

Obergericht
des Kantons Bern

Cour suprême
du canton de Berne

Appellationshof
2. Zivilkammer

Cour d'appel
2^{ème} Chambre civile

Hochschulstrasse 17
Postfach 7475
3001 Bern
Telefon 031 634 72 48
Telefax 031 634 71 13
Postkonto 30-3016-1
appell@jgk.be.ch
www.be.ch/obergericht

Urteil

APH 09 50/APC/SCD
3. August 2009

Der Appellationshof des Kantons Bern, 2. Zivilkammer, unter Mitwirkung von
Oberrichterin Apolloni Meier (Referentin), Oberrichter Messer und Obergerichts-
suppleant Gerber sowie Kammerschreiberin Schmidt

hat in seiner Sitzung vom **4. Juni 2009, 08:30 Uhr**, in Bern
in Sachen



A.X.

Kläger 1/Appellant 1/Anschlussappellat

B.X.

Klägerin 2/Widerbeklagte/Appellantin 2/Anschlussappellatin

beide vertreten durch Fürsprecher Friedrich Kramer

und

Z. Versicherung

vertreten durch Fürsprecher Franz Müller

Beklagte/Widerklägerin/Appellatin/Anschlussappellantin

befunden und erwogen:

I. Prozessgeschichte

1. Mit Klage vom 7. Dezember 2006 beantragten A.X. (nachfolgend Appellant 1) und die B.X. (nachfolgend Appellantin 2), die Z. Versicherung (nachfolgend Appellatin) sei zu verurteilen, dem Appellanten 1 zugunsten der Appellantin 2 (eventuell nur dem Appellanten 1) einen Betrag nach richterlichem Ermessen, mindestens aber Fr. 20'000.00 ausmachend, zuzüglich 5% auf den jeweils monatlich geschuldeten Taggeldern seit wann rechtens, zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. p. 7 ff.).
2. Mit Klageantwort und Widerklage vom 12. März 2007 beantragte die Appellatin, (1.) die Klage sei abzuweisen, (2.) Widerklage: Die Appellantin 2 sei zu verurteilen, der Appellatin einen Betrag von Fr. 24'906.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Mai 2004 sowie einen Betrag von Fr. 8'392.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. p. 41 ff.).
3. In ihrer Widerklageantwort vom 22. Mai 2007 beantragten die Appellanten, auf die Widerklage sei nicht einzutreten, eventuell: die Widerklage sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge (vgl. p.85 ff.).
4. Die Hauptverhandlung fand am 12. November 2007 vor dem Gerichtspräsidenten 3 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen statt. Die Parteien bestätigten in ihrem ersten Parteivortrag die gestellten Rechtsbegehren. Die Appellanten stellten diverse Beweisanträge. Der Gerichtspräsident unterbreitete den Parteien einen schriftlichen Vergleichsvorschlag und setzte ihnen Frist bis 22. November 2007, um mitzuteilen, ob sie die Vereinbarung annehmen.
Mit Schreiben vom 21. November 2007 teilte die Appellatin dem Gerichtspräsidenten mit, dass sie die Vereinbarung annehme (vgl. p. 133). Am 3. Dezember 2007 teilten die Appellanten dem Gericht innert der ihnen verlängerten Frist mit, dass der Vergleichsvorschlag nicht angenommen werde (vgl. p. 137).
5. Das vom Gericht am 3. März 2008 in Auftrag gegebene Gutachten der Gutachterstelle R. lag am 8. Mai 2008 vor (vgl. p. 185 ff.). Die von den Appellanten mit Schreiben vom 21. Juli 2008 gestellten Erläuterungs- und Ergänzungsfragen wurden vom Gerichtspräsidenten 3 mit Verfügung vom 12. August 2008 nicht zugelassen (vgl. p. 233 ff. und 263 f.).
6. Mit Eingabe vom 21. Oktober 2008 beantragten die Appellanten, das Verfahren sei zu sistieren und die Fortsetzungsverhandlung bis auf Weiteres zu verschieben (vgl. p. 279). Die Appellatin beantragte mit Schreiben vom 31. Oktober 2008, das Sistierungsgesuch sei abzuweisen (vgl. p. 291 ff.). Mit Verfügung vom 5. November 2008 wies der Gerichtspräsident 3 das Sistierungsgesuch der Appellanten ab (vgl. p. 301 f.).

7. Am 15. Dezember 2008 fand die Fortsetzungsverhandlung vor dem Gerichtspräsidenten 3 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen statt. Die Appellanten nahmen im Rahmen von Zwischenfragen eine Klageänderung vor, womit die Appellatin einverstanden war. Der Antrag der Appellanten auf Verfahrensbeschränkung auf die Frage der Verjährung des Widerklageanspruchs wurde abgewiesen. Es wurden Parteiverhöre durchgeführt. Im Rahmen ihres zweiten Parteivortrages beantragten die Appellanten, die Appellatin sei zu verurteilen, ihnen insgesamt, eventuell nur der Appellantin 2, subeventuell dem Appellanten 1 zu Gunsten der Appellantin 2, die monatlichen Krankentaggelder gemäss Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherung, Police Nr. 107491.033 der Z. Versicherung für 11 Monate ab Dezember 2004 bis Oktober 2005, welche betragsmässig nach richterlichem Ermessen festzulegen seien, zuzüglich Zins 5% seit wann rechtens zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Die Appellatin beantragte, (1.) die Klage sei abzuweisen, (2.) die Appellantin 2 sei zu verurteilen, der Appellatin einen Betrag von Fr. 24'906.60 zuzüglich Zins seit 1. Mai 2004 sowie einen Betrag von Fr. 8'392.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004 zu bezahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Mit Einverständnis der Parteien wurde ihnen das Urteil schriftlich eröffnet (vgl. p. 315 ff.).
8. Mit Urteil vom 15. Januar 2009 erkannte der Gerichtspräsident 3 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen was folgt (vgl. p. 345 ff):
 - „1. *Die Klage wird abgewiesen.*
 2. *Die Widerklage wird abgewiesen.*
 3. *Die Gerichtskosten von Fr. 10'000.00 (inkl. Fr. 4'500.00 Gutachtenskosten), werden den Parteien je hälftig auferlegt und den geleisteten Gerichtskosten-vorschüssen entnommen.*
 4. *Die Parteikosten werden wettgeschlagen.“*
9. Mit Eingabe vom 29. Januar 2009 erklärten die Appellanten die Appellation gegen das obgenannte Urteil, beschränkt auf die Ziffern 1 (Abweisung der Klage), 3 und 4 (bezüglich den Gerichts- und Parteikosten soweit den Appellanten auferlegt) des Dispositivs. Sie beantragten, die Klage sei gutzuheissen und es sei die Appellatin zu verurteilen, der Appellantin 2 die monatlichen Krankentaggelder gemäss Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherung Police Nr. 107491.033 der Z. Versicherung für 11 Monate ab Dezember 2004 bis Oktober 2005, welche betragsmässig nach richterlichem Ermessen festzulegen seien, insgesamt mindestens aber Fr. 20'000.00 ausmachend, zu bezahlen, zuzüglich 5% Zins seit wann rechtens, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Im Übrigen stellten sie diverse Beweisanträge (vgl. p. 397 ff.). Mit Eingabe vom 4. Februar 2009 schloss sich die Appellatin der Appellation an und beantragte, die Appellantin 2 sei zu verurteilen, der Appellatin einen Betrag von Fr. 24'906.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Mai 2004 sowie einen Betrag von Fr. 8'392.10 zuzüglich Zins zu 5% seit 1. Dezember 2004 zu bezahlen, unter Kostenfolgen. Im Übrigen beantragte sie die Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils (vgl. p. 421 f.).
10. Am 13. März 2009 beantragten die Appellanten erneut die Sistierung des Verfahrens, bis ein rechtskräftiger Entscheid in den Strafverfahren gegen Unbekannt und

betreffend Selbstanzeige der Appellantin 2 vorliege (vgl. p. 441 f.). In ihrem Schreiben vom 23. März 2009 beantragte die Appellatin, das Sistierungsgesuch sei abzuweisen. Die Referentin der 2. Zivilkammer des Appellationshofes des Kantons Bern wies den Sistierungsantrag mit Verfügung vom 30. März 2009 ab (vgl.p. 455).

11. Mit Verfügung vom 8. April 2009 entschied die 2. Zivilkammer über die in der Appellation gestellten Beweisanträge. Die Beilagen Nr. 43 bis 54 wurden zu den Akten erkannt und die Strafakten beim Untersuchungsrichteramt in Biel ediert. Die übrigen Beweisanträge wurden abgewiesen.
12. Die Hauptverhandlung fand am 4. Juni 2009 vor der 2. Zivilkammer statt. In ihrem ersten Parteivortrag beantragten die Appellanten, die Appellatin sei zu verurteilen, der Appellantin 2 einen nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Betrag, mindestens ab Fr. 20'000.00, zuzüglich Zins von 5% seit wann rechtens, ab 24. September 2004 bis Oktober 2005 zu bezahlen. Die Widerklage / Anschlussappellation sei abzuweisen, unter Kostenfolge. Die Appellatin beantragte, die Klage sei abzuweisen und bestätigte im Übrigen ihre in der Anschlussappellation gestellten Rechtsbegehren.

In ihren zweiten Parteivorträgen bestätigten beide Parteien die gestellten Rechtsbegehren.

II. Rechtsmittel- und Prozessvoraussetzungen

1. Die Appellation ist zulässig gegenüber Endurteilen des Gerichtspräsidenten in Streitigkeiten, deren Streitwert mindestens Fr. 8'000.00 beträgt oder nicht geschätzt werden kann (vgl. Art. 335 ZPO, Art. 141 ZPO). Der Gerichtspräsident 3 des Gerichtskreises VIII Bern-Laupen wies die Klage der Appellanten sowie die Widerklage der Appellatin ab, weshalb ein Endentscheid vorliegt. Der Streitwert beträgt mindestens Fr. 20'000.00, womit das Urteil appellabel ist.
2. Die Appellationsfrist, laufend ab schriftlicher Mitteilung der Urteilsformel (vgl. Art. 204 Abs. 3 ZPO), beträgt zehn Tage (Art. 338 ZPO)¹. Die Appellanten erklärten am 29. Januar 2009 die Appellation, nachdem ihnen das Urteil am 19. Januar 2009 eröffnet worden war (vgl. p. 395). Die Rechtsmittelfrist ist somit gewahrt. Die Anschlussappellation (4. Februar 2009) ist ebenfalls rechtzeitig erfolgt.
3. In seinem ersten Parteivortrag im oberinstanzlichen Verfahren beantragte der Rechtsvertreter der Appellanten neu, die Zahlungen seien ab 24. September 2004 zu erbringen. Vorher wurde immer beantragt, die Leistungen seien ab Dezember 2004 zu erbringen. Der Zeitpunkt für die Geltendmachung der Leistungen der Appellatin wurde damit vorverlegt. Es stellt sich die Frage, ob es sich hierbei um eine zulässige Klageänderung handelt. Eine Änderung der Klage- oder Widerklagebegehren, wonach mehr oder anderes verlangt wird, ist ohne Einwilligung der Gegenpartei nach Eintritt der Rechtshängigkeit nur zulässig, wenn gestützt auf den

¹ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, 5. Auflage, Bern 2000, N 6 ad Art. 204 ZPO.

nämlichen Klagegrund an Stelle des ursprünglichen Anspruches ein anderer oder ein mit dem geltend gemachten im Zusammenhang stehender weiterer Anspruch erhoben wird (Art. 94 Abs. 1 ZPO). Überdies kann der Richter eine Klageänderung zulassen, wenn daraus eine erhebliche Erschwerung oder Verzögerung der Verhandlung nicht zu erwarten ist (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Jede nach Begründung der Rechtshängigkeit erfolgende inhaltliche Änderung der Rechtsbegehren, durch die mehr, zusätzliches oder anderes verlangt wird, als im ursprünglichen Rechtsbegehren, ist Klageänderung; nicht dagegen die blosse Änderung ihrer Formulierung oder der juristischen Qualifikation des Anspruches². Eine Einschränkung des Klagebegehrens ist stets zulässig, dagegen kann mehr, zusätzliches oder anderes nur unter der Voraussetzung gefordert werden, dass die neuen Rechtsbegehren aus dem gleichen Klagegrund, d.h. dem gleichen Lebenssachverhalt, abgeleitet werden wie die ursprünglichen³. Unter Klagegrund ist nicht die rechtliche Begründung des Anspruches zu verstehen, sondern das Klagefundament, d.h. der Lebensvorgang, der ganze Komplex von Tatsachen, aus dem dieser abgeleitet wird. Ohne Zustimmung der Gegenpartei oder richterliche Bewilligung darf dagegen nicht an Stelle des bisherigen bzw. neben denselben, ein anderer Tatbestand gesetzt werden, welcher seinen eigenen Anspruch erzeugt, der sich mit dem aus dem ersten Sachverhalt abgeleiteten Anspruch nicht berührt⁴.

Die Appellanten bestätigten den Zeitraum, für welchen Taggelder gefordert werden, im Laufe des Verfahrens immer wieder. Zeitraum und Umfang eines Anspruches sind nur ausdehnbar aufgrund von Veränderungen im Prozess. Vorliegend wird nun die Zeit, für welche Taggelder gefordert wird, verlängert; die Appellanten machen zusätzliche Taggelder für einen Monat und sieben Tage geltend; dies stellt einen neuen Sachverhalt dar. In der Klage wird behauptet, die Appellantin hätte vom 27. Oktober 2003 bis November 2004 Leistungen erbracht. An der Fortsetzungsverhandlung vor der ersten Instanz wurde gleiches ausgeführt. Der Anspruch wurde nie bereits vom 24. September 2004 an geltend gemacht. Die Appellanten beziehen sich für die Geltendmachung des Anspruches auf eine interne Berechnung. Dass die Taggeldleistungen nun während längerer Zeit und vor allem bereits vorher gefordert werden, stellt einen neuen Sachverhalt dar. Die Bestimmung der ZPO muss vorliegend eng ausgelegt werden. Die Anspruchsberechtigung hängt davon ab, ob die Appellantin 2 arbeitsfähig gewesen ist. Sie macht plötzlich geltend, sie habe während 720 Tagen Leistungen zu Gute, berechnet die Tage und behauptet sodann, sie hätte aus diesem Grund mehr zu Gute. Die Appellantin 2 machte damit vorerst geltend, sie habe bis Ende Oktober 2004 Leistungen erhalten, neu führt sie aus, sie habe doch nicht bis Oktober 2004, sondern nur bis 23. September 2004 Taggelder bekommen. Die Appellantin 2 dehnt den Sachverhalt damit aus. Zudem ist der Zeitraum der Leistungen in der Beweisverfügung klar bestimmt.

Da es sich um eine unzulässige Klageänderung handelt, wird die Klage bezüglich des Zeitraums vom 24. September 2004 bis 30. November 2004 zurückgewiesen.

4. Es stellt sich zudem die Frage, wie die Appellation des Appellanten 1 zu behandeln ist. Die Appellationserklärung führt beide vormaligen Kläger als Appellanten auf,

² vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2a ad Art. 94 ZPO.

³ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 2b ad Art. 94 ZPO.

⁴ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3 ad Art. 94 ZPO.

jedoch werden für den Appellanten 1 keine Anträge gestellt. Die Appellation beschränkt sich nämlich auf die Klageabweisung und die Kostenfrage. Somit ist nicht klar, ob der Appellant 1 die Klageabweisung ihm gegenüber tatsächlich anfechten wollte. Das Rechtsbegehren bezieht sich nur auf die Appellantin 2. Der Appellant 1 macht nichts mehr geltend und wird auch nicht mehr erwähnt im Rechtsbegehren. Damit hat der Appellant 1 auf die Stellung von Begehren verzichtet, weshalb die Klageabweisung gegenüber ihm rechtskräftig geworden ist. Auf seine Appellation ist damit nicht einzutreten.

5. Die Appellanten machten im Rahmen der Zwischenfragen die Verjährungseinrede geltend. Die Verjährungseinrede stellt keine Vor- oder Zwischenfrage dar und wird daher unter „IV. Rechtliches“ behandelt.

III. Sachverhalt und Beweiswürdigung

1. Unbestrittener Sachverhalt

Der Appellant 1 war Wirt des Restaurants L. Er schloss eine Erwerbsausfallversicherung mit der Appellatin ab für die Vertragsdauer vom 7. August 2002 bis 31. Dezember 2005.

Die Appellantin 2 ist die Schwägerin des Appellanten 1. Per 1. Januar 2003 trat sie eine 100%-Stelle als Küchengehilfin in seinem Restaurant an. Sie litt schon seit 1995/1996 unter Rückenproblemen (belastungsabhängiges Lumbovertebralsyndrom) und war gemäss Krankmeldung an die Versicherung seit 27. Oktober 2003 arbeitsunfähig. Die Appellatin bezahlte daraufhin die vertraglich vereinbarten Taggelder.

Zwischen den Parteien entstanden Differenzen bezüglich des Grads der Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2 und die Appellatin stellte per 31. Oktober 2004 die Bezahlung von Taggeldern ein; bis zu diesem Zeitpunkt hatte sie total Fr. 24'906.60 bezahlt.

In der Zeit zwischen dem 1. Dezember 2004 und dem 14. Februar 2005 liess die Appellatin die Appellantin 2 durch einen Privatdetektiv überwachen und zum Teil filmen.

Am 11. Februar 2005 befragte Frau D., Angestellte der Appellatin, die Appellantin 2 über ihren Gesundheitszustand. Dabei wurde Letztere mit ihrem Einverständnis beim Gehen und Bewegen gefilmt.

Bei einer Besprechung in den Büros der Appellatin vom 22. April 2005 wurde der Appellantin 2 mitgeteilt, in ihrem Fall bestünden Unstimmigkeiten. Letztere unterzeichnete in der Folge eine Vereinbarung, wonach sie anerkenne, dass die Appellatin gestützt auf Art. 40 VVG keine weiteren Leistungen mehr erbringe und dass sie der Appellatin Fr. 24'906.60 schulde, die Appellatin aber bereit sei, den Betrag bei rückwirkendem Ausschluss der Appellantin 2 per 27. Oktober 2003 aus der betreffenden Police auf Fr. 0.00 zu reduzieren. Der Anwalt der Appellantin 2 brachte in der Klage noch vor, die Unterzeichnung der Vereinbarung beruhe auf widerrechtlichem Druck und Furchterregung (vgl. p. 21) und reichte auch eine Strafanzeige wegen Nötigung ein (vgl. Hinweis auf p. 279). Da die Appellatin die

Anfechtung der Vereinbarung akzeptierte (vgl. p. 61), ist im Folgenden darauf nicht mehr einzugehen.

2. Bestrittener Sachverhalt

a) *Allgemeines*

Zwischen den Parteien strittig ist die Arbeits(un)fähigkeit der Appellantin 2 zwischen Oktober 2003 und Oktober 2005. Zu dieser Frage liegt eine grosse Anzahl Arztberichte vor, die die Vorinstanz im Motiv (vgl. p. 355 f.) in einer Tabelle zusammengestellt hat. Zusätzlich liegen Video, resp. DVD-Aufnahmen des Detektivs vor und dessen Ermittlungsbericht.

Die Appellanten bestritten die Zulässigkeit der vom Detektiv gemachten Aufnahmen. Die Vorinstanz verwarf diese Einwände zu Recht (vgl. p. 363). Die ZPO schliesst derartige Beweismittel nicht grundsätzlich aus. Die Aufnahmen sind im vorliegenden Fall nicht widerrechtlich mit Blick auf die Tatsache, dass sie im öffentlichen Raum gemacht wurden und die in diesem Punkt beweisbelastete Appellantin die Voraussetzungen von Art. 40 VVG insbesondere mit derartigen Mitteln beweisen kann. Dazu führte das Bundesgericht folgendes aus: *„Die Überwachung (inkl. die entsprechenden Videoaufnahmen) - vorgenommen im Verhältnis zwischen privater Haftpflichtversicherung und einer Privatperson - sind nicht widerrechtlich, sondern durch ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse gerechtfertigt (Art. 28 Abs. 2 ZGB): Weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versicherungsgemeinschaft sollen zu Unrecht Leistungen erbringen müssen (JdT 1998 I 763 Erw. 2b = SJ 1998 S. 303 f. Erw. 2b, bestätigt durch Urteil des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte vom 28. Juni 2001, VPB 65 [2001] Nr. 134 S. 1381). Zudem ist bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen, dass die Versicherte gegenüber der Haftpflichtversicherung (wie auch gegenüber der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt [SUVA]) einen Anspruch erhebt, der sich auf den Gesundheitszustand und die Arbeitsfähigkeit abstützt, so dass diesbezüglich Eingriffe in die Persönlichkeit zu erdulden sind, was das Interesse der Beschwerdeführerin geringer erscheinen lässt. Damit sind die im Verhältnis Privatversicherung - Beschwerdeführerin erhobenen Beweismittel rechtmässig erlangt worden.“*⁵

Ein weiteres wichtiges Beweismittel ist das gerichtlich eingeholte medizinische Gutachten (p.185 – 211). Dieses nimmt unter anderem Bezug auf die Überwachung der Appellantin 2 und schliesst für den Zeitraum vom 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005 auf eine 100%ige Arbeitsfähigkeit der Appellantin 2. Für die übrige Zeitspanne (Oktober 2003 – Oktober 2005) halten die Gutachter fest, es seien keine verbindlichen Aussagen zur Arbeitsfähigkeit zulässig, immerhin jedoch könne angemerkt werden, dass seit 1995 keine Zunahme der gesundheitlichen Störungen zu verzeichnen sei, welche eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit erwarten liessen.

b) *Vorinstanzliche Beweiswürdigung*

Der vorinstanzliche Richter erwog, derjenige, welcher gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebe, sei für den Eintritt des Versicherungsfalles behauptungs-

⁵ BGE 129 V 323.

und beweispflichtig. Da die Erbringung des Beweises mit Schwierigkeiten verbunden sei, geniesse der Anspruchsberechtigte eine Beweiserleichterung, indem er den Eintritt des Versicherungsfalles lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzutun hat. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, sei der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert.

Beim Bericht von Dr. M. handle es sich um einen ausführlichen, aufgrund von diversen medizinischen Unterlagen am 2. Juli 2004 erstellten Arztbericht. Dieser führe aus, dass bei einem konsequenten weiteren kraftaufbauenden Training mit entsprechender Stabilisierung des LWS-Beckenbereiches bei entsprechender Tätigkeit wieder eine 100%ige Arbeitsfähigkeit erreicht werden könne. Die Appellantin 2 habe ab 10. August 2004 wieder eine Arbeitsfähigkeit von 50% erreicht, in der Folge habe sie diese nicht mehr weiter steigern können. Die von Dr. M. prognostizierte Steigerung sei nicht in dem Ausmass eingetreten. Der Bericht habe nur eine Prognose über den weiteren Krankheitsverlauf dargestellt, welcher sich teilweise bewahrheitet habe. Weitere Schlüsse könnten aus dem Bericht nicht gezogen werden.

Die Video- und Fotoaufnahmen zeigten nur zeitlich begrenzte Ausschnitte aus dem Leben der Appellantin 2, würden jedoch aufgrund der mehrfachen und ausführlichen Überwachung einen guten Einblick in ihre verschiedenen Aktivitäten geben. Das Video des Privatdetektivs zeige die Appellantin 2, wie sie ausserhalb des Hauses – scheinbar mühelos – diverse Tätigkeiten ausführe. Gemäss der bei der Appellantin eingereichten Krankenkarte sei sie jedoch in verschiedenem Ausmass arbeitsunfähig gewesen.

Die von der Appellantin 2 am 22. April 2005 unterzeichnete Vereinbarung sei als aufgehoben zu betrachten, erstere habe erklärt, dass diese für sie nicht rechtsverbindlich sei und die Appellantin habe der Aufhebung ausdrücklich zugestimmt.

Den Einwänden der Appellanten bezüglich des Gutachtens der R., wonach dieses schlecht und unhaltbar sei, sei entgegen zu halten, dass das Gutachten erst nachträglich erstellt worden sei und eine erneute Untersuchung der Appellantin 2 nichts zur Beurteilung ihres Gesundheitszustandes im Zeitraum zwischen Oktober 2003 und Oktober 2005 beigetragen hätte. Zudem sei der Gesundheitszustand der Appellantin 2 in dieser Zeit mit den zahlreichen, von verschiedenen Ärzten ausgestellten Arztzeugnissen gut dokumentiert. Die Gutachter hätten, soweit durch das Gericht erkennbar, alle relevanten Unterlagen in die Beurteilung mit einbezogen.

Es sei nicht ersichtlich, inwiefern die aus medizinischer Sichtweise gezogenen Schlussfolgerungen falsch bzw. unhaltbar sein sollten. Das Gutachten erweise sich als vollständig, nachvollziehbar und schlüssig.

Das Gericht sehe es gestützt auf die „Krankmeldung Kollektiv-Krankentaggeld-Versicherung“ und die ärztlichen Zeugnisse als erwiesen an, dass die Appellantin 2 ab dem 27. Oktober 2003 krankheitsbedingt vollständig bzw. teilweise arbeitsunfähig gewesen sei. Es habe zwar Hinweise darauf gegeben, dass es der Appellantin 2 inskünftig hätte möglich sein sollen, ihr Arbeitspensum zu erhöhen. Diese Unterlagen vermöchten jedoch nicht darzulegen, dass die Appellantin 2 zu gegebener Zeit tatsächlich auch körperlich im Stande gewesen sei, zu 100% zu arbeiten. Damit sei der Eintritt des Versicherungsfalles überwiegend wahrscheinlich. Der Appellantin sei der Gegenbeweis misslungen.

Ein Vergleich der am 11. Februar 2005 von der Appellantin 2 gemachten Videoaufnahmen sowie Aussagen mit denjenigen von Dezember 2004 zeigten Widersprüche. Da Rückenbeschwerden von Laien oftmals nicht erkannt werden könnten und eine solche Einschränkung von Betroffenen in der Öffentlichkeit oftmals unterdrückt würde, habe das Gericht ein Sachverständigengutachten erstellen lassen. Gestützt auf die medizinischen Akten und den Überwachungsbericht mit den Videoaufnahmen hätten die Sachverständigen in der Zeitspanne vom 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005 bei der überwachten Appellantin 2 gesundheitliche Störungen von Krankheitswert im Bereiche des Bewegungsapparats mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ausschliessen können. Sie seien zum Schluss gekommen, dass für diese Zeitspanne von einer nicht eingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Appellantin 2 ausgegangen werden könne. Die Appellatin habe daher an der Sachverhaltsdarstellung der Appellantin 2 bezüglich der fortdauernden Arbeitsunfähigkeit erhebliche Zweifel zu wecken vermocht. Das Gericht erachte die Appellantin 2 zwischen dem 1. Dezember 2004 und dem 14. Februar 2005 mangels gesundheitlicher Störung von Krankheitswert zu 100% arbeitsfähig. Damit sei der Appellatin der Gegenbeweis gelungen.

Dr. N. habe der Appellantin 2 für die Zeit vom 22. bis 23. Januar 2005 eine Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit von 50% auf 100% und ab 24. Januar 2005 auf 75% attestiert. Diese Erhöhung der Arbeitsunfähigkeit habe in der Zeit stattgefunden, als die Appellantin 2 observiert worden sei. Das Gutachten komme, entgegen der Ansicht der Ärzte, zum Schluss, dass bei der Appellantin 2 in der Zeit vom 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005 mit überwiegender Wahrscheinlichkeit gesundheitliche Störungen von Krankheitswert im Bereiche des Bewegungsapparats ausgeschlossen werden könnten. Es werde festgehalten, dass für diese Zeitspanne von einer uneingeschränkten Arbeitsfähigkeit der Appellantin 2 auszugehen sei und für die Zeitspanne bis Oktober 2005 im Rückblick trotz fehlender, organisch begründbarer, gesundheitlicher Störung grundsätzlich keine verbindlichen Aussagen zur Arbeitsfähigkeit zulässig seien. Die Gutachter würden jedoch darauf hinweisen, dass seit 1995 keine Zunahme der gesundheitlichen Störungen zu verzeichnen sei, welche Einschränkungen der Arbeitsfähigkeit erwarten lassen würden. Aus den Akten würden sich ebenfalls keine Anhaltspunkte ergeben, aus denen sich eine Verschlechterung der gesundheitlichen Situation der Appellantin 2 nach der Observation bis Oktober 2005 ergeben würden.

Der Appellantin sei es damit nicht gelungen, die gestützt auf die Überwachung hervorgerufenen Zweifel an ihrer Arbeits[un]fähigkeit für die Zeit vom 15. Februar bis Oktober 2005 zu beseitigen, weshalb deren Wirkungen fortbestehen würden.

c) Ausführungen der Parteien

Die Appellanten führten in ihrem ersten und zweiten oberinstanzlichen Parteivortrag aus, es bestehe im Zeitraum zwischen 27. Oktober 2003 und Oktober 2005 eine Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2, dies würden die Arztberichte und die Krankenakten belegen. Die Zusammenstellung der Arztberichte, wie sie die Vorinstanz in ihrem Motiv gemacht habe, sei korrekt. Die Arztzeugnisse würden die Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2 belegen. Sie stünden im Widerspruch zum Gutachten. Das Gutachten habe jedoch den gerichtlichen Auftrag nicht erfüllt, die Fra-

gestellung sei gewesen, die gesamten fraglichen zwei Jahre zu begutachten und nicht nur die Zeit vom 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005. Zur übrigen Zeit hätten sich die Gutachter überhaupt nicht geäußert. Zudem habe das Gutachten nicht berücksichtigt, dass die Appellantin 2 operiert worden sei, die Appellantin 2 sei nicht gesund gewesen, sei schwer krank geblieben und schliesslich sei eine Operation notwendig geworden. Die neueren Arztberichte und sonstigen Akten hätten den Gutachtern nicht vorgelegen. Es gebe einen klaren Zusammenhang zwischen den Arztberichten und der Operation im Jahre 2007. Die Schlussfolgerungen des Gutachtens seien nicht richtig, sondern die Arztberichte. Das Gutachten sei erst im Jahre 2008 erstellt worden und oberflächlich. Die Arztberichte seien hingegen zeitnah und zuverlässig. Zudem seien die Arztbesuche regelmässig erfolgt. Die durch die Arztberichte bestätigten Arbeitsunfähigkeiten der Appellantin 2 seien richtig. Beim Filmmaterial sei darauf hinzuweisen, dass der Privatdetektiv Kommentierungen eingebracht habe. Man müsse daher den Film und Text getrennt ansehen und den Film für sich alleine beurteilen. Der Text sei eine reine Parteibeauptung. Zudem sei die Appellantin 2 an drei Tagen während nur 30 Minuten gefilmt worden, dies sei nicht aussagekräftig, zumal die Appellantin 2 zu diesem Zeitpunkt nur zu 50% arbeitsunfähig gewesen sei. Man sehe es einer Person zudem nicht auf den ersten Blick an, ob sie arbeitsunfähig sei. Staubsaugen liege bei einer 50%igen Arbeitsunfähigkeit drin, ebenfalls einkaufen. Die Appellantin 2 habe nur kleine Einkaufstüten getragen, die nicht schwer gewesen seien. Das Keyboard wiege nur rund 2.9 kg, solche Gewichte könne die Appellantin 2 heben. Zusammengefasst sei darauf hinzuweisen, dass die 100%ige Arbeitsfähigkeit nicht schlüssig aus dem Filmmaterial hervor gehe. 30 Minuten Film aus drei Tagen seien nicht repräsentativ für solche massiven Schlussfolgerungen. Es bestehe der Verdacht, dass sich die Gutachter durch den Text hätten beeinflussen lassen.

Die Appellatin führte in ihrem zweiten Parteivortrag aus, sie habe bis Ende Oktober 2004 Leistungen erbracht. Die Höhe des Taggeldes von 80% sei nicht bestritten, jedoch seien die geltend gemachten Taggelder nicht geschuldet. Der Gerichtspräsident habe die Beweise (Observation, Gutachten) korrekt gewürdigt. Die Appellatin habe vorerst Leistungen erbracht, weil die Versicherer den Angaben der Versicherten Glauben schenkten. Die Versicherer würden nicht von Anfang an Abklärungen tätigen. Wenn eine Arbeitsunfähigkeit länger dauere oder Zweifel entstünden, würden die Versicherten zu einem Vertrauensarzt geschickt. Gestützt auf einen Anfangsverdacht würden zudem Abklärungen getätigt. Eine Observation sei im Übrigen zulässig. Bei der Appellantin 2 hätten keine körperlichen Einschränkungen vorgelegen. Das Gutachten sei verwertbar und es basiere auf den Vorakten, sei kohärent und schlüssig. Die Gutachter setzten sich mit allen Umständen auseinander. Sie würden nur bestätigen, was sie wirklich sicher wüssten, das mache sie glaubwürdiger.

Aus den neu eingereichten Beilagen lasse sich nichts zu Gunsten der Appellantin 2 ableiten. Zudem hätten die Unterlagen zur Operation den Gutachtern ebenfalls vorgelegen. Es ergebe sich daher kein neues Bild. Die Gutachter hätten zudem den Verlauf bis ins Jahre 2007 gewürdigt. Den Schlussfolgerungen der Gutachter sei zu folgen, es liege keine Arbeitsunfähigkeit vor. Der Appellatin sei der Gegenbeweis gelungen.

In ihrer Replik zum zweiten Parteivortrag brachte der Rechtsvertreter der Appellanten vor, es gebe keine Hinweise darauf, weshalb die Appellantin einen Anfangsverdacht gehabt habe. Die Klagebeilagen 43 bis 54 hätten den Gutachtern nicht zur Verfügung gestanden, dies belege die letzte Seite des Gutachtens.

d) Erwägungen der Kammer

Die Vorinstanz führt zu Recht aus, dass das Beweismass für den Eintritt des Versicherungsfalles auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt ist⁶. Der Versicherer hat die Möglichkeit, den Hauptbeweis des Versicherten mit dem Gegenbeweis zu erschüttern, damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen⁷.

Im vorliegenden Fall ist daher zu prüfen, ob es der Appellantin 2 gelungen ist, für die Zeit von Dezember 2004 bis Oktober 2005 eine Arbeitsunfähigkeit von 50 bis 75% (vgl. p. 15 und 57) als überwiegend wahrscheinlich darzutun oder ob es der Appellantin gelungen ist, an dieser behaupteten Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2 erhebliche Zweifel zu wecken.

Die Beweiswürdigung der Vorinstanz zum Bericht von Dr. M. (KAB 5) ist korrekt. Auf diese Erwägungen kann daher verwiesen werden, denn es hat keinen praktischen Wert in oberer Instanz in mehr oder weniger veränderter Redaktion das Gleiche zu sagen⁸. Zu ergänzen bleibt lediglich, dass der Arzt am Ende seines Berichts eine mögliche chirurgische Stabilisierung erwähnt. Der Rechtsvertreter der Appellanten hat diese Ausführungen des Arztes zum Anlass genommen, in seinem (nicht zugelassenen) Fragenkatalog einen Zusammenhang zwischen dem späteren chirurgischen Eingriff vom 22. Februar 2007 und den Rückenbeschwerden im Zeitraum zwischen Oktober 2003 und Oktober 2005 zu erfragen (vgl. p. 247). Die Gutachter kamen jedoch zum Schluss, dass keine Aussagen zur Indikation des 2007 in der orthopädischen Klinik des Inselspitals durchgeführten Eingriffs vorliegen würden (vgl. p. 209, Mitte). Daher ist ein Zusammenhang zwischen dem Eingriff und den von der Appellantin 2 angegebenen Rückenbeschwerden rein spekulativ.

Die durch den Detektiv mit der Videokamera gefilmten und mit Fotos dokumentierten Szenen sind aufschlussreich. Ebenfalls ergeben sich die Aktivitäten der Appellantin 2 aus dem Ermittlungsbericht des Detektivs. Die Appellantin 2 wurde – um ein Beispiel zu nennen – dabei gefilmt, wie sie ohne Mühe während einigen Minuten das Auto staubsaugte, obwohl sie dafür diverse Drehbewegungen mit dem Körper vollführen musste. Richtig ist, dass sich der gesundheitliche Zustand eines Menschen von Tag zu Tag etwas ändern kann. Der Detektiv beobachtete die Appellantin 2 jedoch während mehrerer Tage und über viele Stunden. Gemäss Ermittlungsbericht und im Video sind keine Anzeichen für eine gesundheitliche Beeinträchtigung der Appellantin 2 ersichtlich. Zudem ist auf die Diskrepanz zwischen den Aufnahmen des Detektivs und denjenigen einer Vertreterin der Appellantin,

⁶ vgl. BGE 130 III 321, E. 3.

⁷ vgl. BGE 130 III 321, E. 3.4.

⁸ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3 ad Art. 351 ZPO.

Frau D., sowie den Aussagen der Appellantin 2 anlässlich des Gesprächs vom 11. Februar 2005 (vgl. KAB 8), hinzuweisen. Auf dem durch die Appellantin 2 erstellten Video konnte sich die Appellantin 2 nur mühsam bewegen (Drehbewegungen aus der Hüfte) und beim Gehen hinkte sie stark. Sie erklärte Frau D., sie habe starke Schmerzen, könne nicht mehrere Läden nacheinander aufsuchen, nicht mehr staubsaugen und nicht schwer tragen. Auf dem Video des Detektivs aber war die Appellantin 2 in der Lage, das Auto staub zu saugen, während längerer Zeit einkaufen zu gehen (Kleider- und Schuhgeschäfte) und ein Keyboard aus dem Auto zu heben. Wenn die Appellantin 2 geltend macht, ein Keyboard sei nicht schwer, mag dies zwar korrekt sein, aber um das Instrument aus dem Auto zu nehmen, ist eine Drehbewegung des Rückens erforderlich.

Für den in Frage stehenden Zeitraum wurde ein gerichtliches Gutachten angeordnet und erstellt (Gutachten R. vom 6. Mai 2008). Dieses Gutachten ist nachvollziehbar, vollständig und schlüssig. Die Würdigung des vorinstanzlichen Richters ist korrekt, darauf kann verwiesen werden. Zudem hat der Vorrichter zu Recht darauf hingewiesen, das Gutachten sei nicht unhaltbar, weil keine materielle Überprüfung, beispielsweise durch Untersuchung der Appellantin 2 vorgenommen worden sei, da das Gutachten erst im Mai 2008 erstellt wurde und eine erneute Untersuchung der Appellantin 2 kaum etwas zur Beurteilung ihres Gesundheitszustandes zwischen Oktober 2003 und Oktober 2005 beigetragen hätte.

Das Gutachten kam zu einem anderen Schluss als die diversen von der Appellantin 2 vorgelegten Arztberichte. Die Schlussfolgerungen werden durch die Gutachter jedoch begründet und sind nachvollziehbar.

Die Appellantin 2 macht geltend, die Gutachter hätten nicht über die neueren Unterlagen verfügt und diese nicht berücksichtigt. Die Gutachter weisen bei der Aufzählung der medizinischen Akten auf die Operation der Appellantin 2 hin. Die Tatsache, dass eine Operation durchgeführt worden war, war den Gutachtern somit bekannt. Richtig ist, dass ihnen nicht alle Unterlagen bekannt waren, beispielsweise die beiden Arztberichte vom 25. und 28. August 2008. Jedoch vermag dies an den nachvollziehbaren Schlussfolgerungen der Gutachter nichts zu ändern, da es nicht möglich ist, aus neueren Arztberichten auf den Gesundheitszustand zu schliessen, wie er mehrere Jahre zuvor gewesen sein soll. Es kann zwar sein, dass bei einer solchen Entwicklung der gesundheitlichen Situation, wie sie hier vorliegt, bereits mehrere Jahre zuvor ein Leiden bestanden hat, dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend. Vorliegend ist nicht genügend belegt, wann die Leidensgeschichte der Appellantin 2, die dann schliesslich zur Operation geführt haben soll, angefangen hat. Die Tatsache, dass die Gutachter die neuesten Arztberichte nicht würdigen konnten, kann vorliegend aus den genannten Gründen nicht entscheidend sein. Zudem wird darauf hingewiesen, dass die subjektiven Rückenschmerzen der Appellantin 2 objektiv nicht erhärtbar waren (vgl. p. 205). Eine mögliche Ursache der Schmerzen wurde mit der Operation vom 22. Februar 2007 beseitigt. Die Schmerzen sind jedoch nach Angaben der Appellantin 2 dennoch nicht verschwunden.

Wie bereits erwähnt, stimmen die Arztzeugnisse in Bezug auf die Arbeitsunfähigkeit nicht mit den Schlussfolgerungen des Gutachtens überein. Erwähnenswert erscheint der Kammer in diesem Zusammenhang, dass die Definition der Arbeitsun-

fähigkeit der Ärzte nicht mit derjenigen der Juristen übereinzustimmen braucht. Denn ärztliche Zeugnisse stützen sich zu einem grossen Teil auf die subjektiven Angaben der Patienten. Daher sind Arztzeugnisse für Gerichte nicht bindend; sie stellen zwar ein gewichtiges Indiz für das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit dar, jedoch können sie durch andere Beweismittel widerlegt werden. Die Gutachter führen diesbezüglich in schlüssiger Weise aus, weshalb in vorliegendem Fall die von den Ärzten angegebene Arbeitsunfähigkeit nicht vorgelegen hat (vgl. p. 203 ff.): Unter diesen medizinisch klar definierten Voraussetzungen könnten bei der Patientin allerhöchstens gewisse, prognostisch unbedeutende untere Rückenschmerzen erwartet werden. Dass sich die Beschwerden der Patientin derart verstärkten, sei medizinisch bei klar definierter Ausgangslage in keiner Art und Weise nachvollziehbar. Ebenfalls wird festgehalten, dass das Ausmass der Spondylolisthese in elf Jahren nicht zugenommen hat und dies mit den medizinischen Befunden erklärbar sei. Nicht ganz klar ist denn auch, weshalb die Rückenoperation der Appellantin 2 durchgeführt worden ist. Der Chirurg begründet den Eingriff vor allem mit dem grossen Leidensdruck der Patientin (vgl. KB 19). Die Patientin litt zu diesem Zeitpunkt weder unter Arthrose noch unter einem Bandscheibenvorfall. Ebenfalls zeigte ihre Wirbelsäule keine Abnützungserscheinungen. Zusammengefasst wird festgehalten, dass die Appellantin 2 keine objektivierbaren Beschwerden hatte. Das Gutachten ist nachvollziehbar und sehr schlüssig. Die Gutachter nehmen die medizinischen Befunde der Appellantin 2 auf und erklären, weshalb sie bezüglich Arbeitsunfähigkeit zu anderen Schlüssen als die behandelnden Ärzte kommen. Die Frage nach der Schlüssigkeit des Gutachtens hat die Vorinstanz ebenfalls aufgeworfen und ist ebenfalls zum Schluss gekommen, dass es nachvollziehbar und kohärent ist (vgl. p. 375).

Aus diesen Erwägungen lassen sich für die Zeit vom 27. Oktober 2003 bis Ende Oktober 2005 folgende Schlüsse ziehen:

Zeitspanne vom 27. Oktober 2003 bis 31. Oktober 2004

Diese Zeitspanne betrifft die widerklageweise zurück verlangten Taggelder. Da die Appellantin Anschlussappellation erklärt hat, ist diese Zeitspanne nach wie vor zu berücksichtigen.

Die Vorinstanz hat korrekt ausgeführt, dass sich die Beweiserleichterung („überwiegende Wahrscheinlichkeit“) zu Gunsten der Appellantin 2 auswirken muss. In der tabellarischen Übersicht der Vorinstanz (vgl. p. 355 bis 357) sind die diversen Arztzeugnisse inkl. Angaben über Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2 für die fragliche Zeitspanne (27. Oktober 2003 bis 31. Oktober 2004) aufgelistet. Die meisten Atteste stammen vom Hausarzt der Appellantin 2, Dr. P. Jedoch wurden auch vom Chirurgen Dr. Q. (vgl. KB 22 und 23) zwei Berichte verfasst. Nur der erste Bericht enthält einen Befund, namentlich sei die Reklination (Rückwärtsbiegung) aufgrund von Schmerzen lediglich 15° möglich. Zudem liege eine erhebliche muskuläre Dysbalance und Verkürzung vor. Aus dieser Zeitspanne datiert auch der Bericht von Dr. M. vom 2. Juli 2004, welcher von einer Arbeitsfähigkeit von 50% ausgeht, die prognostisch auf 100% zu steigern wäre.

Mit der Vorinstanz ist daher davon auszugehen, dass in der Zeitspanne zwischen 27. Oktober 2003 und 31. Oktober 2004 eine Arbeitsunfähigkeit der Appellantin 2 vorgelegen hat. Auf die zutreffenden Erwägungen der Vorinstanz kann verwiesen

werden. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass für diese Zeitspanne auch die Appellatin nicht geltend macht, die Appellantin 2 habe ihre Arbeitsunfähigkeit vorgespielt. In dieser ersten Phase gibt es keine Hinweise auf eine Simulation der Beschwerden durch die Appellantin 2.

Zeitspanne vom 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005

Die vorinstanzlichen Erwägungen zu diesem Zeitraum sind korrekt. Daher kann vollumfänglich auf die verwiesen werden. Für die Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit in dieser Zeitspanne liegt das schlüssige Gutachten vor. Es ist somit für diesen Zeitraum von einer 100%igen Arbeitsfähigkeit der Appellantin 2 auszugehen.

Zeitspanne vom 15. Februar 2005 bis Ende Oktober 2005

Die Gutachter führen aus, dass für die Zeitspanne bis Oktober 2005 im Rückblick trotz fehlender, organisch begründbarer, gesundheitlicher Störungen grundsätzlich keine verbindlichen Aussagen zur Arbeitsfähigkeit möglich sind, jedoch weisen sie darauf hin, dass objektiv, inkl. radiologischem Verlauf, seit 1995 keine Zunahme der gesundheitlichen Störungen zu verzeichnen ist, welche Beeinträchtigungen und somit Einschränkungen der Appellantin 2 erwarten lassen (vgl. 203 ff.). Tatsächlich fällt die grosse Diskrepanz zwischen den Angaben der Ärzte N. und O. zur Arbeitsfähigkeit in der Zeit der Observation und den Erkenntnissen des Gutachtens auf. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass die Angaben von Dr. O. lediglich in einer Art Tabelle ohne jeglichen Zusatz betreffend Befunden zu finden sind (vgl. KB 11 bis 14). Die Aussagekraft dieser Tabellen ist entsprechend zu relativieren. Dr. N. verfasste am 7. April 2005 einen Bericht an den Vertrauensarzt der Appellatin. Darin äussert er sich jedoch nicht zur Arbeitsfähigkeit der Appellantin 2, weshalb dieser Bericht diesbezüglich nicht als aussagekräftig einzustufen ist.

Die Frage, ob die Appellantin 2 während der Zeitspanne zwischen dem 15. Februar 2005 und Ende Oktober 2005 tatsächlich arbeitsunfähig war oder nicht, kann offengelassen werden, wie nachfolgend (in den rechtlichen Erwägungen) zu zeigen sein wird.

IV. Rechtliches

1. Zur Aktivlegitimation des Appellanten 1

Die Vorinstanz erwog hierzu, gestützt auf Art. 87 VVG habe der Geschädigte ein eigenes Recht, im Schadenfall Taggelder zu fordern. Aktivlegitimiert sei in casu daher nur die Appellantin 2. Eine Abtretung ihrer Ansprüche an den Appellanten 1 sei nicht ersichtlich. Daher müssten die an der Fortsetzungsverhandlung vom 15. Dezember 2008 neu formulierten Rechtsbegehren betreffend Zahlung an die Appellanten insgesamt (Hauptbegehren) und Zahlung an den Appellanten 1 zu Gunsten der Appellantin 2 (Subeventualbegehren) abgewiesen werden.

Diese Ausführungen des vorinstanzlichen Richters sind korrekt, auf diese kann vollumfänglich verwiesen werden. Anzufügen bleibt lediglich, dass in oberer Instanz betreffend den gestellten Rechtsbegehren eine andere Situation vorliegt, da nur noch die aktivlegitimierte Appellantin 2 Anträge stellt.

2. Betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG

a) *Erwägungen der Vorinstanz*

Die Vorinstanz erwog hierzu, Art. 40 VVG sehe vor, dass der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden sei, wenn der Anspruchsberechtigte leistungsrelevante Tatsachen zum Zweck der Täuschung unrichtig mitteile oder verschweige. Als subjektives Element müsse Täuschungsabsicht vorliegen. Diese liege vor, wenn der Anspruchsberechtigte dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben mache, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Der Beweis für die Täuschungsabsicht könne in der Regel nur indirekt erbracht werden. Die Appellantin habe in casu rechtsgenügend beweisen können, dass die Appellantin 2 ab dem 1. Dezember 2004 bis 14. Februar 2005 zu 100% arbeitsfähig gewesen sei. Die Täuschungsabsicht sei zu bejahen aufgrund der Videoaufnahmen einerseits vom Dezember 2004 und andererseits vom 11. Februar 2005. Es könne keineswegs nur von einer Unvorsichtigkeit der Appellantin 2 gesprochen werden.

Habe der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, sei der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber „an den Vertrag nicht gebunden“. Der Versicherer könne die Leistung dem Täuschenden gegenüber verweigern. Diese Einrede müsse sie jedoch geltend machen. Die Leistungsbefreiung umfasse den gesamten Anspruch, selbst wenn sich die Täuschung nur auf einen Teil des Schadens bzw. einzelne Schadenspositionen beziehe. Die Appellantin habe ihre Leistungen per 31. Oktober 2004 eingestellt und vor Gericht die Einrede der Leistungsverweigerung rechtsgenügend erhoben. Die Appellantin 2 habe gegenüber der Appellantin 2 keinen Anspruch auf weitere Leistungen im Zeitraum von Dezember 2004 bis Oktober 2005.

b) *Erwägungen der Kammer*

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 Artikels 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden (Art. 40 VVG). Art. 39 VVG sieht vor, dass der Anspruchsberechtigte auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen muss, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind.

Der Versicherungsvertrag begründet auch ein Vertrauensverhältnis. Die Leistungen, die der Versicherer erbringt, beruhen zu einem erheblichen Teil auf Daten und Informationen, die ihm der Versicherungsnehmer zur Verfügung stellt. Sie sind häufig nur beschränkt überprüfbar. Der Versicherer ist deshalb in hohem Mass auf Treue und Aufrichtigkeit seines Vertragspartners angewiesen und in diesem Punkt schutzbedürftig. Art 40 VVG stellt eine scharfe zivilrechtliche Sanktion zur Verfügung, die betrügerische Machenschaften zur Leistungserwirkung bestraft⁹.

⁹ NEF in: HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.), Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), N. 1 ad Art. 40 VVG.

Der Anspruchsteller muss den Versicherer über alle Tatsachen aufklären, welche für dessen Leistungspflicht wesentlich sind. Wenn er unrichtige Mitteilungen macht oder wichtige Tatsachen verschweigt, läuft der Versicherer Gefahr, Entschädigungen zu erbringen, die er nicht schuldet. Betrügerische Anspruchs begründung liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen verfälscht oder verschweigt¹⁰. Nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen ist von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet sind, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen. Der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten¹¹.

Damit Art. 40 VVG zur Anwendung kommt, genügt ein Verhalten, das „zum Zwecke der Täuschung“ an den Tag gelegt wird, also objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann. Das Gesetz verlangt jedoch keinen Täuschungserfolg¹². Es sind folgende Konstellationen zu unterscheiden:

- *Vortäuschen eines Versicherungsfalles ohne Eintritt eines Schadens*: Der Versicherte täuscht eine Krankheit vor, obwohl er gesund ist;
- *Vortäuschen eines Versicherungsfalles nach Eintritt eines Schadens*: Der Versicherte, der einen nicht versicherten Schaden erleidet, macht versicherte Ansprüche geltend, indem er den Schadenshergang unrichtig mitteilt;
- *Vortäuschen eines Versicherungsfalles durch Herbeiführung eines Schadens*: Beispielsweise die Provokation von Verkehrsunfällen oder Brandstiftung;
- *Ausnützen eines Versicherungsfalles durch Vortäuschen eines grösseren Schadens*: Dazu gehören unrichtige Hinweise über den Wert von Sachen, zu hohe Angaben über Anschaffungspreise, die Aggravation gesundheitlicher Störungen. Ferner unwahre Angaben, um die Kürzung einer Versicherungsleistung zu vermeiden¹³.

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. Es besagt, dass der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon dann gegeben, wenn der Anspruchsberechtigte um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss und dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert¹⁴.

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 zurück zu treten¹⁵.

Gegenüber dem Anspruchsteller, der die Täuschung begangen hat, kann der Versicherer die Leistung verweigern. Es handelt sich um eine geltend zu machende Einrede. Sind noch andere Anspruchsberechtigte (Versicherungsnehmer oder Dritte)

¹⁰ NEF, a.a.O., N. 14 ad Art. 40 VVG.

¹¹ NEF, a.a.O., N. 16 ad Art. 40 VVG.

¹² NEF, a.a.O., N. 17 ad Art. 40 VVG.

¹³ NEF, a.a.O., N. 18 ff. ad Art. 40 VVG.

¹⁴ NEF, a.a.O., N. 23 ad Art. 40 VVG.

¹⁵ NEF, a.a.O., N. 44 ad Art. 40 VVG.

vorhanden, welche die betrügerische Anspruchsbegründung nicht zu verantworten haben, bleibt der Versicherer ihnen gegenüber leistungspflichtig. Die Leistungsbe-freiung umfasst den ganzen Anspruch, selbst wenn sich die Täuschung nur auf ei-nen Teil des Schadens bzw. einzelne Schadenspositionen bezieht¹⁶.

Ist der betrügerische Anspruchsteller zugleich Versicherungsnehmer, kann der Ver-sicherer vom Vertrag zurück treten. Der Rücktritt ist also nur gegenüber dem betrü-gerischen Versicherungsnehmer möglich. Aus den Ausführungen folgt, dass der Versicherer nicht vom Vertrag zurücktreten kann, wenn eine Täuschung von An-spruchsberechtigten vorliegt, die nicht Vertragspartner sind, den Versicherungs-nehmer aber keine Verantwortung trifft¹⁷. Der Rücktritt bewirkt das Dahinfallen des Vertrages. Sie sog. versicherungsrechtliche Unverbindlichkeit des Vertrages nach dem VVG tritt in der Regel ein mit der Rückwirkung bis zum Zeitpunkt, in welchem der Rücktrittsgrund entstanden ist. Ein Teil der Doktrin lässt deshalb bei Art. 40 VVG den Rücktritt auf den Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung zu-rückwirken. Nach dieser Vorschrift besteht unbestrittenermassen kein Versiche-rungsanspruch aus dem Schadensereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchs-berechtigte einer Täuschung schuldig machte. Der Vertrag fällt darum bereits mit Eintritt des Versicherungsfalles dahin, nicht erst im Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung des Versicherten. Für die Schadenfälle, die in der Folgezeit eintreten, besteht keine Leistungspflicht des Versicherten¹⁸. Wenn eine betrügeri-sche Anspruchsbegründung vorliegt und der Versicherer seine Entschädigungszah-lung bereits erbracht hat, steht ihm ein Rückforderungsrecht zu, und war nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung gemäss Art. 62 ff. OR.

Wie die Beweiswürdigung ergeben hat, war die Appellantin 2 sicherlich im Zeitraum zwischen 1. Dezember 2004 und 14. Februar 2005 zu 100% arbeitsfähig, also nicht mehr krank. An den drei Tagen im Dezember 2004, an welchen die Appellantin 2 unbemerkt beobachtet und gefilmt wurde, zeigte sie sich in lockerer und keinesfalls eingeschränkter Bewegung und Beweglichkeit. Als die Vertreterin der Versicherung am 11. Februar 2005 bei der Appellantin 2 zu Hause war, zeigte sie jedoch einen hinkenden Gang und behauptete, Drehbewegungen verursachten ihr Schmerzen. Die Feststellungen der Gutachter gerade auch zu diesen kurzen Filmaufnahmen vom Februar 2005 sind klar, es wird festgestellt, dass das Hinken zwischen rechts und links wechsle, das Beugen des Oberkörpers blockiert und vorsichtig sei. Die feinen Spontanbewegungen erschienen den Gutachtern aber keineswegs wesent-lich schmerzhaft behindert zu sein (vgl. p. 201).

Festzuhalten ist also, dass die Appellantin 2 immer noch Leistungen der Appellatin beziehen wollte und will, obwohl sie ab 1. Dezember 2004 wieder zu 100% arbeits-fähig gewesen ist. Dieses Verhalten muss unter die Fallgruppe des Ausnützens ei-nes Versicherungsfalles durch Vortäuschen eines grösseren Schadens subsumiert werden. Die Appellantin 2 teilte nämlich der Appellatin nicht mit, dass diese keine Leistungen mehr zu erbringen habe, weil sie wieder vollzeitlich arbeitsfähig sei. Der Anspruch ist als betrügerisch zu bezeichnen, sobald ein Berechtigter dem Versiche-

¹⁶ NEF, a.a.O., N. 46 f. ad Art. 40 VVG.

¹⁷ NEF, a.a.O., N. 50 f. ad Art. 40 VVG.

¹⁸ NEF, a.a.O., N. 53 ad u. Art. 40 VVG mit weiteren Hinweisen.

rer anspruchshindernde Tatsachen nicht mitteilt, in casu, dass die Appellantin 2 ab Dezember 2004 nicht mehr krank war.

Die Täuschungsabsicht der Appellantin 2 ergibt sich unzweifelhaft aus der Diskrepanz der Videoaufnahmen des Detektivs und denjenigen, welche die Vertreterin der Appellantin anlässlich ihres Besuchs vom 11. Februar 2005 gemacht hat. Die Appellantin 2 spielte im Februar 2005 vor, dass sie sich kaum bewegen könne und starke Schmerzen verspüre. Dies steht in krassem Gegensatz zu ihren Aktivitäten im Dezember 2004, welche ebenfalls auf Video aufgenommen wurden. Von einer Unsorgfältigkeit kann in einem solchen Fall – wie dies auch der vorinstanzliche Richter zu Recht ausführt – vernünftigerweise nicht gesprochen werden. Die Täuschungsabsicht der Appellantin 2 wird daher bejaht.

Festzuhalten ist jedoch, dass die Appellantin 2 nicht selber Versicherungsnehmerin war, sondern nur Anspruchsberechtigte. Die Appellantin hat daher nicht die Möglichkeit, vom Vertrag zurück zu treten, da dies nur gegenüber dem Versicherungsnehmer möglich ist.

Es stellt sich aber die Frage, ob die Appellantin gegenüber der Appellantin 2 ihre Leistung verweigern darf und wenn ja, in welchem Zeitpunkt und für welchen Zeitraum.

Die Appellantin ist der Ansicht, dass sie keine Leistungen mehr erbringen muss (und sogar die erbrachten zurückfordern kann). Bei Täuschungen durch den Versicherungsnehmer sieht das Gesetz vor, dass der Versicherer vom Vertrag zurück treten kann und damit die Leistungen für das gesamte Schadensereignis verweigern darf. Die Versicherung ist jedoch nur gegenüber dem täuschenden Versicherten nicht mehr an den Vertrag gebunden. Die Leistungspflicht gegenüber dem Versicherten entfällt.

Bei Täuschungen durch den Anspruchsberechtigten kann der Versicherer die Leistung für das gesamte Schadensereignis verweigern. Die Leistungsverweigerung bezieht sich daher grundsätzlich auf das Schadensereignis als Ganzes. Wenn ein Anspruchsberechtigter also die Versicherung über die Anspruchsberechtigung täuscht, muss diese ihm aus demjenigen Schadensereignis nichts bezahlen, es handelt sich um eine definitive Leistungsverweigerung.

Die Appellantin 2 hat der Versicherung eine anspruchshindernde Tatsache nicht mitgeteilt, ebenfalls wurde die Täuschungsabsicht bejaht. Der Anspruch der Appellantin 2 auf Leistungen der Versicherung muss daher ab 1. Dezember 2004 verneint werden. Die Appellantin muss ab diesem Zeitpunkt keine Leistungen für die Appellantin 2 mehr erbringen. Auch wenn die Appellantin 2 nach dem 14. Februar 2005 wiederum arbeitsunfähig geworden wäre, hätte sie aufgrund von Art. 40 VVG keinen Anspruch mehr auf Leistungen der Versicherung, da diese ab Eintritt der Täuschung keine Leistungen mehr erbringen muss. Es wäre stossend, wenn ein Anspruchsberechtigter eine Versicherung täuschen könnte und trotzdem später wiederum Leistungen aus dem gleichen Vorfall geltend machen könnte. Die Leistungsverweigerung für die Zukunft muss auch für Anspruchsberechtigte gelten.

Damit ist die Klage der Appellantin 2 auf Zahlung von Krankentaggeldern im Zeitraum zwischen Dezember 2004 und Oktober 2005 abzuweisen, sie hat aufgrund der betrügerischen Anspruchsbegründung keinen Leistungsanspruch mehr.

3. Rückforderung der vor dem 1. Dezember 2004 erbrachten Leistungen durch die Appellatin (Widerklage)

a) Erwägungen der Vorinstanz

Die Vorinstanz erwog, die Appellatin fordere die bereits an die anspruchsberechtigte Person (Appellantin 2) geleisteten Zahlungen von Fr. 24'906.60 (zuzüglich Zins) zurück. Dieses Begehren sei abzuweisen, da in casu keine schon bei Eintritt des Schadens vorhandene Täuschung vorliege. Die Appellatin habe erst ab dem 1. Dezember 2004 nachzuweisen vermocht, dass die Appellantin 2 tatsächlich eine höhere Arbeitsfähigkeit als ausgewiesen besessen habe. Für die Zeit davor, d.h. vom 27. Oktober 2003 bis 30. November 2004 habe keine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vorgelegen. Die Appellatin habe ihre Leistungen per 31. Oktober 2004 eingestellt und daher müsse die Appellantin 2 ihr nichts zurückbezahlen. Was den ebenfalls unter dem Titel Widerklage geforderten Betrag von Fr. 8'392.10 (zuzüglich Zins) verlangten Betrag betreffe, so seien dies die Kosten für den Privatdetektiv, welche als Prozesskosten den Parteikosten der Appellatin zuzuordnen seien.

b) Ausführungen der Parteien

In seinem zweiten Parteivortrag führte der Rechtsvertreter der Appellanten aus, die Feststellungen des vorinstanzlichen Richters bezüglich Rückforderung der Leistung seien korrekt und damit zu bestätigen. Die Widerklage könne nicht gutgeheissen werden.

In ihrem zweiten Parteivortrag machte die Appellatin geltend, der Gerichtspräsident beantworte die Frage nicht, weshalb die Widerklage abgewiesen worden sei. Eine Rückforderung der Leistungen sei gestützt auf Art. 40 VVG möglich. Es gehe um Tatsachen, um Angaben von Kranken über deren Arbeitsunfähigkeit. Ebenfalls seien das Vorliegen von Schmerzen und Einschränkungen Tatsachen. In der Observationsperiode sei die Appellantin 2 nur drei Mal beim Arzt gewesen. Es liege keine Arbeitsunfähigkeit vor.

Staubsaugen stelle eine schwere Arbeit für den Rücken dar, nicht zuletzt auch wegen der gebeugten Haltung.

Art. 40 VVG erlaube auch die Rückforderung von Leistungen ohne Rücktritt vom Versicherungsvertrag. Da der Appellant 1 den Versicherungsvertrag nicht verletzt habe, könne die Appellatin nicht vom Vertrag zurück treten. Art. 40 VVG biete nicht nur eine Grundlage für die Leistungsverweigerung (ohne Rücktritt vom Vertrag) in der Zukunft, sondern auch eine solche für die Rückforderung bereits erbrachter Leistungen. Beispiele dazu liessen sich nur der Rechtsprechung im Bereich der Sachversicherungen entnehmen, diese könnten jedoch auf den Bereich des Erwerbsausfalls übertragen werden. Wenn der Versicherte den Versicherer über einen Teilbetrag täusche, könne der Versicherer die gesamte Leistung verweigern. Gleich verhalte es sich, wenn ein Versicherungsnehmer auch nur einen Gegenstand als gestohlen melde, welcher tatsächlich nicht gestohlen worden sei. Auch in diesem Fall müsse die Versicherung nichts bezahlen. Die Auffassung der vorinstanzlichen Richters, wonach der Anspruch auf Taggelder in Perioden aufgeteilt werde, sei falsch. Der Anspruch auf Taggeld sei vielmehr ein Gesamtanspruch, welcher bei Eintritt des versicherten Ereignisses entstehe. Die Höhe des Anspruches ergebe sich aus der Dauer und dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit. Art. 40

VVG sei streng auszulegen. Es müsse möglich sein, in einem solchen Fall den Vertrag aufzulösen bzw. die Leistungen von Anfang an zu verweigern, bzw. zurück zu fordern. Ansonsten würde das Risiko bestehen, dass Leistungen bezogen werden, bis die Versicherung die betrügerische Anspruchsbegründung bemerke. Da im vorliegenden Fall eine betrügerische Anspruchsbegründung mit Täuschungsabsicht vorliege, sei die Appellatin berechtigt, ihre Leistungen zurück zu fordern.

Es handle sich beim Rückforderungsanspruch der Appellatin um einen vertraglichen Anspruch, wie bereits in der Klageantwort ausgeführt worden sei (vgl. p. 63). Daher gelte die Verjährungsfrist von zwei Jahren gemäss Art. 46 VVG. Auch wenn die Verjährungsfrist von Art. 67 OR gelten würde, sei der Anspruch in der Klageantwort rechtzeitig geltend gemacht worden. Die Vereinbarung sei am 22. April 2005 unterzeichnet und am 20. April 2006 angefochten worden. Mit der Anfechtung beginne die Verjährungsfrist neu zu laufen.

c) Erwägungen der Kammer

Es stellt sich vorliegend die Frage, ob die Appellatin die der Appellantin 2 erbrachten Leistungen zurück fordern kann bzw. ob der Vertrag aufgrund der betrügerischen Anspruchsbegründung durch die Appellantin 2 rückwirkend keine Geltung mehr hat.

Die Kammer ist aufgrund der vorgenommenen Beweismwürdigung um Schluss gekommen, dass die Appellantin 2 für die Zeit vom 27. Oktober 2003 bis Oktober 2004 ihre Krankheit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nachweisen konnte. Der Appellatin ist diesbezüglich der Gegenbeweis nicht gelungen, sie konnte nicht nachweisen, dass die Appellantin 2 auch schon vor der Observation zu 100% hätte arbeiten können und damit keinen Anspruch auf Versicherungsleistungen gehabt hätte. Unter diesem Gesichtspunkt kann die Appellatin die bereits erbrachten Leistungen somit nicht zurück fordern.

Die Appellantin 2 war selber, wie dies bereits festgehalten worden war, nicht Versicherungsnehmerin, sondern nur Anspruchsberechtigte. Beim Versicherungsnehmer entfällt der Vertrag ex tunc.

Wenn die betrügerische Handlung von einem Anspruchsberechtigten ausgeht, hat die Versicherung nicht das Recht, vom Vertrag zurück zu treten. Aber sie hätte das Recht, ihre gesamte Leistung zu verweigern. Dies kann jedoch nur für den Fall Geltung haben, in welchem bereits die Anspruchsbegründung betrügerisch war. In casu war jedoch die Anspruchsbegründung nicht betrügerisch, die Appellantin 2 war nämlich im Zeitraum zwischen 27. Oktober 2003 und Oktober 2004 arbeitsunfähig infolge Krankheit. Die betrügerische Handlung der Appellantin 2 bestand vorliegend vielmehr darin, dass sie der Versicherung nicht mitteilte, dass sie wieder arbeiten konnte. Sie verletzte die Obliegenheit die Versicherung über anspruchshindernde Tatsachen aufzuklären. Erst ab diesem Zeitpunkt war damit die Leistungsbeanspruchung betrügerisch, weshalb die Appellatin erst ab diesem Zeitpunkt ihre Leistung verweigern kann. Damit ist auch gesagt, dass sie bereits erbrachte Leistungen nicht zurück fordern kann.

Die Widerklage ist damit in diesem Punkt abzuweisen.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass damit die Frage nach der Verjährung des Rückforderungsanspruches der Appellatin offen gelassen werden kann.

Die Appellatin hat oberinstanzlich unverändert an ihren Rechtsbegehren festgehalten, unter anderem auch an der Qualifikation der Observationskosten als Schadenersatz gestützt auf Art. 97 OR (positive Vertragsverletzung) in Anspruchskonkurrenz mit Art. 41 OR (unerlaubte Handlung).

Diesbezüglich zieht die Appellatin hierfür die Parallele zu den vorprozessualen Anwaltskosten, die der Geschädigte im Haftpflichtprozess einfordern kann (vgl. p. 65). Die Vorinstanz hingegen bezieht sich auf den Kommentar zur bernischen ZPO von LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI¹⁹, wonach die vor Beginn des Prozess seit Streitigwerden des Anspruchs entstandenen Kosten den Prozesskosten zugeordnet werden müssen. Das „Streitigwerden“ könnte man nun so verstehen, dass die künftige Gegenpartei zwingend schon vom Streit Kenntnis hat. Ein solches Kriterium wäre jedoch willkürlich und in Fällen wie diesen unbrauchbar, muss doch eine Observation gerade ohne Kenntnis der Observierten (Versicherten) in Auftrag gegeben werden. Oberrichter RIEDER²⁰ ist der Ansicht, dass eine offenere Interpretation am Platz ist, namentlich sind vorprozessuale Kosten „frais... causés par des démarches préalables nécessaires à sa préparation“. Das Bundesgericht²¹ beschränkt die vorprozessualen Kosten nicht auf solche, die nach offenem Ausbruch des Streits entstanden sind. Die Appellantin 2 wurde offenbar erst im Frühjahr 2005 mit dem Betrugsverdacht der Appellatin konfrontiert (vgl. Klage, p. 19). Zudem ist zu beachten, dass die Observation der Appellantin 2 der Sammlung des Prozessstoffes diene, da der Anspruch mit Leistungseinstellung streitig wurde. Nach den gemachten Überlegungen sind die Observationskosten somit als Prozesskosten zu betrachten.

V. Kosten

1. Nach Art. 58 Abs. 1 ZPO ist die unterliegende Partei in der Regel zum vollständigen Ersatz der Prozesskosten an ihren Gegner zu verurteilen. Hatte die obsiegende Partei zu viel gefodert oder die Prozesskosten durch unnötige Weitläufigkeiten vermehrt, oder ist in der Hauptsache teilweise auch zu Gunsten der anderen Partei entschieden worden, so kann der Richter je nach den Umständen eine verhältnismässige Teilung oder Wettschlagung der Kosten verfügen (Art. 58 Abs. 2 ZPO).
2. Sowohl die Klage wie auch die Widerklage wurden abgewiesen, beide Parteien unterlagen damit mit ihrem Klagebegehren (die Appellanten forderten die Zahlung von mindestens Fr. 20'000.00, die Appellatin von Fr. 24'906.60). Die beiden Parteien unterlagen mit ihren Klagebegehren gleichmässig, weshalb es rechtfertigt, beiden Parteien die erst- und oberinstanzlichen Gerichtskosten je hälftig aufzuerlegen.
Es stellt sich in diesem Zusammenhang aber die Frage, ob der Appellant 1, obwohl er in oberer Instanz keine Anträge mehr stellte, kostenpflichtig bleibt. Die Appellanten bezeichneten sich selber als Streitgenossen (vgl. Klageschrift, p. 9 f.), was korrekt ist. Aus der Streitgenossenschaft resultiert die solidarische Haftbarkeit.
In der ersten Instanz verlangte der Appellant 1 vorerst Zahlung an ihn (zu Gunsten der Appellantin 2), danach an beide Appellanten, eventualiter an die Appellantin 2,

¹⁹ vgl. LEUCH/MARBACH/KELLERHALS/STERCHI, a.a.O., N 3 ad Art. 58 ZPO.

²⁰ FRANÇOIS RIEDER, Cours de procédure civile bernoise, 1ère partie, p. 167, Ziff. 2.2.3.

²¹ BGE 126 III 392.

subeventualiter dem Appellanten 1 zu Gunsten der Appellantin 2. Bezüglich der Gerichtskosten der ersten Instanz rechtfertigt es sich daher, die Appellanten für ihren Kostenanteil solidarisch haften zu lassen.

Da der Appellant 1 in oberer Instanz keine Anträge mehr gestellt hat, verlangte er auch keine Zahlungen der Appellatin mehr. Er verursachte in oberer Instanz mangels Anträgen keine Kosten, weshalb bezüglich den Appellanten 1 keine Kosten ausgeschieden werden. Demnach hat der Appellant 1 oberinstanzlich keine Kosten zu tragen. Damit haben die Appellantin 2 und die Appellatin die oberinstanzlichen Gerichtskosten je hälftig zu tragen.

3. Jede Partei trägt aufgrund ihres Unterliegens für das Verfahren vor erster und oberer Instanz ihre Anwaltskosten selber.

Wie oben dargelegt, sind die Kosten für die Observation der Appellantin 2 vorprozessuale Kosten und damit als Parteikosten zu verlegen. Die Kosten für den Privatdetektiv stehen in direktem Zusammenhang mit dem abgewiesenen Begehren um Weiterzahlung der Taggelder an die Appellantin 2, und damit den in diesem Punkt unterlegenen Appellanten aufzuerlegen.

Der Betrag von Fr. 8'392.10 erscheint hoch. Als Beleg für diese Kosten findet sich in der Akten lediglich ein Kontoblatt aus der Buchhaltung der Appellatin mit unter anderem zwei Zahlungen von Fr. 7'030.30 am 4. Januar 2005 und Fr. 1'361.80 am 4. April 2005 an die E. AG (vgl. KAB 14). Gemäss Ermittlungsbericht des Detektivs (vgl. KAB 6) wurde die Appellantin 2 an mehreren Tagen überwacht, eine Anzahl der Tage wird nicht genannt.

Es stellt sich die Frage, ob die Kosten für die Observation genügend substantiiert worden sind.

Die Appellatin reichte für den Nachweis der Kosten des Detektivs nur eigene Buchhaltungsunterlagen ein. Aus diesen geht nicht hervor, wie lange die Appellantin 2 tatsächlich observiert worden ist. Weder in der Klageantwort/Widerklage (vgl. p. 63 f.) noch den Parteivorträgen der Appellatin werden über die Höhe der Kosten der Observation Ausführungen gemacht. Mindestens eine Rechnung der E. AG hätte die Appellatin einreichen müssen, um die tatsächliche Höhe der Kosten bzw. die aufgewendete Anzahl Stunden belegen zu können. Zudem ist nicht klar, ab wann ein Anfangsverdacht bestanden hat und welche Massnahmen zur Schadensminimierung ergriffen worden sind. Für die Höhe der Kosten des Privatdetektivs ist die Appellatin beweispflichtig, jedoch werden diese nicht genau dargelegt. Zudem sind die Kosten bestritten (vgl. p. 89). Die Kosten für die Observation durch einen Privatdetektiv sind damit nicht substantiiert, weshalb sie den Appellanten nicht auferlegt werden können.

Aus diesen Gründen wird **erkannt**:

1. Auf die Appellation des Appellanten 1 wird nicht eingetreten.
2. Die Klage wird zurück gewiesen, soweit Ansprüche die Periode vom 24. September 2004 bis 30. November 2004 betreffend.
3. Die Klage wird abgewiesen.
4. Die Widerklage wird abgewiesen.
5. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten von Fr. 10'000.00 (inkl. Fr. 4'500.00 Gutachterskosten), werden den Parteien je hälftig zur Bezahlung auferlegt, den Appellanten unter solidarischer Haftbarkeit, und den geleisteten Gerichtskostenvorschüssen entnommen.
6. Die oberinstanzlichen Gerichtskosten, bestimmt auf Fr. 3'000.00, werden der Appellantin 2 und der Appellatin je hälftig auferlegt und den von ihnen geleisteten Gerichtskostenvorschüssen von je Fr. 1'500.00 entnommen.
7. Die erst- und oberinstanzlichen Parteikosten werden wettgeschlagen.
8. Zu eröffnen:
 - den Parteien

Bern, 3. August 2009

Namens des Appellationshofes
des Obergerichts des Kantons Bern
2. Zivilkammer

Die Referentin:
Oberrichterin Apolloni Meier

Die Kammerschreiberin:
Schmidt

Rechtsmittelbelehrung

Der Streitwert des vorliegenden Verfahrens beträgt Fr. 21'220.00 brutto.

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte (Art. 113 ff. BGG).

Falls sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen nach der schriftlichen Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Beschwerdegründe richten sich nach Art. 95 ff. BGG. Das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist besonders zu begründen und wird vom Bundesgericht als Zulassungsvoraussetzung geprüft.

Beide Beschwerden müssen den Anforderungen von Art. 42 BGG entsprechen und sind an folgende Adresse zu richten: Bundesgericht, 1000 Lausanne 14. Werden beide Beschwerden erhoben, so sind sie in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.