen Ärzten gegenüber seine Beschwerden nicht korrekt geschildert. Deshalb entfalle die Leistungspflicht der Beklagten.
Im Übrigen sei der Kläger spätestens seit der Leistungseinstellung vollumfänglich arbeitsfähig und habe daher ohnehin keinen Anspruch auf weitere Taggelderleistungen.

2. Der Kläger bringt vor, er habe weder falsche bedeutungsvolle Tatsachen mitgeteilt noch Täuschungsabsicht gehabt. Er sei seit 14. September 2004 wegen psychischen Beschwerden arbeitsunfähig.

c. Arztberichte, Qq.- und S.-Akten

1. Arztberichte

1. Im Bericht des Spitals V. vom 1. März 2004 (KB 26) wurden beim Kläger „chronische tieflumbale Rückenschmerzen“ diagnostiziert. Weiter wurde festgehalten, dass sie die Beschwerden im Sinne einer Schmerzexacerbation seiner bekannten chronischen tieflumbalen Rückenschmerzen mit wechselnder ischialgiformer Ausstrahlung interpretierten.
2. Mit Schreiben vom 10. Juli 2004 (KB 28) überwies Dr. L. den Kläger an Dr. E. für eine konsiliarischen Untersuchung und Beurteilung, evtl. psychiatrischen Behandlung. Er hielt fest, gemäss seiner Beurteilung handle es sich um eine somatoforme Störung mit Schmerzverarbeitungsstörung und Status nach verschiedenen körperlichen und psychischen Traumata, welche nun schliesslich zu einer Kündigung durch die O. geführt habe.
3. Am 9. Dezember 2004 schrieb Dr. E. zu Handen der Beklagten auf deren Formular (KB 33) bei der Diagnose „Depression mit Somatisierung. Chronische Rückenschmerzen“ und Kniebeschwerden. Das Leiden habe sich seit 18. April 2002 manifestiert, ein Unfall habe ursprünglich vorgelegen, aktuell gehe es um eine Krankheit, die Arbeitsunfähigkeit betrage 100% vom 14. September 2004 an bis auf weiteres.
4. Im Bericht vom 17. März 2005 an Dr. I., Vertrauensarzt der B. Versicherungen (KB 20), hielt Dr. E. fest, der Kläger habe im Winter 2002 einen Arbeitsunfall erlitten, wobei er das linke Knie unter eine 200-300 kg schwere Metallplatte eingeklemmt habe. Seither habe er persistierende Schmerzen in diesem Kniegelenk. Daneben leide er unter reinem lumbospondylogenen Schmerzsyndrom, welche seit Jahren bestehe, wobei auch hier zwei Autounfälle mit Traumatisierung der Wirbelsäule zu erwähnen seien. In der Folge sei es zu einer Schmerzausweitung und zu einer depressiven Entwicklung gekommen. Die genaue Diagnose lautete: „Somatisierungsstörung F 45.0 mit/bei depressiver Entwicklung (F33)“. Der Patient werde mit stützenden, psychotherapeutischen Gesprächen, Antidepressiva, Neuroleptika und Analgetika sowie mit Schlafmedikamenten behandelt. Zur Arbeitsunfähigkeit schrieb Dr. E.: „Aktuell ist der Patient aufgrund seiner

Schmerzsymptomatik und seiner depressiven Entwicklung bei seiner bisherigen Arbeit nicht arbeitsfähig. Zukünftig kann der Patient körperlich schwere Arbeiten aufgrund seiner Schmerzsymptomatik am Rücken und am Knie nicht ausführen. Eine Umschulung für körperlich wenig belastende Arbeiten müsste überlegt werden. Die Wirkung der schmerzmodulierenden Therapie muss vorerst abgewartet werden“.

5. Im Formular „Arztbericht für Erwachsene betreffend berufliche Massnahmen und Renten der Q., vom 29. September 2005 (KB 21) hielt Dr. E. bei den Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit fest: „1. Chronisches lumbospondylogenes Schmerzsyndrom mit/bei MRI der LWS vom 17.10.2005: Linkskonvexe Skoliose, Osteochondrose L4/5 mit zirkulärem Discbulging, geringgradige Spondylarthrose der unteren LWS, Exazerbation durch Verkehrsunfälle. 2. Persistierende Knieschmerzen links mit/bei MRI vom 08.02.2005: Degeneration im Innenmeniskushinterhorn, St.n. schwerer Kontusion Winter 2002. 3. Anpassungsstörung mit/bei depressiver Entwicklung, Schlafstörungen“.
- Dr. E. hielt fest, dass das Gehen auf ebener Fläche etwa 30 Minuten möglich sei, danach habe der Patient zunehmende, unerträgliche Rücken- und Knieschmerzen. Belasten des linken Beines, insbesondere des linken Knies, sei nicht möglich. Repetitives Heben von Gewichten von mehr als 5-10 kg sei nicht mehr möglich aufgrund der chronischen Rückenschmerzen. Ebenso sei Gehen von Distanzen, die länger als 30 Minuten dauerten, nicht möglich. Da der Patient bei der O. vor allem Pakete heben und läpfen müssen, sei das Weiterführen der bisherigen Arbeit nicht möglich. Schwere Arbeiten, die einerseits den Rücken, andererseits das linke Bein belasteten, seien nicht möglich. Arbeiten, die ein längeres Gehen benötigten, seien ebenfalls nicht möglich. Aktuell seien ausserdem aufgrund der Anpassungsstörung mit depressiver Entwicklung Einschränkungen psychischer Natur vorhanden.

Unter dem Abschnitt „Therapie“ hielt Dr. E. fest: „Aufgrund der bereits eingetretenen Chronifizierung stossen die therapeutischen Bemühungen, insbesondere was die chronischen Rückenschmerzen und die Schmerzsymptomatik am linken Knie betreffen, an Grenzen. Die bisherigen ambulanten und stationären Therapieversuche haben zu keiner Besserung, insbesondere der Schmerzsymptomatik geführt. Zunehmend kommt es zu einer depressiven Entwicklung mit nihilistischen Gedanken beim Patienten und ausgeprägten Zukunfts- und Existenzängsten“. Bei den gegenwärtigen therapeutischen Massnahmen zählt Dr. E. die folgenden Medikamente auf: Efexor 150 mg Tbl., Zyprexa 2.5 mg Tbl., Zurcal 20 mg Tbl., Zaldiar Tbl. und Dafalgan 500 mg Tbl.

6. Am 27. April 2007 überwies Dr. L. den Kläger an Dr. N., ORL FMH (KB 27), wegen seiner immer verstopften Nase und seinem Husten. Er hielt fest, der Kläger nehme regelmässig Zaldiar, Dafalgan, Eflexor 150 gm, Zyprexa sowie Zurcal (und Rhinocap für die Nase bei Bedarf sowie Emser-Pastillen für den Hals).
7. In einem Bericht an Dr. E. vom 31. Mai 2007 schrieb Dr. M. als Diagnose „Verdacht auf Läsion im Bereich vorderes Kreuzband, degenerative Veränderungen am medialen Meniskus Knie links“. Nach Durchführung des MRI zeige sich ein nicht normal konfigurierter vorderes Kreuzband, seiner Meinung nach zumindest eine deutliche Partialläsion, wenn nicht sogar eine vollständige Ruptur. Dies könne auch das gelegentliche nach dorsal Wegrutschen des Kniegelenkes beim Gehen erklären. Zudem finde sich eine intrameniskale Degeneration an einem relativ grossen medialen Meniskus; möglicherweise liege hier ein Scheibenmeniskus vor. Als „Prozedere“ nannte er: Als erste Massnahme Versuch, die Situation mit Physiotherapie zu verbessern. Insbesondere muskuläre Aufbau drosal zur Stabilisierung des Kniegelenkes. Klinische Kontrollen im Verlauf.
8. Wegen den Kniebeschwerden hatte der Kläger Mitte Juni bis Mitte Juli 2007 neun Physiotherapiebehandlungen (vgl. KB 30, 31).
9. In einem Schreiben an Dr. E. vom 13.08.2007 (KB 29) hielt Dr. M. fest, es bestehe keine wirkliche Verbesserung. Er habe den Patienten über mögliche therapeutische Optionen aufgeklärt wie diagnostische Arthroskopie, allenfalls Teilmeniskektomie, im Extremfall eine vordere Kreuzbandersatzplastik. Der Patient berichte aber über eine bevorstehende Kieferhöhlenoperation. Diese solle zunächst durchgeführt werden, und nach völliger Abheilung werde sich der Patient erneut melden.
10. Gemäss Operationsbericht von Dr. M. vom 25. Oktober 2007 (KB 32) wurde der Kläger am 24. Oktober 2007 am Knie operiert. Die Diagnose lautete „mediale Meniskusläsion und vordere Kreuzbandläsion Knie links“. Bei der Operation habe sich im Hinterhornbereich eine Unterflächenläsion am Meniskus gezeigt. Vom dorsalen Rezessus aus gesehen sei das Hinterhorn stabil, das vordere Kreuzband sei völlig ausgewalzt und abgeplattet. Nach Tasthackenkontrolle zeige sich eine Ruptur proximal sowie eine Vernarbung an nicht korrekter Stelle. Folgende Eingriffe wurden vorgenommen: „Kniearthroskopie links, Teilmeniskektomie medial und Ersatz vorderes Kreuzband mit Semitendinosus-/Gracilissehne vierfach“.

11. Weiter liegen monatliche ärztliche Zeugnisse von Dr. E. vor, welche vom 1. April 2005 bis 30. September 2006 eine 100% Arbeitsunfähigkeit des Klägers attestieren (KB 9-14).

3. S.-Akten

1. In einem Arztbericht von Dr. D. an die S. vom 9. Oktober 2003 (pag. 14) schrieb dieser, beim Patienten bestünden seit Jahren tief lumbale Rückenschmerzen (mit wiederholten Arbeitsausfällen). Im April 02 habe der Patient einen Arbeitsunfall mit Einklemmung des linken Knies gehabt. Am 23.01.03 sei ein PW-Unfall erfolgt „mit Exazerbationen der cervikalen Schmerzen beidseits so wie der Lumbalgien im Rahmen von Myogelosen.“ Im März 2003 sei die unfallbedingte Behandlung abgeschlossen worden. Am 28.07.03 habe der Kläger erneut einen Autounfall erlitten. Tags darauf habe es eine „erhebliche Zunahme der Cervikalgien sowie der Lumbalgien“ gegeben. Im Verlaufe seien die cervikalen Schmerzen abgeklungen, so dass am 07.10.2003 die durch den Unfall vom Juli 2003 bedingte Problematik habe abgeschlossen werden können. Dr. D. hielt abschliessend fest: „Im Vordergrund steht aktuell erneut das chronische Lumbovertebralsyndrom sowie die femoropatellare Knieschmerzen links (nach kniender Tätigkeit).“
2. Der Kreisarzt-Stellvertreter der S., Dr. C., hielt am 14. Oktober 2003 fest (pag. 15), beim Patienten liege eine Mischform vor mit einerseits einer chronifizierten Schmerzproblematik der Lendenwirbelsäule, welche seit Jahren bestehe und nicht unfallbedingt sei. Zum anderen liege eine wiederholte Traumatisierung der Wirbelsäule vor, welche der Patient im Rahmen seiner beiden Autoselbstunfälle in der ersten Hälfte des Jahres 2003 erlitten habe. Die cervikale Schmerzproblematik habe sich nach dem zweiten Unfall im Juli 2003 völlig gebessert. Hinsichtlich der Situation des Kniegelenkes links könne klinisch kein entsprechendes pathologisches Korrelat gefunden werden. Aufgrund dieses Mischbildes der Beschwerden und einer sicherlich drohenden Chronifizierung müsse bei diesem sehr jungen Patienten eine weiterführende Abklärung im Hinblick auf eine möglichst rasche Wiedereingliederung in einen normalen Arbeitsalltag erfolgen. Er habe daher mit dem Patienten besprochen, dass er ihn zur Evaluation der funktionellen Leistungsfähigkeit in die S.-Klinik nach U. anmelden werde.
3. Im Bericht über das Ergonomie-Trainingsprogramm der Rehaklinik U. vom 16. Januar 2004 (pag. 28) wurde die Leistungsbereitschaft des Klägers gesamthaft als fraglich beurteilt. Angesprochen auf die berufliche Zukunft habe der Klient erwidert, dass er sich zum aktuellen Zeitpunkt für keine Tätigkeit arbeitsfähig fühle, solange er nicht weitgehend beschwerdefrei sei. Im detaillierten Bericht ist festgehalten, dass die Leistungsbe-

reitschaft bei den Tests zwar im Wesentlichen gut gewesen sei, im Training dagegen sei der Klient doch deutlich auf seine Beschwerden fixiert gewesen und sie hätten die Bereitschaft vermisst, ein gewisses Mass an unvermeidlichen Beschwerden bei Belastung zu tolerieren und an effektiven funktionellen Leistungslimiten zu arbeiten. Sobald der Klient in den Visiten auf die berufliche Perspektive angesprochen worden sei, habe er ein demonstratives Schmerzverhalten gezeigt (Reiben am linken Knie, stark hinkendes Gangbild, währenddessen das Schonhinken vor der Visite höchstens leicht ausgeprägt gewesen sei). Die Angabe starker Schmerzen bei Austritt entspreche nicht dem eher wenig leidenden Eindruck, den der Klient sonst vermittle.

4. Gemäss Austrittsbericht der Rehaklinik U. vom 20. Januar 2004 (pag. 29) war der Kläger vom 24. November 2003 bis 14. Januar 2004 in der Klinik. Im Bericht werden als aktuelle Probleme u.a. „anhaltende, bewegungs- und belastungsverstärkte Kreuzschmerzen mit gelegentlicher Ausstrahlung in beide Beine und anhaltende, belastungsverstärkte Knieschmerzen links“, genannt. Die bisherige Tätigkeit als Betriebsmitarbeiter bei der O. sei aktuell nicht zumutbar, die Anforderungen seien zu hoch (ganztags Gehen und Stehen, v.a. kniebedingt). Angesichts der Selbstlimitierung im Training sei es theoretisch schwierig zu beurteilen, ob bei normalem Leistungsverhalten die Belastbarkeit für die bisherige Arbeit zumindest halbtags wieder erreichbar gewesen wäre. Es wurde eine Arbeitsunfähigkeit von 75% halbtags ab 19. Januar 2004, sodann ab 26. Januar 2004 50% ganztags für angepasste leichte Tätigkeiten attestiert. Das Arbeitspensum sei im weiteren Verlauf von 4-6 Wochen im Rahmen der angepassten Tätigkeit sukzessive auf ein Vollarbeitspensum zu steigern. Weiter wurde u.a. festgehalten, dass neben einer erheblichen Dekonditionierung vor allem eine erhebliche Schmerzfokusierung festzustellen sei.
5. In einer Telefonnotiz vom 2. Februar 2004 (pag. 30) ist festgehalten, dass der damalige Hausarzt des Klägers, Dr. D., mitteilte, der Kläger sei schon während der stationären Behandlung in U. an den Wochenenden in seine Praxis gekommen und habe Dispenzen zum Gehen verlangt. Am Entlassungstag aus U. sei er „schnurstracks“ in seiner Praxis erschienen und habe erwähnt, er könne die von U. attestierte Arbeitsfähigkeit auf keinen Fall aufnehmen. Dr. D. habe zwar nicht das Gefühl, dass eine eigentliche Simulation vorliege, der Kläger behaupte aber einfach, solange er nicht vollständig beschwerdefrei sei, müsse er auch nicht arbeiten.
6. Nach der kreisärztlichen Untersuchung vom 20. Februar 2004 hielt der Kreisarzt S., Dr. F., fest (pag. 34), er habe im Moment „wirklich Mühe, die Angaben des Versicherten in

Korrelation mit dem Befund zu bringen“. Er finde eine gute globale Funktion der Wirbelsäule, allerdings mit segmentalen Funktionsstörungen der unteren LWK-Segmenten. Insbesondere sehe er aber in den Ausdauer testen weitgehend normale Verhältnisse und auffällig sei auch, dass der Versicherte beim Drei-Minuten-Stufen-Test absolut keine Schonungszeichen seines linken Kniegelenkes zeige. Auch bezüglich der Rückenmuskulatur und Bauchmuskulatur finde er gute Verhältnisse. Man könne davon ausgehen, dass sowohl beim ersten Verkehrsunfall als auch beim zweiten Unfall keine strukturellen Verletzungen der Wirbelsäule zugezogen worden seien. Das Unfallereignis liege jetzt viele Monate zurück. Er denke, dass unter Berücksichtigung des aktuellen Befundes und des primären Unfallereignis Unfallfolgen nicht mehr zu verzeichnen seien. Bezüglich des linken Kniegelenkes könne er keine Pathologien mehr feststellen. Die im MRI festgestellten Kontusionsfolgen seien unter diesen Umständen als ausgeheilt zu betrachten. Aus Unfallfolgen könne dem Versicherten ab 23. Februar 2004 die Arbeit wieder zu 100% zugemutet werden. Er denke auch, dass der früher beschriebene Vorzustand, um Moment wenigstens, keine arbeitslimitierende Bedeutung mehr habe. Ein unfallbedingter Restschaden liege weder im Bereiche des Rückens, noch im Bereiche des Kniegelenkes vor.

Mit Schreiben vom 25. Februar 2004 teilte die S. diesen Befund dem Kläger mit (pag. 37) und hielt fest, dass sämtliche Versicherungsleistungen eingestellt würden, da keine Folgen der drei S.-Unfälle mehr vorliegen würden. Er werde ab 23. Februar 2004 als voll arbeitsfähig betrachtet.

7. Der Facharzt FMH für Rheumaerkrankungen, Dr. K., an welchen der Kläger wegen den chronischen Rückenschmerzen von seinem Hausarzt, Dr. L., überwiesen worden war, schrieb in seinem Bericht vom 13. Juli 2004 an Dr. L. (pag. 39), der Kläger leide seit sicher drei Jahren an chronischen tieflumbalen Rückenschmerzen bei leichtem Beckentiefstand rechts mit konsekutiver leichter S-förmiger Skoliose, Hohl/Rundrücken, Discopathie L4/5 und möglicherweise auch L5/S1 mit möglicherweise rezidivierenden tieflumbalen Blockierungen und entsprechenden pseudoradikulären Schmerzausstrahlungen. Hingegen bestünden keine Discushernien, keine radikulären Beeinträchtigungen, keine Hinweise auf ein entzündlich-rheumatisches Gelenksleiden oder Spondylolysen. Daneben bestünden offenbar subjektiv hindernde Kniegelenkschmerzen links bei minimaler periartikulärer und intraartikulärer Schwellung, gereizten medialen Kniegelenksseitenbändern und einem Patellardruckschmerz. Zur Arbeitsfähigkeit äusserte er sich wie folgt: Für eine leichte bis mittelschwere Arbeit sei der Patient seiner Meinung nach voll arbeitsfähig. Dies gelte für eine Tätigkeit mit

- wechselnden Belastungen der Kniegelenke und des Rückens ohne das Erfordernis, sich repetiert bücken zu müssen, repetiert Lasten über 10 kg heben und tragen zu müssen und längerdauernde Arbeiten auf den Knien oder in der Hocke durchführen zu müssen.
8. Im Februar 2005 wurde ein MRI des linken Kniegelenkes des Klägers durchgeführt (vgl. pag. 42).
 9. In einer Telefonnotiz vom 11. April 2005 („Tel. von B. Vers. / Herr W.,“ pag. 44) wurde festgehalten, dass der Kläger ab 14. September 2004 wegen psychischen Beschwerden arbeitsunfähig sei und ein Krankentaggeld erhalte.
 10. Nach einer erneuten kreisärztlichen Untersuchung schrieb der Kreisarzt-Stellvertreter Ss, Dr. G., am 12. April 2005 (pag. 45), er finde ein „auffällig reizloses Knie mit in Diskrepanz zu den Beschwerden stehender, auffällig gut entwickelter Vastus medialis- und Quadrizepsmuskulatur. Die Stabilität und die Beweglichkeit seien einwandfrei. Lediglich in 90% Flexion unter Kompression und Aussenrotation entstünden im medialen Gelenk Beschwerden. Das MRI ist nicht ganz befundlos. Es zeigt im medialen Meniskushinterhorn eine degenerative Pathologie“. Aufgrund der Befunde beurteile er die Arbeitsfähigkeit des Versicherten als voll. Aus Konsequenzgründen belasse er sie aber offiziell im Unfallschein bei 100% Arbeitsunfähigkeit bis zur Untersuchung bei Dr. H. (für eine Zweitmeinung).
 11. In einem Schreiben der Beklagten an die S. vom 22. April 2005 (pag. 46) teilte diese mit, dass sie seit 14. September 2004 dem Versicherten Taggeldleistungen aufgrund von Rückenproblemen erbringe.
 12. In einer Telefonnotiz hielt der Kreisarzt Ss., Dr. R., am 27. Mai 2005 nach einem Telefongespräch mit Dr. H. fest (pag. 49), vieles spreche dafür, dass der Patient aggraviere. Er habe einen gut ausgebildeten Vastus medialis, die Beschwiellung sei auch seitengleich. Insofern gehe er davon aus, dass der Patient sich doch einigermaßen belasten könne. Er frage sich, ob der Patient nicht etwas übertreibe. Andererseits komme im MRI klar heraus, dass der Meniskus medial betroffen sei. Sie hätten sich darauf geeinigt, dass eine Arthroskopie mit Teilmeniskektomie wahrscheinlich sinnvoll sei.
 13. Nach einer weiteren kreisärztlichen Untersuchung vom 8. August 2005 führte der Kreisarzt Ss., Dr. R., aus (pag. 53), die Beschwerden des Patienten liessen sich nicht präzisieren, es liege eine massive Schmerzverarbeitungsstörung vor. Einerseits demonstrierte der Patient ein massivstes Entlastungshinken, er könne das Bein nicht belasten, an-

- dererseits bestünden völlig unauffällige trophische Verhältnisse. Die Muskulatur sei seitengleich gut ausgebildet, was sich nicht in Einklang bringen lasse mit einer Langzeitschonung. Eine Arbeitsunfähigkeit sehe er weder unfall- noch krankheitsbedingt. Er habe dies dem Patienten in aller Deutlichkeit klar gemacht. Es lägen völlig diffuse, organisch nicht zuzuordnende Beschwerden vor. Seines Erachtens müsse man bei dem noch jungen Patienten wieder eine volle Arbeitsfähigkeit fordern.
14. In der Verfügung vom 24. August 2005 hielt die Ss. fest (pag. 56), die zwischenzeitlich stattgefundenen Abklärungen hätten ergeben, dass keine Folgen der beiden Unfälle mehr vorliegen würden, welche den Kläger messbar behinderten oder eine Arbeitsunfähigkeit begründen würden. Sie würden den Kläger daher ab dem 23. Februar 2004 als voll arbeitsfähig betrachten und stellten somit die Versicherungsleistungen ein.
 15. Gegen diese Verfügung erhob der Kläger Einsprache (pag. 57).
 16. Im „Arztbericht für Erwachsene“ z.Hd. der Q. vom 29. November 2005 (pag. 69) schrieb der damalige Hausarzt des Klägers, Dr. L., er habe am 28. Oktober 2005 eine ausgedehnte Untersuchung durchgeführt. Aus medizinischer Sicht würden keine wesentlichen Einschränkungen im Arbeitsbereich, (bezogen auf die zuletzt ausgeübte Tätigkeit) vorliegen. Aktuell sehe er für eine ähnliche Betätigung wie bei der die bisherigen Erwerbstätigkeit keine wesentliche Einschränkung. Der Kläger sei zu ca. 75% arbeitsfähig bei leichter bis mittelschwerer Arbeit. Die körperlichen Befunde seien praktisch normal und die Befunde mehr oder weniger irrelevant. Die Angabe der Schmerzintensität in Knie und Rücken kontrastiere zum lockeren Gang und zum entspannten und freundlichen Wesen. Die Beschwerden hätten seines Erachtens kein rentenberechtigendes Ausmass.
 17. Mit Einspracheentscheid vom 21. März 2006 betreffend die Verfügung der Ss. vom 24. August 2005 (pag. 76) wurde die Einsprache des Klägers abgewiesen. Zur Begründung wurde dabei v.a. aus dem Untersuchungsbericht von Dr. R., Kreisarzt Ss., vom 8. August 2005 zitiert.

2. Q.-Akten (Einspracheentscheid vom 29.08.2007, AB 8)

1. Dem Einspracheentscheid vom 29. August 2007 ist folgendes zu entnehmen:
Am 5. August 2005 meldete sich der Kläger zum Bezug einer Rente der Q. an.
Mit Verfügung vom 24. Januar 2006 wies die Q.-Stelle das Leistungsbegehren mit der Begründung ab, dass gemäss S. unfallbedingt keine Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit bestünden und die B. Versicherung ihre Leistung gestützt auf Beweismittel ein-

gestellt habe, wonach die geltend gemachten gesundheitlichen Einschränkungen nicht zuträfen.

Am 17. Februar 2006 reichte der Kläger gegen diese Verfügung eine Einsprache ein.

2. Mit Einspracheentscheid vom 29. August 2007 (AB 8) wies die Q. die Einsprache ab und hielt fest, es bestehe kein Anspruch auf Leistungen. Zur Begründung wurden die in den S.-Akten enthaltenen Arztberichte, insbesondere derjenige des Hausarztes Dr. L. vom 29. November 2005, auszugsweise zitiert. Die Situation sei nicht nur betreffend der Unfallfolgen abgeklärt worden. Aus den Arztberichten resultiere, dass es dem Versicherten offenbar an der zumutbaren Leistungsbereitschaft und Motivation fehle, einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. Es fänden sich auch Hinweise auf aggravatorisches Verhalten. Zusammenfassend müsse von einer vollen Arbeitsfähigkeit in angepasster Tätigkeit ausgegangen werden. Zum Bericht von Dr. E. wurde festgehalten, dieser habe die subjektiven Angaben des Versicherten einfach übernommen und sie in den Rang objektiver Feststellungen erhoben. Es sei nicht hinreichend erklärt, wie Dr. E. zur Diagnose einer „Anpassungsstörung mit depressiver Entwicklung“ gelange, da insbesondere der Hausarzt Dr. L., welcher auch über Erfahrung im psychiatrischen Bereich verfüge, das Vorliegen einer Depression noch im Oktober 2005 verneint habe.

d. Beweislast / Beweismittel

1. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung sehen die Kantone ein einfaches und rasches Verfahren vor, in dem das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt (Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen, VAG).
2. Das Bundesgericht hat in BGE 130 III 321ff. die Rechtsprechung zu Beweislast, Beweismass und Gegenbeweis im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls wie folgt präzisiert:

Die Grundregel gemäss Art. 8 ZGB, wonach, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen hat, der aus ihr Rechte ableitet, gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach dieser Grundregel hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur „Begründung des Versicherungsanspruches“ zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags,

den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruches. 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).

Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalls geht die Rechtsprechung davon aus, dass – namentlich bei der Diebstahlversicherung – in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich eine Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt. Das Beweismass ist demnach für den Eintritt des Versicherungsfalls auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt. Die Anforderungen beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sind höher als bei der Glaubhaftmachung: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen.

Dem Versicherer steht ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Er hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird und damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Thema des Gegenbeweises ist die Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Anspruchsberechtigten. Dazu gehört auch dessen Glaubwürdigkeit: Da sich der Eintritt des Versicherungsfalls in der Regel nicht direkt, sondern bloss mit mehr oder weniger schlüssigen Indizien beweisen lässt, kann eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit geeignet sein, auch die Überzeugungskraft der Sachdarstellung zu erschüttern. Es steht dem Versicherer zudem frei, eine – von derjenigen des Anspruchsberechtigten – abweichende Sachdarstellung aufzuzeigen, die neben der behaupteten Version ebenso ernsthaft in Frage kommt oder sogar näher liegt. Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht und eine Überwälzung der Beweislast ist damit nicht verbunden. Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen – d.h. als überwiegend wahrscheinlich gemacht – anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert. Damit hat es sein Bewenden. Der Anspruchsberechtigte kann nicht mehr den strikten Beweis des Eintritts des Versicherungsfalls leisten, den er ja umso weniger erbringen könnte, als er schon an der tieferen Beweishürde scheiterte.

Zusammenfassend gilt gemäss BGE 130 III 321ff. hinsichtlich des Beweises des Eintritts des Versicherungsfalles: Wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalles behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalles überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten (erhebliche) Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

3. Wegen der Schwere des Vorwurfs und der Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen höher, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art. 40 VVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht. Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den (Haupt-) Beweis leisten (Nef, Jürg, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Helbing & Lichtenhahn, Basel 2001, N 57 zu Art. 40).
4. Gemäss Art. 43 ATSG prüft der Versicherungsträger die Begehren, nimmt die notwendigen Abklärungen von Amtes wegen vor und holt die erforderlichen Auskünfte ein. Diese Bestimmung auferlegt somit dem Sozialversicherer die Pflicht zur Sachverhaltsabklärung, ohne eine Beschränkung der Beweismittel vorzusehen. Der mit der Beobachtung durch einen Privatdetektiv verbundene Eingriff in die Privatsphäre des Versicherten ist gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung zulässig, zumal dann, wenn dieser Eingriff nicht schwer wiegt, weil der Versicherte nur an einem öffentlich einsehbaren Raum und bei Tätigkeiten beobachtet und aufgenommen wird, die er aus freiem Willen ausführt (vgl. BGE 129 V 323; 132 V 241).
Der Überwachungsbericht sowie die Videobänder sind damit zulässige Beweismittel. Der Kläger macht geltend, ihm sei das rechtliche Gehör nicht gewährt worden. Der Kläger hatte jedoch ausreichend Möglichkeiten, im vorliegenden Verfahren zu den Videoaufnahmen Stellung zu nehmen. Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Videoaufnahmen manipuliert sein sollten, wie der Kläger in seiner Replik behauptet.
5. In Bezug auf Berichte von Hausärzten darf und soll der Richter der Erfahrungstatsache Rechnung tragen, dass Hausärzte mitunter im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen eher zu Gunsten ihrer Patienten aussagen.

Auch den Berichten und Gutachten versicherungsinterner Ärzte kommt Beweiswert zu, sofern sie als schlüssig erscheinen, nachvollziehbar begründet sowie in sich widerspruchsfrei sind und keine Indizien gegen ihre Zuverlässigkeit bestehen. Die Tatsache allein, dass der befragte Arzt in einem Anstellungsverhältnis zum Versicherungsträger steht, lässt nicht schon auf mangelnde Objektivität und auf Befangenheit schliessen. Es bedarf vielmehr besonderer Umstände, welche das Misstrauen in die Unparteilichkeit der Beurteilung objektiv als begründet erscheinen lassen (BGE 125 V 351).

e. Betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG

1. Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden, wenn dieser oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, oder die ihm nach Massgabe des Artikels 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat.

Art. 40 VVG umschreibt einen zivilrechtlichen Tatbestand. Seine Merkmale sind objektiv die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben, und subjektiv die Täuschungsabsicht. Trotz dem Ausdruck „betrügerisch“ im Marginale ist Art. 40 VVG ausschliesslich nach zivilrechtlichen Kriterien zu würdigen (Nef, a.a.O. N 3 zu Art. 40).

2. Objektive Voraussetzungen

Damit der Tatbestand der betrügerischen Erteilung oder Verschweigung von Auskünften gegeben ist, müssen die unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Tatsachen so beschaffen sein, dass sie, wenn sie richtig mitgeteilt oder nicht verschwiegen worden wären, die Leistungspflicht ausgeschlossen oder doch zumindest gemindert hätten (vgl. Kuhn/Müller/Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. Auflage, Schulthess Zürich 2002, § 34, S. 187). Damit Art. 40 VVG zur Anwendung gelangt, genügt ein Verhalten, das „zum Zwecke der Täuschung“ an den Tag gelegt wird, also objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann. Das Gesetz verlangt keinen Täuschungserfolg (Nef, a.a.O. N 17 zu Art. 40). Das Vortäuschen eines Unfalls oder einer Krankheit, obwohl der Versicherte gesund ist, ist ein Verhalten, das objektiv unter Art. 40 VVG fällt. Es genügt auch die Aggravation gesundheitlicher Störungen (Nef, a.a.O. N 19 u. 21 zu Art. 40). Eine Aggravation liegt vor, wenn eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten oder der Anamnese besteht; intensive

Schmerzen angegeben werden, deren Charakterisierung jedoch vage bleibt; keine medizinische Behandlung und Therapie in Anspruch genommen wird; demonstrativ vorgebrachte Klagen auf den Sachverständigen unglaubwürdig wirken; schwere Einschränkungen im Alltag behauptet werden, das psychosoziale Umfeld jedoch weitgehend stabil ist (vgl. EVG vom 05.07.2006 – I 100/06).

3. *Subjektive Voraussetzung von Art. 40 VVG*

Betrügerische Anspruchs begründung 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. Täuschungsabsicht besteht nicht für Falschmeldungen, die der Anspruchsteller aus Irrtum, Versehen oder Unsorgfalt übermittelt. Art. 40 VVG setzt aber keine Arglist voraus (Nef, Jürg, a.a.O. N 23 zu Art. 40). Der Nachweis einer bestimmten Absicht ist naturgemäss schwierig zu erbringen, handelt es sich doch um ein innerpsychisches Phänomen, das sich in der Regel einem direkten Beweis entzieht. Die Lösung führt über eine wertende Analyse aller Umstände und Indizien des Sachverhalts, die Schlüsse mit Bezug auf die Motive des Anspruchstellers zulassen (vgl. dazu Nef, Jürg, a.a.O. N 61ff. zu Art. 40).

4. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe massiv aggraviert und falsche Angaben über seine Beschwerden gemacht. Dies wird vom Kläger bestritten.

Der Kläger wurde im April 2005 erstmals von einem Mitarbeiter der Beklagten, Herrn W., zu seinen Beschwerden befragt (AB 7). Bei dieser Befragung war ein Kollege des Klägers als Übersetzer tätig. Das Protokoll enthält eine Zusammenfassung der Besprechung und ist nur von Herrn W. unterschrieben. Im Protokoll ist unter anderem festgehalten, dass sich der Kläger über stärkste Rückenschmerzen beklage. So könne er wegen Rückenproblemen nicht schlafen, keine Gewichte heben und auch nicht länger sitzen. Diese Schmerzspirale habe ihn in eine Depression hineingebracht. Er könne gar keine Gewichte heben und seine Frau müsse die Einkäufe tragen. Aufgrund der Schmerzen sehe er sich nicht in der Lage, einer Arbeit nachzugehen. Das Protokoll ist zwar lediglich eine Zusammenfassung, und eine Unterschrift des Klägers sowie des Übersetzers fehlt, es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Aussagen des Klägers zumindest sinngemäss wiedergegeben wurden.

Am 1. September 2005 wurde der Kläger erneut durch Herrn W., den Mitarbeiter der Beklagte befragt (vgl. KB 15). Dieses Protokoll vom 1. September 2005 ist vom Kläger und dem Übersetzer unterschrieben. Gemäss Protokoll hat der Kläger angegeben, die Beschwerdesituation habe sich verschlimmert. Er sei aggressiv geworden und attackiere seine Familie verbal. Das Hauptproblem sei immer noch der Rücken. Er habe ca. 10 kg zugenommen und habe nun Probleme mit den Knien. Weiter habe der Kläger gesagt, „Gewichte heben gehe nicht. Den Einkauf besorgt die Frau. Er könne auch keine Einkaufstaschen tragen... Er kann kurze Strecken mit dem Auto fahren... Langsames Anlaufen, hinkend, läuft immer sehr langsam. Schnell laufen oder rennen geht nicht. Ärzte empfehlen ihm Schwimmen, Bein schläft aber im Wasser ein und er hat Angst vor Ertrinken... Bezüglich Rückenproblem sieht er keine Perspektiven in der Berufswelt“. Im Parteiverhör in der Hauptverhandlung vom 13. September 2007 führte der Kläger dazu aus, es müsse ein Fehler des Dolmetschers gewesen sein. Er habe nie gesagt, Gewichte heben gehe nicht, seine Frau mache den Einkauf. Er könne Einkäufe machen und ein Brot oder eine leichte Tasche tragen. Dr. E. hat in seinem Arztbericht vom 29. September 2005 (KB 21) festgehalten, repetitives Heben von Gewichten von mehr als 5-10 kg sei nicht mehr möglich aufgrund der chronischen Rückenschmerzen. Das Tragen geringer Gewichte hat somit auch er nicht ausgeschlossen. Dr. E. hat in diesem Bericht weiter geschrieben: „Belasten des linken Knies nicht möglich, somit ist z.B. Radfahren nicht möglich.“

Nachdem die Beklagte am 19. Mai 2005 Einsicht in die S.-Akten gehabt hatte (vgl. S. Akten pag. 47), liess sie den Kläger am 20., 21. und 28. Juni sowie am 12. Oktober 2005 observieren. Das Ergebnis wird in zwei Observierungsprotokollen (AB 3, 4) sowie mit einer DVD dokumentiert. Zu den Aufnahmen auf DVD ist insbesondere folgendes festzuhalten:

Aufnahmen vom 21. Juni 2005: Hier wartet der Kläger vor dem Hallen- und Freibad in T. Er steht in entspannter, lässiger Haltung, z.T. mit verschränkten Armen da, belastet beide Beine, steht aber auch manchmal mehr auf dem linken Bein. Er geht z.T. auf und ab und macht dabei mehrmals halbe oder ganze Drehungen, insbesondere während eines Gesprächs am Natel (vgl. Sequenz 11.34.20). Er hinkt während des Gehens nicht bzw. nur ganz leicht und dies nur bei einigen wenigen Schritten.

Aufnahmen vom 28. Juni 2005: Der Kläger sowie seine Frau und ihr Kind gehen in Y. über einen Fussgängerstreifen und weiter der Strasse entlang zum parkierten Auto. Der Kläger hält ein grosses Paket auf den Armen, welches jedoch nicht sehr schwer zu sein scheint. Hier fällt auf, dass der Kläger nicht nur über den Fussgängerstreifen, sondern

auch danach sehr zügig schreitet. Er setzt sich zudem schwungvoll in sein Auto. Aufnahmen vom 12. Oktober 2005: Zunächst sieht man den Kläger beim zügigen Gehen. Er geht eine relativ steile Wendeltreppe hoch. Dies macht er ohne Probleme, und insbesondere auch ohne den Handlauf zu benützen (Sequenz 13.16.07 ff.). Er steigt sodann wieder schwungvoll ins Auto. Nach dem Einkaufen kommt der Kläger mit seiner Frau und einem Kind mit einem Einkaufswagen, welcher mit mehreren Pack Pet-Mineralflaschen beladen ist. Seine Frau und der Kläger laden mehrere Petflaschenpackungen in das Auto. Der Kläger bückt sich dabei, um die Packungen vom Wagen zu nehmen. Dies scheint ihm keine Schmerzen zu bereiten. Nach der Fahrt von Z. nach Y. geht der Kläger zum Geschäft „aa. Market“, wo er sich bei den Gemüse und Früchtständen während gut 5 Minuten aufhält und mit einem Herrn plaudert. Während dieses Gesprächs macht er unter anderem eine schnelle Linksdrehung (Sequenz 14.19.05). Offenbar fährt der Kläger anschliessend mit seiner Frau und dem Kind nach Hause. Dort lädt er die Mineralflaschen praktisch alleine aus, obwohl seine Frau daneben steht. Er nimmt ein Pack der Petflaschen und trägt dieses ins Haus. Dabei macht er mit dem Pack schwungvoll eine Linksdrehung.

Bei all diesen Filmsequenzen ist nie sichtbar, dass der Kläger irgendwelche gravierende Schmerzen hätte. Er bewegt sich absolut normal, belastet auch das linke Bein. Während des ganzen Bewegungsablaufs vermittelt er nie den Eindruck, dass er sich auf einen Schmerz konzentrieren müsste und deshalb einige Bewegungen nicht oder nur erschwert machen könnte. Die Tatsache, dass der Kläger Auto fuhr, schwimmen ging oder ein Pack Pet-Mineralflaschen trug, deutet noch nicht auf eine Aggravierung seiner Angaben hin. Die Art und Weise, wie er dies aber macht, stimmt nicht mit seinen Aussagen gegenüber der Beklagten und den Ärzten überein. Das Beladen und Ausladen des Autos mit den Packungen Mineralflaschen macht er vollständig problemlos, ohne eine Pause zu machen. Die schwungvolle Linksdrehung mit dem Pack wäre mit starken Rücken- und / oder Knieschmerzen schlicht nicht machbar. Auch das Treppensteigen bereitet ihm offensichtlich überhaupt keine Mühe. Er steigt zudem immer problemlos ins Auto ein, ohne sich um eine spezielle Haltung kümmern zu müssen. Der Kläger macht überhaupt nie den Eindruck, Schmerzen zu haben, er fasst sich zum Beispiel nie ans Kreuz, seine ganzen Bewegungen macht er völlig entspannt. Auch seinem Gesichtsausdruck lässt sich keine Reaktion auf einen Schmerz entnehmen.

Seine psychische Verfassung ist ebenfalls nicht auffällig. Er plaudert ungezwungen mit seiner Frau und dem Kind sowie am Gemüse- und Früchtstand mit einem Mann und macht einen freundlichen, gelösten und gut gelaunten Eindruck.

Damit ist davon auszugehen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten falsche Angaben gemacht hat, zumindest seine Beschwerden als viel gravierender dargestellt hat, als diese tatsächlich waren. Es ist nicht gänzlich auszuschliessen, dass der Kläger gewisse Schmerzen am linken Knie und im Rücken hatte. Dies jedoch in einem Rahmen, wie sie bei vielen Menschen vorkommen. Die Kniebeschwerden haben sich zwar in den letzten beiden Jahren offensichtlich verstärkt, musste doch der Kläger am 24. Oktober 2007 am linken Knie operiert werden (vgl. Operationsbericht, KB 32; das vordere Kreuzband wurde ersetzt), im massgebenden Zeitraum September 2005 bis September 2006 waren diese aber noch nicht gravierend. Dies geht auch aus verschiedenen Arztberichten hervor (vgl. etwa Bericht von Dr. R. vom 08.08.2005, S.-Akten, pag. 53; Bericht von Dr. L. vom 29.11.2005, S.-Akten, pag. 69).

Auch die Ärzte stellten fest, dass der Kläger aggravierte. Bereits am 23. Februar 2004 schrieb der Kreisarzt S., Dr. F.: „Im Moment habe ich wirklich Mühe, die Angaben des Versicherten in Korrelation mit dem Befund zu bringen.“ (S.-Akten, pag. 34, S. 3). Schon in der Rehaklinik U. wurde die Leistungsbereitschaft des Klägers als fraglich beurteilt (S.-Akten, pag. 29, S. 3). Auch Dr. R., Ss., hielt am 27. Mai 2005 nach einem Telefongespräch mit Dr. H. fest: „Vieles spreche dafür, dass der Patient aggraviert“ (S.-Akten, pag. 49). Dass die Angaben des Klägers nicht mit den Befunden übereinstimmten, wird u.a. auch im Bericht von Dr. R., Ss., vom 8. August 2005 festgehalten (S.-Akten, pag. 53; vgl. auch die Aussage in diesem Bericht: „Inkonsistentes Hinken, beim Eintritt hochgradige Schonung der linken unteren Extremität, beim Austritt kurzzeitiges flüssiges Gangbild“). Dr. R., schrieb in seinem Bericht, dass der Patient ihm angegeben habe, dass er vor einer Auffahrtskollision am 23. Januar 2003 nie irgendwelche Probleme von Seiten des Rückens gehabt habe. Aktenmässig sei jedoch durchgehend festgehalten, dass der Patient bereits unfallvorbekannt Beschwerden gehabt habe. Der Patient demonstriere ein Schmerzverhalten, das er nur mit einem Rentenbegehren in Einklang bringen könne (S.-Akten, pag. 53, S. 3). Im Bericht von Dr. L. vom 29.11.2005 (S.-Akten, pag. 69) hielt dieser fest: „X. ist in seiner Alltagsbewältigung nicht wesentlich eingeschränkt. Er kann weiterhin Autofahren, im Migros und Coop einkaufen gehen und bewegt sich dort recht beschwerdefrei. *In der Praxis und in der Sprechstunde sieht dies manchmal etwas anders aus*“.

Ein Detail, welches aber auch die Glaubwürdigkeit des Klägers zu erschüttern geeignet ist, ist die Darstellung des Unfalls mit dem Knie. Der S.-Arzt Dr. R., schreibt in seinem Bericht vom 8. August 2005, am 18. April 2002 sei es zu einer Kontusion des linken Knies gekommen, das zwischen einer Wand und einer ca. 100 kg schweren Kiste ein-

geklemmt worden sei (S.-Akten, pag. 53, S. 3). Dr. E. schreibt dagegen in seinem Bericht vom 17. März 2005 (KB 20), dass der Patient im Winter 2002 einen Arbeitsunfall erlitten habe, wobei er das linke Knie unter einer 200-300 kg schweren Metallplatte eingeklemmt habe. Diese Ausführungen hat Dr. E. nur aufgrund der Angaben des Klägers machen können. Es zeigt einmal mehr, wie der Kläger übertreibt, wenn es um seine Beschwerden und die Ursachen seiner Beschwerden geht.

Es liegt somit eine erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten des Klägers vor.

Der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG ist folglich erfüllt. Eine Täuschungsabsicht des Klägers liegt offensichtlich auch vor. Der Grund für die falschen Angaben kann nur darin bestanden haben, Geld von der Beklagten zu erhalten.

Damit entfällt die Leistungspflicht der Beklagten und die Klage ist abzuweisen.

f. Arbeitsunfähigkeit

1. Nur der Vollständigkeit halber ist zu prüfen, ob der Kläger im massgebenden Zeitpunkt September 2005 bis September 2006 überhaupt arbeitsunfähig gewesen ist.
2. Wie oben festgehalten, ist gemäss B 1 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Freizügigkeitspolice (KB 7) die Beklagte zur Bezahlung des in der Police aufgeführten Taggeldes verpflichtet, wenn der Versicherte nach ärztlicher Feststellung arbeitsunfähig ist.
3. Arbeitsunfähigkeit ist gemäss Art. 6 ATSG die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabenbereich zumutbare Arbeit zu leisten. Bei langer Dauer wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Bereich oder Aufgabenbereich berücksichtigt.
4. Der Kläger bringt vor, er sei wegen psychischen Beschwerden arbeitsunfähig. Dies wird von der Beklagten bestritten.
5. Das EVG hat in einem Entscheid vom 5. Juli 2006 festgehalten, dass Beeinträchtigungen der psychischen Gesundheit in gleicher Weise wie körperliche Gesundheitsschäden eine Invalidität im Sinne von Art. 4 Abs. 1 IVG in Verbindung mit Art. 8 ATSG bewirken. Nicht als Folgen eines psychischen Gesundheitsschadens und damit invalidenversicherungsrechtlich nicht als relevant würden Einschränkungen der Erwerbsfähigkeit

gelten, welche die versicherte Person bei Aufbietung allen guten Willens, die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten, abwenden könnte; Das Mass des Forderbaren werde dabei weitgehend objektiv bestimmt. Die Annahme eines psychischen Gesundheitsschadens, so auch einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung, setze zunächst eine fachärztlich (psychiatrisch) gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem voraus. Wie jede andere psychische Beeinträchtigung begründe indes auch eine diagnostizierte anhaltende somatoforme Schmerzstörung als solche noch keine Invalidität. Vielmehr bestehe eine Vermutung, dass die somatoforme Schmerzstörung oder ihre Folgen mit einer zumutbaren Willensanstrengung überwindbar sei. Bestimmte Umstände, welche die Schmerzbewältigung intensiv und konstant behindern, könnten den Wiedereinstieg in den Arbeitsprozess unzumutbar machen, weil die versicherte Person alsdann nicht über die für den Umgang mit den Schmerzen notwendigen Ressourcen verfüge. Ob ein solcher Ausnahmefall vorliege, entscheide sich im Einzelfall anhand verschiedener Kriterien. Im Vordergrund stehe die Feststellung einer psychischen Komorbidität von erheblicher Schwere, Ausprägung und Dauer. Massgebend könnten auch weitere Faktoren sein, so chronische körperliche Begleiterkrankungen; ein mehrjähriger, chronifizierter Krankheitsverlauf mit unveränderter oder progredienter Symptomatik ohne längerdauernde Rückbildung; ein sozialer Rückzug in allen Belangen des Lebens; ein verfestigter, therapeutisch nicht mehr beeinflussbarer innerseelischer Verlauf einer an sich missglückten, psychisch aber entlastenden Konfliktbewältigung; das Scheitern einer konsequent durchgeführten ambulanten oder stationären Behandlung (auch mit unterschiedlichem therapeutischem Ansatz) trotz kooperativer Haltung der versicherten Person. Je mehr dieser Kriterien zutreffen und je ausgeprägter sich die entsprechenden Befunde darstellten, desto eher seien – ausnahmsweise – die Voraussetzungen für eine zumutbare Willensanstrengung zu verneinen. Beruht die Leistungseinschränkung auf Aggravation oder einer ähnlichen Konstellation, liegt regelmässig keine versicherte Gesundheitsschädigung vor (EVG vom 05.07.2006 – I 100/06).

6. Zunächst ist festzuhalten, dass vorliegend keine psychiatrisch gestellte Diagnose nach einem wissenschaftlich anerkannten Klassifikationssystem vorhanden ist. Dr. E. ist Spezialarzt für Innere Medizin FMH und hat zwar den Fähigkeitsausweis Psychosomatische und Psychosoziale Medizin APPM, er ist jedoch kein Psychiater. Insofern entspricht sein Arztbericht nicht den vom EVG vorausgesetzten Anforderungen. In der Zeugeneinvernahme in der Fortsetzungsverhandlung vom 17. April 2008 führte Dr. E. aus, es bestünden 3 Diagnosen: Depression, chronische Rückenschmerzen und Knie-

beschwerden. Am Anfang sei die depressive Komponente im Vordergrund gestanden. Der Kern der psychosomatischen Behandlung liege darin, dass man den Patienten als Gesamtheit beurteile. Insofern könne er nicht sagen, wie sich die Kniebeschwerden bzw. Rückenbeschwerden einzeln auf die Arbeitsunfähigkeit auswirkten. Die Befunderhebung „Anpassungsstörung mit/bei depressiver Entwicklung, Schlafstörungen“ in seinem Bericht zu Handen der Q. vom 29. September 2005 (KB 21) ist zu allgemein gehalten. Es wird in keiner Art und Weise dargetan, inwiefern konkret ein psychisches Leiden mit Krankheitswert vorliegen soll.

Zudem hat der langjährige Hausarzt des Klägers, Dr. L., welcher im Herbst 2005 ebenfalls die Ausbildung in biopsychosozialer Medizin APPM abgeschlossen hat, in seinem Bericht vom 29. November 2005 (S.-Akten, pag. 69) beim Kläger keinerlei psychische Probleme diagnostiziert. Er geht vielmehr davon aus, dass die Arbeitsfähigkeit beim Kläger für eine mittlere bis leichte Arbeit durchaus gegeben sei und die Beschwerden kein rentenberechtigtes Ausmass hätten. Im Weiteren hielt er fest, dass er während der ganzen Zeit, seit er den Kläger kenne, nicht den Eindruck gehabt habe, dass dieser sehr motiviert sei, einer Arbeit nachzugehen. Ebenso habe er sich leider immer wieder den Arbeitsversuchen entzogen, indem er einfach nicht erschienen sei bei seiner früheren Arbeitsstelle in O. Es kann deshalb auch nicht davon ausgegangen werden, dass der Kläger allen guten Willen aufgeboren hat, um die verbleibende Leistungsfähigkeit zu verwerten. Schon im Februar 2004, nach seinem Aufenthalt in der Rehaklinik U., als ihm bei seiner Arbeitsstelle in O. leichte Arbeit angeboten wurde, hat er sich geweigert, diese aufzunehmen (vgl. S.-Akten, pag. 30). Er hat denn auch mehrmals gegenüber den Ärzten geäussert, er sei erst arbeitsfähig, wenn er beschwerdefrei sei (vgl. S.-Akten pag. 29, S. 3 und 5, pag. 30). Symptomatisch ist, dass der Kläger stets neue Ärzte aufsuchte, um die Arbeitsunfähigkeit bescheinigen zu lassen (vgl. Bericht des damaligen Hausarztes, Dr. L., S.-Akten, pag. 69, S. 2). Er wechselte auch die Hausärzte, sobald diese ihn nicht mehr arbeitsunfähig schrieben. Von Dr. D. wechselte er zu Dr. L. und ist nun seit einigen Monaten bei Dr. DF. (vgl. pag. 69, Prot. Fortsetzungsverhandlung, S. 7).

Der Kläger selber hat bei den verschiedenen Ärzten stets angegeben, er habe schwere Rücken- und Knieschmerzen, so auch noch bei der Untersuchung bei Dr. L. am 28. Oktober 2005 (vgl. S.-Akten, pag. 45, 53, 69). Von psychischen Leiden war damals noch nicht die Rede bzw. diese wurden ausgeschlossen (Bericht Dr. L., pag. 69, S.4: „Keine Hinweise für Depressivität oder Psychose, affektiv gut einfühlbar, nivelliert und adäquat“). Zwar hat der Kreisarzt Dr. R. schon am 8. August 2005 von einer „massiven

Schmerzverarbeitungsstörung“ geschrieben, dies aber im Zusammenhang mit der Tatsache, dass der Patient einerseits ein massivstes Entlastungshinken demonstrierte, er könne das Bein nicht belasten, andererseits völlig unauffällige trophische Verhältnisse vorliegen würden. Ein eigentliches psychisches Problem wurde jedenfalls nicht diagnostiziert (S.-Akten, pag. 53, S. 3).

Dass im Übrigen eine erhebliche Diskrepanz zwischen den vom Kläger geschilderten Schmerzen und dem gezeigten Verhalten und der Anamnese besteht, und schon deshalb die Leistungspflicht der Beklagten zu verneinen ist, wurde bereits oben Ziff. e 4 bejaht.

Damit steht fest, dass beim Kläger kein psychisches Leiden vorliegt, welches zu einer Arbeitsunfähigkeit gemäss Art. 6 ATSG führen würde.

7. Wie oben festgehalten, hat der Kläger stets Rücken- und Kniebeschwerden als Grund für seine behauptete Arbeitsunfähigkeit angegeben. Auch Dr. E. nannte in seinen Arztberichten (neben den psychischen) diese Beschwerden. Da er aber aufgrund der psychosomatischen Behandlung den Patienten als Gesamtheit beurteile, könne er nicht sagen, wie sich die Kniebeschwerden bzw. Rückenbeschwerden einzeln auf die Arbeitsunfähigkeit auswirkten (Prot. Fortsetzungsverhandlung, S. 2).

Der Kläger wurde durch die S. mehreren ärztlichen Untersuchungen unterzogen. Alle Ärzte kamen zum gleichen Schluss, dass er zumindest für leichte bis mittlere Arbeiten arbeitsfähig sei. Dies wird unter anderem durch das Arztzeugnis von Dr. L. vom 29. November 2005 bestätigt: „Wie in den zahlreichen bisherigen Abklärungen dokumentiert, ist die körperliche Untersuchung praktisch normal und die Befunde mehr oder weniger irrelevant... X. kann problemlos auf dem linken oder dem rechten Bein allein stehen“. Er erachtete die Arbeitsfähigkeit für eine mittlere bis leichte Arbeit durchaus gegeben und die Beschwerden hätten seines Erachtens kein rentenberechtigendes Ausmass (S.-Akten, pag. 69). Bereits Dr. R. kam am 8. August 2005 zum Schluss, er sehe weder unfall- noch krankheitsbedingt eine Arbeitsunfähigkeit.

Demgegenüber bescheinigt Dr. E. dem Kläger in der massgebenden Periode (wie auch heute) ein 100%-ige Arbeitsunfähigkeit. Dies jedoch, wie oben festgehalten, aufgrund einer „gesamtheitlichen“ Beurteilung. Es fehlen konkrete Ausführungen, inwiefern eine Arbeitsunfähigkeit vorliegen soll.

Es gibt zweifellos Anzeichen dafür, dass der Kläger gewisse chronische Schmerzen hat. Dass sie jedoch einen Krankheitswert im Sinne von Art. 6 ATSG haben, ist entsprechend den Arztberichten in den S.-Akten zu verneinen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass die Videoaufnahmen klar aufzeigen, dass der Kläger im massgebenden Zeitraum

September 2005 bis September 2006 durch keine gravierenden Schmerzen behindert war (vgl. dazu oben, Ziff. e 4).

Da der Kläger bereits ein Jahr arbeitsunfähig war und Krankentaggelder bezog, war er zudem gemäss Art. 6 ATSG gehalten, sich nach einer Arbeit in einem anderen Bereich oder Aufgabenbereich als dem bisherigen umzusehen. Der Kläger hat aber keinerlei diesbezüglichen Bemühungen gezeigt, im Gegenteil er hat stets geäussert, er könne erst arbeiten, wenn er beschwerdefrei sei. Er hat schon die ihm bei der O. angebotenen leichten Arbeiten verweigert (vgl. S.-Akten, pag. 30).

g. Zusammenfassung

1. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der Kläger aufgrund seiner falschen, aggravierenden Angaben keinen Anspruch auf die geltend gemachten Taggelderleistungen hat.
2. Im Übrigen liegt beim Kläger im massgebenden Zeitpunkt September 2005 bis September 2006 weder eine Beeinträchtigung der körperlichen noch eine solche der psychischen Gesundheit vor, welche eine Arbeitsunfähigkeit im Sinne von Art. 6 ATSG bewirken würde.
3. Die Klage ist demnach abzuweisen.

IV. uP-Gesuch des Klägers

1. Der Kläger beantragt die Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung, unter Beiordnung des für ihn tätigen Anwaltes.
2. Gemäss Art. 77 Abs. 1 ZPO hat derjenige Anspruch auf unentgeltliche Rechtspflege, welcher die Kosten eines nicht von vornherein aussichtslosen Gerichtsverfahrens oder einer gebotenen vorsorglichen Beweisführung für einen solchen Prozess ohne Beschränkung des notwendigen Lebensunterhaltes für sich und seine Familie nicht zu bestreiten vermag.
3. Der Kläger wird gemäss Schreiben des Sozialdienstes T. vom 24.01.2006 vollumfänglich von der öffentlichen Sozialhilfe unterstützt. Er ist zweifellos bedürftig im Sinne von Art. 77 Abs. 1 ZPO. Zudem war das Verfahren nicht von vornherein aussichtslos.
4. Dem Kläger wird folglich das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung erteilt, unter Beiordnung von Fürsprecher Bardakci, Bern, als amtlicher Anwalt.

V. Kosten

1. Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz vom 18. März 19941 über die Krankenversicherung dürfen den Parteien keine Verfahrenskosten auferlegt werden; bei mutwilliger Prozessführung kann jedoch das Gericht der fehlbaren Partei die Kosten ganz oder teilweise auferlegen (Art. 85 Abs. 3 des Bundesgesetzes VAG).
2. Eine mutwillige Prozessführung liegt nicht vor. Es bleibt somit festzuhalten, dass das vorliegende Verfahren kostenlos ist.
3. Aufgrund seines Unterliegens hat der Kläger der Beklagten die Anwaltskosten zu bezahlen (Art. 58 ZPO).

Aus diesen Gründen wird

erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Dem Kläger wird das Recht zur unentgeltlichen Prozessführung erteilt, unter Beiordnung von Fürsprecher Bardakci, Bern, als amtlicher Anwalt.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Der Kläger wird verurteilt zu bezahlen:

a.) die Prozesskosten der Beklagten, die bestimmt werden auf:

Honorar	Fr. 12'000.00
Auslagen MWSt-pflichtig	Fr. 300.00
<u>Mehrwertsteuer 7.6% auf Fr. 12'300.00</u>	<u>Fr. 934.80</u>
Total	Fr. 13'234.80

b.) unter Vorbehalt von Art. 82 Abs. 3 ZPO die Kosten seines amtlichen Anwalts bestimmt auf:

Honorar	Fr. 10'710.00
Auslagen MWSt-pflichtig	Fr. 266.90
<u>Mehrwertsteuer 7.6% auf Fr. 10'976.90</u>	<u>Fr. 834.25</u>
Total	Fr. 11'811.15
amtliche Entschädigung	Fr. 8'379.00
Auslagen MWSt-pflichtig	Fr. 266.90
<u>Mehrwertsteuer 7.6% auf Fr. 8'645.90</u>	<u>Fr. 657.10</u>
Total, vom Kanton Bern auszurichten	Fr. 9'303.00
Differenz zum vollen Kostenersatz	Fr. 2'508.15

5. Der Kläger wird verurteilt, die an Fürsprecher Ismet Bardakci ausgerichteten Entschädigung zurückzubezahlen sowie die Differenz zum vollen Kostenersatz an Fürsprecher Ismet Bardakci nachzubezahlen, wenn er innerhalb von 10 Jahren zu hinreichendem Vermögen oder Einkommen gelangt (Art. 82 Abs. 3 ZPO).

6. Zu eröffnen: den Parteien je vd ihre Anwälte.

Gerichtskreis IV Aarwangen-Wangen

Der Gerichtspräsident 2:

Die Gerichtsschreiberin:

Appenzeller

Masanti

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen ab schriftlicher Mitteilung beim Gerichtskreis IV Aarwangen-Wangen zuhanden des Appellationshofes des Kantons Bern schriftlich die Appellation erklärt werden. Darin ist anzugeben, inwieweit die appellierende Partei Abänderung des erstinstanzlichen Urteils verlangt und welche weiteren Beweismassnahmen sie zu beantragen gedenkt (Art. 338 und 339 ZPO).
Fax-Schreiben und E-Mails sind nicht rechtsgültig und haben keine Frist wahrende Wirkung.