



---

## Kantonsgericht St.Gallen

---

III. Zivilkammer

Präsident Hans Schawalter, Kantonsrichter Rolf Brunner, Kantonsrichterin Dr. Beatrice Uffer-Tobler; Gerichtsschreiberin Dr. Jeanne Malacarne

**Entscheid vom 20. Dezember 2010**

in der Sache

**A.,**

**Kläger, Widerbeklagter  
und Berufungskläger,**

vertreten von Rechtsanwalt Rainer Braun,

gegen

**X. Versicherungen,**

**Beklagte, Widerklägerin  
und Berufungsbeklagte,**

betreffend

**Forderung aus Versicherungsvertrag**

### **Anträge vor Kreisgericht**

#### a) des Klägers

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von CHF 77'157.50 nebst 5% Zins seit 16. Juni 2008 zu bezahlen.
2. Ein Nachklagerecht bleibt ausdrücklich vorbehalten.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

#### b) der Beklagten (Klageantwort und Widerklage)

1. Es sei die Klage vom 06.03.09 vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei festzustellen, dass der Kollektivvertrag Krankentaggeldversicherung Police Nr. \_\_\_\_\_ zwischen Herrn A. und X. Versicherungen rückwirkend per 29.03.07 aufgehoben wurde.
3. Es sei der Kläger zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von CHF 69'766.80 samt 5% Zins seit dem 29.01.08, CHF 348.80 Betreibungsgebühren und CHF 100.– Kosten des Zahlungsbefehls vom 12.01.09 zu bezahlen.
4. Es sei der Beklagten in der Betreibung Nr. \_\_\_\_\_ des Betreibungsamtes Buchs (Zahlungsbefehl vom 12.01.09) die definitive Rechtsöffnung zu erteilen.
5. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

#### c) des Klägers (Widerklageantwort)

1. Auf die Widerklage sei nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Widerklage abzuweisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Widerklägerin.

### **Entscheid des Kreisgerichts**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Auf Ziffer 2 der Begehren in der Klageantwort und die Widerklage wird nicht eingetreten.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Die Anträge um Parteientschädigung werden abgewiesen; jede Partei hat ihre Parteikosten selbst zu tragen.

### **Anträge vor Kantonsgericht**

#### a) des Klägers

1. Die Ziffern 1. und 4. des Entscheids des Kreisgerichts Werdenberg-Sarganserland vom 27. Mai 2010 seien aufzuheben.
2. Die Beklagte und Berufungsbeklagte sei zu verpflichten, dem Kläger und Berufungskläger den Betrag von CHF 77'157.50 nebst 5% Zins seit 16. Juni 2008 zu bezahlen.
3. Ein Nachklagerecht bleibt ausdrücklich vorbehalten.

- 
4. Für das vorinstanzliche Verfahren sei dem Kläger und Berufungskläger zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten eine Parteientschädigung von CHF 18'505.35 zuzusprechen.
  5. Unter Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten und Berufungsbeklagten.

b) der Beklagten

1. Es sei die Berufung vom 26.08.10 abzuweisen und das Urteil des Kreisgerichtes Werdenberg-Sarganserland, 1. Abteilung, vom 27.05.10 (Ref. EV.2010.4-WS1ZK-JWY) vollumfänglich zu bestätigen.
2. Alles unter Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

## Erwägungen

### 1.1.

I.

1. Der Kläger betreibt eine Einzelfirma, die nach seinen eigenen Angaben Renovationen, Sanierungen und Reparaturen, Maler- und Bodenbelagsarbeiten, Reinigungen, Hauswartungen und Liegenschaftenservice, Entsorgungs- und Gartenarbeiten sowie Transporte ausführt (Klage, 3 f.; Berufung, 6). Zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt schloss er mit der Beklagten eine Unfallversicherung gemäss UVG ab (vgl. Klage, 4, Klageantwort, 3 und bekl. act. 47 ff.). Im März 2005 schloss er mit dieser zudem eine kollektive Krankentaggeldversicherung ab (wobei sich der Kreis der versicherten Personen auf ihn selbst beschränkte). Diese sah ein Krankentaggeld von 100% des versicherten Lohnes von Fr. 91'000.– bei einer Leistungsdauer von 730 Tagen mit einer Wartefrist von 30 Tagen und einem Prämiensatz von 3.39% vor. Bei nur teilweiser Arbeitsunfähigkeit sollte sich die Höhe des Taggelds nach deren Umfang richten; für eine Arbeitsunfähigkeit von weniger als 25% wurde ein Leistungsanspruch ausgeschlossen (Klage, 4; Versicherungspolice "Kollektive Krankenversicherung" [= kläg. act. 2], insbes. S. 4 zu EVB 70 Ziffer 2 i.V.m. S. 3; Allgemeine Vertragsbedingungen [= Anhang zu kläg. act. 2, nachfolgend: AVB] Ziffer B1 Rz 2).

Am 4. April 2005 erlitt der Kläger einen Unfall (Leitersturz), wobei er sich am Ellbogen und am Rücken verletzte. Dies führte zu einer längerdauernden Arbeitsunfähigkeit, während welcher die Beklagte aus der Unfallversicherung Taggeldleistungen erbrachte (Klageantwort, 3). Aufgrund der medizinischen Sachlage (vgl. dazu bekl. act. 57 ff.), insbesondere gestützt auf einen Bericht von Dr. med. B., Ärztin für Innere Medizin/Rheumatologie, vom 5. April 2007, wonach aufgrund der Rückenproblematik keine weitere Arbeitsunfähigkeit mehr gerechtfertigt sei, inzwischen aber unfallfremd massive Fussbeschwerden (Fussarthritis rechts) vorlägen (bekl. act. 59), eröffnete die Beklagte dem Kläger mit Brief vom 25. Juli 2007, sie stelle die unfallbedingten Leistungen per 28. März 2007 ein und werde nach Ablauf der Wartefrist Taggelder für die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit aus der kollektiven Krankentaggeldversicherung erbringen (Klage, 4 und bekl. act. 1). In der Folge erbrachte die Beklagte für die Periode 28. April bis 31. Dezember 2007 Krankentaggelder im Gesamtbetrag von Fr. 61'832.– (Klageantwort, 4 i.V.m. bekl. act. 29; Klage, 4). Dabei stützte sie sich auf verschiedene ärztliche Zeugnisse, die dem Kläger

für diese Zeit durchgehend eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit attestierten und von dessen Hausarzt bzw. Ärzten des Departements Innere Medizin, Abteilung Rheumatologie und Rehabilitation, am Kantonsspital D. ausgestellt worden waren (Klageantwort, 4 i.V.m. bekl. act. 33, 34, 37). Als Ursache der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit stand eine Psoriasis-Arthritis im Vordergrund (vgl. insbes. bekl. act. 33 f. und kläg. Plädoyernotizen vi-act. 14, 2).

Anfang Dezember 2007 liess die Beklagte den Kläger im Sinne einer Vorermittlung durch eine externe Detektei observieren. Gemäss deren Kurzbericht vom 10. Dezember 2007 wurde am 6./7. Dezember 2007 beobachtet, wie der Kläger – teilweise in weisser Arbeitskleidung – mit dem Firmenlieferwagen (Mercedes Vito mit Firmenaufschrift "xx\_\_\_\_\_") zu verschiedenen Mehrfamilienhäusern (\_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ [wo er offenbar einen zweiten Geschäftssitz unterhält], \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ sowie \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_) fuhr und dort im Aussenbereich einzelne Reinigungs-/Aufräumarbeiten ausführte bzw. für längere Zeit im Innenbereich verschwand. Körperliche Einschränkungen oder spontane Schonhaltungen sollen bei den beobachteten Tätigkeiten nicht erkennbar gewesen sein (bekl. act. 61; vgl. auch vi-act. 62, 7). Am 17. Dezember 2007 erkundigte sich C., Schadeninspektor der Beklagten, beim Kläger telefonisch nach seinem Befinden. Den Angaben der Beklagten zufolge soll der Kläger C. dabei mitgeteilt haben, sein Zustand habe sich in den vergangenen Monaten nicht verändert, er habe nach wie vor starke Schmerzen aufgrund der Psoriasis-Arthritis, wobei alle Gelenke, vorallem aber die Fuss-, Arm- sowie Hüftgelenke und zunehmend auch die Sehnenstrukturen betroffen seien; sein Zustand sei nicht sehr gut, weshalb er bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig sei und auch nach Beginn einer Spritzenkur, die ab 25. Januar 2008 vorgesehen sei, nicht mit einer Wiederaufnahme der Arbeit gerechnet werden könne (Klageantwort, 4). Der Kläger bestreitet zwar, dass die von der Beklagten dazu eingereichte Telefonnotiz (bekl. act. 3) den Inhalt dieses Gesprächs im einzelnen korrekt wiedergibt (Plädoyernotizen vi-act. 14, 6; Berufung, 10 f.); er anerkennt aber, dem Schadensinspektor der Beklagten mitgeteilt zu haben, dass er bis auf weiteres zu 100% arbeitsunfähig sei (a.a.O.). Ebenfalls am 17. Dezember 2007 liess sich der Kläger von seinem Hausarzt zu Händen der Beklagten (erneut) eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit "bis auf weiteres" attestieren (bekl. act. 34).

In der Zeit vom 18. bis 22. Januar 2008 liess die Beklagte den Kläger durch die gleiche Detektei, welche schon die Vorermittlung durchgeführt hatte, überwachen, wobei nunmehr auch Videoaufnahmen erstellt wurden. Gemäss Observationsbericht vom

8. Februar 2008 wurde dabei am 18. und 22. Januar 2008 erneut beobachtet, wie der Kläger mit dem Firmenlieferwagen zu verschiedenen Liegenschaften (\_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_, \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ sowie \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_) fuhr und dort im Aussenbereich Hauswartarbeiten (Wischen, Zusammennehmen/Entsorgen von Laub, Schmutz und Abfall, Verschieben eines Abfallcontainers, Kontrollgänge) erledigte sowie teilweise wiederum für längere Zeit im Innenbereich verblieb. Bei den beobachteten Aktivitäten wie auch anlässlich eines Besuchs im Spital E. vom 21. Januar 2008 (aus unbekanntem Anlass) sollen erneut keine körperlichen Einschränkungen oder spontanen Schonhaltungen beobachtet worden sein; der Kläger habe vielmehr vital und agil gewirkt (bekl. act. 62 ff.).

Mit Brief vom 29. Januar 2008 teilte die Beklagte dem Kläger daraufhin mit, Abklärungen hätten ergeben, dass er trotz der angeblichen 100%-igen Arbeitsunfähigkeit wegen einer Psoriasis-Arthritis und den damit verbundenen Fuss-, Hand- und Hüftgelenksbeschwerden "nach wie vor der beruflichen Tätigkeit" nachgehe, indem er "regelmässig externe Hauswartsarbeiten" verrichte; damit liege eine betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vor, weshalb sie "rückwirkend auf den Eintritt des Versicherungsfalls (29.03.2007)" vom Vertrag betreffend die kollektive Krankentaggeldversicherung zurücktrete und sämtliche seit diesem Zeitpunkt aus dieser Police erbrachten Leistungen zurückfordere sowie Ersatz der Kosten für Arztatteste und externe Ermittlung verlange (bekl. act. 4). An einer nachfolgenden Besprechung vom 22. Februar 2008 vertrat der Kläger den Standpunkt, die beobachteten Tätigkeiten seien blosser Arbeitsversuche gewesen, weshalb der Vertragsrücktritt durch die Beklagte unbegründet sei (bekl. act. 5). Die darauf folgende Korrespondenz zwischen der Beklagten und dem mittlerweile beigezogenen Rechtsvertreter des Klägers führte zu keiner Einigung (bekl. act. 6 ff.). Mit Brief vom 25. November 2008 teilte der Anwalt des Klägers der Beklagten mit, er sei beauftragt, das Krankentaggeld für die Zeit ab 1. Januar 2008 gerichtlich geltend zu machen (bekl. act. 13). Die Beklagte ihrerseits setzte im Januar 2009 den in der Rücktrittserklärung geltend gemachten Gesamtbetrag von Fr. 69'766.80 gegen den Kläger in Betreibung, wogegen dieser Rechtsvorschlag erhob (bekl. act. 17).

2. Am 6. März 2009 gelangte der Kläger – nach erfolglosem Vermittlungsverfahren (vgl. bekl. act. 18 ff.) – an das Handelsgericht des Kantons St. Gallen mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 77'157.50 (Taggelder für die Zeit von 1. Januar bis 30. November 2008 bei einer Arbeitsunfähigkeit von zeitweise 70% und

zeitweise 100%) nebst Zins zu bezahlen (vi-act. 4 [nachfolgend: Klage]). Die Beklagte erstattete am 22./27. Mai 2009 die Klageantwort und ersuchte um Abweisung der Klage; zugleich erhob sie Widerklage mit dem Begehren, es sei festzustellen, dass der Vertrag betreffend die kollektive Krankenversicherung rückwirkend per 29. März 2007 aufgehoben worden sei, und der Kläger sei seinerseits zu verpflichten, ihr Fr. 69'766.80 (bereits geleistete Krankentaggelder von Fr. 61'832.– zuzüglich Ermittlungskosten von Fr. 7'854.80 und Kosten für Arztatteste von Fr. 80.–) nebst Zins zu bezahlen (vi-act. 5 und 6 [im folgenden kurz: Klageantwort] i.V.m. bekl. act. 4). Das vom Handelsgericht zur Frage der sachlichen Zuständigkeit angerufene Kassationsgericht (Art. 21 Abs. 2 ZPO) entschied am 16. Dezember 2009, zur Beurteilung der Streitsache sei nicht das Handelsgericht, sondern das Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland zuständig (vi-act. 3). Letzteres führte das Verfahren daraufhin fort. Mit Entscheid vom 27. Mai 2010 wies das Kreisgericht die Klage ab (Ziffer 1) und trat auf die widerklageweise geltend gemachten Begehren der Beklagten nicht ein (Ziffer 2). Gerichtskosten wurden keine erhoben (vgl. Art. 85 Abs. 3 VAG), und eine Parteientschädigung wurde dem Verfahrensausgang entsprechend keiner Seite zugesprochen (Ziffern 3 und 4; vi-act. 18).

3. Am 26. August 2010 erhob der Kläger die vorliegende Berufung mit dem Antrag, Ziffer 1 und Ziffer 4 des erstinstanzlichen Entscheides seien aufzuheben, die Klage sei gutzuheissen und die Beklagte sei zu verpflichten, ihm für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 18'505.35 zu bezahlen (B/1). In ihrer Berufungsantwort vom 8. Oktober 2010 ersuchte die Beklagte um Abweisung der Berufung (B/6).

## II.

1. Die von Amtes wegen vorzunehmende Prüfung der Prozessvoraussetzungen (Art. 79 ZPO) ergibt, dass diese erfüllt sind (Art. 225, 229 ZPO). Auf die Berufung ist einzutreten.

2. Die dem vorliegenden Streit zugrunde liegende Krankentaggeldversicherung ist eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (vgl. dazu auch den Entscheid des Kassationsgerichts vom 16. Dezember 2009 [= vi-act. 3], 12). Gemäss Art. 85 Abs. 2 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG [SR 961.01]) sehen die Kantone für diesbezügliche Streitigkeiten ein einfaches und rasches Verfahren vor, in

welchem der Richter den Sachverhalt von Amtes wegen feststellt und die Beweise nach freiem Ermessen würdigt. Die beschränkte Untersuchungsmaxime entbindet die Parteien allerdings nicht davon, die entscheidungsrelevanten Fakten vorzutragen und die entsprechenden Beweismittel zu nennen, wobei an ihre diesbezüglichen Vorbringen strengere Anforderungen zu stellen sind, wenn sie – wie hier – anwaltlich vertreten sind (BRÖNNIMANN, Gedanken zur Untersuchungsmaxime, in: ZBJV 1990, 341 f.; vgl. auch STAEHELIN, Zürcher Kommentar, N 31 zu Art. 343 OR; BGE 107 II 233 Erw. 2c; BGE 125 III 231 Erw. 4a; BGE 130 III 102 Erw. 2.2; Entscheid des Bundesgerichts vom 1. Oktober 2004, 5C.134/2004 Erw. 2.2).

### III.

1. Die Parteien gehen übereinstimmend und zutreffend davon aus, dass das dem Streit zugrunde liegende Vertragsverhältnis den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag untersteht (VVG [SR 221.229.1]; Klage, 2 und 9, Klageantwort, 6 unten, Widerklageantwort, 3 und Berufung, 3; Allgemeine Vertragsbedingungen der Beklagten [= Anhang zu kläg. act. 2 und bekl. act. 45] Ziffer C10; GERHARD STOESEL, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Allgemeine Einleitung N 22; vgl. auch Art. 12 Abs. 3 KVG).

2. Die Beklagte stützte ihren am 29. Januar 2008 erklärten Vertragsrücktritt auf Art. 40 VVG (bekl. act. 4). Nach dieser Bestimmung – welche die Marginalie "Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs" trägt – ist der Versicherer insbesondere dann, wenn der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt oder verschweigt, gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden. Die Anwendung der Bestimmung setzt nach der Lehre und Rechtsprechung voraus, dass vom Anspruchsberechtigten (oder seinem Vertreter) Fakten unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen werden, dass diese Fakten geeignet sind, die Leistungspflicht des Versicherers zu begründen oder zu erhöhen respektive auszuschliessen oder zu mindern und dass der Anspruchsberechtigte (oder sein Vertreter) beabsichtigt, die Versicherung mit diesem Vorgehen zu täuschen. Nicht erforderlich ist, dass die beabsichtigte Täuschung auch wirklich eintritt oder gar zu einer Leistung führt. Für das Vorliegen aller Tatbestandelemente ist der Versicherer behauptungs- und beweispflichtig, wobei die Täuschungsabsicht – als innere Tatsache – in der Regel nur indirekt über Indizien nachgewiesen werden kann (vgl. zum ganzen:

MARTIN SARBACH, Vertragsrechtliche Folgen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs, in: Recht 2006, 180 ff., insbes. 181 und JÜRGEN NEF, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, N 8 ff., N 56 ff. zu Art. 40 VVG). Sind alle Tatbestandselemente erfüllt, ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten "an den Vertrag nicht gebunden". Lehre und Praxis leiten daraus das Recht des Versicherers ab, die Leistung zu verweigern und – wenn der betrügerische Anspruchsteller zugleich Versicherungsnehmer ist – vom Vertrag zurückzutreten (NEF, a.a.O., N 44 ff., N 50 ff. zu Art. 40 VVG). Nicht einheitlich beantwortet wird in der Doktrin die Frage, ob beim Vertragsrücktritt das Dahinfallen des Vertrages auf den Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls oder auf den Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung zurückzubeziehen ist (vgl. dazu NÄF, a.a.O., N 53 zu Art. 40 VVG und SARBACH, a.a.O., 181 ff., je mit Hinweisen). Welcher Auffassung der Vorzug zu geben ist, kann im vorliegenden Zusammenhang offen bleiben; denn für die Beurteilung der Klage ist diese Frage wie noch zu zeigen ist nicht relevant, und auf die Widerklage – mit welcher die Beklagte die ab Eintritt Versicherungsfalls erbrachten Leistungen zurückgefordert hat – ist die Vorinstanz nicht eingetreten, wobei es mangels einer Berufung oder Anschlussberufung der Beklagten sein Bewenden hat.

3. Der Kläger litt ab Januar 2007 an Schmerzen und Schwellungen im Bereich der Fuss- und Handgelenke. Aufgrund vom Hausarzt veranlasster ambulanter Untersuchungen im Juni/Juli 2007 am Kantonsspital D., Departement Innere Medizin, Abteilung Rheumatologie und Rehabilitation, wurde bei ihm im Juli 2007 – bei bekannter Psoriasis mit Hautmanifestationen seit 1997 – die bereits erwähnte Psoriasis-Arthritis diagnostiziert, die zur hier massgebenden Zeit im Vordergrund stand (kläg. act. 3; vi-act. 14, 2; Berufung, 4 f.). Die Beklagte stellt die Richtigkeit dieser auf objektivierbaren Befunden beruhenden Diagnose zu Recht nicht in Frage; sie bestreitet aber implizit, dass der Kläger wegen dieser Erkrankung tatsächlich zu 100% arbeitsunfähig war, wie er selbst behauptet und sich auch ärztlich bescheinigen liess. Der Kläger seinerseits bestreitet die im Rahmen der Überwachung festgestellten Aktivitäten als solche nicht; er spricht aber von einem zeitlich sehr begrenzten und "wenig bedeutenden Rendement", welches für die Beurteilung seiner Arbeits(un)fähigkeit nicht aussagekräftig sei, und erklärt sie mit gelegentlichen Arbeitsversuchen, über welche er die Ärzte informiert habe (Klage, 5 und 7; vgl. auch Berufung, 7 f.). Zudem vertritt er den Standpunkt, die Überwachung durch die Beklagte sei nicht nur unverhältnismässig, sondern – mangels Hinweisen auf einen unberechtigten Leistungsbezug – auch unzulässig gewesen (Klage, 6; Berufung 6 f.). Schliesslich bestreitet er eine Täuschungsabsicht und bringt

vor, er habe sich in guten Treuen auf die ärztlichen Atteste verlassen (Klage, 7; Berufung, 6).

4. Beweismittel in Form von Berichten, Bildaufnahmen und Videoaufzeichnungen, welche die Observation eines Anspruchsberechtigten durch einen Privatdetektiv dokumentieren, können im Prozess über Versicherungsleistungen berücksichtigt werden, sofern ihre Erlangung rechtmässig war (AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation – Grenzen aus Sicht des Privat-, des öffentlichen und des Strafrechts, in: Jusletter vom 3. Mai 2010, nachfolgend: Jusletter, Rz 43; dieselben, Grenzen bei der Verfolgung von Versicherungsmissbrauch mittels Observation, in: GABRIELA RIEMER-KAFKA, Versicherungsmissbrauch, nachfolgend: Versicherungsmissbrauch, 13 ff., insbes. 31). Erfolgte die Überwachung – wie hier – im Rahmen eines privaten Versicherungsverhältnisses, stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage, ob und gegebenenfalls inwiefern der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit (Art. 28 ZGB) der Observation entgegenstand. Dabei ist zunächst zu prüfen, ob eine (grundsätzlich widerrechtliche) Persönlichkeitsverletzung zu bejahen ist. Ist dies der Fall, so ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob sich der Versicherer auf einen zureichenden Rechtfertigungsgrund berufen kann (AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Jusletter, RZ 11; dieselben, Versicherungsmissbrauch, 19). Keine Verletzung der Persönlichkeit liegt im allgemeinen vor, wenn von der Observation (bloss) Vorgänge aus der Öffentlichkeitssphäre betroffen waren. Ging die Überwachung hingegen mit einem Eingriff in die Privat- oder gar Geheimsphäre einher, liegt in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung vor, die aber im Einzelfall durch überwiegende Interessen des Versicherers gerechtfertigt sein kann. Als solche fallen in erster Linie das Interesse des Versicherers und der betroffenen Versichertengemeinschaft in Betracht, ungerechtfertigte Leistungen zu verhindern und Missbräuche zu bekämpfen (AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Jusletter, RZ 20 ff. und RZ 31; dieselben, Versicherungsmissbrauch, 22 ff., 27; vgl. auch BGE 129 V 323 Erw. 3.3.3, BGE 135 I 169 Erw. 5.5. und Entscheid des Bundesgerichts 5A\_57/2010 vom 2. Juli 2010). Bei der Beurteilung der Frage, ob ein zureichender Rechtfertigungsgrund vorliegt, ist auch zu prüfen, ob sich die Observation in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht auf das notwendige Mass beschränkte und sich der Missbrauchs nachweis nicht durch einen milderen Eingriff hätte erbringen lassen, mithin, ob die Überwachung verhältnismässig war (vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Jusletter, RZ 33; dieselben, Versicherungsmissbrauch, 28).

Nicht unbesehen gefolgt werden kann dem Standpunkt des Klägers, die Zulässigkeit einer Überwachung setze Anhaltspunkte für einen unberechtigten Leistungsbezug im Sinne eines Anfangsverdachts voraus (Klage, 6 und Berufung, 6): Im vom Kläger dazu angerufenen BGE 129 V 323 setzte sich das Bundesgericht an der massgebenden Stelle mit der Frage auseinander, ob die SUVA als öffentlich-rechtliche Anstalt das Ergebnis einer von einem privaten Haftpflichtversicherer veranlassten Observation verwerten dürfe; dabei äusserte es sich unter dem Blickwinkel der Grundrechte der observierten Person zur Frage der Verhältnismässigkeit und führte aus, die "Verwertung der ... Beweise" sei "zur Erreichung des angestrebten Zieles (keine Leistungszusprechung an Unberechtigte und entsprechender Schutz der Versichertengemeinschaft) geeignet und auch erforderlich, da nur diese ... – bei offensichtlich bestehenden Anhaltspunkten einer effektiv bestehenden Arbeitsfähigkeit – eine unmittelbare Wahrnehmung wiedergeben können" (Erw. 3.3.3). Abgesehen davon, dass im vorliegenden Fall die Grundrechte des Klägers nicht zur Debatte stehen, da dem Streit ein privates Versicherungsverhältnis zugrunde liegt (vgl. zu dieser Abgrenzung und ihrer Bedeutung: AEBI-MÜLLER/ EICKER/VERDE, Jusletter, RZ 9; dieselben, Versicherungsmissbrauch, 17 f.), kann im Lichte dieser Erwägungen des Bundesgerichts die Frage nach einem Anfangsverdacht nur, aber immerhin bei der Beurteilung der Verhältnismässigkeit der Überwachung und der dabei vorzunehmenden Interessenabwägung ein Rolle spielen. Dass eine Observation – namentlich auch im privatrechtlichen Versicherungsverhältnis – generell einen Anfangsverdacht voraussetzen würde, ergibt sich aus diesem Entscheid hingegen nicht.

Lehre und Rechtsprechung anerkennen ein Persönlichkeitsrecht am eigenen Bild. Werden bei der Observation einer Person Foto- oder Filmaufnahmen angefertigt und diese in der Folge aufbewahrt und für Berichte verwendet, liegt daher in der Regel eine Persönlichkeitsverletzung und damit die Notwendigkeit eines Rechtfertigungsgrundes vor (vgl. AEBI-MÜLLER/EICKER/VERDE, Jusletter, RZ 28; dieselben, Versicherungsmissbrauch, 25 f.). Der Umstand, dass nur Vorgänge aufgenommen wurden, die sich in der Öffentlichkeit abspielen, ändert an der Persönlichkeitsverletzung grundsätzlich nichts, kann aber immerhin bei der Interessenabwägung und der Beurteilung der Frage, ob die Überwachung verhältnismässig war, zugunsten des Versicherers berücksichtigt werden. Beizufügen bleibt, dass das Bundesgericht die von einem privaten Haftpflichtversicherer bzw. dem obligatorischen Unfallversicherer veranlasste Videoüberwachung einer Person bei der Tätigkeit als Putzfrau, beim Servieren in einem Restaurant oder bei öffentlich beobachtbaren Gartenarbeiten als zulässig erachtet hat

(vgl. BGE 129 V 323 und 132 V 241 sowie Urteil des Bundesgerichts 8C\_557/2007 / 8C\_581/2007 vom 4. Juni 2008).

5. Im vorliegenden Fall wurden bei der Observation vom 18. bis 22. Januar 2008 Videoaufnahmen angefertigt und diese anschliessend im Observationsbericht verwendet, womit die Überwachung insoweit mit einer Persönlichkeitsverletzung verbunden war und daher die Frage nach einem Rechtfertigungsgrund zu prüfen ist. In diesem Zusammenhang muss der Beklagten zunächst ein gewichtiges eigenes Interesse wie auch ein solches der betroffenen Versicherungsgemeinschaft zugestanden werden, unberechtigte Leistungen zu verhindern und Missbräuchen vorzubeugen. Hinzu kommt, dass sich im Verlauf des bereits erwähnten früheren Versicherungsfalls, von dem die Beklagte als Unfallversichererin betroffen war, Hinweise auf einen mangelnden Rehabilitationswillen und eine mögliche Überverdeutlichungstendenz des Klägers ergeben hatten: Dr. med. F., an den der Kläger vom Hausarzt überwiesen worden war, teilte der Beklagten am 16. Oktober 2006 mit, es handle "sich hier wieder einmal um einen Patienten, bei dem wahrscheinlich sämtliche therapeutische(n) Bemühungen abrallen werden". Aus diesem Grund habe er die Behandlung nach fünf Sitzungen eingestellt (bekl. act. 57). Dr. med. G., der den Kläger als beratender Arzt der Beklagten am 12. Dezember 2006 untersuchte, teilte dieser in einem Bericht vom 18. Dezember 2006 unter dem Titel Diagnose/Befunde u.a. mit, es lägen keine Anhaltspunkte für eine Simulation vor, es bestehe aber "bei mangelndem Rehabilitationswille Ausbildung einer muskulären Dysbalance mit Symptom(en)ausweitung und Überverdeutlichungstendenz" und ein "zunehmendes Vermeidungs- und Schonverhalten bei passiv fordernder Heilserwartung". Weiter hielt er zum natürlichen Kausalzusammenhang zwischen den Befunden und dem Unfallereignis u.a. fest: "Eigentlich wäre zu erwarten gewesen, dass beim vorliegenden relativ leichten Unfall durch rasch initiierte Rehabilitationsmassnahmen eine Restitutio ad Integrum hätte stattfinden müssen" (bekl. act. 58, 6 f.). Dr. med. B., Ärztin für innere Medizin/Rheumatologie schliesslich hielt in ihrem bereits erwähnten Bericht vom 5. April 2007 – der im Original an den Hausarzt und in Kopie an die Beklagte ging – fest, die "objektivierbaren Befunde bezüglich Rückenschmerz" seien "nicht ausreichend für die Begründung einer weitergehenden Arbeitsunfähigkeit wegen der chronischen lumbalen Beschwerden", und eine Beurteilung der Arbeits(un)fähigkeit wegen der hinzugetretenen Fussbeschwerden müsse sie offen lassen, da der Kläger zu den vereinbarten Nachkontrollen wegen angeblicher Schmerzverstärkung bzw. mangelnder Fahrgelegenheit nicht erschienen sei. Sie schlug abschliessend eine Beurteilung durch eine unabhängige Institution vor, da "ein weiterer protrahierter Verlauf ... zu befürchten" sei (bekl. act. 59, 5 f.). Im Lichte

dieser medizinischen Sachlage in der Endphase des früheren Versicherungsfalls muss der Beklagten zugestanden werden, dass sie im Rahmen des hier in Frage stehenden neuen Versicherungsfalls rund acht Monate nach dessen Eintritt den Angaben des Klägers zu Dauer und Umfang der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit mit einer gewissen Skepsis entgegen treten durfte. Die Vorabklärung vom 6./7. Dezember 2007 – die im übrigen ohnehin in öffentlich einseh- und begeharen Bereichen sowie ohne Bildaufzeichnung erfolgte, weshalb sie unter dem Blickwinkel des privatrechtlichen Persönlichkeitsschutzes als unbedenklich erscheint – ist vor diesem Hintergrund in keiner Weise zu beanstanden. Aufgrund des Ergebnisses der – demnach zulässigen – Vorabklärung ergaben sich nun aber klare Hinweise auf eine relevante (Teil-) Arbeitsfähigkeit des Klägers. Da dieser der Beklagten am 17. Dezember 2007 auf telefonische Anfrage hin dennoch mitteilte, es bestehe weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit, und er sich dies gleichentags zu deren Händen (erneut) ärztlich attestieren liess, muss der Beklagten zugestanden werden, dass (auch) die zweite Observation vom 18. bis 22. Januar 2008 gerechtfertigt und im übrigen in der Art und Weise ihrer Ausführung auch verhältnismässig war. Dass dabei Videoaufnahmen angefertigt wurden, vermag daran nichts zu ändern. Denn zum einen lagen inzwischen Indizien für einen möglichen Missbrauch vor. Und zum andern wurden nur öffentlich beobachtbare Aktivitäten des Klägers aufgezeichnet, was den Eingriff in seine Persönlichkeitsrechte relativiert. Beizufügen bleibt, dass auch die Überwachungsdauer angemessen war, indem sie sich auf das im Hinblick auf ein aussagekräftiges Ergebnis zeitlich Notwendige beschränkte. Der Einwand des Klägers, der Überwachungsauftrag der Beklagten könnte in zeitlicher Hinsicht über den aus den Berichten hervorgehenden Zeitrahmen hinausgegangen sein (vgl. Berufung, 8), beruht auf reiner Spekulation; objektive Hinweise dafür liegen nicht vor, weshalb sich weitere Erhebungen dazu erübrigen. Soweit der Kläger schliesslich den Standpunkt vertritt, die Beklagte hätte weniger einschneidende Abklärungsmassnahmen ergreifen können, wie etwa die Einholung ausführlicher Berichte bei den behandelnden Ärzten oder die Anordnung einer Untersuchung durch den Vertrauensarzt (Berufung, 7), ist ihm entgegenzuhalten, dass damit zwar allenfalls hätte festgestellt werden können, ob rein medizinisch (und entgegen den vorgelegten Arztattesten) von einer Teilarbeitsfähigkeit auszugehen ist, nicht aber, ob ein Missbrauchsfall vorliegt und ein Vorgehen nach Art. 40 VVG gerechtfertigt ist.

Im Ergebnis muss der Beklagten unter diesen Umständen zugestanden werden, dass sie die Observationsergebnisse rechtmässig erlangte und daher diese als Beweismittel in das vorliegende Verfahren einbringen kann.

6. Die Berichte der Vorermittlung vom 6./7. Dezember 2007 (bekl. act. 61) und der Observation vom 18. bis 22. Januar 2008 (bekl. act. 62 samt Fotodossier bekl. act. 63 und Videoaufzeichnungen bekl. act. 64) – zu deren Inhalt auf die Ausführungen in Erw. I.1 verwiesen werden kann – zeigen zweifelsfrei auf, dass der Kläger während der Beobachtungsdauer Hauswartarbeiten verrichtete. Dass es sich dabei bloss um vereinzelte Arbeitsversuche gehandelt hätte, welche zufällig in die von der Beklagten gewählte Überwachungsdauer fielen, kann dem Kläger nicht zugestanden werden. Die Umstände lassen vielmehr keine Zweifel offen, dass dieser die im Dezember 2007 und Januar 2008 beobachteten Tätigkeiten im Rahmen beibehaltener – oder allenfalls vor dem 6./7. Dezember 2007 (wieder)aufgenommener – Hauswartmandate ausführte: Während der Überwachung suchte der Kläger eine Vielzahl von Liegenschaften – einige davon auch mehrfach – auf, wobei in zwei Liegenschaften im Treppenhaus er als Hauswart angegeben bzw. seine Geschäftsvisitenkarte angebracht war (bekl. act. 61, 8). Es liegt daher auf der Hand, dass der Kläger bzw. seine Firma zur massgebenden Zeit regelmässig diverse Hauswartmandate aktiv betreute. In seinen Parteivorbringen behauptet der Kläger im übrigen nicht, dass er die – hier interessierenden – manuellen Hauswartarbeiten in den betroffenen Liegenschaften zum Teil durch andere für seinen Betrieb tätige Person ausführen liess. Dies deckt sich auch mit dem Umstand, dass die Police für die kollektive Krankentaggeldversicherung wie schon erwähnt nur ihn selbst als versicherte Person nennt (kläg. act. 2). Die IV-Stelle des Kantons St. Gallen nahm zwar in einer Verfügung vom 27. Oktober 2009 – in welcher sie rückwirkend per April 2005 auf einen Invaliditätsgrad des Klägers von 60% erkannte – an, dieser werde bei der Erfüllung der Hauswartaufträge durch Dritte unterstützt (vi-act. 24, 7). Dieser Hinweis in einem Aktenstück vermag indes nach dem in Erw. II.2. Gesagten eine entsprechende Parteibehauptung nicht zu ersetzen, zumal sich der Kläger in seinen Parteivorbringen auch nicht auf die betreffende Aktenstelle beruft. Im übrigen ist ohnehin nicht ersichtlich, worauf sich diese Annahme der IV-Stelle stützt, und liess sich der Kläger nach seiner eigenen Darstellung im vorliegenden Prozess – die hier in erster Linie massgebend ist und bei der er zu behaften ist – bloss in administrativen Belangen entlasten (Plädoyernotizen vi-act. 14, 3 und Berufung, 6).

Damit ist im Ergebnis der Nachweis erbracht, dass beim Kläger jedenfalls im Dezember 2007 und Januar 2008 – entgegen den ärztlichen Attesten und der telefonischen Auskunft vom 17. Dezember 2007 – eine Teilarbeitsfähigkeit vorlag und er diese auch nutzte. Einer "medizinischen Würdigung" des Überwachungsmaterials (vgl. Berufung, 8) bedarf es für diese Schlussfolgerung unter den dargelegten Umständen nicht. An

diesem Beweisergebnis vermag auch nichts zu ändern, dass die IV-Stelle in der bereits erwähnten Verfügung vom 27. Oktober 2009 festhielt, dem Kläger seien nur leichte Tätigkeiten mit einer Belastung bis maximal zehn Kilogramm ohne repetitive gelenksbelastende Anteile in temperierten Raumverhältnissen zumutbar; denn diese Feststellung ist Bestandteil einer pauschalisierenden Gesamtbeurteilung des mehr als viereinhalb Jahre umfassenden Zeitraums April 2005 bis November 2009, die im vorliegenden Zusammenhang nicht aussagekräftig ist (kläg. act. 24, 7).

7. Indem der Kläger seine Teilarbeitsfähigkeit gegenüber der Beklagten wie auch den Ärzten verschwieg und sich stattdessen von letzteren zuhanden der Beklagten weiterhin eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigen liess, trifft ihn der Vorwurf, dass er der Beklagten leistungsrelevante Tatsachen unrichtig mitgeteilt hat bzw. ihr gegenüber Fakten verschwieg, welche ihre Leistungspflicht – deren Höhe sich nach dem Umfang seiner Arbeitsunfähigkeit richtete (vgl. oben Erw. I.1) – vermindert hätten. Nicht zugestanden werden kann dem Kläger, dass er sich in guten Treuen auf die ärztlichen Atteste verlassen durfte. Denn diese standen im Widerspruch zu den ihm bekannten Fakten, welche er (auch) gegenüber den Ärzten verschwieg, indem er sie gerade nicht über die – weitergeführte oder allenfalls wiederaufgenommene – Erwerbstätigkeit informierte, sondern bloss über Arbeitsversuche, die angeblich erfolglos verliefen (Berufung, 10 i.V.m. bekl. act. 12 und 13). Dass schliesslich der Kläger mit seinem Vorgehen beabsichtigte, die Beklagte über den Umfang ihrer Leistungspflicht zu täuschen, kann unter den dargelegten Umständen nicht ernsthaft bezweifelt werden.

Daraus folgt, dass die Beklagte am 29. Januar 2008 gestützt auf Art. 40 VVG zum Vertragsrücktritt berechtigt war, da alle Tatbestandselemente dieser Bestimmung erfüllt waren. Der Zeitpunkt des dadurch bewirkten Dahinfallens des Versicherungsvertrages fällt unabhängig davon, welcher Lehrmeinung man folgt (vgl. dazu oben Erw. III.2), in die Zeit vor dem 1. Januar 2008. Damit hat die Vorinstanz das Begehren des Klägers um Zusprechung von Krankentaggeldern für die Zeit von Januar 2008 bis November 2008 zu Recht vollumfänglich abgewiesen (womit auch die Frage nach einer allfälligen Anrechnung der später für diese Zeit bezogenen Leistungen der Invalidenversicherung [siehe dazu kläg. act. 14 und Ziffer B4 AVB] offen bleiben kann).

8. Dies führt im Ergebnis zur Abweisung der Berufung.

IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang bleiben die erstinstanzlichen Entschädigungsfolgen unverändert.
  
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 85 Abs. 3 VAG). Hingegen hat der unterliegende Kläger die Beklagte für deren Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 3'075.– zu entschädigen (Streitwert Fr. 77'157.50, mittleres Honorar Fr. 10'389.85 [Art. 14 lit. d HonO], davon 40% = Fr. 4'155.95 [Art. 26 lit. a HonO], davon 70% = Fr. 2'909.15 [Kürzung zufolge Vertretung durch hauseigene Anwälte, vgl. LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 4a und b zu Art. 263 ZPO], zuzüglich 4% von Fr. 4'155.95 oder Fr. 166.25 pauschal für Barauslagen [28bis HonO], gerundet).

Die III. Zivilkammer hat im Verfahren nach Art. 53 GerG

**entschieden:**

1. Die Berufung wird abgewiesen.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Der Kläger wird verpflichtet, die Beklagte für deren Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 3'075.– zu entschädigen.

Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin

Hans Schawalder

Dr. Jeanne Malacarne

Bekanntgabe des Rechtsspruchs mit diesem Entscheid.

Versand an

- Rechtsanwalt Rainer Braun (GU)
- X. Versicherungen (R)
- Kreisgericht Werdenberg-Sarganserland (S)

am 27. Dezember 2010

## **Rechtsmittelbelehrung**

**Streitwert: Fr. 77'157.50**

**Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG):** Wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– (in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.–) beträgt oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Mit der Beschwerde können die in Art. 95-97 BGG aufgeführten Beschwerdegründe geltend gemacht werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten.

**Subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 113 ff. BGG):** Ist keine Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG zulässig, kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten. Wird gleichzeitig Beschwerde erhoben, weil sich allenfalls auch eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, sind beide Rechtsmittel in einer Rechtsschrift einzureichen.

### **Hinweis zur Vollstreckbarkeit**

Gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG hat eine Beschwerde an das Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung. Dieses Urteil ist deshalb vollstreckbar, auch wenn es beim Bundesgericht angefochten wird. Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin des Bundesgerichts kann von Amtes wegen oder auf Antrag über die aufschiebende Wirkung andere Anordnungen treffen.

### **Hinweis zur Rechtsquelle**

Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110; <http://www.admin.ch/ch/d/sr/173.110.de.pdf>

### **Hinweis zum Fristenlauf**

Die Rechtsmittelfrist beginnt an dem auf die Aushändigung dieses Entscheids folgenden Tag zu laufen. Wird eine Abholungseinladung im Briefkasten hinterlassen, ist der Adressat berechtigt, die Sendung innert sieben Tagen auf der Post entgegenzunehmen. Unterlässt er dies oder eröffnet die Post eine längere oder zweite Frist, so gilt die Sendung trotzdem mit Ablauf des siebten Tags als zugestellt. Am folgenden Tag beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Die Erteilung eines Postrückbehalteauftrags vermag den Lauf der Frist nicht zu beeinflussen: Auch in diesem Fall gilt die Sendung am siebten Tag als zugestellt.