

**KK.2006.00037**

Sozialversicherungsgericht  
des Kantons Zürich  
II. Kammer  
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichter Gräub

Sozialversicherungsrichter Walser

Gerichtssekretärin Fehr  
**Urteil vom 5. Oktober 2010**  
in Sachen  
X.\_\_\_\_

Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Ronald Pedergnana  
Rorschacher Strasse 21, 9000 St. Gallen

gegen

Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG  
Rechtsdienst, Generaldirektion Schweiz  
Postfach, 8085 Zürich  
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Peter Jäger  
Jäger & Schweiter Rechtsanwälte  
Magnolienstrasse 3, Postfach, 8034 Zürich

**Sachverhalt:**

1.

1.1 X.\_\_\_\_, geboren 1976, war bei der Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG mit Wirkung ab 1. Februar 2005 gegen krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit versichert bei einem Taggeld von Fr. 155.-- und einer Wartefrist von 30 Tagen für maximal 690 Tage pro Krankheitsfall (Police Nr. 9.738.609-001/OZ, Urk. 11/1).

Am 11. Juni sowie 28. November 2004 erlitt er je einen Auffahrunfall (Urk. 37/8/49-53, Urk. 37/8/43 und Urk. 37/8/40) und am 20. Juli 2005 einen weiteren Autounfall (Urk. 37/24/37 oben).

Die Unfallversicherer, die Eidgenössische Militärversicherung sowie die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA) erbrachten die gesetzlichen Leistungen. Die SUVA richtete namentlich Taggelder aus, ab 1. Februar 2005 im Umfang von 50 %, und stellte ihre Taggeldleistungen per 17. Mai 2005 gänzlich sowie die Heilbehandlung per 3. August 2006 ein (Verfügung vom 2. August 2006 [Urk. 37/24/79] sowie Einspracheentscheid vom 16. März 2007 [Urk. 37/23], vgl. auch Taggeldabrechnungen März bis Mai 2005 [Urk. 11/24-25]).

1.2 Die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG zahlte dem Versicherten nach Ablauf der Wartefrist ab 16. März 2005 Krankentagelder basierend auf einer Erwerbsunfähigkeit von 100 % in der Höhe von gesamthaft Fr. 35'650.-- (Urk. 11/21-23) aus. Sie stützte sich dabei insbesondere auf die Angaben der Klinik Y.\_\_\_\_ vom 14. Januar 2005 (Urk. 11/18 S. 3), wonach der Versicherte im zuletzt ausgeübten Beruf als Z.\_\_\_\_ zu 100 % und für sonstige Tätigkeiten zu 50 % arbeitsunfähig sei. Nachdem die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG Kenntnis von den Ergebnissen einer Überwachung des Versicherten durch den Haftpflichtversicherer erhalten hatte, stellte sie ihre Taggeldleistungen per 31. Oktober 2005 ein (Urk. 10 S. 24 und Urk. 11/13-16).

2. Am 4. Dezember 2006 erhob der Versicherte Klage gegen die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG mit dem Rechtsbegehren, diese sei zu verpflichten, vom 1. November 2005 bis 30. November 2006 (395 Tage) Taggelder in der Höhe von Fr. 155.--, total Fr. 61'255.--, zuzüglich 5 % Zins ab mittlerem Verfall (15. Juni 2006) zu bezahlen (Urk. 1 S. 2). Die Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG schloss am 12. April 2007 auf Abweisung der Klage und beantragte widerklageweise die Verpflichtung des Klägers zur Bezahlung von Fr. 26'195.-- zuzüglich Zins von 5 % seit 17. August 2005, Fr. 4'650.-- zuzüglich Zins seit 23. September 2005 sowie Fr. 4'805.-- zuzüglich Zins von 5 % seit 28. Oktober 2005. Eventualiter ersuchte sie um Verpflichtung des Klägers zur Zahlung von Fr. 4'727.50 zuzüglich Zins von 5 % seit 17. August 2005 (Urk. 10 S. 2).

Mit Replik vom 12. Juli 2007 hielt der Kläger an seinem Rechtsbegehren fest, ersuchte um Abweisung der Widerklage und beantragte die Entfernung der Überwachungsakten aus den Gerichtsakten

(Urk. 18 S. 2). Auch die Beklagte hielt am 14. November 2007 an den gestellten Anträgen fest und ersuchte zudem um Sistierung des Verfahrens bis zur rechtskräftigen Erledigung des unfallversicherungsrechtlichen Verfahrens (betreffend Taggeldhöhe vom 24. Januar bis 16. Mai 2005, Prozess-Nr. UV.2005.00169). Zudem schloss sie auf Abweisung des klägerischen Antrags auf Entfernung der Überwachungsakten (Urk. 24 S. 2).

Am 8. Juli 2008 fand eine Referentenaudienz unter Mitwirkung der Parteien sowie der SUVA statt. Hierbei zog die Beklagte ihren Sistierungsantrag zurück (Protokoll S. 5). Mit Verfügung vom 19. Dezember 2008 (Urk. 35) wurden die Akten der Eidgenössischen Invalidenversicherung in Sachen des Klägers beigezogen (Urk. 37/0-58), zu welchen sich die Parteien am 27. Januar 2008 (Urk. 40) und 24. März 2009 (Urk. 47) vernehmen liessen. Der Kläger hatte sodann am 20. März 2009 (Urk. 45) Beanstandungen betreffend die Überwachungsakten angebracht, wozu die Beklagte am 20. April 2009 (Urk. 50) Stellung nahm.

In der Folge ordnete das Gericht mit Verfügung vom 3. August 2009 (Urk. 58) eine psychiatrische Begutachtung des Klägers an unter Verweis auf von diesem gestellte Ergänzungsfragen. Dieses wurde von der Fachstelle S.\_\_\_\_ (S.\_\_\_\_) der Fachstelle A.\_\_\_\_ (A.\_\_\_\_) am 10. Mai 2010 erstellt (Urk. 72). Hierzu nahmen die Parteien am 21. Juni 2010 (Urk. 77) sowie am 4. Juli 2010 (Urk. 81) Stellung, wobei der Kläger die Einvernahme des Gutachters Dr. med. B.\_\_\_\_, leitender Arzt, als Zeuge beantragte und das Anbringen von Ergänzungsfragen in Aussicht stellte.

### **Das Gericht zieht in Erwägung:**

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG) den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG). Die diesbezüglichen Streitigkeiten sind privatrechtlicher Natur und im Verfahren gemäss Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) durch das von den Kantonen bezeichnete Gericht zu beurteilen. Gemäss § 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) ist für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung das hiesige Gericht sachlich zuständig.

1.2 Das VVG enthält ausser in dessen Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) sowie die Zusatzbedingungen (ZB) massgebend (Urk. 11/2-3).

1.3 Die Kollektiv-Taggeldversicherung nach VVG ist als Erwerbsausfallversicherung konzipiert, indem Versicherungsschutz gegen die wirtschaftlichen Folgen von (unter anderem) Krankheit gewährt wird (Art. 3 Satz 1 AVB).

Als Krankheit im Sinne der Versicherung gilt jede vom Willen des Versicherten unabhängige, medizinisch wahrnehmbare Störung der Gesundheit, die ärztliche Behandlung notwendig macht und nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist (Art. 5 lit. b Abs. 1 AVG).

Nach Ziff. 2 lit. b ZB liegt Erwerbsunfähigkeit vor, wenn der Versicherte infolge medizinisch nachweisbarer Krankheit (einschliesslich Zerfall der geistigen oder körperlichen Kräfte) ausserstande ist, seinen Beruf oder eine andere Erwerbstätigkeit auszuüben, die seinen Kenntnissen und Fähigkeiten angemessen ist.

Wird der Versicherte erwerbsunfähig und hat die Erwerbsunfähigkeit ununterbrochen während der in der Police festgesetzten Wartfrist bestanden, entrichtet die Gesellschaft für die weitere Dauer seiner Erwerbsunfähigkeit das vereinbarte Taggeld (Ziff. 5 lit. b Abs. 1 ZB).

Ist der Versicherte teilweise erwerbsunfähig, wird laut Ziff. 9 lit. a ZB ein dem Grad der Erwerbsunfähigkeit entsprechender Teil der Leistungen ausgerichtet. Eine Erwerbsunfähigkeit von mindestens  $66\frac{2}{3}$  % gibt Anspruch auf die volle Leistung, eine solche von weniger als 25 % begründet keinen Versicherungsanspruch.

1.4 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 352 Erw. 3a, 122 V 160 Erw. 1c).

2.

2.1 Die Ärzte der Klinik Y.\_\_\_\_, wo der Kläger vom 27. Dezember 2004 bis 13. Januar 2005 hospitalisiert war, stellten in ihrem Austrittsbericht vom 14. Januar 2005 (Urk. 11/18) folgende Diagnosen (S. 1):

- zervikozephalales Schmerzsyndrom bei/mit
- Distorsionstrauma der Halswirbelsäule (HWS) am 11. Juni und 28. November 2004
- persistierende vegetative Symptome und Angabe neuropsychologischer Defizite, wechselnde und teilweise inkonsistente Angaben
- klinische Untersuchung bei neu aufgetretenen Inguinalschmerzen beidseits am 11. Januar 2005: nicht vereinbar mit Inguinalhernie
- neuropsychologisch schwankende Leistungen, insgesamt unauffällig
- leichte bis mittelschwere depressive Episode

Die Ärzte erwähnten eine schwierige Rehabilitation bei fordernder Haltung des Klägers mit rigiden

Verhaltensmustern und teilweise inkonsistenten Angaben. Hinweise für fokal-neurologische Defizite hätten keine bestanden, die vom Kläger angegebenen neuropsychologischen Defizite (Konzentration, Aufmerksamkeit, Gedächtnis) seien eingehend untersucht worden, wobei sich keine Auffälligkeiten ergeben hätten (S. 2).

In der zuletzt ausgeübten Tätigkeit als Z.\_\_\_\_ attestierten die Ärzte - aufgrund einer verminderten Schlafqualität - eine vollumfängliche Arbeitsunfähigkeit, in einer sonstigen Beschäftigung gingen sie von einer Arbeitsfähigkeit von 50 % aus. Für die frühere Tätigkeit als Computersupporter wurde keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestätigt. Die Ärzte empfahlen einen schrittweisen Wiedereinstieg mit zunächst 50 % Arbeitsbelastung und schrittweiser Steigerung bis 100 % unter fortgesetzter psychologisch-psychotherapeutischer Begleitung (S. 3).

2.2 Die Ärzte des Universitätsspitals C.\_\_\_\_ (C.\_\_\_\_), Interdisziplinäre Schmerzprechstunde, diagnostizierten in ihrem Bericht vom 21. Februar 2006 (Urk. 19/10) ein chronisches HWS-Schleudertrauma mit zervikovertebralem/-zephalem Schmerzsyndrom, Fehllhaltung und Fehlform der Wirbelsäule, muskulärer Dysbalance, tendenzieller Hyperlaxizität, inguinalen Schmerzen sowie belastungsabhängigen Lumbalgien. Daneben diagnostizierten sie eine dissoziative Störung (S. 7).

Das aktuelle Beschwerdebild wurde als initial einem HWS-Schleudertrauma entsprechend beurteilt. Im weiteren Verlauf, insbesondere nach dem erneuten Unfall, hätten sich die Beschwerden chronifiziert und an somatischer Kontur verloren. In der aktuellen Untersuchung könnten keine somatischen Pathologien (mehr) objektiviert werden. Die Achsenfehlstatik, die muskuläre Insuffizienz und tendenzielle Hyperlaxizität begünstigten das beklagte Beschwerdebild. Die klinische HWS-Untersuchung sei uneingeschränkt gewesen und neurologische Defizite hätten nicht erhoben werden können. Die durchgeführte Funktionsaufnahme der HWS zeige keine Hinweise für das Vorliegen einer Instabilität. Die angegebenen Inguinalschmerzen müssten im Rahmen der muskulären Dysbalance gesehen werden. Das Ansprechen auf potente Opioide wiesen auf diesen somatischen Anteil hin.

Aktuell sahen die Ärzte die dissoziativen Symptome als im Vordergrund stehend, welche den überwiegenden Anteil der Gesamtbeschwerden erklärten im Sinne eines primären, intrapsychisch bedingten sowie auch im Rahmen eines sekundären Krankheitsgewinnes (erhebliche psychosoziale Belastung, Verschuldung, Arbeitslosigkeit, laufender Versicherungsstreit, S. 7).

2.3 Im Gutachten vom 31. Oktober 2006 (zu Händen von Dr. med. D.\_\_\_\_, Spezialarzt für Neurologie FMH, welcher seinerseits dem Kläger gegenüber Bericht erstattete, Urk. 2/2) diagnostizierte Dr. med. E.\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH, eine anhaltende somatoforme Schmerzstörung mit somatischen und psychischen Faktoren, eine dissoziative Störung mit dissoziativer Gang- und Sensibilitätsstörung sowie dissoziativen Wahrnehmungsstörungen (Schwindelbeschwerden), akzentuierte Persönlichkeitszüge vom narzisstischen und schizoiden Typ sowie eine leichte depressive Verstimmung (S. 21).

Dr. E.\_\_\_\_ führte aus, der Kläger zeige wenig Freude sowie eine rigide, aber brüchige Abwehr seiner Aggressivität. Er erlebe sein Gegenüber als ablehnend, was seine dysphorische Stimmung unterhalte. Der Kläger sei schnell von seinem Gegenüber enttäuscht, wirke emotional kühl, distanziert, habe wenig Hobbys und wenig Wünsche nach vertrauensvollen engeren Bindungen an andere Menschen ausserhalb der Familie. Diese schizoide Symptomatik des Klägers zeige eine gewisse Überlappung mit der leicht depressiven Symptomatik, die er selber nicht so formulieren könne. Er meine dazu, dass dies alles bei einer so belastenden Situation völlig normal sei. Er zeige eine gewisse Tendenz, sein psychisches Leiden zu ignorieren, zu dissimulieren und ganz auf körperlicher Ebene auszudrücken. Zudem zeige er kaum Introspektionsfähigkeit. Die schizoide Wesensart werde durch die Überwachung durch die Versicherung zusätzlich getriggert (S. 21).

Der Gutachter führte sodann aus, mangels die Gangstörung sowie den Schwindel begründender organischer Befunde müsse von einer dissoziativen Gang-, Bewegungs- und Sensibilitätsstörung ausgegangen werden. Die Entwicklung einer dissoziativen Symptomatik sei verbunden mit einem innerseelischen Konflikt, der dem Kläger nicht bewusst sei. Das Symptom weise darauf hin und habe Mitteilungscharakter (S. 21 f.).

Dr. E.\_\_\_\_ hielt sodann fest, den seit 2004 bestehenden Symptomen sei therapeutisch nicht beizukommen gewesen. Es zeige sich auch nicht eine leichte Verbesserung, so dass keine Teilarbeitsfähigkeit realisiert worden sei. Aus subjektiver Sicht sei der Kläger nach wie vor zu 100 % arbeitsunfähig. Aus rein psychiatrischer Sicht leide er an einer Symptomatologie, insbesondere der Schmerzstörung in Verbindung mit der depressiven Gemüthsstimmung und der dissoziativen Symptomatik, die eine 50%ige Arbeitsunfähigkeit begründeten. Er könne seinen Symptomen aus freiem Willen nicht beikommen (S. 22).

2.4 Dr. D.\_\_\_\_ diagnostizierte in seinem Gutachten vom 21. November 2006 (Urk. 2/1) einen Zustand nach drei Verkehrsunfällen mit HWS-Distorsion mit noch bestehendem leicht ausgeprägtem Zervikal- sowie Lumbovertebralsyndrom. Als eher nicht auf die Unfälle zurückzuführen beurteilte er anamnestisch leicht ausgeprägte kognitive Störungen, eine dissoziative Gang- und Bewegungsstörung sowie eine mögliche leicht ausgeprägte vestibuläre Störung links (S. 12).

Der Experte führte aus, die Diagnosen erklärten das Zustandsbild des Klägers in keiner Weise, insbesondere ergäben sich keine Anhaltspunkte für eine auf organischer Basis bestehende erhebliche Beeinträchtigung durch Schmerzen, Schwindel oder einer Gang- und Gleichgewichtsstörung. Ein ähnlicher Schluss sei auch in der interdisziplinären Schmerzprechstunde des C.\_\_\_\_ im Februar 2006 getroffen worden (S. 13).

Dr. D.\_\_\_\_ attestierte aus Sicht der körperlichen Beschwerden eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit als Z.\_\_\_\_ und kaufmännischer Angestellter/EDV-Fachmann (S. 15) und beschrieb als

Ursache der Beeinträchtigung und Einschränkungen den seelischen Zustand des Klägers (S. 14).

2.5

2.5.1 Im vom Gericht veranlassten Gutachten vom 10. Mai 2010 (Urk. 72) der Ärzte der Fachstelle A.\_\_\_\_, A.\_\_\_\_, berichtete der leitende Arzt der Fachstelle S.\_\_\_\_, Dr. B.\_\_\_\_, von einer erheblichen Diskrepanz zwischen den geschilderten Schmerzen und dem beobachtbaren Verhalten. Dies gehe sowohl aus den vorliegenden Videoaufnahmen (aus der Überwachung des Klägers) als auch den Verhaltensbeobachtungen nach den jeweiligen aktuellen Untersuchungsterminen hervor. Als der Kläger nach der Untersuchung den Gesprächsraum verlassen habe, sei er zunächst vorsichtig und leicht gebückt gegangen. Nach Verlassen des Gebäudes habe sich die von ihm demonstrierte und geschilderte Symptomatik rasch geändert: Es seien keine Funktionseinschränkungen und namentlich keine Schwindelsymptome sichtbar gewesen. Am Ende des Gesprächstermins sei der Kläger beim Hinausgehen von der Ehefrau an der Hand geleitet worden, um ihn beim Gehen zu stützen. Nach Verlassen des Gebäudes sei ein unauffälliges, selbständiges Gangbild zu beobachten gewesen (S. 32).

2.5.2 Der Gutachter hielt fest, diese plötzliche Veränderung der Symptomatik in unterschiedlichem Kontext spreche gegen die in früheren Gutachten erhobene Diagnose einer somatoformen Schmerzstörung, bei der man von einer gleichbleibenden, sich wenig ändernden Schmerzsymptomatik ausgehe. Gutachter Dr. E.\_\_\_\_ habe denn auch telefonisch bestätigt, dass ihm keine Videoaufnahmen zur Verfügung gestanden hätten und auch nach der Untersuchung keine Verhaltensbeobachtungen vorgenommen worden seien. Die damalige Diagnose habe allein auf den vom Kläger in der Untersuchungssituation gemachten Angaben und den Informationen laut Aktenlage basiert (S. 33).

Dr. B.\_\_\_\_ thematisierte diesbezüglich (rascher Wechsel der Symptomatik) die Diagnose einer Somatisierungsstörung, verwarf dies indes aufgrund des raschen Auftretens nach den Unfällen.

Auch das Vorliegen einer dissoziativen Störung der Bewegung und der Sinnesempfindung wurde vom Gutachter lediglich als Verdachtsdiagnose genannt bei Widersprüchen zwischen den Angaben des Klägers, den Videoaufzeichnungen und den Verhaltensbeobachtungen. Dagegen spreche die Beschreibung einer gleichförmigen Symptomatik mit einem Schwankungsbereich, der in seinem Ausprägungsgrad belastungs-, aber nicht situationsabhängig sein soll. Dies lasse keinen zentralen und konstanten Symptomkern erkennen. Weiter fehle der (für die Diagnose notwendige) Nachweis einer psychischen Verursachung der Symptome (S. 33 f.).

Sodann verneinte er das Vorliegen einer depressiven Symptomatik vorweg unter dem Hinweis auf eine fehlende soziale Rückzugstendenz, gehe der Kläger doch gern zu öffentlichen Grillabenden und nehme er jeden Termin für seine Tochter in der Schule wahr. Auch die Schilderung des Klägers, sein Zustand habe sich im Längsschnitt wenig verändert, spreche gegen ein phasenhaftes depressives Geschehen erheblicher Schwere auch vor dem Zeitpunkt der Observation (S. 36).

2.5.3 Dr. B.\_\_\_\_ führte weiter aus, die Videoaufzeichnungen gäben bezogen auf das Verhalten keinen Hinweis auf eine psychische Erkrankung. Der Kläger zeige ein interessiertes Kommunikationsverhalten, in Mimik, Gestik und Affekt adäquat, er leide unter keinerlei Antriebsstörungen, sondern verhalte sich in psychopathologischer Hinsicht unauffällig (S. 33 Mitte).

Zum Leistungsvermögen führte er aus, der Kläger könne diverse Arbeiten verrichten wie zum Beispiel solche am Computer. So bearbeite er eigene PC-Dateien, lese Bücher sowie Reparaturanleitungen und helfe seiner Frau in deren Internetshop beim Verpacken der Ware. Auch fahre der Kläger trotz vermeintlichem Schwindel Auto, gehe einkaufen und könne Gegenstände heben, mit gebeugten Knien Waren im Regal anschauen und ins Krafttraining gehen. Sodann habe er einen (gutachterlichen) Test mit 567 Fragen gültig absolvieren können. Einschränkungen aufgrund von geschilderten Ermüdungserscheinungen hätten ausserhalb der häuslichen Sphäre nicht beobachtet werden können (S. 35).

2.5.4 Zusammenfassend nannte Dr. B.\_\_\_\_ als mögliche Diagnose lediglich den Verdacht auf eine dissoziative Störung der Bewegung und der Sinnesempfindung unter nochmaligem Hinweis auf das Fehlen eines psychodynamischen Erklärungsmodells zum Nachweis der Diagnose sowie die inkonsistenten Befunde (S. 38). Demgemäss stellte er für den Zeitraum vom 16. März 2005 bis 30. November 2006 und später keine psychiatrische Diagnose, welche die dargelegten Widersprüche hinreichend berücksichtigen könnte. Auch verneinte er das Vorliegen einer Arbeitsunfähigkeit (S. 41).

3.

3.1 Den medizinischen Akten ist zu entnehmen, dass allfällige organische Schädigungen im Zusammenhang mit den erlittenen Unfällen im fraglichen Zeitpunkt des Beginns der Leistungsausrichtung der Beklagten (16. März 2005) abgeheilt waren: Im für die Taggeldzusprache massgebenden Bericht der Klinik Y.\_\_\_\_ vom 14. Januar 2005 konnten die Ärzte keine Hinweise für fokalneurologische Defizite erkennen. Auch nannten sie weder massgebliche organische noch verwertbare neuropsychologische Befunde. Im Gegenteil verwiesen die Ärzte vorweg auf eine verminderte Schlafqualität und gingen grundsätzlich von einer vollumfänglichen Arbeitsfähigkeit aus, wobei sie einen Wiedereinstieg zu 50 % mit schrittweiser Steigerung vorschlugen (Urk. 11/18).

In ähnlichem Sinne äusserten sich die Spezialisten der Schmerzsprechstunde des C.\_\_\_\_, welche am 21. Februar 2006 keine somatischen Pathologien nennen konnten. Wohl verwiesen sie noch auf das Schmerzerleben des Klägers, sahen aber dissoziative Symptome als im Vordergrund stehend (Urk. 19/10).

Auch Dr. D.\_\_\_\_ befand das Zustandsbild des Klägers am 21. November 2006 als durch die festgestellten Diagnosen nicht erklärbar und verneinte eine organische Ursache der Schmerzen, des Schwindels und der Gleichgewichtsstörungen. Sodann attestierte er eine vollumfängliche Arbeitsfähigkeit

in den bisherigen Tätigkeiten des Klägers.

Die übrigen (echtzeitlichen) bei den Akten liegenden ärztlichen Atteste (Urk. 19/15-21) bestätigen im Ergebnis diese Einschätzung, auch wenn sie zum Teil abweichend formuliert sind: Allen ist gemeinsam, dass sie keine relevante organische Pathologie schildern, sondern sich im Wesentlichen auf die subjektiven Angaben des Klägers abstützen.

Dies ist denn auch nicht substantiiert bestritten. Sodann trifft die Beklagte für Unfallfolgen von vornherein keine Leistungspflicht, da sie gemäss Vertrag lediglich für Krankheitsfolgen einzustehen hat (Urk. 11/1 S. 2)

### 3.2

3.2.1 In Bezug auf eine psychische Erkrankung des Klägers ist vorweg festzuhalten, dass das vom Gericht eingeholte Gutachten der A.\_\_\_\_ vom 10. Mai 2010 (Urk. 72) den praxismässigen Kriterien an den Beweiswert einer Expertise vollumfänglich entspricht. So ist es für die streitigen Belange umfassend, gibt es doch Auskunft über das Krankheitsbild und die Arbeitsfähigkeit des Klägers. Die Expertise beruht sodann auf den notwendigen Untersuchungen und berücksichtigt die geklagten Beschwerden differenziert und umfassend. Das Gutachten wurde weiter in Kenntnis der Vorakten abgegeben und setzt sich mit den medizinischen Vorberichten detailliert auseinander. Es leuchtet in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation ein und die Schlussfolgerungen in der Expertise erscheinen als begründet und nachvollziehbar.

3.2.2 Demgegenüber kann auf die Einschätzung durch Dr. E.\_\_\_\_ vom 31. Oktober 2006 nicht abgestellt werden. Die von ihm genannte Hauptdiagnose einer anhaltenden somatoformen Schmerzstörung wurde im A.\_\_\_\_-Gutachten nachvollziehbar begründet verworfen. So entging es Dr. E.\_\_\_\_ offensichtlich, dass die Schmerzschilderungen nicht mit dem gezeigten Verhalten des Klägers übereinstimmen, und stützte er sich hauptsächlich auf dessen subjektiven Schilderungen ab. In Bezug auf die thematisierte dissoziative Störung des Klägers übersah er ebenfalls, dass der Kläger in unbeobachteten Momenten ein keineswegs auffälliges Gangbild zeigte. Sodann waren Dr. E.\_\_\_\_ die Ergebnisse der Überwachung des Klägers nicht bekannt. Bei diesen Mängeln der Begutachtung und der faktisch fachärztlich redigierten Wiedergabe der Ausführungen des Klägers ohne kritische Auseinandersetzung sind die praxismässigen Kriterien an den Beweiswert einer Expertise nicht gegeben.

3.2.3 Gleiches gilt für die Bericht der Ärzte der Klinik Y.\_\_\_\_ vom Januar 2005 und jenen des C.\_\_\_\_ vom Februar 2006, soweit sie auf eine psychische Erkrankung schliessen. Eine gewisse depressive Symptomatik führt noch nicht zu einer relevanten Arbeitsunfähigkeit und die angesprochene dissoziative Symptomatik ist mit der erwähnten Vorsicht zu würdigen. Jedenfalls ist hieraus aber nicht auf eine eingeschränkte Arbeitsfähigkeit zu schliessen.

3.3 Zusammenfassend ist festzuhalten, dass zum Zeitpunkt des Beginns der Leistungsausrichtung durch die Beklagte (16. März 2005) keine Erkrankung ersichtlich ist, welche zu einer Arbeitsunfähigkeit geführt hätte. Die unfallbedingten organischen Folgen waren abgeheilt und die Beklagte muss hierfür ohnehin nicht einstehen. In psychiatrischer Hinsicht konnte keine nachvollziehbare gesicherte Diagnose gestellt werden, welche zu einer Einschränkung in der Arbeitsfähigkeit führen würde. Die vorerst im Vordergrund stehende Diagnosen einer somatoformen Schmerzstörung wurde schlüssig verworfen, ein depressives Geschehen ist nicht in der erforderlichen Relevanz beschrieben und eine allfällige dissoziative Störung ist nicht in einer Intensität vorhanden, dass es dem Kläger nicht möglich gewesen wäre, seiner Arbeitstätigkeit nachzugehen. Damit steht fest, dass der Kläger ab 16. März 2005 nicht erkrankt und deswegen arbeitsunfähig war.

## 4.

4.1 Was der Kläger in medizinischer Sicht hiergegen vorbringt, vermag nicht zu überzeugen. Soweit er auf verschiedene anderslautende Arztberichte verweist (Urk. 18 S. 7 Ziff. 6 und Urk. 19/15-21), so genügen diese den praxismässigen Beweisanforderungen allesamt nicht, sind doch keine relevanten organischen oder psychiatrischen Befunde ersichtlich und erschöpfen sie sich in der unkritischen Schilderung der vom Kläger vorgetragene Beschwerden.

Dass sich der Gutachter von „manipulierten“ Überwachungsakten habe leiten lassen (Urk. 81 S. 2 Ziff. 3), erscheint als abwegig. Auch wenn es sich bei den Überwachungsakten bloss um einem kleinen Ausschnitt aus der gesamten Überwachungsperiode handelt, so sind doch - auch für einen Laien ohne weiteres erkennbar - Bewegungsabläufe des Klägers ersichtlich, welche an seinen Beschwerdeschilderungen klare Zweifel aufkommen lassen. Dass diese Szenen bloss einen Teilausschnitt dokumentieren, ist klar, ändert aber nichts am Inhalt dieser Aufnahmen, wonach der Kläger - entgegen seinen den Ärzten gegenüber gemachten Ausführungen - eben in der Lage ist, sich ohne erkennbare Schmerzäusserungen normal zu bewegen.

4.2 Dem Antrag des Klägers, sämtliche Überwachungsakten seien aus den Gerichtsakten zu entfernen (Urk. 18 S. 1 oben), ist unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung (BGE 135 I 169 Erw. 5.7 und Erw.

4.3) nicht statt zu geben. Sämtliche praxismässigen Voraussetzungen zur Rechtmässigkeit einer Observation sind vorliegend erfüllt, namentlich erfolgte kein Eingriff in die Intimsphäre, wurden sämtliche Informationen im öffentlichen Raum gesammelt, erfolgte keine strafrechtlich relevante Handlung durch die Überwachungsperson und knüpfte diese auch keine Kontakte, um so in das Umfeld des Klägers einzudringen.

In diesem Sinn durfte sich der Gerichtsgutachter auf die entsprechenden Ergebnisse stützen und darf dieses als Entscheidungsgrundlage im vorliegenden Prozess dienen.

4.3 Soweit der Kläger schliesslich die Stellung von Ergänzungsfragen an den Gutachter Dr. B.\_\_\_\_ als Zeuge im Gerichtssaal verlangt (Urk. 81 S. 4), so ist dies als Beweis Antrag und nicht als Gesuch um

Durchführung einer öffentlichen Verhandlung zu werten. Ein solches wäre vorliegend ohnehin verspätet gestellt.

Nach den kantonalzürcherischen Regeln entscheidet im Falle des Beizugs eines Gutachtens das Gericht, ob dieses mündlich oder schriftlich abzugeben ist (§ 178 Abs. 1 der Zivilprozessordnung, ZPO). Die Parteien erhalten sodann Gelegenheit, zum Gutachten Stellung zu nehmen und unter anderem seine Erläuterung oder Ergänzung zu beantragen (§ 180 ZPO). Dass ein Gerichtsgutachter indes zusätzlich als Zeuge einvernommen wird, ist in der Prozessordnung nicht vorgesehen, da der Experte seine Ausführungen eben im Gutachten zu machen hat. Wohl lässt § 182 ZPO den Beizug des Sachverständigen zu den Verhandlungen grundsätzlich zu, doch ergibt dies vorliegend keinen Sinn: Der Experte äusserte sich in einem sämtlichen praxisgemässen Beweisanforderungen entsprechenden Gutachten und beantwortete auch die gestellte Zusatzfrage des Klägers (Urk. 56 und Urk. 72 S. 41 f.). Sodann unterliess es der Kläger, allfällige Ergänzungsfragen fristgerecht zu stellen.

Vorliegend ist nicht ersichtlich, inwiefern eine Einvernahme des Experten zu einem anderen Ergebnis führen sollte. Der Gutachter beantwortete sämtliche Fragen differenziert und begründet unter Hinweis auf die relevanten Vorakten und legte seine Schlussfolgerungen in nachvollziehbarer Weise dar. Allfällige mündliche Äusserungen könnten diesem Standard nicht entsprechen, müsste doch der Gutachter zwangsläufig seine Unterlagen konsultieren, um weitere fundierte Auskünfte erteilen zu können. Angesichts des Umstandes, dass sämtliche Fragen beantwortet wurden besteht keine Veranlassung für weitere Beweissmassnahmen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts i.S. K. vom 5. Februar 2010, 5A\_727/2009, Erw. 2.4).

4.4 In Bezug auf einen vom Kläger vorgebrachten Vorfall im Zusammenhang mit der Sachbeschädigung von Autos in seiner Tiefgarage, welche von ihm selber begangen wurde, er sich jedoch nicht mehr erinnern kann (Urk. 81 S. 3 Ziff. 9), ist festzuhalten, dass dies erst lange nach dem hier zu beurteilenden Zeitpunkt geschah (Straferöffnungsverfügung vom 5. Januar 2010, Urk. 82/3) und deshalb keine Rückschlüsse auf die im Jahr 2005 und 2006 herrschende Symptomatik zulässt.

5. Steht nach dem Gesagten fest, dass der Kläger ab 16. März 2005 an keiner Krankheit litt und deswegen arbeitsunfähig war, standen ihm keine Taggelder der Beklagten zu, namentlich auch nicht für die strittige Periode vom 1. November 2005 bis 30. November 2006. Damit ist die Klage abzuweisen.

6.

6.1 War der Kläger ab dem 16. März 2005 nicht krank und auch nicht arbeitsunfähig, hatte er kein Anrecht auf die vom 16. März bis 31. Oktober 2005 ausbezahlten Taggelder der Beklagten (und Widerklägerin) in der Höhe von Fr. 35'650.--.

6.2 Rückerstattungsansprüche können wie andere Forderungen aus Vertrag, aus unerlaubter Handlung oder aus ungerechtfertigter Bereicherung entstehen (BGE 114 II 156 Erw. 2c/aa). Solange ein Anspruch aus Vertrag geltend gemacht werden kann, gilt nicht Bereicherungsrecht (BGE 127 III 424 Erw. 3).

In den AVB und den ZB sind keine Regeln über die Rückforderung von zu Unrecht ausgerichteten Versicherungsleistungen enthalten. Es sind daher die Bestimmungen über die ungerechtfertigte Bereicherung anzuwenden (vgl. BGE 129 III 649 Erw. 2.3).

6.3 Wer in ungerechtfertigter Weise aus dem Vermögen eines anderen bereichert worden ist, hat die Bereicherung zurückzuerstatten (Art. 62 Abs. 1 des Obligationenrechts, OR). Diese Verbindlichkeit tritt insbesondere dann ein, wenn jemand ohne jeden gültigen Grund oder aus einem nicht verwirklichten oder nachträglich weggefallenen Grund eine Zuwendung erhalten hat (Art. 62 Abs. 2 OR).

Vorliegend hat die Beklagte und Widerklägerin die Vermögensverschiebung an den Bereicherten ursprünglich gewollt, ging aber davon aus, dass dieser effektiv einen Anspruch hat. Dies war indes nicht der Fall, weshalb eine Zuwendung ohne gültigen Grund vorliegt. Sodann befand sie sich in einem Irrtum, weshalb die unrechtmässigen Zahlungen irrtümlich erfolgten (Art. 63 Abs. 1 OR).

6.4 Nach Art. 64 OR kann die Rückerstattung insoweit nicht gefordert werden, als der Empfänger nachweisbar zur Zeit der Rückforderung nicht mehr bereichert ist, es sei denn, dass er sich der Bereicherung entäusserte und hiebei nicht in gutem Glauben war oder doch mit der Rückerstattung rechnen musste. Die Einwendung der nicht mehr vorhandenen Bereicherung steht nach Art. 64 Abs. 1 OR nur einem gutgläubigen Bereicherten zu. Laut Art. 3 Abs. 2 des Zivilgesetzbuches (ZGB) ist nicht berechtigt, sich auf den guten Glauben zu berufen, wer bei der Aufmerksamkeit, wie sie nach den Umständen von ihm verlangt werden darf, nicht gutgläubig sein konnte. Der Bereicherte kann die Einwendung damit nur erheben, wenn und für solange er nicht wusste oder wissen musste, dass der erlangte Vermögensvorteil ungerechtfertigt war (Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. Auflage, Zürich, Basel, Genf 2003, N 1523).

Bei der vorliegenden Sachlage kann der Kläger und Widerbeklagte nicht als gutgläubig qualifiziert werden. Er erweckte bei den Ärzten durch sein Verhalten den Eindruck, krank zu sein und sich namentlich nicht mehr flüssig bewegen zu können. Dies stellte sich später als falsch heraus, weshalb dem Kläger und Widerbeklagten bewusst sein musste, kein Anrecht auf die fraglichen Krankentaggelder gehabt zu haben. Darüber hinaus ist er - auch bei Verzehr des Geldes - von vornherein in jenem Umfang bereichert, in welchem er notwendige Ausgaben deckte (Ersparnisbereicherung, Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, aaO., N 1522). Auch dies spricht somit nicht gegen eine Rückforderung.

6.5 Nach dem Gesagten liegt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Klägers und Widerbeklagten vor und sind die Voraussetzungen für eine Rückforderung gegeben. Demgemäss ist der Kläger und Widerbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 35'650.-- zu bezahlen.

6.6

6.6.1 Widerklageweise beantragt die Beklagte und Widerklägerin sodann die Entrichtung eines Zinses von 5 % ab den jeweiligen Auszahlungszeitpunkten im Jahr 2005 (Urk. 10 S. 2).

6.6.2 Der Schuldner einer Geldschuld hat, soweit nichts anderes vereinbart worden ist, von Gesetzes wegen Verzugszins zu zahlen, sobald er mit der Zahlung der Schuld in Verzug gerät (Art. 104 Abs. 1 OR). Die Verzugszinspflicht setzt einerseits die Fälligkeit der Forderung und andererseits die Inverzugsetzung des Schuldners voraus. Fälligkeit bedeutet, dass der Gläubiger die Leistung fordern kann und der Schuldner erfüllen muss.

6.6.3 Die Forderung aus ungerechtfertigter Bereicherung entstand mit Eintritt der Bereicherung des Klägers und Widerbeklagten. Gleichzeitig wurde die Forderung fällig. In Verzug gesetzt wurde die Forderung indes erst durch die Widerklageeingabe der Beklagten und Widerklägerin am 12. April 2007, welche am 13. April 2007 der Schweizerischen Post übergeben wurde (Urk. 10). Die Verzugszinspflicht beginnt demgemäss erst ab diesem Datum zu laufen. Der Zinssatz beträgt unbestrittenermassen 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR).

7.

7.1 Die anwaltlich vertretene Beklagte und Widerklägerin stellte einen Antrag auf Zusprechung einer Prozessentschädigung (Urk. 10 S. 2). Gemäss § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) steht der obsiegenden Partei ein Anspruch auf Ersatz der Parteikosten zu. Die Prozessentschädigung wird ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer).

7.2 Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung stellt im Bereich der Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung die Regelung in Art. 85 Abs. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) beziehungsweise die identische Regelung im früheren Art. 47 Abs. 3 VAG keine Vorschrift dar, welche den Anspruch des obsiegenden Versicherungsträgers auf eine Parteientschädigung ausschliesst, sondern ein solcher Anspruch besteht unter der Voraussetzung, dass der Versicherungsträger durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Schweizerischen Bundesgerichts in Sachen E. vom 9. Januar 2001, 5C.244/2000, Erw. 5 mit Hinweisen).

7.3 Der Beklagten und Widerklägerin, die obsiegt und anwaltschaftlich vertreten ist, ist somit eine Prozessentschädigung zuzusprechen. Diese ist in Würdigung aller massgebenden Umstände auf einen Betrag von Fr. 5'400.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) festzusetzen.

#### **Das Gericht erkennt:**

1. a) Die Klage wird abgewiesen.

b) In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird der Kläger und Widerbeklagte verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin Fr. 35'650.-- zuzüglich Zins von 5 % seit 13. April 2007 zu bezahlen.

2. Das Verfahren ist kostenlos.

3. Der Kläger und Widerbeklagte wird verpflichtet, der Beklagten und Widerklägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 5'400.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

- Rechtsanwalt Dr. Ronald Pedernana

- Rechtsanwalt Peter Jäger

- Bundesamt für Privatversicherungen

5. Da der Streitwert Fr. 30'000.-- übersteigt, kann gegen diesen Entscheid innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 72 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebenten Tag vor Ostern bis und mit dem siebenten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).