



731 08 328 / 136

## Urteil vom 19. Mai 2011

**Besetzung** Präsidentin Eva Meuli Ziegler, Kantonsrichter Michael Guex, Kantonsrichterin Elisabeth Berger Götz, Gerichtsschreiberin Barbara Vöggtli

**Parteien** A. , Klägerin und Widerbeklagte, vertreten durch Dr. Claude Schnüriger, Advokat,

gegen

X. Versicherungen ; Beklagte und Widerklägerin, vertreten durch Daniel Albietz, Advokat,

**Betreff** Forderung

A. Mit Eingabe vom 23. Oktober 2008 erhob A. , geboren am 15. April 1979, vertreten durch Dr. Claude Schnüriger, Advokat in Basel, gegen die X. Versicherungen Klage beim Kantonsgesellschaft Basel-Landschaft, Abteilung Sozialversicherungsrecht (Kantonsgesellschaft) und stellte die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 39'101.-- nebst Zins zu 5 % seit 23. April 2008 (mittlerer Verfall) an die Klägerin zu verurteilen. Teilklage. Mehrforderung vorbehalten.
2. Es seien sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten der Beklagten aufzuerlegen.

Zur Begründung ihrer Forderung machte die Klägerin zusammenfassend geltend, dass Gegenstand der vorliegenden Klage Taggelder seien, die die Beklagte der Klägerin für den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis 15. September 2008 schulde. Die Klägerin sei seit dem 14. August 2007 zu 100 % arbeitsunfähig. Ab 1. Oktober 2008 belaufe sich die Arbeitsunfähigkeit auf 80 %. Der Arbeitgeber habe das Arbeitsverhältnis mit der Klägerin unter Einhaltung der vertraglichen Kündigungsfrist per Ende Dezember 2007 gekündigt. Die Klägerin sei seit dem 16. Februar 2007 in ambulanter psychiatrischer Behandlung. Die Beklagte habe das Taggeld in unbestrittener Höhe von Fr. 128.20 pro Tag bis 30. November 2007 an den ehemaligen Arbeitgeber bezahlt. Eine weitere Ausrichtung verweigere sie, weil sie der Klägerin Versicherungsbruch vorwerfe. Für den Zeitraum vom 1. Dezember 2007 bis zum 30. September 2008 (305 Tage) werde das Taggeld von Fr. 128.20 pro Tag geltend gemacht, was eine Forderung von Fr. 39'101.-- ergebe. Von November 2006 bis 31. Mai 2007 habe die Klägerin bei der Beklagten Krankentaggelder im Zusammenhang mit der Arbeitsunfähigkeit wegen Schwangerschaftskomplikationen bezogen. Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab dem 6. September 2008 (richtig: 2007) habe nichts zu tun mit den Schwangerschaftskomplikationen. Es liege eine neue Krankheit vor. Sofern die Arbeitsunfähigkeit andauere, habe die Beklagte das Taggeld allenfalls für 720 Tage, gerechnet ab dem 6. September 2007, zu entrichten.

B. In ihrer Klagantwort vom 23. Januar 2009 stellte die Beklagte, vertreten durch Christoph Haffenmeyer, Advokat, folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2. Es sei eventualiter die Klage vollumfänglich abzuweisen.
3. Es sei die Klägerin widerklageweise zur Zahlung von Fr. 34'485.80 zuzüglich 5 % Zins seit dem 30. Mai 2007 (mittlerer Verfall) sowie Fr. 22'644.40 zuzüglich 5 % Zins seit dem 19. Juni 2008 zu verurteilen.
4. Alles unter o/e-Kostenfolge zulasten der Klägerin.

In ihrer Klagantwort bestritt die Beklagte und Widerklägerin (Beklagte) die Zuständigkeit des Kantonsgerichts, Abteilung Sozialversicherungsrecht. In materieller Hinsicht führte sie aus, dass die Klägerin wegen des Verdachts auf Erschleichung von Leistungen in der Zeitspanne vom 24. April 2008 bis 27. Mai 2008 von einem Detektiv überwacht worden sei. Die Beobachtungen des Detektivs würden eine Leistungspflicht der Beklagten infolge fehlender Krankheit bzw. falscher Aussagen der Klägerin ausschliessen. Es handle sich um einen Fall einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs, da die Klägerin Angaben gemacht habe, die den Beobachtungen widersprechen würden. Auch die von Dr. med. B. , Facharzt Psychiatrie und Psychotherapie, gestellten Diagnosen (mittel- bis schwergradige depressive Episode; ICD-10 F32.2; chronische Insomnie mit den entsprechenden Folgen von Schwäche, Schwierigkeiten bei häuslichen Tätigkeiten, welche deswegen von Angehörigen bzw. einem Pflegedienst hätten ausgeführt werden müssen) könnten aufgrund der Ergebnisse der Überwachung als unzutreffend und nicht deckungsgleich mit den Ermittlungsergebnissen bezeichnet werden. Die

Beklagte sei deshalb nicht an den Vertrag gebunden. Auch der Umstand, dass zwischen zwei Perioden angeblicher Arbeitsunfähigkeit die Firma C. ins Handelsregister eingetragen worden sei, in welcher die Klägerin als Gesellschafterin und Geschäftsführerin mit Einzelunterschrift und einer Stammeinlage von Fr. 19'000.-- geführt worden sei, lasse Rückschlüsse auf den intakten gesundheitlichen Zustand der Klägerin zu und bestätige, dass in jenem Zeitraum versucht worden sei, in betrügerischer Absicht Leistungen der Beklagten zu erschleichen. Es sei davon auszugehen, dass sich auch Dr. B. habe täuschen lassen. Aus diesem Grund sei dessen Zeugnis nicht beweistauglich. Widerklageweise werde die Rückerstattung der Observierungskosten in Höhe von Fr. 22'644.40 zuzüglich 5 % Zins seit dem 19. Juni 2008 sowie der zu Unrecht ausgerichteten Leistungen vom 30. November 2006 bis zum 30. November 2007 in Höhe von Fr. 34'485.80 zuzüglich Zins von 5 % seit dem 30. Mai 2007 gefordert.

C. Mit Eingabe vom 18. Mai 2009 reichte die Klägerin ihre Replik und Widerklagebeantwortung mit den folgenden Rechtsbegehren ein:

1. Es die Beklagte und Widerklägerin zur Zahlung von Fr. 39'101.-- nebst Zins zu 5 % seit 23. April 2008 (mittlerer Verfall) an die Klägerin und Widerbeklagte zu verurteilen. Teilklage. Mehrforderung vorbehalten.
2. Es sei auf die Widerklage nicht einzutreten. Eventuell sei die Widerklage abzuweisen.
3. Es seien sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten von Klage und Widerklage der Beklagten und Widerklägerin aufzuerlegen.

Zur Begründung hielt die Klägerin und Widerbeklagte (Klägerin) fest, dass das Kantonsgericht, Abteilung Sozialversicherungsrecht, für die vorliegende Angelegenheit sachlich zuständig sei. Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Beurteilung der Widerklage werde jedoch bestritten. Die geltend gemachten Forderungen seien nicht geschuldet. Im Zusammenhang mit dem Rückforderungsanspruch sei darauf hinzuweisen, dass die Klägerin gar nicht passiv legitimiert sei. Zudem sei die Forderung verjährt. Im Übrigen hielt die Klägerin an ihren Ausführungen in der Klage fest. Sie habe weder gegenüber der Beklagten noch gegenüber anderen Personen absichtlich falsche Angaben über ihren Gesundheitszustand gemacht. Die Arbeitsunfähigkeiten seien ärztlich nachgewiesen. Die Beklagte sei deshalb weiterhin an den Vertrag gebunden.

D. Mit Eingabe vom 20. November 2009 reichte die Beklagte, nun vertreten durch Daniel Albiets, Advokat, ihre Duplik und Widerklagereplik ein. Darin stellte sie die folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei auf die Klage nicht einzutreten.
2. Eventualiter sei die Klage vollumfänglich abzuweisen.

3. Es sei die Klägerin widerklageweise zur Zahlung von Fr. 34'485.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Mai 2007 (mittlerer Verfall) sowie Fr. 22'644.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 19. Juni 2007 zu verpflichten.
4. Unter o/e-Kostenfolge.

In ihrer Eingabe hielt die Beklagte weiterhin daran fest, dass die sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts nicht gegeben sei. Materiell bekräftigte sie insbesondere ihre Auffassung, dass sie durch die Observation substantielle Beweise dafür geliefert habe, dass die Einschätzung von Dr. B. zur Arbeitsfähigkeit unzutreffend sei.

E. In ihrer Widerklageduplik vom 18. Februar 2010 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte und Widerklägerin zur Zahlung von Fr. 73'048.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2008 (mittlerer Verfall) an die Klägerin und Widerbeklagte zu verurteilen.
2. Es sei auf die Widerklage nicht einzutreten. Eventuell sei die Widerklage abzuweisen.
3. Es seien sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten von Klage und Widerklage der Beklagten und Widerklägerin aufzuerlegen.

Mit Klagänderungsgesuch und Noveneingabe vom 19. Februar 2010 stellte die Klägerin folgende Rechtsbegehren:

1. Es sei die Beklagte und Widerklägerin zur Zahlung von Fr. 73'048.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2008 (mittlerer Verfall) an die Klägerin und Widerbeklagte zu verurteilen.
2. Es sei auf die Widerklage nicht einzutreten. Eventuell sei die Widerklage abzuweisen.
3. Es seien sämtliche Gerichts- und Anwaltskosten von Klage und Widerklage der Beklagten und Widerklägerin aufzuerlegen.

Gestützt auf die Bescheinigung von Dr. B. vom 17. Februar 2010 sei erwiesen, dass die Klägerin auch nach dem 30. September 2008 arbeitsunfähig gewesen sei. Die Beklagte habe bis 26. August 2009 (Ende der Leistungspflicht) die Taggelder für insgesamt 720 Tage zu bezahlen.

F. In ihrer Stellungnahme vom 28. Juni 2010 zum Klagänderungsgesuch und zur Noveneingabe vom 19. Februar 2010 hielt die Beklagte an den Rechtsbegehren von Klagantwort und Widerklage fest. In Beantwortung der klägerischen Eingabe vom 19. Februar 2010 stellte sie die folgenden Anträge:

1. Es sei das Klagänderungsgesuch vom 19. Februar 2010 abzuweisen.

2. Es seien die mit Eingabe vom 19. Februar 2010 eingereichten neuen Beweismittel (Beilagen 1 bis 7) sowie entsprechend die mit Widerklageduplik vom 18. Februar 2010 eingereichten, identischen Beilagen 2 bis 8 aus dem Recht zu weisen.
3. Unter o/e-Kostenfolge.

G. Mit Verfügung vom 11. August 2010 bewilligte die Instruktionsrichterin das Klagänderungsgesuch. Damit lautet das Rechtsbegehren dahingehend, dass die Beklagte zur Zahlung von Fr. 73'048.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2008 (mittlerer Verfall) zu verurteilen sei. Die ärztlichen Unterlagen wurden zu den Verfahrensakten genommen.

H. Mit Stellungnahme vom 11. November 2010 stellte die Beklagte folgende Rechtsbegehren:

1. Die Klage sei in dem mittels Klageänderung vom 19. Februar 2010 erweiterten Rahmen vollumfänglich abzuweisen.
2. Es sei die Klägerin widerklageweise zur Zahlung von Fr. 34'485.80 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 30. Mai 2007 (mittlerer Verfall) sowie Fr. 22'644.40 zuzüglich Zins zu 5 % seit dem 19. Juni 2007 zu verpflichten.
3. Unter o/e-Kostenfolge.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien und die eingereichten Unterlagen wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

Das Kantonsgericht zieht **in Erwägung**:

1. Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) vom 18. März 1994 unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Streitigkeiten im Bereich dieser Zusatzversicherungen sind privatrechtlicher Natur; strittige Ansprüche darüber sind in einem zivilprozessualen Verfahren geltend zu machen. Das Verfahren im Zivilprozess regelt die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO). Diese ist am 1. Januar 2011 in Kraft getreten, währenddessen die Klage am 23. Oktober 2008 anhängig gemacht wurde. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betreffenden Instanz. Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich gemäss Abs. 2 hingegen grundsätzlich nach neuem Recht. Eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht bleibt aber erhalten. Die örtliche Zuständigkeit im Bereich der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung richtete sich bis 31. Dezember 2010 nach dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG). Gemäss Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG ist für die Behandlung von Klagen gegen eine juristische Person das Gericht an deren Sitz zuständig. Es steht den Parteien gemäss Art. 9 GestG allerdings frei, für einen bestehen-

den oder einen künftigen Rechtsstreit einen Gerichtsstand zu vereinbaren. Dies ist vorliegend der Fall. Nach Ziffer 18 der Allgemeinen Bedingungen der Kollektiv-Personenversicherung, Krankentaggeld-Versicherung, Ausgabe 2002 (AVB-Kollektiv, Klagbeilage 3b) sowie Ziffer E5 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Krankentaggeldversicherung für das Personal, Freizügigkeitspolice, Ausgabe Mai 2006 (AVB-Freizügigkeitspolice, Klagbeilage 3a) kann der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte bei Streitigkeiten seine Klage an seinem schweizerischen Wohnort erheben. Der Wohnort der Klägerin befindet sich in \_\_\_\_\_, weshalb das angerufene Gericht örtlich zuständig ist. Im Kanton Basel-Landschaft ist die Abteilung Sozialversicherungsrecht des Kantonsgerichts zuständig für die Behandlung der Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung (§ 54 Abs. 1 lit. d des Gesetzes über die Verfassungs- und Verwaltungsprozessordnung [VPO] vom 16. Dezember 1993). Auf die formgerecht beim örtlich und sachlich zuständigen Gericht erhobene Klage ist einzutreten.

2.1 Vorab ist auf folgende Verfahrensgrundsätze hinzuweisen:

2.2 Der vorliegende Prozess ist vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht (Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen [VAG] vom 17. Dezember 2004 [aufgehoben per 1. Januar 2011]; seit 1. Januar 2011: Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO). Danach hat das Gericht von Amtes wegen, aus eigener Initiative und ohne Bindung an die Vorbringen oder die Beweisanträge der Parteien für die richtige und vollständige Abklärung des rechtserheblichen Sachverhaltes zu sorgen. Dieser Grundsatz gilt indessen nicht uneingeschränkt, er wird ergänzt durch die Mitwirkungspflichten der Parteien (vgl. BGE 125 V 195 E. 2, 122 V 158 E. 1a, je mit Hinweisen). Der Untersuchungsgrundsatz schliesst die Beweislast im Sinne der Beweisführungslast begriffsnotwendig aus. Die Parteien tragen in der Regel eine Beweislast nur insofern, als im Falle der Beweislosigkeit der Entscheid zu Ungunsten jener Partei ausfällt, die aus dem unbewiesen gebliebenen Sachverhalt Rechte ableiten wollte. Diese Beweisregel greift allerdings erst Platz, wenn es sich als unmöglich erweist, im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aufgrund einer Beweiswürdigung einen Sachverhalt zu ermitteln, der zumindest die Wahrscheinlichkeit für sich hat, der Wirklichkeit zu entsprechen (vgl. BGE 117 V 264 E. 3b mit Hinweisen).

2.3 Das Gericht hat alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten. Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob dieser 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 der Expertin oder des Experten begründet sind. Ausschlaggebend für den Beweiswert ist grundsätzlich somit weder die Herkunft eines Beweismittels noch die Bezeichnung der eingereichten oder in Auftrag gegebenen Stellungnahme als Bericht oder Gutachten, sondern aus-

schliesslich dessen Inhalt (BGE 125 V 352 f. E. 3, 122 V 160 E. 1c; AHI-Praxis 2001 S. 113 E. 3a). Das Gericht darf eine Tatsache nur dann als bewiesen annehmen, wenn sie von ihrem Bestehen überzeugt ist (vgl. MAX KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts, 4. Auflage, Bern 1984, S. 136). Während das Gericht im Sozialversicherungsrecht seinen Entscheid, sofern das Gesetz nichts Abweichendes vorsieht, nach dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu fällen hat (vgl. BGE 126 V 360 E. 5b, 125 V 195 E. 2, je mit Hinweisen), gründet die richterliche Überzeugung bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen – wie für Zivilverfahren üblich – auf dem vollen Beweis.

Mit Urteil vom 29. Januar 2004, 5C.184/2003, präzisierte das Bundesgericht seine Rechtsprechung zum Beweis des Eintritts des Versicherungsfalles im Zusammenhang mit Ansprüchen aus Versicherungsverträgen. Danach ist, wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, für den Eintritt des Versicherungsfalles behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis allerdings regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalles überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag. Gelingt es dem Versicherer, im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (Urteil vom 29. Januar 2004, 5C.184/2003, E. 3.5).

3.1 Das VVG enthält ausser in Art. 87 keine spezifischen Bestimmungen zum Krankentaggeld. Es sind deshalb die vertraglichen Vereinbarungen der Parteien, das heisst in erster Linie die AVB-Kollektiv (Klagbeilage 3b) sowie die AVB-Freizügigkeitspolice (Klagbeilage 3a) der Beklagten massgebend.

3.2 Zwischen den Parteien umstritten ist die Ausrichtung von Krankentaggeldleistungen vom 30. November 2006 bis 26. August 2009. Es stellt sich die Frage, welche vertraglichen Bestimmungen vorliegend zur Anwendung gelangen. Nach der Auflösung des Arbeitsverhältnisses mit D. per 30. November 2007 trat die Klägerin von der Kollektivkrankentaggeldversicherung (Police-Nr. \_\_\_\_\_) in die Einzelkrankentaggeldversicherung (Freizügigkeitspolice \_\_\_\_\_) über, was zwischen den Parteien nicht umstritten ist. Folglich sind vom 30. November 2006 bis 30. November 2007 die AVB-Kollektiv und vom 1. Dezember 2007 bis 26. August 2009 die AVB-Freizügigkeitspolice anwendbar. Gemäss Ziffer 23.2 der AVB-Kollektiv gewährt die Beklagte im Falle der Weiterversicherung die zur Zeit des Übertritts versicherten Leistungen im Rahmen der im Zeitpunkt des Übertritts geltenden Bestimmungen und Tarife der Einzelversicherung. Bei einer Arbeitsunfähigkeit zur Zeit des Übertritts besteht von diesem Datum an Anspruch auf Leistungen der Einzelversicherung. In diesem Fall werden die Tage, für die Taggelder aus dem Kollektivkrankentaggeldversicherungsvertrag erbracht worden sind, an die Leistungsdauer der Einzelversicherung angerechnet (Ziff. 23.2 der AVB-Kollektiv). Wie den AVB-Freizügigkeitspolice zudem entnommen werden kann, entspricht der Vertragsinhalt der Freizügigkeitspolice im Wesentlichen den Bedingungen der Krankentaggeldversiche-

rung des letzten Arbeitgebers. Gestützt auf diese vertraglichen Bedingungen ist davon auszugehen, dass sich die Pflichten und Rechte der Parteien aufgrund des Wechsels der Klägerin in die Einzelversicherung per 1. Dezember 2007 nicht grundlegend verändert haben. Da die Klägerin in erster Linie Taggelder für die Zeit nach dem Übertritt fordert, wird in den allgemeinen Erwägungen grundsätzlich auf die vertraglichen Bestimmungen der AVB-Freizügigkeitspolice Bezug genommen.

3.3 Voraussetzung für einen Taggeldanspruch ist zunächst eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit (AVB-Freizügigkeitspolice, Überblick, S. 3). Krankheit ist jede Beeinträchtigung der körperlichen oder geistigen Gesundheit, die nicht Folge eines Unfalles ist und die eine medizinische Untersuchung oder Behandlung erforderlich macht und die eine Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat (B1.1 der AVB-Freizügigkeitspolice). Arbeitsunfähigkeit ist eine ärztlich attestierte, durch eine Krankheit bedingte Unfähigkeit, im bisherigen Beruf oder Aufgabengebiet zumutbare Arbeit zu leisten. Berücksichtigt wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf oder Aufgabengebiet (B4.1 der AVB-Freizügigkeitspolice). Anspruch auf Leistungen hat die versicherte Person, wenn sie nach ärztlicher Feststellung zu mindestens 25 % arbeitsunfähig ist (C1.1 der AVB-Freizügigkeitspolice). Zur Höhe der Leistungen sieht C2.1 der AVB-Freizügigkeitspolice vor, dass der Versicherer bei voller Arbeitsunfähigkeit das in der Police aufgeführte Taggeld bezahlt. Bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit richtet sich die Höhe nach dem Ausmass der Arbeitsunfähigkeit (C2.2 der AVB-Freizügigkeitspolice).

Gemäss Ziffer 19.1 der AVB-Kollektiv gilt als Krankheit im Sinne der Versicherung jede vom Willen der versicherten Person unabhängige, medizinisch wahrnehmbare Störung der Gesundheit, die nicht auf einen Unfall zurückzuführen ist. Gesundheitsstörungen infolge Schwangerschaft und Geburt gelten als Krankheit, sofern die Versicherte seit Schwangerschaftsbeginn durch den Vertrag versichert war. Auch hier besteht Anspruch auf ein Taggeld für die Dauer der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 26.1 AVB-Kollektiv).

4.1 Zur Beurteilung der Frage der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit liegen dem Gericht folgende medizinischen Unterlagen vor:

4.2 Der Bericht von Dr. med. E. , Assistenzärztin der Frauenklinik F. vom 24. Mai 2007 (Widerklageduplikbeilage 6), bescheinigt der Klägerin eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit von 100 % seit dem 16. November 2006 bis zur Geburt des Kindes. Zudem liegen drei ärztliche Berichte der Frauenklinik F. vom 24. November 2006, vom 12. Dezember 2006 und vom 27. März 2007 vor, aus denen zusammenfassend hervor geht, dass die Klägerin in einer ersten Phase der Schwangerschaft unter einer Hyperemesis gravidarum, die zweimal zu einem stationären Aufenthalt in der Frauenklinik F. geführt hatte, litt. In der 26. Schwangerschaftswoche wurde die Klägerin erneut hospitalisiert. Anlässlich des stationären Aufenthalts wurden unter anderem ein chronisches Panvertebralsyndrom mit Schmerzen, Parästhesien in beiden Ar-

men/Beinen, am ehesten spondylogen bedingt, DD radikuläre Reizsymptomatik L5/S1, Claudicatio spinalis; eine statische Fehlhaltung, eine muskuläre Dysbalance und ein Beckenschiefstand mit kompensatorischer skoliotischer Fehlhaltung; eine Schmerzexazerbation in der Schwangerschaft; ein mögliches Karpaltunnelsyndrom beidseits im Rahmen der Schwangerschaft; vorzeitige, nicht portiwirksame Wehentätigkeit im Verlauf der Hospitalisation und eine psychosoziale Belastungssituation diagnostiziert. Ausserdem liegen sieben ärztliche Arbeitsunfähigkeitszeugnisse der Frauenklinik F. vor (Widerklageduplikbeilagen 2-5).

4.3 Im Kurzbericht an die Beklagte vom 4. Oktober 2007 (Klagbeilage 10) diagnostiziert Dr. B. eine Anpassungsstörung (ICD-10: F43.2) sowie eine mittel- bis schwergradige depressive Episode (ICD-10: F32.2). Weiter hält er fest, dass sich das Leiden erstmals im Frühjahr 2007 manifestiert habe. Frühere Krankheiten hätten keinen Einfluss auf das Leiden. Die Arbeitsunfähigkeit betrage seit dem 14. August 2007 bis auf weiteres 100 %.

4.4 Mit Schreiben vom 4. September 2008 (Klagbeilage 10) führt Dr. B. aus, dass die Klägerin seit dem 16. Februar 2007 in ambulanter psychiatrischer Behandlung bei den Externen Psychiatrischen Diensten (EPD) \_\_\_\_\_ gewesen sei, von wo sie zu den EPD \_\_\_\_\_ und schliesslich per 1. April 2008 ins Ambulatorium \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ gewechselt sei. Seit dem 14. August 2007 bestehe bei der Patientin eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit. Bezüglich der davor liegenden Zeit würden ihm keine Nachweise mehr vorliegen. Die Arbeitsunfähigkeit sei durch die Diagnose einer mittel- bis schwergradigen depressiven Episode (ICD-10: F32.2) begründet, deren Kriterien über weite Strecken vorgelegen hätten. Insbesondere sei die Patientin aufgrund der chronischen Insomnie dauerhaft in ihren Kräften geschwächt gewesen. Für die häuslichen Tätigkeiten hätte sie ungewöhnlich lange Zeit und zusätzlich viele Pausen zur Erholung benötigt. Die Hausarbeit sei deshalb von Angehörigen und zeitweilig von einem Pflegedienst übernommen worden. Unter diesen Umständen sei an eine berufliche Tätigkeit nicht zu denken gewesen.

4.5 Für den Zeitraum vom 14. August 2007 bis 1. Oktober 2008 liegen sodann vier ärztliche Zeugnisse von Dr. B. vor, die alle eine 100 %-ige Arbeitsunfähigkeit der Patientin vom 14. August 2007 bis auf weiteres attestieren (Arztzeugnisse vom 15. Januar 2008, vom 5. März 2008, vom 2. April 2008 und vom 30. April 2008; vgl. Klagbeilage 25). Im Arztzeugnis vom 1. Oktober 2008 bestätigt Dr. B., dass die Patientin bis 30. September 2008 zu 100 % arbeitsunfähig und seit dem 1. Oktober 2008 zu 80 % arbeitsunfähig sei (Klagbeilage 28).

4.6 Dr. med. G., Innere Medizin spez. Rheumatologie FMH, Manuelle Medizin (SAMM), hält zuhanden von Dr. med. H., Allgemeine Medizin FMH, im Bericht vom 18. November 2008 (Replik und Widerklagebeantwortung, Beilage 12) fest, dass seit 2004/05, also zeitlich zusammenhängend mit der 1. Schwangerschaft, tieflumbale Rücken- bzw. lumbosacrale Schmerzen ohne Seitendominanz bestanden hätten. Von Anfang an sei die Rückenlage

beim Liegen nachts nicht möglich gewesen. Das Problem hätte darin bestanden, dass mehr oder weniger ein Dauerschmerz ohne Belastungsabhängigkeit oder Abhängigkeit von Körperstellungen da gewesen sei. Der Schmerz sei nach der Geburt rückläufig gewesen. Während der 2. Schwangerschaft seien erneut verstärkte Schmerzen aufgetreten, speziell in der Leistenregion mit Sensibilitätsstörung dorsaler Oberschenkel mit Ausstrahlung bis in den Fersenbereich links mit Kribbeln, Stechen und Sensibilitätsstörung, die sich nach der Geburt wieder verflüchtigt hätten. Aktuell bestünden Schmerzen in der Kreuzmitte und lumbo-sacral beidseits mit zirkulärer Ausstrahlung in die Beckenregion beidseits ohne Seitendominanz, Leistenschmerzen links mit Ausstrahlung in den medialen Oberschenkel bis zum Knie, Beschwerden von Dauercharakter, so auch in Ruhe nachts mit häufigem Aufwachen deswegen. Durchschlafen und Ausschlafen morgens seien nicht möglich. Im Jahr 2003 sowie von April bis September 2008 sei die Patientin in chiropraktischer Behandlung bei Dr. med. I. \_\_\_\_\_ gewesen. In der Beurteilung kommt Dr. G. \_\_\_\_\_ zum Schluss, dass eine seronegative Spondyloarthropathie bzw. eine beginnende Spondylitis ankylosans (Bechterew) mit/bei bilateraler ISG-Arthritis und möglicher/wahrscheinlicher sekundär-entzündlicher Anämie vorliege.

4.7 \_\_\_\_\_ In seinem Zuweisungsschreiben an die Klinik K. \_\_\_\_\_ vom 13. März 2009 hält Dr. med. J. \_\_\_\_\_, Kinder- und Jugendmedizin FMH, fest, dass die Zuweisung von \_\_\_\_\_ zusammen mit seiner Mutter zur stationären Betreuung und Abklärung wegen einer Schlafstörung mit anhaltendem und unstillbarem nächtlichem Schreien, teilweise im Sinne eines Pavor nocturnus, bei Erschöpfung der Mutter, erfolge (Replik und Widerklagebeantwortung, Beilage 13).

4.8 \_\_\_\_\_ Mit Bericht vom 14. Dezember 2009 zuhänden Dr. H. \_\_\_\_\_ hält Dr. G. \_\_\_\_\_ im Wesentlichen an seiner Beurteilung vom 18. November 2008 fest. Weiter geht aus seinem Bericht hervor, dass sich die Patientin entschlossen habe, eine Basis-Medikation mit TNF-Alpha-Blocker Humira alle 2 Wochen durchzuführen. Nachdem die Schmerzen in einer ersten Phase abgenommen hätten und die Patientin wieder habe durchschlafen können, bahne sich seit November 2009 ein Wirkungsverlust des Humira an. Ausserdem hält Dr. G. \_\_\_\_\_ fest, dass er retrospektiv zuhänden der Krankentaggeldversicherung bestätigen könne, dass die Patientin in der postpartalen Phase nach der 2. Schwangerschaft wegen der Schlafstörung durch die ISG-Arthritis (Morbus Bechterew) durchaus nachvollziehbar in eine Erschöpfungssituation getrieben worden sei, die durch ein sehr unruhiges und nachts häufig schreiendes Neugeborenes und Kleinkind verstärkt worden sei. Dasselbe dürfte allenfalls eine während dieser Belastungszeit entstandene krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit aus rheumatologischer Sicht begründen (Klagänderungsgesuch, Beilage 7).

4.9 \_\_\_\_\_ Mit Bescheinigung über die Arbeitsfähigkeit vom 17. Februar 2010 bestätigt Dr. B. \_\_\_\_\_, dass die Klägerin seit Juni 2007 in psychiatrisch-psychotherapeutischer Behandlung stehe. Es liege eine chronisch rezidivierende Erkrankung aus dem psychiatrischen Formenkreis vor. Der Verlauf der Arbeitsunfähigkeit seit dem 1. Oktober 2008 zeige sich wie folgt.

Vom 1. Oktober 2008 bis 16. März 2009 habe eine Arbeitsunfähigkeit von 80 % bestanden. Vom 17. März bis 24. März 2009 sei eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vorgelegen, da sich die Patientin stationär in der Klinik K. \_\_\_\_\_ in \_\_\_\_\_ befunden habe. Vom 25. März 2009 bis 7. Juli 2009 habe wiederum eine 80 %-ige Arbeitsunfähigkeit vorgelegen, vom 8. Juli 2009 bis 9. September 2009 eine 60 %-ige Arbeitsunfähigkeit, vom 10. September 2009 bis 23. November 2009 eine 50 %-ige Arbeitsunfähigkeit und vom 24. November 2009 bis auf weiteres eine 80 %-ige Arbeitsunfähigkeit (Klagänderungsgesuch, Beilage 1).

5.1 Bei der Erstellung einer Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung ist es Aufgabe des Arztes, den Gesundheitszustand zu beurteilen und dazu Stellung zu nehmen, in welchem Umfang und bezüglich welcher Tätigkeit die versicherte Person arbeitsunfähig ist. Dieser Aufgabe ist Dr. B. \_\_\_\_\_ nachgekommen. Aus seinen Bescheinigungen und Berichten geht klar hervor, an welchen psychischen Beschwerden die Klägerin leidet und weshalb es ihr nicht möglich ist, einer Arbeitstätigkeit nachzugehen. In Anbetracht der Diagnose einer mittel- bis schwergradigen depressiven Episode ist es nachvollziehbar, dass die Klägerin nach der Geburt ihres Sohnes dauerhaft in ihren Kräften geschwächt gewesen ist. Dass diese Diagnose zu einer hohen Einschränkung der Arbeitsfähigkeit führt, insbesondere wenn weitere Umstände hinzukommen, die die Ressourcen der betroffenen Person stark vermindern (Insomnie, schwieriges Kleinkind), leuchtet ein. Die Berichte von Dr. G. \_\_\_\_\_ runden das Gesamtbild in dem Sinne ab, als die somatischen Beschwerden die Ressourcen der Klägerin in nachvollziehbarer Weise zusätzlich vermindert haben. Die Einschätzung der Arbeitsunfähigkeit durch Dr. B. \_\_\_\_\_ erscheint deshalb als schlüssig begründet.

5.2 Mit diesen Bescheinigungen von Dr. B. \_\_\_\_\_ ist den in den AVB der Beklagten umschriebenen Anforderungen an den Nachweis der versicherten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit Genüge getan. So liegen verschiedene ärztliche Atteste einer die Arbeitsfähigkeit für lange Zeit vollständig einschränkenden Erkrankung vor. Da nach dem klaren Wortlaut der AVB über das Erfordernis der ärztlich bescheinigten krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit hinaus keine weitergehenden Anforderungen an den Inhalt eines Arztzeugnisses gestellt werden, bilden die genannten Bescheinigungen und Bestätigungen von Dr. B. \_\_\_\_\_ geeignete Entscheidungsgrundlagen im Sinne der AVB. Anderslautende medizinische Berichte, die der Beurteilung von Dr. B. \_\_\_\_\_ widersprechen und die als Indizien gegen die Zuverlässigkeit seiner Beurteilung gedeutet werden müssten, liegen keine vor. Die von der Beklagten in ihrer Stellungnahme vom 11. November 2010 in Ziffer 6 vertretene Auffassung, dass die Bescheinigung vom Dr. B. \_\_\_\_\_ vom 17. Februar 2010 als Grund für die Arbeitsunfähigkeit lediglich eine chronisch rezidivierende Erkrankung aus dem psychiatrischen Formenkreis erwähne und es erneut an Hinweisen auf andere Beschwerden der Klägerin fehle, vermag an der Beweiskraft nichts zu ändern.

Es ist zu betonen, dass vorliegend vorübergehende Krankentaggeldleistungen und nicht Dauerleistungen im Sinne einer Invalidenrente strittig sind. Taggeldleistungen kommen typischerweise zu Beginn einer Erkrankung zum Tragen, der gesundheitliche Zustand der versicherten Per-

son ist oft instabil und unterliegt kurzzeitigen Schwankungen. Auch aus Gründen der Praktikabilität sind deshalb die Anforderungen an den Nachweis einer krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit in den AVB der Beklagten tiefer als für den Nachweis der Invalidität. Die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung des behandelnden Arztes genügt – es sei denn, es bestünden ernstliche Zweifel an der Zuverlässigkeit der ärztlichen Bescheinigung. Erst in einem solchen Fall sind weitergehende ärztliche Abklärungen angezeigt. Solange es aber keine Indizien gibt, die Zweifel an der Zuverlässigkeit des ärztlichen Attests erwecken, besteht weder im Abklärungsverfahren der Versicherung noch im gerichtlichen Verfahren Grund, eine anspruchsberechtigte Person gutachterlich abklären zu lassen.

5.3 Ebenfalls nicht angezeigt sind weitere Abklärungen zur Arbeitsunfähigkeit während der Schwangerschaft der Klägerin vom 30. November 2006 bis zur Geburt ihres Sohnes am 31. Mai 2007. Auch hier erfüllen die ärztlichen Bescheinigungen der Frauenklinik F. die Anforderungen der AVB ohne weiteres. Zudem gibt es keine anderslautenden ärztlichen Beurteilungen, die die Einschätzungen in Zweifel ziehen würden.

6.1 An diesem Beweisergebnis vermögen auch der von der Beklagten eingereichte Überwachungsbericht und die Videoaufnahmen nichts zu ändern. Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, der Überwachungsbericht zeige, dass sich Dr. B. von der Klägerin habe täuschen lassen, weshalb dessen ärztliches Zeugnis für die Beweiswürdigung unbeachtlich sei.

6.2 Die Beklagte liess die Klägerin wegen Verdachts auf Erschleichung von Leistungen in der Zeitspanne vom 24. April 2008 bis 27. Mai 2008 vom Detektivbüro \_\_\_\_\_ überwachen (Klagantwortbeilagen 5 und 6). Ob der veranlasste Ermittlungsbericht und die erstellten Videoaufnahmen überhaupt als zulässiges Beweismittel betrachtet werden können (Art. 28 Abs. 2 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs [ZGB] vom 10. Dezember 1907) und deren Ergebnisse verwertet werden dürfen (Art. 13 und Art. 36 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft [BV] vom 18. April 1999; zum Ganzen BGE 129 V 323), ist zumindest fraglich. Denn zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen gehört auch die Berücksichtigung der Subsidiarität der Überwachungsmassnahme. Sämtliche sonstigen Abklärungsmassnahmen gehen den Überwachungsmassnahmen grundsätzlich vor. Erst wenn die bisherigen Abklärungen zu keinem Ergebnis geführt haben, kann eine Überwachung der versicherten Person angeordnet werden. Vom Fehlen eines Ergebnisses kann dann gesprochen werden, wenn die sonstigen Abklärungsmassnahmen nicht zu einem Beweisergebnis geführt haben, bei dem der Eintritt eines bestimmten Sachverhalts mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden könnte (vgl. BGE 132 V 241 E. 2.5.1 mit Hinweis auf WALTER KÄLIN, Die staatsrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 2003 und 2004, in: ZBJV 2004 S. 657; UELI KIESER, Überwachung – eine Auslegung von Art. 44a ATSG [Entwurf], in: R. Schaffhauser/F. Schlauri, Sozialversicherungsrechtstagung 2009, S. 98 ff.). Vorliegend stellt sich die Frage, ob die Beklagte die Klägerin bei Zweifeln nicht zuerst durch einen ihrer Vertrauensärzte hätte abklären lassen müssen, mit der Folge, dass die

Überwachung als unverhältnismässig bezeichnet werden müsste. Die Beantwortung dieser Frage kann jedoch offen gelassen werden, denn die nachstehende Würdigung der Ergebnisse der Observation zeigt, dass diese in Bezug auf die vorliegend umstrittene Fragestellung nicht aussagekräftig sind.

6.3.1 Gemäss Überwachungsbericht vom 19. Juni 2008 wurde die Klägerin an zehn Tagen von einem Detektiv überwacht. Dabei imponiert, dass die Klägerin während vier Tagen gar nicht in Erscheinung trat, das heisst, dass sie das Wohnhaus gar nicht verlassen hatte (am 28. und 29. April sowie am 7. und am 19. Mai 2008). An zwei von sechs Tagen, an denen sie das Wohnhaus verliess (6. und 27. Mai 2008), nahm sie zusammen mit ihrem Ehemann Arzttermine ihres Sohnes wahr. Weiter zeigt der Bericht auf, dass die Klägerin lediglich an zwei von zehn Tagen mit den Kindern alleine etwas unternommen hat. An den übrigen Tagen, bei denen es sich um normale Werktagen gehandelt hat, wurde die Klägerin immer entweder vom Ehemann oder einer anderen Person begleitet. Der Ehemann half sogar auffallend oft bei den Tätigkeiten der Klägerin mit, indem er entweder relativ früh am Nachmittag zu seiner Familie heimkehrte oder an normalen Wochentagen (z.B. am Donnerstag, 8. Mai 2008) mit seiner Familie einen Ausflug machte, was schliesslich auch durch den Monatsrapport des Ehemannes vom 1. Mai 2008 bis 31. Mai 2008 belegt wird (Replik und Widerklagebeantwortung, Beilage 7). Weiter zeigt der Bericht auf, dass die Klägerin das Wohnhaus immer erst gegen Mittag oder sogar erst am Nachmittag verlassen hatte (Ausnahme: Spitalbesuch vom 6. Mai 2007), was ebenfalls mit der Beschreibung ihrer Beschwerden übereinstimmt. Ausserdem geht aus dem Bericht hervor, dass die Tochter während zwei Nächten fremd betreut wurde (vom 5. auf den 6. Mai 2008 und vom 6. auf den 7. Mai 2008). Es ist ausserdem nicht ersichtlich, inwiefern der Umstand, dass sich die Klägerin mit ihrer Familie einmal in die Grün 80 und einmal in die Langen Erlen begeben hat, Zweifel an ihrer Krankheit erwecken kann. Bei der Klägerin wurden weder Panikattacken noch eine Angst, unter Menschen zu gehen, diagnostiziert. Depressive Erkrankungen können von einer Kamera aus Distanz nicht wahrgenommen werden. Denn im Gegensatz zu gewissen körperlichen Beschwerden, handelt es sich bei psychischen Beschwerden um innere Vorgänge. Aus diesem Grund sind die Schlussfolgerungen des Observationsberichts, "die Klägerin habe nicht den Eindruck erweckt, unter einer aussergewöhnlichen Anspannung, Gereiztheit oder Ängstlichkeit zu leiden" oder "sie habe beim Einkaufen keinerlei Auffälligkeiten gezeigt", bei der Beurteilung der vorliegenden Frage von keinerlei Relevanz.

6.3.2 Auch der Einwand der Beklagten, zwischen den schriftlichen Angaben der Klägerin anlässlich der Gespräche vom 28. Februar 2008 und vom 7. April 2008 (Klagantwortbeilagen 7 und 8) und den Beobachtungen des Detektivbüros gebe es Unstimmigkeiten, vermag die Zuverlässigkeit der ärztlichen Einschätzung von Dr. B. nicht in Frage zu stellen. Die Überwachung hat gezeigt, dass die Angaben der Klägerin grundsätzlich mit ihrem Verhalten übereinstimmen. So ist sie lediglich an drei Tagen Auto gefahren. Dabei bewegten sich die zurückgelegten Distanzen im Rahmen dessen, was die Klägerin gegenüber der Beklagten angegeben hat. Auch die Auskunft der Klägerin, dass ihr täglich eine Drittperson im Haushalt helfe, steht

nicht im Widerspruch zu den Beobachtungen der Detektei. Wie bereits erwähnt, hat die Observation gezeigt, dass die Klägerin stark von ihrem Ehemann unterstützt wurde, obwohl dieser 100 % erwerbstätig ist. Ebenfalls kann die Klägerin belegen, dass sie in den Monaten August, September und Oktober 2007 Leistungen der Spitex \_\_\_\_\_ in Anspruch genommen hat (Replikbeilage 8-10). Ihre Aussage, ihr werde täglich von einer Drittperson geholfen, ist somit nicht in Zweifel zu ziehen. Zu guter Letzt zeigt der Bericht klar auf, dass die Klägerin keiner Arbeit nachging. Selbst wenn somit die Beobachtungen des Detektivs die Angaben der Klägerin nicht bis ins letzte Detail haben bestätigen können – so z.B. in Bezug auf die Frage des Einkaufens –, erhebliche Diskrepanzen, die die Glaubwürdigkeit der Klägerin schmälern und die Zuverlässigkeit der Einschätzung von Dr. B. \_\_\_\_\_ in Zweifel ziehen würden, bestehen nicht.

6.3.3 Ebenso vermag die Tatsache, dass die Klägerin im Handelsregister als Gesellschafterin und Geschäftsführerin der Firma C. \_\_\_\_\_ geführt war, die Beweiskraft der ärztlichen Unterlagen nicht in Frage zu stellen. Eine regelmässige Arbeitstätigkeit für dieses Unternehmen, die der Diagnose von Dr. B. \_\_\_\_\_ und der von ihm attestierten Arbeitsunfähigkeit objektiv entgegen stehen würde, konnte nicht nachgewiesen werden. Die Firma war, wie von klägerischer Seite glaubwürdig hat aufgezeigt werden können, inaktiv und wurde kurze Zeit nach dem Gespräch der Klägerin mit der Beklagten vom 7. April 2008 verkauft. Ausserdem ist gestützt auf die eingereichten Unterlagen davon auszugehen, dass bis dahin die Hauptaktivitäten vom Ehemann der Klägerin ausgeführt wurden (Replik und Widerklagebeantwortung Beilagen 1-8). Auch der Umstand, dass die Firma wenige Zeit nach der Geburt des Kindes und damit zwischen zwei Phasen von eingeschränkter Arbeitsfähigkeit eingetragen wurde (vgl. dazu Internet-Auszug aus dem Handelsregister des Kantons Basel-Stadt, einzige Beilage der Duplik/Widerklagereplik), kann nicht zu Ungunsten der Klägerin ausgelegt werden.

6.4 Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass es keine konkreten Hinweise dafür gibt, dass die Klägerin die Symptome gegenüber Dr. B. \_\_\_\_\_ nur vorgetäuscht hat. Die Glaubwürdigkeit der Klägerin ist nicht in Zweifel zu ziehen. Die Annahme der Beklagten, dass die Klägerin gegenüber allen ihren Bezugspersonen wahrheitswidrig das Bild einer depressiven, mit dem Leben überforderten Person gezeichnet hat, lässt sich durch den Überwachungsbericht und das Video nicht festigen. Indizien, die an der Diagnose von Dr. B. \_\_\_\_\_ ernsthafte, begründete Zweifel zu erwecken vermögen, liegen keine vor. Die Observation rechtfertigt somit keine medizinische Neu Beurteilung der Arbeitsfähigkeit der Klägerin.

7.1 Nach dem Gesagten ist gestützt auf die ärztlichen Zeugnisse von Dr. B. \_\_\_\_\_ eine Arbeitsunfähigkeit der Klägerin ab dem 14. August 2007 nachgewiesen. Die Frage einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches im Sinne von Art. 40 VVG aufgrund einer vorgetäuschten Krankheit bzw. aufgrund vorgetäuschter Beschwerden ist daher nicht weiter zu prüfen. Allein der Umstand, dass die Klägerin finanziell an einer Firma beteiligt war und diese Beteiligung anlässlich des Gesprächs vom 7. April 2008 nicht angegeben hat, reicht nicht aus,

um den Tatbestand von Art. 40 VVG zu begründen. Denn der Umstand, dass die Klägerin an einer Firma beteiligt ist, schliesst eine Leistungspflicht der Beklagten nicht aus.

7.2 In der Eingabe vom 11. November 2010 stellte sich die Beklagte ausserdem auf den Standpunkt, für die Zeit vor dem 1. Dezember 2007 habe eine durchgehende Arbeitsunfähigkeit nicht nachgewiesen werden können. Ausserdem sei eine solche auch nicht glaubwürdig. Die wenig substantiierte Kritik der Beklagten an den ärztlichen Zeugnissen der Frauenklinik F. vermag den Eintritt des Versicherungsfalles für diese Zeit nicht in Frage zu stellen (vgl. hierzu die Erwägungen 5.3 hiervor).

7.3 Da eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG im vorliegenden Fall nicht erstellt ist, steht der Beklagten kein Rücktrittsrecht zu. Sie ist weiterhin an den Vertrag gebunden. Ein Rückforderungsanspruch gegenüber der Klägerin betreffend der geleisteten Krankentaggelder vom 30. November 2006 bis 30. November 2007 besteht nicht. Da die Klägerin keine Vertragsverletzung begangen hat, besteht zudem keine Rechtsgrundlage für eine Rückerstattung der Observationskosten. Die Widerklage ist somit vollumfänglich abzuweisen.

8.1 Zu prüfen bleibt die Höhe der geltend gemachten Forderung der Klägerin.

8.2.1 Die Beklagte bezahlt das Taggeld pro Krankheit nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist längstens während der in der Police aufgeführten Leistungsdauer (C6.1 der AVB-Freizügigkeitspolice). Tritt während eines Krankheitsfalls ein zusätzlicher Krankheitsfall ein, sieht C6.3 sodann vor, dass die anspruchsberechtigten Tage des ersten Falls an die Leistungsdauer angerechnet werden. Gemäss C8 beginnt die Wartefrist pro Krankheit am Tag, an dem nach ärztlicher Feststellung die Arbeitsunfähigkeit einsetzt.

8.2.2 Im Kurzbericht an die Beklagte vom 4. Oktober 2007 (Klagbeilage 10) diagnostiziert Dr. B. eine Anpassungsstörung (ICD-10: F43.2) sowie eine mittel- bis schwergradige depressive Episode (ICD-10: F32.2). Zudem weist er ausdrücklich darauf hin, dass frühere Krankheiten keinen Einfluss auf das Leiden hätten. Mit Eintritt der Krankheit, wie sie von Dr. B. beschrieben wurde, treten andere gesundheitliche Beschwerden in den Vordergrund, die für die Arbeitsunfähigkeit verantwortlich zeichnen. Ausserdem gab die Klägerin gegenüber der Beklagten im Gespräch vom 28. Februar 2008 an, dass die Rückenschmerzen derzeit im Hintergrund stünden (Klagantwortbeilage 7, S. 1). Die Klägerin litt somit ab dem 14. August 2007 an einer anderen Krankheit als während der Schwangerschaft, weshalb sie gestützt auf diesen neuen Krankheitsfall Anrecht auf Taggelder bis zum Zeitpunkt des Ablaufs der Höchstbetrags der Taggelder hat.

8.3.1 Zwischen den Parteien nicht umstritten ist die Höhe des Taggelds von Fr. 128.20. Dem Schreiben der Beklagten vom 4. Dezember 2007 an den ehemaligen Arbeitgeber der Klä-

gerin D. (Beilage 7 zur Eingabe vom 29. April 2009) kann entnommen werden, dass ein Jahreslohn von Fr. 58'500.-- deklariert worden sei, was einem Tageslohn von Fr. 160.27 entspreche. Das Taggeld betrage somit Fr. 128.20 (80 % ab dem 14. Tag nach der 1. Arbeitsunfähigkeit). Umstritten ist jedoch, wann die Leistungspflicht der Beklagten endet.

8.3.2 C1.3 der AVB-Freizügigkeitspolice sieht vor, dass die Leistungspflicht der Beklagten aus der Krankentaggeldversicherung ruht, solange die Versicherte Leistungen aus der eidgenössischen Mutterschaftsversicherung bezieht. Gemäss Art. 16c des Bundesgesetzes über den Erwerbssersatz für Dienstleistende und bei Mutterschaft (EOG) vom 25. September 1952 entsteht der Entschädigungsanspruch am Tag der Niederkunft (hier: 31. Mai 2007) und endet gemäss Art. 16d EOG am 98. Tag nach seinem Beginn, somit am 5. September 2007 (vgl. dazu auch das Schreiben der Beklagten an D. vom 4. Dezember 2007, Beilage 7 zur Eingabe vom 29. April 2009). Zu Recht geht deshalb die Klägerin davon aus, dass der Taggeldanspruch am 6. September 2007 zu laufen begonnen hat und die Leistungspflicht der Beklagten am 26. August 2009 endet. Entgegen der klägerischen Auffassung attestiert Dr. B. vom 8. Juli 2009 bis zum 9. September 2009 jedoch lediglich eine Arbeitsunfähigkeit von 60 %. Dies entspricht einem Taggeld von Fr. 76.92 (Fr. 128.20 x 60 %). Gestützt auf die in Erwägung 3.3 hiavor zitierten vertraglichen Bestimmungen lassen sich die Taggeldansprüche der Klägerin wie folgt darstellen:

1. Dezember 2007 - 30. September 2008	AUF 100 %	305 Tage x Fr. 128.20	= Fr. 39'101.--
1. Oktober 2008 - 16. März 2009	AUF 80 %	166 Tage x Fr. 102.56	= Fr. 17'025.--
17. März 2009 - 24. März 2009	AUF 100 %	8 Tage x Fr. 128.20	= Fr. 1'025.60
25. März 2009 - 7. Juli 2009	AUF 80 %	105 Tage x Fr. 102.56	= Fr. 10'768.80
8. Juli 2009 - 26. August 2009	AUF 60 %	50 Tage x Fr. 76.92	= Fr. 3'846.--
<b>Total</b>			<b>= Fr. 71'766.40</b>

9. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Beklagte und Widerklägerin zu verpflichten ist, der Klägerin und Widerbeklagten Fr. 71'766.40 zu bezahlen. In diesem Betrag ist die Klage teilweise gutzuheissen. Gestützt auf Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 des Obligationenrechts (OR) vom 30. März 1911 – den AVB sind keine Bestimmungen über den Verzugszins zu entnehmen – sind auf diesem Betrag auch die ab 1. September 2008 (mittlerer Verfall) von der Klägerin mit Klagänderungsgesuch vom 19. Februar 2010 geltend gemachten Verzugszinsen zu 5 % geschuldet, was von der Beklagten und Widerklägerin unbestritten blieb (FRANZ HASENBÖHLER, in: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, VVG, Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Anton K. Schnyder [Hrsg.], Basel/Genf/München 2001, Art. 20 VVG, N 81). Die Widerklage wird vollumfänglich abgewiesen.

10.1 Der auch im vorliegenden Verfahren anwendbare Art. 85 Abs. 3 VAG bestimmt, dass das Verfahren vor dem kantonalen Gericht für die Parteien kostenlos zu sein hat. Von der Erhebung von Verfahrenskosten ist deshalb abzusehen.

10.2 Gemäss § 21 Abs. 1 VPO hat die obsiegende Beschwerde führende Partei Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Dem Ausgang des Verfahrens entsprechend ist der Klägerin deshalb eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'854.80 (inkl. Auslagen in der Höhe von Fr. 425.-- und 7,6 % Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten zuzusprechen.

Demgemäss wird **erkannt**:

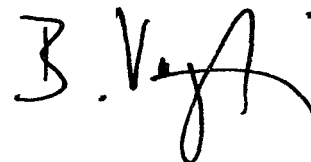
- ://:
1. Die Klage wird teilweise gutgeheissen und die X. Versicherungen zur Zahlung von Fr. 71'766.40 nebst Zins zu 5 % seit 1. September 2008 an die Klägerin und Widerbeklagte verurteilt.
  2. Die Widerklage wird vollumfänglich abgewiesen.
  3. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
  4. Die X. Versicherungen hat der Klägerin und Widerbeklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von Fr. 7'854.80 (inkl. Auslagen und 7,6 % Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Mitteilung an Parteien  
Eidgenössische Finanzmarktaufsicht - FINMA

Präsidentin



Gerichtsschreiberin



**Rechtsmittelbelehrung:**

Der Streitwert gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. b des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) vom 17. Juni 2005 ist erreicht. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung beim Bundesgericht Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG eingereicht werden. Diese Frist kann nicht verlängert werden (Art. 47 Abs. 1 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem **Bundesgericht, 1000 Lausanne 14**, einzureichen. Sie ist in einer Amtssprache abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Akt Recht verletzt (Art. 42 Abs. 2 BGG). Die Urkunden, auf die sich die Beschwerde führende Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat. Ebenfalls beizulegen ist der angefochtene Entscheid (Art. 42 Abs. 3 BGG).