

**VKL.2010.31 / tg / BR**

Art. 220

**Urteil vom 7. Dezember 2010**

\_\_\_\_\_  
Besetzung      Oberrichterin Plüss, Präsidentin  
                    Oberrichter Roth  
                    Oberrichter Geissmann  
                    Gerichtsschreiberin Nussbaumer

\_\_\_\_\_  
Klägerin        **A.**

\_\_\_\_\_  
Beklagte        **X. Versicherungen**  
                    vertreten durch René W. Schleifer, Fürsprecher

\_\_\_\_\_  
Gegenstand    Klageverfahren betreffend Krankentaggeldleistungen nach VVG

---

## **Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

### **1.**

Die 1957 geborene A. war von Oktober 1999 bis 31. März 2009 als Gouvernante im Hotel B., \_\_\_\_\_, angestellt und basierend auf diesem Anstellungsverhältnis bei der X. Versicherungen krankentaggeldversichert. Am 26. Januar 2009 erlitt sie am Arbeitsplatz einen Unfall, bei welchem ihr ein schweres Garagentor gegen den rechten Oberarm/die rechte Schulter prallte. Wegen anhaltenden Schulter- und Armschmerzen war sie in der Folge arbeitsunfähig. X. Versicherungen erbrachte vorerst als Unfallversichererin des Personals des Hotels B. Leistungen für die medizinische Behandlung und den Arbeitsausfall. Mit Verfügung vom 26. Mai 2009 verneinte sie rückwirkend per 8. März 2009 eine weitere Leistungspflicht mangels Unfallkausalität der anhaltenden Schulterbeschwerden. Ab 9. März 2009 erbrachte daher X. Versicherungen Leistungen aus dem Krankentaggeldvertrag. Nach ergänzenden medizinischen Abklärungen und der Beauftragung eines Privatdetektivs mit der Observation der Versicherten teilte X. Versicherungen ihr mit Schreiben vom 20. April 2010 mit, sie trete wegen falschen Angaben der Versicherten vom Versicherungsvertrag zurück, stelle ihre Versicherungsleistungen per 31. März 2010 ein und mache allenfalls eine Rückforderung sämtlicher bisher geleisteten Taggelder geltend.

### **2.**

#### **2.1.**

Mit Eingabe vom 17. Mai 2010 erhob A. Klage gegen X. Versicherungen und beantragte die Weiterzahlung des Krankentaggeldes ab 1. April 2010. Eventualiter wurde beantragt, die geforderte Rückzahlung der X. Versicherungen von Fr. 41'590.40 sei zu verwerfen. Zur Begründung führte die Klägerin aus, der ihr vorgeworfene Sachverhalt entspreche keineswegs der Wahrheit. Sie sei nach wie vor krankheitsbedingt arbeitsunfähig; die medizinische Behandlung sei noch nicht abgeschlossen. Arbeitslos könne sie sich nicht melden, da sie noch im Krankenstand sei und dem Arbeitsmarkt nicht zur Verfügung stehe. Ihre finanzielle Situation sei mittlerweile prekär.

#### **2.2.**

Mit Schreiben der Klägerin bzw. ihres Ehemannes vom 15. Juni 2010, 15. Juli 2010 und 25. Juni 2010 wurden die fortlaufenden Arbeitsunfähigkeitszeugnisse eingereicht und auf ihre schlechte gesundheitliche und finanzielle Situation hingewiesen. Am 16. August 2010 unterbreitete die Klägerin sodann einen Vergleichsvorschlag, wonach die Beklagte die Taggeldleistungen von 1. April bis 31. Dezember

2010 zu erbringen habe und sie im Gegenzug auf weitere Forderungen gegen die Beklagte verzichte.

**3.**

Am 25. August 2010 erstattete die Beklagte ihre Klageantwort mit dem Rechtsbegehren, die Klage sei vollumfänglich abzuweisen. Zur Begründung wurde ausgeführt, die dokumentierte Observation der Klägerin habe gezeigt, dass sie im Lebensalltag nicht durch Beschwerden im rechten Arm und der rechten Schulter eingeschränkt sei. Sie könne alle Verrichtungen des täglichen Lebens uneingeschränkt und schmerzfrei vornehmen. Entsprechend sei sie nicht 100 % arbeitsunfähig. Der zweite Observationsbericht lege offen, dass die Klägerin anlässlich der Besprechung vom 14. April 2010 am Hauptsitz der X. Versicherungen in \_\_\_\_\_ nicht die Wahrheit gesagt habe. Sie habe, um weiterhin Versicherungsleistungen zu erhalten, ihre Situation tatsachenwidrig dramatisiert und völlig falsch geschildert. Stelle man die effektiv gezeigten Schulterfunktionen und Schulterbelastungen in Relation zu den beruflichen Anforderungen, so seien diese vereinbar mit kaufmännischen Arbeiten im Rahmen von Verwaltungs-, Büro-, Empfangs-, Kontroll- und ähnlichen Tätigkeiten. Weiter könne der Klägerin mit praktischer Gewissheit zugemutet werden, rechtshändig Lasten bis zu 10 kg zu tragen und bimanuell mindestens auf Tischhöhe zu heben. Gelegentliche Handlungen über Kopf mit der rechten Hand seien möglich. Eine entsprechende berufliche Tätigkeit sei sicher ab Ende der ersten Videobeobachtung (13. März 2010) zu 100 % zumutbar. Das geschilderte Belastungsprofil entspreche gemäss Stellenbeschreibung ihrem bisherigen Beruf als Gouvernante.

**4.**

**4.1.**

Mit Replik vom 8. September 2010 nahm die Klägerin Stellung zu den Ausführungen der Beklagten in der Klageantwort. Sie unterstrich, die eingereichten Arztberichte seien alle völlig korrekt und massgeblich ausschlaggebend in der Sache. Medizinisch sei sie arbeitsunfähig, unabhängig davon, was die Beklagte vorbringe. Sie habe sich nichts vorzuwerfen. Dass sie hin und wieder für Einkäufe oder Arztbesuche mit dem Auto in die Stadt fahre, sei mit ihrer Hausärztin und dem Physiotherapeuten abgesprochen und gewollt, um die verschiedenen Armbewegungen unter Belastung durchzuführen und den Muskel wieder aufzubauen.

**4.2.**

Am 15. September 2010 reichte die Klägerin das aktualisierte Arbeitsunfähigkeitszeugnis nach. Mit Schreiben vom 3. Oktober 2010 teilte sie mit, sie habe wegen ihrer schlechten finanziellen Situation nun in eine kleinere Wohnung im gleichen Haus umziehen müssen. Mit Schreiben vom

15. November 2010 erklärte sie, sie habe sich mittlerweile gegen den Rat der Ärzte beim Sozialamt melden und ihr Auto verkaufen müssen.

**5.**

In ihrer Duplik vom 4. Oktober 2010 hielt die Beklagte an ihrem Rechtsbegehren fest. Sie führte an, es sei der Klägerin zuzumuten und es sei aufgrund der Schadenminderungspflicht geboten, dass sie Schmerzmittel einnehme, um den rechten Arm einsetzen zu können. Die nachgereichten Arztberichte würden keine Stellungnahme zur Arbeitsfähigkeit enthalten, was die von der Klägerin eingereichten Arbeitsunfähigkeitszeugnisse der Hausärztin zwielichtig erscheinen lasse. Das ganze Dossier und die Vorbringen der Klägerin in der Replik zeigten, dass sie taggeldausschliessend und / oder rentenausschliessend tätig sein könne.

---

**Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

Das Hotel B., bei welchem die Klägerin bei Eintritt der Arbeitsunfähigkeit im Januar 2009 angestellt war, hat für das Risiko der Lohnfortzahlungspflicht von krankheitsbedingten Arbeitsausfällen der Angestellten bei der Beklagten eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung abgeschlossen (vgl. Police, Klageantwortbeilage [AB] A). Vereinbart wurde ein Taggeld bei Arbeitsunfähigkeit in Höhe von 80 % des Tageslohnes bei einer Wartezeit von 60 Tagen und für die maximale Dauer von 730 Tagen. Bei diesem Versicherungsvertrag handelt es sich um eine Taggeldversicherung basierend auf dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) und nicht dem Krankenversicherungsgesetz. Entsprechend ist der Versicherer in der Ausgestaltung der Taggeldversicherung frei und sind im vorliegenden Fall die Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) sowie die allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) zur Kollektiv-Krankentaggeldversicherung "x\_\_\_\_\_" massgebend.

**2.**

Im Schreiben vom 20. April 2010 (AB 61) begründete die Beklagte die Einstellung der Taggelderleistungen per 31. März 2010 mit der Auflösung des Versicherungsvertrages. Sie machte geltend, die Klägerin habe ihr gegenüber bewusst falsche Angaben gemacht, weshalb sie gemäss Art. 40 VVG berechtigt sei, vom Vertrag zurückzutreten. Im vorliegenden Klageverfahren berief sich die Beklagte nurmehr in Nebenbemerkungen auf den Vertragsrücktritt. Weder wurde auf die gesetzlichen Voraussetzungen des Rücktritts gemäss Art. 40 VVG eingegangen noch die Taggeldverweigerung mit der Vertragsauflösung gerechtfertigt, sondern vielmehr geltend gemacht, spätestens ab 31. März 2010 habe keine Arbeitsunfähigkeit mehr bestanden, weshalb keine Taggelderleistungen mehr geschul-

det seien. Die Beklagte geht somit unterdessen wie die Klägerin von einem bestehenden Versicherungsvertrag aus. Entsprechend ist in casu die Frage der rückwirkenden Vertragsauflösung bzw. der betrügerischen Begründung von Versicherungsleistungen (Art. 40 VVG) nicht Verfahrensgegenstand; darauf ist mithin nicht weiter einzugehen.

### **3.**

Die Schlussfolgerungen der Beklagten zur Arbeitsfähigkeit der Klägerin basieren einerseits auf den ärztlichen Berichten, insbesondere aber auf den Ergebnissen der von ihr in Auftrag gegebenen, an einzelnen Tagen der Monate Januar bis April 2010 durch einen Privatdetektiv durchgeführten Observation der Klägerin. Die Klägerin macht geltend, diese Observation bzw. die Verwertung der dabei aufgenommenen Fotografien und Filme sei unzulässig. Vorab ist daher auf die Zulässigkeit der durchgeführten Observation und die Verwertbarkeit des dabei gesammelten Materials einzugehen.

#### **3.1.**

Durch die privatdetektivliche Observation einer versicherten Person sollen Tatsachen, die sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten), systematisch gesammelt und erwahrt werden (BGE 135 I 169 E. 4.3). Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit derartiger Observationen stellt sich in der Praxis häufig im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der Observationsergebnisse als Beweismittel in einem Rechtsstreit um Versicherungsleistungen (BGE 135 I 169 E. 5.7, 132 V 241 E. 2.5, 129 V 323 E. 3.3.3). Die Frage stellt sich aber vergleichbar im Bereich des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes. Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen ist in Art. 28 ZGB geregelt. Wer danach in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen. Widerrechtlich ist eine Verletzung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Art. 28 Abs. 2 ZGB).

Eine Persönlichkeitsverletzung durch privatdetektivliche Observation der versicherten Person kann im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse liegen, d.h. dadurch gerechtfertigt sein, dass weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen (BGE 129 V 323 E. 3.3.3). Dieses Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug ist gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit abzuwägen (BGE 127 III 481 E. 3a/bb, 132 III 641 E. 5.2). Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen (BGE 129 III 529

E. 3.1). Zu berücksichtigen ist dabei, dass der von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen seines Gesundheitszustandes, seiner Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne sein Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden (BGE 129 V 323 E. 3.3.3, 135 I 169 E. 5.1; Urteil des Bundesgericht 5C.187/1997 Erw. 2b). Die Zulässigkeit der Observation hängt weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dafür entscheidend kann insbesondere sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo die Observation stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange die Observation dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt die Observation hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die zur Observation eingesetzten Mittel (z.B. Filme) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2010 [5A\_57/2010] E. 2.2.3 mit Hinw.).

### **3.2.**

Im vorliegenden Fall wurde die Klägerin an einem Tag im Januar (14. Januar 2010), an acht Tagen im Februar (9., 12., 13., 18., 19., 22., 26., 27. Februar 2010), an einem Tag im März (13. März 2010) sowie an zwei Tagen im April (15., 17. April 2010) von einem Privatdetektiv beobachtet (vgl. Protokolle, AB 73-75). Die Beobachtungen geschahen allesamt im öffentlichen Raum (Strasse, Parkplatz, Stadtzentrum, Restaurant) und waren fokussiert auf körperliche Bewegungen und Tätigkeiten der Klägerin, insbesondere mit dem rechten Arm (Einkaufstaschen tragen, Winterjacke anziehen, Auto lenken, usw.). Die Beklagte sah sich durch verschiedene sachliche Umstände zur Observation veranlasst; so war die Klägerin bereits seit 26. Januar 2009 arbeitsunfähig, Auslöser der Arbeitsunfähigkeit war ein Bagatellunfall, ebenfalls im Januar 2009 war der Klägerin die Anstellung gekündigt worden und eine eingehende ärztliche Begutachtung hatte nie stattgefunden. Bei Taggeldleistungen in der Höhe von Fr. 126.80 pro Tag (AB E) geht es um erhebliche Versicherungsleistungen. In Anbetracht der vorgenannten Kriterien ist die in casu durchgeführte Observation der Klägerin als relativ geringfügiger Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte und aufgrund der gegebenen Umstände als gerechtfertigt zu werten. Die Ergebnisse der Observation (Videoaufzeichnungen und Fotografien, AB 73-75) durfte die Beklagte somit in ihrer Würdigung des Versicherungsanspruches miteinbeziehen und sie können im vorliegenden Verfahren als Beweismittel berücksichtigt werden.

### **4.**

Die Klägerin ist seit dem 26. Januar 2009 arbeitsunfähig (AB M6). Die Beklagte erbrachte die vertraglichen Krankentaggeldleistungen - im An-

schluss an die Leistungen des Unfallversicherers - ab 9. März 2009 (AB E). Per 31. März 2010 stellte sie ihre Taggeldzahlungen ein. Sinngemäss macht die Beklagte dazu geltend, der Klägerin sei es spätestens ab diesem Zeitpunkt möglich und zumutbar gewesen, generell in jeder wechselbelastenden Tätigkeit aber auch in ihrer bisherigen Tätigkeit als Gouvernante eines Hotels einer vollzeitlichen Erwerbstätigkeit nachzugehen.

#### **4.1.**

Gemäss Art. C1 Ziff. 1 AVB (AB D) besteht ein Anspruch auf Krankentaggeld bei ärztlich festgestellter, vorübergehender Erwerbsunfähigkeit und bemisst sich nach dem Grad der Erwerbsunfähigkeit. Eine vorübergehende Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn die versicherte Person infolge einer Krankheit mindestens zu 25 % ausserstande ist, ihre berufliche Tätigkeit im versicherten Betrieb auszuüben (Art. B2 Ziff. 1 Abs. 1 AVB). Eine versicherte Person, die nicht mehr in einem Anstellungsverhältnis steht, ist verpflichtet, 120 Tage nach Beginn der ärztlich bestätigten Erwerbsunfähigkeit eine ihrem Ausbildungs- und Berufsstand entsprechende andere Tätigkeit anzunehmen (Art. B2 Ziff. 1 Abs. 2 AVB).

#### **4.2.**

Streitig ist im vorliegenden Verfahren, ob die Klägerin aufgrund ihrer gesundheitlichen Situation über den 31. März 2010 hinaus auch in einer leidensangepassten Tätigkeit als arbeitsunfähig zu qualifizieren ist. Dies wird von der Hausärztin der Klägerin, Dr. med. C., Fachärztin für Innere Medizin, \_\_\_\_\_, bestätigt (vgl. Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen, gültig ab 22. Januar 2009 und letztmals erneuert am 15. Dezember 2010; Beilage zum Schreiben der Klägerin vom 15. November 2010). Da in den Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen keine Begründung der Arbeitsunfähigkeit, kein Verlaufsbericht oder aktueller Status enthalten ist, ist nachfolgend eine Gesamtwürdigung der vorliegenden medizinischen Akten vorzunehmen.

##### **4.2.1.**

Die Klägerin litt schon vor dem Unfall vom 26. Januar 2009 an Schmerzen in der rechten Schulter. Im August 2007 und Februar 2008 wurden daher Injektionen im Schultergelenk vorgenommen (vgl. Berichte Dres. med. D., Fachärzte für Chirurgie/Unfallchirurgie, \_\_\_\_\_, vom 9. August 2007 [AB M1] und vom 15. Februar 2008 [AB M2]). Dr. med. E., Facharzt für Diagnostische Radiologie, \_\_\_\_\_, diagnostizierte am 22. April 2008 eine erhebliche Arthrose im Schultergelenk rechts sowie eine ältere Ruptur der Supraspinatussehne mit Retraktion des Muskels (AB M3). Nach einer Untersuchung in der Klinik F. am 20. November 2008 wurde zu einer Schulterarthroskopie geraten (AB M4).

#### **4.2.2.**

Nach dem Unfallereignis vom 26. Januar 2009 blieb die Diagnose bezüglich des schmerzhaften rechten Schultergelenks unverändert (vgl. Bericht Dr. med. E. vom 27. Januar 2009, AB M5). Am 9. März 2009 wurde daher in der Klinik F. die bereits vor dem Unfall geplante Schulterarthroskopie durchgeführt. Es wurde von einem komplikationslosen Verlauf und reizlosen Wundverhältnissen berichtet. Am 12. März 2009 konnte die Klägerin die Klinik wieder verlassen (Berichte vom 12. März 2009 [AB M9] und vom 24. März 2009 [AB M 12]). Im weiteren Verlauf bildete sich ein Wundinfekt, welcher mit Spezialverbänden behandelt werden musste. Als weitere Behandlung wurde intensive Krankengymnastik verordnet (vgl. Bericht Dres. med. G., Klinik F., vom 5. Juni 2009; AB M16). Am 23. Oktober 2009 (AB M26) berichtete Dr. med. C., es bestünden weiterhin massive Schmerzen bei Elevation des rechten Armes. Es werde regelmässige Krankengymnastik durchgeführt. Eventuell sei eine Mobilisation des Schultergelenks in Narkose vorzusehen. Die Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit sei frühestens Anfang 2010 zu erwarten.

Aufgrund der anhaltenden Schmerzen wurde am 19. November 2009 eine kernspintomographische Untersuchung des rechten Schultergelenks veranlasst (Bericht Dr. med. H., Spital I., vom 25. November 2009; AB M28). Dabei zeigte sich neben den bereits früher erhobenen Befunden eine Flüssigkeitseinlagerung im Gelenk. Die behandelnden Ärzte der Klinik F. schlossen darauf auf eine chronische Tendinose mit Begleiterguss, welche zur Schmerzsymptomatik führe und darüber hinaus die aktive Beweglichkeit des Schultergelenks einschränke. Aufgrund des chronischen Verlaufs wurde eine lokale Bestrahlungstherapie empfohlen (Bericht vom 27. November 2009; AB M29) und schliesslich auch durchgeführt. Am 12. April 2010 (AB M35) berichtete Dr. med. C., der Gesundheitszustand habe sich nicht gebessert. Die starken Schmerzen im rechten Oberarm seien nach wie vor vorhanden und der rechte Arm schwelle schon bei geringer Belastung an. Die Strahlentherapie habe bisher nicht den erhofften Erfolg gebracht und müsse allenfalls wiederholt werden. Auch eine erneute Operation werde in Erwägung gezogen (vgl. auch Bericht Klinik F. vom 30. April 2010; Beilage 2 zur Eingabe der Klägerin vom 15. August 2010).

#### **4.2.3.**

Im Auftrag der Beklagten erstellte Dr. med. J., FMH für Rechtsmedizin, \_\_\_\_\_, am 12. Juni 2010 ein Aktengutachten. In das Gutachten zog er die Ergebnisse der Observation der Klägerin mit ein. In seiner abschliessenden Würdigung hielt er fest, nach der Schulteroperation im März 2009 sei der Heilungsverlauf bis Oktober 2009 günstig verlaufen, habe dann aber bis Ende 2009 stagniert bzw. sei in Bezug auf den Bewegungsumfang der rechten Schulter sogar rückläufig gewesen. Die letzte in den Akten dokumentierte klinische Untersuchung mit Prüfung des

Bewegungsumfangs habe Ende November 2009 stattgefunden. Der Oberarm habe damals in der Schulter um maximal 100° nach vorne bzw. zur Seite gehoben werden können. Passiv sei die Beweglichkeit lediglich endgradig eingeschränkt, jedoch ab etwa 90° schmerzhaft gewesen. Anhand der Observationen habe im nichtberuflichen Alltag der Klägerin aufgrund der beobachteten spontanen und unaufgefordert durchgeführten aktiven Bewegungen im Bereich der rechten Schulter ein Funktionsumfang festgestellt werden können, welcher denjenigen der letzten dokumentierten ärztlichen (27. November 2009) und physiotherapeutischen (20. Oktober 2009) Befunderhebung wesentlich übersteige. Allerdings habe keine Extremstellung analog beispielsweise dem medizinischen Test des Schürzengriffs beobachtet werden können. Die gezeigten Bewegungsabläufe würden harmonisch, ununterbrochen und zielgerichtet verlaufen. Die Bewegungen würden nicht abrupt ab- oder unterbrochen und Schmerzreaktionen seien nicht erkennbar. Diskrepant zur hohen, offensichtlich weitgehendst schmerzfreien Beweglichkeit der rechten Schulter sei die zeitweise ohne erkennbaren Grund vorgenommene Ruhigstellung des rechten Arms in angewinkelter Stellung ohne Mitbewegung beim Gehen. Es könnte sich um eine zeitweise Schonhaltung oder aber auch um eine Angewohnheit handeln. Stelle man die effektiv im nichtberuflichen Alltag gezeigten Schulterfunktionen und -belastungen in Relation zu beruflichen Anforderungen, so seien diese vereinbar mit kaufmännischen Arbeiten im Rahmen von Verwaltungs-, Büro-, Empfangs-, Kontroll- und ähnlichen Tätigkeiten. Dabei könne der Versicherten mit praktischer Gewissheit zugemutet werden, rechtshändig Lasten bis zu 10 kg zu tragen und bimanuell mindestens auf Tischhöhe zu heben. Gelegentliche Handlungen über Kopf mit der rechten Hand sollten möglich sein. Gehen, Stehen und Sitzen seien nicht eingeschränkt.

#### **4.3.**

Gemäss den vorstehend geschilderten Arztberichten steht fest, dass die Klägerin an chronischen Schmerzen der rechten Schulter leidet. Eine völlige Schmerzfreiheit konnte auch Dr. med. J. nicht bestätigen, wurde doch auf dem Videomaterial der rechte Arm zeitweise beim Gehen in einer Schonhaltung getragen. Inwieweit die Schmerzen zu Bewegungseinschränkungen führen, kann nur anhand von älteren Untersuchungsergebnissen sowie dem Observationsmaterial beurteilt werden. Die medizinischen Untersuchungen ergaben eine Beschränkung der Elevation des rechten Armes auf 90° bis 100°. Neuere Untersuchungen dazu liegen nicht vor. Insbesondere sind in den Arbeitsunfähigkeitszeugnissen der behandelnden Ärztin Dr. med. C. keine Untersuchungsergebnisse oder Befunde enthalten. Dem nachgereichten Bericht von Dr. med. K., Ärztlicher Leiter Orthopädie der Universitätsklinik L. vom 6. August 2010 (Beilage 1 zur Eingabe der Klägerin vom 15. August 2010) ist zwar zu entnehmen, dass offenbar Schmerzen und Bewegungseinschränkungen bestehen, doch wurden auch hier die Befunde nicht näher detailliert, die

Untersuchungsmethoden nicht erläutert und keine Würdigung der zumutbaren Bewegungs- und Arbeitsfähigkeit vorgenommen. Bei der Observation der Klägerin konnten diverse Bewegungen des rechten Armes beobachtet werden, welche auf nur geringe Bewegungseinschränkungen schliessen lassen. So wurden unter anderem eine Winterjacke flüssig und unter erheblicher Drehung des Schultergelenks angezogen, mit einem handgeschalteten Auto gefahren, mit der rechten Hand die Heckklappe des Autos bis über Kopf geöffnet, ein Einkaufswagen geschoben und sich selber mehrfach ein Fasnachtshut aufgesetzt und zurechtgerückt. Dass die Klägerin - wie sie selber angibt - all diese Bewegungen nur unter Einnahme starker Schmerzmittel durchführen konnte, ist wenig wahrscheinlich, fanden doch die Beobachtungen an mehreren Tagen und zu verschiedenen Zeiten statt und ist nicht anzunehmen, dass die Klägerin jeweils beim Verlassen des Hauses zusätzliche Schmerzmittel eingenommen hat.

Den Angaben der Klägerin, wonach sie den rechten Arm praktisch gar nicht mehr einsetzen und belasten könne, kann somit aufgrund der bei den Akten liegenden Arztberichte und den Observationsergebnissen nicht gefolgt werden. Vielmehr ist diesbezüglich der Einschätzung von Dr. med. J. zu folgen, wonach eine leichte Arbeit ohne Heben und Tragen von Lasten und ohne Arbeiten über Schulterhöhe zu 100 % möglich wäre. Die von Dr. med. J. festgehaltene Gewichtsgrenze von 10 kg für das Heben und Tragen mit der rechten Hand entspricht jedoch lediglich einer Mutmassung, liegen dazu doch weder Arztberichte noch tatsächliche Beobachtungen vor. Die Klägerin wurde zwar gesehen, wie sie kleinere Einkäufe getragen hat, doch ist die getragene Plastiktüte einerseits klein und andererseits nicht besonders voll, sodass nicht auf ein Gewicht von 10 kg geschlossen werden kann.

#### **4.4.**

Gemäss den vorgenannten Erwägungen wären demnach Büroarbeiten, Kontrolltätigkeiten, Arbeiten im Telefondienst/Telefonmarketing und ähnliches mit einem Pensum von 100 % möglich. Hingegen kann der Beklagten nicht gefolgt werden, dass auch die bisherige Erwerbstätigkeit der Klägerin uneingeschränkt möglich wäre. Die Klägerin arbeitete vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit als Gouvernante in Hotel B. Gemäss dem Stellenbeschrieb (AB M39) beinhaltet diese Tätigkeit zwar einerseits Überwachungs- und Organisationsaufgaben (u.a. Einsetzen des Reinigungspersonals, Freigabe der Zimmer, Führen der Kundendatei), andererseits aber auch Arbeiten in der Wäscherei, bei der Schlussreinigung, bei der Pflanzenpflege, usw. Aufgrund des Stellenbeschriebes und auch der Höhe des Lohnes (Fr. 4'450.00 brutto monatlich) ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin allein Führungsaufgaben zu tätigen hatte, sondern durchaus beim Betten beziehen, Wäsche wegräumen, Zimmerabnahmen, Wäscheservice und bei ähnlichen Arbeiten selber mitgeholfen

hat und mithelfen musste. Bezüglich solcher Arbeiten schränkte auch Dr. med. J. die Zumutbarkeit ein, indem er angab, grössere Belastungen oder Stossen und Ziehen hätten nicht beobachtet werden können, so dass in Bezug auf gewisse Haushaltarbeiten wie Betten beziehen oder Wäsche mangeln/bügeln keine Aussagen gemacht werden könnten.

## **5.**

### **5.1.**

Gemäss den vorstehenden Ausführungen ist davon auszugehen, dass die Klägerin in einer gesundheitsadaptierten Tätigkeit zu 100 % arbeitsfähig ist. Gemäss Art. C1 Ziff. 1 AVB besteht ein Anspruch auf Taggeldleistungen der Beklagten bei einer Arbeitsunfähigkeit von über 25 %. Die Arbeitsunfähigkeit wird dabei auf die angestammte Tätigkeit im versicherten Betrieb bezogen (Art. B2 Ziff. 1 AVB). Eine dauernde Erwerbsunfähigkeit wird angenommen, wenn die versicherte Person infolge Krankheit ausserstande ist, irgendeiner Erwerbstätigkeit von mindestens 25 %, unabhängig von Beruf und Ausbildung und unter Berücksichtigung des gesamten Arbeitsmarktes, nachzugehen (Art. B2 Ziff. 2 AVB). Mit dieser Bestimmung wird postuliert, dass bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit ein Berufswechsel in eine zumutbare gesundheitsangepasste Tätigkeit zu suchen und aufzunehmen ist. Praxisgemäss ist eine langandauernde Arbeitsunfähigkeit anzunehmen, wenn diese mehr als sechs Monate dauert (Ueli Kieser, ATSG-Kommentar, Zürich 2003, N 10 zu Art. 6). Steht fest, dass der Versicherte unter dem Blickwinkel der Schadenminderungspflicht einen Berufswechsel vorzunehmen hat, so hat ihn die Versicherung dazu aufzufordern und ihm zur Stellensuche eine angemessene Übergangsfrist einzuräumen, während welcher das bisherige Krankentaggeld geschuldet bleibt. Die Praxis geht von einer Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten ab Ansetzung der Frist aus (BGE 114 V 289 Erw. 4b, 111 V 239 Erw. 2a; RKUV 1987 K 720 S. 108, 2000 K 112 S. 122). Diese Frist hat auch die Funktion einer Abgrenzung zur Arbeitslosenversicherung. Hat die versicherte Person nach Ablauf dieser Übergangsfrist keine Stelle gefunden, so hat sie als arbeitslos zu gelten.

### **5.2.**

Da die Taggeldversicherung die wirtschaftlichen Folgen der Arbeitsunfähigkeit abdeckt, ist zu prüfen, ob durch den Wechsel zu einer gesundheitsadaptierten Tätigkeit ein Einkommensausfall resultiert. Dazu ist das Einkommen, das die Versicherte ohne Gesundheitsschädigung erzielen könnte (Valideneinkommen) zu vergleichen mit dem Einkommen, das durch zumutbare Verwertung der Resterwerbsfähigkeit erzielbar ist (Invalideneinkommen).

Bei einer gesundheitsadaptierten Tätigkeit wie vorgenannt könnte die Klägerin ausgehend von der Schweizerischen Lohnstrukturerhebung des Bundesamtes für Statistik (LSE-Tabelle), Ausgabe 2008, ein Einkommen

von Fr. 4'370.55 erzielen (Tabelle 1, Anforderungsniveau 4, Frauen: Bruttomonatsgehalt Fr. 4'116.00, angepasst an die Nominallohnentwicklung [2,1 %] sowie die übliche betriebliche Arbeitszeit [41,6 Std.]). Im Vergleich zu ihrem Einkommen als Gouvernante (Fr. 4'450.00 brutto monatlich; AB 1) ergibt sich damit eine Einbusse von weniger als 5 %. Eine Erwerbsunfähigkeit von mindestens 25 % liegt damit nicht vor. Entsprechend ist ein Taggeldanspruch zu verneinen.

### **5.3.**

Zu prüfen bleibt, ab welchem Zeitpunkt der Klägerin ein Stellenwechsel bzw. die Aufnahme einer angepassten Tätigkeit hätte zugemutet werden können. Wie vorstehend ausgeführt, wird in der Praxis eine Übergangsfrist von drei bis fünf Monaten als angemessen betrachtet. Ist es dem Versicherten auch bei genügendem persönlichen Aufwand nicht möglich, innerhalb dieser Frist eine neue Arbeitsstelle zu finden, kann dies nicht mehr dem Risikobereich der Krankenversicherung zugerechnet werden, sondern ist von der Arbeitslosenversicherung zu tragen (vgl. Gebhard Eugster, Zum Leistungsrecht der Taggeldversicherung nach KVG; in: Jean-Louis Duc, LAMal-KVG, Lausanne 1997, S. 519 mit Hinw.). Der Klägerin wurde, ausser von ihrer Hausärztin, keine Arbeitsfähigkeit attestiert, und die Beklagte wies sie weder auf die Pflicht hin, bei langandauernder Arbeitsunfähigkeit eine beschwerdeangepasste Tätigkeit zu suchen, noch forderte sie die Klägerin - unter Ansetzung einer Übergangsfrist - zu einem entsprechenden Berufswechsel auf. Auch anlässlich des Gesprächs vom 14. April 2010 wurde ein entsprechender Hinweis nicht gemacht (vgl. Protokoll, AB 59). Da die Beklagte ursprünglich von einem Rücktritt vom Vertrag ausging, stellte sie ihre Taggeldzahlungen direkt und ohne Einräumung einer Übergangsfrist mit Schreiben vom 20. April 2010 rückwirkend per 31. März 2010 ein (AB 61). Der Vertragsrücktritt wurde im vorliegenden Verfahren jedoch nicht mehr thematisiert (vgl. Erw. 2 vorstehend). Somit versäumte sie es, der Klägerin eine Übergangsfrist einzuräumen, weshalb für die entsprechende Zeit die Taggeldleistungen nachzuvergüten sind. Dabei erscheint im vorliegenden Fall eine praxisgemässe Übergangsfrist von drei Monaten angemessen. Entsprechend sind diese Leistungen (ganzes Taggeld von 1. April bis 30. Juni 2010) nachzuvergüten. Ab 1. Juli 2010 wird sodann die geforderte Mindesterwerbsunfähigkeit von 25 % nicht mehr erreicht, weshalb ein Taggeldanspruch ab diesem Zeitpunkt entfällt.

### **6.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 85 Abs. 2 VAG). Grundsätzlich ist der obsiegenden Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Art. 112 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin forderte die Weiterausrichtung des Krankentaggeldes ab 1. April 2010 bis mindestens 31. Dezember 2010. Die Beklagte verneinte jeglichen Taggeldanspruch. Dem Antrag der Klägerin wird insoweit entsprochen, als bis 30. Juni 2010 Taggeldzahlungen zu

erbringen sind. Beide Parteien obsiegen bzw. unterliegen somit teilweise, weshalb es sich rechtfertigt, die Parteikosten wettzuschlagen.

---

### **Das Versicherungsgericht erkennt:**

#### **1.**

In teilweiser Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin vom 1. April 2010 bis 30. Juni 2010 Krankentaggeldleistungen von 100 % zu erbringen.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

#### **3.**

Es wird keine Parteientschädigung zugesprochen.

---

Zustellung an:  
die Klägerin  
die Beklagte (Vertreter, 2fach)  
das Bundesamt für Gesundheit, Kranken- und Unfallversicherung

---

### **Beschwerde in Zivilsachen**

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonaem Recht **in-  
nert 30 Tagen** seit Zustellung mit der **Beschwerde in Zivilsachen** beim **Schweizerischen Bundesgericht**, 1000 Lausanne 14, angefochten werden. Die unterzeichnete Beschwerde muss das Begehren, wie der Entscheid zu ändern ist, sowie in gedrängter Form die Begründung, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt, mit Angabe der Beweismittel enthalten. Der angefochtene Entscheid und als Beweismittel angerufene Urkunden sind beizulegen (Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht [Bundesgerichtsgesetz, BGG] vom 17. Juni 2005).

---

Aarau, 7. Dezember 2010

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

Plüss

Nussbaumer