



---

**Das Versicherungsgericht entnimmt den Akten:**

**1.**

**1.1.**

Der 1950 geborene Kläger ist Geschäftsführer der Firma B. und im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses bei der Beklagten kollektiv krankentaggeldversichert (Police Nr. \_\_\_\_\_, Klagebeilage [KB] 2).

**1.2.**

Mit Krankenmeldung vom 15. September 2010 teilte der Kläger der Beklagten mit, er leide an einer Arthrose und stehe seit 30. März 2010 in ärztlicher Behandlung. Seit 13. September 2010 sei er vollständig arbeitsunfähig (KB 3).

**1.3.**

Am 17. September 2010 wurde dem Kläger eine Kniegelenkprothese rechts implantiert, nachdem der Kläger seit Jahren über Kniebeschwerden geklagt hatte und eine Gonarthrose diagnostiziert worden war. Rund ein halbes Jahr vor der Operation hatten diese Beschwerden invalidisierenden Charakter mit Ausstrahlung nach proximal entwickelt. Nach der Knieoperation und der Hospitalisation vom 16. bis 28. September 2010 wurde eine Gangmobilisation an Gehstöcken mit Teilbelastung von 10 – 15 kg während sechs Wochen vorgesehen und im Anschluss ein Übergang zur stockfreien Vollbelastung als möglich erachtet (Klageantwortbeilage [AB] M3).

**1.4.**

Bei einem Besuch eines Schadeninspektors der Beklagten am 15. November 2010 äusserte der Kläger, an stechenden Schmerzen im rechten Knie und im Schienbein zu leiden. Im Freien laufe er nur mit zwei Stöcken, um das Bein zu entlasten. Innerhalb der Wohnung gehe das Laufen ohne Stöcke einigermaßen mit starkem Hinken. Eine Vollbelastung sei möglich. Die Beweglichkeit sei ordentlich. Er könne das Knie beugen und strecken. Bei voller Streckung verspüre er jedoch Schmerzen. Nach längerem Sitzen von mehr als 30 Minuten würden starke Schmerzen auftreten, auch in der Kniekehle. Dann müsse er das Bein hochlagern. Aktuell könne er seinen rechten Socken nicht selber anziehen, nicht in die Badewanne oder in einen Lieferwagen steigen und auch nicht Auto fahren. Er habe versucht, Auto zu fahren, das gehe jedoch noch nicht. Lieferwagen fahren sei gar nicht möglich. Er schaffe es nicht, in das Fahrzeug zu steigen. Seit 10. September 2010 sei er vollständig arbeitsunfähig. Er rechne mit einer teilweisen Arbeitsfähigkeit ab 1. Januar 2011 (AB 6).

**1.5.**

Im Auftrag der Beklagten wurde der Kläger vom 16. bis 25. November 2010 observiert. Dabei wurde beobachtet, wie der Kläger jeweils morgens mit seinem Personenwagen innerhalb von m.\_\_\_\_\_ von der Familienwohnung zu den Geschäftsräumlichkeiten der Firma B. fuhr, mittags nach Hause, anschliessend wieder ins Büro und nachmittags/abends nach Hause zurückkehrte. Am 25. November 2010 fuhr der Kläger nach einem ganztägigen Aufenthalt in den Büroräumlichkeiten nach Hause, wo eine weibliche Person ins Fahrzeug einstieg, und anschliessend weiter nach Bad Zurzach. Auf einem Foto vom 25. November 2010 ist zu erkennen, dass sich der Versicherte ohne Gehstöcke zu seinem Fahrzeug begibt (KB 5).

**1.6.**

Anlässlich einer Besprechung vom 8. Dezember 2010 gab der Kläger erneut an, er sei seit September 2010 vollständig arbeitsunfähig. Bislang habe er keinen Arbeitsversuch vornehmen können. Er werde anfangs Januar 2011 versuchen, die Arbeit im Büro wieder aufzunehmen. Eine Arbeitsaufnahme sowohl als Chauffeur als auch im Büro sei bis dato nicht möglich gewesen. Mit dem Lieferwagen könne er nicht fahren. Mit dem Privatfahrzeug seien kurze Strecken möglich. Die Fahrten beschränkten sich auf m.\_\_\_\_\_. Das Ein- und Aussteigen in ein Fahrzeug bereite ihm grosse Mühe. Sitzende Tätigkeiten im Büro seien nicht möglich, da er immer wieder die Beine hochlagern müsse. Die persistierenden starken Schmerzen im rechten Bein machten bei längeren Strecken eine Zuhilfenahme von Gehstöcken notwendig (AB 17).

**1.7.**

Als der Kläger von einem Mitarbeiter der Beklagten mit den anlässlich der Observation erhobenen Feststellungen konfrontiert wurde, sagte er aus, sich seit anfangs November 2010 jeweils während drei bis sieben Stunden im Büro aufgehalten zu haben. In den Geschäftsräumlichkeiten habe er die geschäftliche Tagespost erledigt, geschäftliche sowie private Telefongespräche geführt und die Zeitung gelesen. Der Kläger machte geltend, er sei nicht zum Arbeiten ins Büro gefahren. Er habe von zu Hause weggehen wollen, um in einer anderen Umgebung zu sein. Das Büro sei für ihn ein Erholungsraum, wo er sehr viel Zeit verbringe, ohne zu arbeiten. Ein Mal sei er mit einem Lieferwagen nach Niederbipp im Kanton Solothurn gefahren und ein Mal habe er mit dem Privatauto einen geschäftlichen Auftrag in Dübendorf erledigt (KB 6).

**1.8.**

Mit Schreiben vom 18. Januar 2011 (KB 7) teilte die Beklagte dem Kläger mit, gestützt auf die Observationsergebnisse sowie auf die anlässlich der Besprechungen vom 15. November sowie vom 8. und 10. Dezember 2010 gewonnenen Informationen werde der geltend gemachte Taggeldan-

spruch verweigert. Die Beklagte begründete die Leistungsverweigerung im Wesentlichen damit, dass der Kläger seinen Versicherungsanspruch in betrügerischer Absicht im Sinne von Art. 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) habe erwirken wollen, weshalb sie nicht an den Vertrag gebunden sei. Der Kläger habe entgegen seinen Angaben sowohl Dienstfahrten unternommen als sich auch in den Geschäftsräumlichkeiten aufgehalten. Im Übrigen habe der Kläger auf dem Versicherungsantragsformular wahrheitswidrig angegeben, für die zu versichernden Personen habe noch keine kollektive Krankentaggeldversicherung vorgelegen, und es sei bislang noch nie ein Versicherungsantrag abgelehnt worden. Aus diesen Gründen werde der Versicherungsvertrag im Sinne von Art. 6 VVG aufgelöst.

### 1.9.

Im Auftrag der Beklagten erstellte Dr. med. C. , Facharzt FMH für Physikalische Medizin und Rehabilitation und beratender Arzt der Beklagten, eine medizinische Aktenbeurteilung vom 11. März 2012 (Klageantwortbeilage [AB] M4). Nach Einschätzung von Dr. med. C. ist eine vollständige Arbeitsunfähigkeit in einer administrativen Bürotätigkeit zwei Monate nach der beim Kläger vorgenommenen Knieoperation nicht nachvollziehbar.

## 2.

### 2.1.

Mit Klage vom 15. November 2011 an das Versicherungsgericht des Kantons Aargau stellte der Kläger folgende Rechtsbegehren:

#### "1.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger unter dem Titel Krankentaggelder bis zum 15.11.2011 CHF 174'237.50 zu bezahlen, nebst Zins zu 5 % seit dem 15.11.2011.

#### 2.

Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger ab dem 16.11.2011 Taggelder im Umfang der ärztlich bescheinigten Arbeitsunfähigkeit zu bezahlen.

#### 3.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

### 2.2.

Mit innert erstreckter Frist eingereichter Klageantwort vom 16. März 2012 beantragte die Beklagte Folgendes:

#### "1.

Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.

#### 2.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."

**2.3.**

Mit Replik vom 6. Juni 2012, Duplik vom 19. September 2012 und Stellungnahme vom 11. Oktober 2012 hielten die Parteien an ihren Anträgen fest.

Auf die Begründungen in den Rechtsschriften wird – soweit erforderlich – in den Erwägungen eingegangen.

**2.4.**

Mit instruktionsrichterlicher Verfügung vom 11. April 2013 wurde den Parteien mitgeteilt, dass eine Verhandlung zur Feststellung des rechtserheblichen Sachverhalts als nicht notwendig erachtet werde.

Daraufhin äusserte sich der Kläger mit Schreiben vom 16. April 2013 dahingehend, dass auf eine Hauptverhandlung verzichtet werde, wenn das Versicherungsgericht als einzige Tatsacheninstanz daran festhalte, keine weiteren Beweise abzunehmen.

Die Beklagte verzichtete mit Stellungnahme vom 16. April 2013 auf die Durchführung einer Gerichtsverhandlung.

---

**Das Versicherungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.**

**1.1.**

Zwischen der Arbeitgeberin des Klägers und der Beklagten besteht ein Kollektiv-Krankentaggeldversicherungs-Vertrag (Police Nr. \_\_\_\_\_), welcher dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) untersteht. Massgebend für die Beurteilung von Ansprüchen aus diesem Vertrag sind der Versicherungsvertrag, die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB), Ausgabe 08.2008, und die Bestimmungen des VVG.

Kollektive Krankentaggeldversicherungen nach VVG werden in ständiger bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung subsumiert (Urteil 4A\_47/2012 vom 12. März 2012 E. 2).

Streitigkeiten aus kollektiven Krankentaggeldversicherungen nach VVG sind privatrechtlicher Natur. Für das Verfahren findet die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Anwendung (vgl. Art. 243 Abs. 2 lit. f i.V.m. Art. 7 ZPO; BGE 138 III 558 E. 3.2 S. 560 f.).

**1.2.**

Gemäss J 1 Absatz 2 der Allgemeinen Vertragsbedingungen der Beklagten kann der Anspruchsberechtigte bei Rechtsstreitigkeiten an seinem

schweizerischen Wohnort, an seinem schweizerischen Arbeitsort oder in Winterthur Klage erheben. Diese Bestimmung steht in Einklang mit Art. 35 Abs. 1 lit. a i. V. m. Art. 32 Abs. 1 lit. a ZPO, wonach für den Versicherten bei Streitigkeiten aus einer Krankentaggeldversicherung ein Gerichtsstand am Wohnsitz oder Sitz einer der Parteien gewährleistet ist.

Der Kläger hat Wohnsitz in m. \_\_\_\_\_, damit befindet sich eine örtliche Zuständigkeit im Kanton Aargau.

### **1.3.**

Gemäss Art. 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist.

Im Kanton Aargau entscheidet über derartige Streitigkeiten das Versicherungsgericht als einzige kantonale Instanz (§ 14 des kantonalen Einführungsgesetzes zur Schweizerischen Zivilprozessordnung [EG ZPO], SAR 221.200).

### **1.4.**

Für die Beurteilung der mit Klage vom 15. November 2011 angehobenen Streitsache ist das Versicherungsgericht des Kantons Aargau somit örtlich und sachlich zuständig.

## **2.**

### **2.1.**

#### **2.1.1.**

Der Kläger moniert in seiner Klage, für die von der Beklagten angeordneten Observation habe es am notwendigen Anfangsverdacht gefehlt.

#### **2.1.2.**

Die Beklagte verweist auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung, nach welcher ein Anfangsverdacht für eine Observation nicht erforderlich sei. Notwendig sei lediglich die Gebotenheit der Observation. Es müssten konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den gesundheitlichen Beschwerden beziehungsweise an der Berechtigung des Leistungsbezugs vorhanden sein.

Im vorliegenden Fall seien mehrere Hinweise gegeben gewesen, welche weitere Abklärungen bezüglich der tatsächlichen Verhältnisse indiziert hätten. Einerseits habe der Kläger in der Krankenmeldung für seine Tätigkeit als Geschäftsführer in seiner von ihm gegründeten Firma B. einen hohen AHV-Grundlohn von CHF 240'000.00 pro Jahr zuzüglich eines 13. Monatslohns von CHF 30'000.00 angegeben. Andererseits sei auch mehr als zwei Monate nach der wegen einer Gonarthrose im rechten

Knie durchgeführten Knieoperation weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert worden, was nicht dem gewohnten Heilverlauf entspreche.

Gegenüber der Beklagten habe der Kläger angegeben, er profitiere seit mehreren Jahren von einem guten Geschäftsgang. Auszüge von \_\_\_\_\_ hätten jedoch ergeben, dass gegen den Kläger im Februar 2008 Betreibungen, Pfändungen und Verlustscheine im Betrag von CHF 233'680.00 vorgelegen hätten.

Bei der Observation vom 16. bis 25. Oktober 2012 seien keine Filmaufnahmen gemacht worden. Das blosses Beobachten von Personen, ohne Videoaufnahmen zu machen, stelle keine Persönlichkeitsverletzung dar. Es habe damit kein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klägers stattgefunden.

## 2.2.

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 (Art. 28 Abs. 1 ZGB). 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).

Ein Eingriff in die Privatsphäre durch eine Observation der versicherten Person kann im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse liegen und 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 S. 324 ff.). Das Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung beziehungsweise Verhinderung von Versicherungsbetrug ist gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit abzuwägen (BGE 132 III 641 E. 5.2 S. 648, 127 III 481 E. 3a/bb S. 493). Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen (BGE 129 III 529 E. 3.1 S. 531). Zu berücksichtigen ist dabei, dass der von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen insbesondere zu seinem Gesundheitszustand oder seiner Arbeitsfähigkeit mitzuwirken. Er hat zu dulden, dass von der Versicherung allenfalls auch ohne sein Wissen die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 S. 414). Für eine Überwachung genügt es gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung, dass der Versicherer konkrete Anhaltspunkte für Zweifel an den vom Versicherten beklagten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit hat und die Observation demnach objektiv geboten ist (BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1 S. 332). Die Zulässigkeit einer Observation hängt 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, wo die Observation stattfindet, wie lange die Observation dauert, welchen Inhalt die Observation hat, und ob die zur Observation eingesetzten Mittel zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 S. 413 f.). Alltagsverrichtungen, welche ein Versicherter im öffentlichen Raum oder im ohne weiteres frei einsehbaren Privatbereich vornimmt, und welche von jedermann wahrgenommen werden können, dürfen grundsätzlich beobachtet werden (BGE 137 I 327 E. 5.2 S. 331, 135 I 169 E. 5.4.2 S. 173).

### 2.3.

Im vorliegenden Fall bestand für eine Observation durchaus begründeter Anlass, denn der Kläger machte zwei Monate nach der Knieoperation weiterhin eine vollständige Arbeitsunfähigkeit geltend (vgl. AB 6). Im Gegensatz zu den Angaben des Klägers ist in der Regel frühestens sechs Wochen und spätestens zwei Monate nach einem operativen Einsatz einer Knieprothese wieder eine Teil- oder Vollarbeitsfähigkeit gegeben, wie der Aktenbeurteilung von Dr. med. C. zu entnehmen ist (AB M4). Auch vom Kantonsspital \_\_\_\_\_ wurde nach der Operation eine stockfreie Vollbelastung nach sechs Wochen prognostiziert (AB M3).

Bei Taggeldleistungen basierend auf einem vom Kläger in der Krankmeldung angegebenen AHV-Grundlohn von CHF 240'000.00 pro Jahr zuzüglich eines 13. Monatslohns von CHF 30'000.00 geht es um erhebliche Versicherungsleistungen.

Die Observation vom 16. bis 25. November 2010 fand an zehn Tagen während einer verhältnismässig kurzen, begrenzten Zeit statt und ist damit als verhältnismässig zu qualifizieren. Überwachungen während weniger Tage werden vom Bundesgericht als verhältnismässig erachtet (vgl. bspw. BGE 136 III 410 E. 4.4 S. 419).

Die Observation beschränkte sich auf öffentlich zugängliche Orte, auf die öffentlich erkennbaren Alltagsverrichtungen des Klägers wie insbesondere Autofahren und war fokussiert auf die körperlichen Bewegungen und Tätigkeiten des Klägers, welche von jedermann wahrgenommen werden konnten (KB 5).

Das Mittel der Observation war vorliegend geeignet und notwendig, um sachdienliche Hinweise auf den Gesundheitszustand des Klägers zu erlangen.

In Anbetracht der vorgenannten Kriterien ist die durchgeführte Observation als relativ geringfügiger Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Klä-

gers zu werten und aufgrund des überwiegenden Interesses der Beklagten an der Vermeidung einer ungerechtfertigten Leistungsausrichtung nicht zu beanstanden. Die Berücksichtigung der Observationsergebnisse bei der Beurteilung des Leistungsanspruchs des Klägers ist damit gerechtfertigt.

### **3.**

#### **3.1.**

##### **3.1.1.**

Der Kläger macht gegenüber der Beklagten einen Krankentaggeldanspruch im Umfang der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit geltend.

Der Kläger führt aus, aufgrund einer schmerzhaften Arthrose habe er am 17. September 2010 im Kantonsspital \_\_\_\_\_ am rechten Knie operiert werden müssen. Aufgrund des ungünstigen Heilungsverlaufs sei das Knie bis heute nicht belastbar. Er sei nicht in der Lage, eine Treppe hinaufzusteigen. Gewichte solle er nicht herumtragen. Als Chauffeur sei er weiterhin vollständig arbeitsunfähig. Er sei zwar in der Lage, einen Personewagen zu lenken. Seine berufliche Tätigkeit beschränke sich aber nicht auf das reine Autofahren. Er müsse die transportierten Waren auch in den Wagen ein- und ausladen und allenfalls herumtragen.

Vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit sei er zu 75 % seiner Arbeitszeit als Chauffeur tätig gewesen und habe Kurierfahrten durchgeführt. Zu 25 % habe er sich um administrative Angelegenheiten gekümmert.

##### **3.1.2.**

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, sie sei gestützt auf Art. 40 VVG nicht an den mit der Firma B. \_\_\_\_\_ geschlossenen Krankentaggeldvertrag gebunden. Denn der Kläger habe wichtige Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zweck der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen.

Die Beklagte weist darauf hin, dass die Firma B. \_\_\_\_\_ Tages- und Nachttouren für Firma H. anbiete. Der Kläger habe vor der Knieoperation halbtags administrative Arbeiten erledigt und sei zudem für Sonderfahrten unterwegs gewesen. Das hohe Salär, welches sich der Kläger ausbezahlt habe, spreche dafür, dass die eigentliche Haupttätigkeit des Klägers Geschäftsführer gewesen sei. Die spätere Behauptung des Klägers, er sei vor der Operation zu rund 25 % mit Büroarbeiten und zu 75 % als Chauffeur tätig gewesen, sei nicht glaubhaft und stünde im klaren Widerspruch mit seinen anfänglichen Angaben. Aus dem Arbeitsvertrag gehe hervor, dass der Kläger primär Geschäftsführerfunktionen inne habe und nur im Notfall andere Tätigkeiten wie beispielsweise Sonderfahrten durchführen müsse.

Bei einer Besprechung vom 8. Dezember 2010 habe der Kläger ausgeführt, er könne bis heute nicht mit dem Lieferwagen fahren. Sitzende Tätigkeiten im Büro seien nicht möglich, da er immer wieder die Beine hochlagern müsse. Aufgrund der persistierenden starken Schmerzen im rechten Bein sei für längere Strecken die Hilfe von Gehstöcken notwendig. Mit seinem Privatwagen fahre er kurze Strecken, diese beschränkten sich jedoch auf \_\_\_\_\_. Das Ein- und Aussteigen in das Fahrzeug bereite ihm grosse Mühe.

Anlässlich der durchgeführten Observation sei festgestellt worden, dass der Kläger im Zeitraum vom 16. bis 25. November 2010 zwischen seinem Wohndomizil und seinem Arbeitsort hin und her gependelt sei und sich jeweils vormittags als auch nachmittags für längere Zeit in den Büroräumlichkeiten aufgehalten habe. Ausserdem sei der Kläger bei Autofahrten in der näheren Umgebung und auf längeren Strecken beobachtet worden. Er habe das Fahrzeug auch dann selbst gelenkt, wenn er in Begleitung gewesen sei.

Aus keiner der bei der Observation gemachten Fotoaufnahmen gehe hervor, dass dem Kläger das Gehen schwerfallen würde oder dass er auf Krücken angewiesen wäre. Bei einer Besprechung vom 15. November 2012, einen Tag vor der Observation, habe er jedoch angegeben, ausserhalb der Wohnung zwei Gehstöcke zur Entlastung zu benutzen. In der kommenden Woche werde er versuchen, ohne Stöcke zu laufen. Momentan könne er weder seinen rechten Socken anziehen, noch in die Badewanne oder in einen Lieferwagen steigen noch Auto fahren. Nach längerem Sitzen von mehr als 30 Minuten komme es zu Schmerzen, weshalb er das Bein hochlagern müsse.

### 3.1.3.

Zu den bei der vom 16. bis 25. November 2010 im Auftrag der Beklagten durchgeführten Observation gemachten Beobachtungen führt der Kläger aus, die Räumlichkeiten an der \_\_\_\_\_ in m. \_\_\_\_\_ würden einerseits als Geschäftsraum und andererseits als Aufenthaltsraum/ Zweckraum für Familienanlässe genutzt. Ein Teil der Wohnung sei nämlich als Wohnraum mit einer bequemen Liege und einem Fernseher ausgestattet. Damit ihm die Decke nicht auf den Kopf falle sowie um in der Nähe der Ehefrau zu sein, welche auch für die Firma B. Büro-tätigkeiten ausführe, habe er sich in den dortigen Räumlichkeiten aufgehalten und lediglich die Tagespost erledigt. Er habe sich folglich nicht zu Arbeits- sondern zu Erholungszwecken in den Räumlichkeiten an der \_\_\_\_\_ in m. \_\_\_\_\_ aufgehalten, weshalb er den Versicherungsanspruch nicht in betrügerischer Absicht erwirkt habe. Da er im Wesentlichen als Chauffeur tätig sei, könne ein länger dauernder Aufenthalt im Büro nicht Erwerbszwecken gedient haben. Im Übrigen habe Dr. med. D. \_\_\_\_\_ ihm geraten, sich in Bewegung zu halten. Er habe ge-

sundheitsbedingt auch nicht mehr an Schulungen sowie Sitzungen des Hauptkunden Firma E. teilnehmen können. Es treffe nicht zu, dass er längere Distanzen gefahren sei, sondern lediglich eine Testfahrt unternommen habe, wobei sich klar gezeigt habe, dass es noch zu früh sei. Es sei nicht betrügerisch, wenn sich ein Selbstständigerwerbender, welcher Krankentaggelder beziehe, stundenweise in seinem Betrieb aufhalte und die notwendigen Vorkehrungen für den Fortbestand des Betriebs treffe.

#### **3.1.4.**

Dass sich der Kläger nur in den Geschäftsräumlichkeiten aufgehalten haben soll, da er in der Nähe seiner Gattin habe sein wollen, ist nach Ansicht der Beklagten unglaubwürdig. Im Observationszeitraum sei der Kläger jeweils alleine zum Büro und wieder nach Hause gefahren.

Aus dem bei der Observation festgestellten Umstand, dass der Kläger ab November 2010 zwischen drei und sieben Stunden täglich im Büro verbrachte, schliesst die Beklagte, dass der Kläger ab diesem Zeitpunkt seine Bürotätigkeit im ursprünglichen Umfang wieder aufnehmen können. Ab November 2010 habe damit keine Arbeitsunfähigkeit bezüglich Büroarbeiten mehr bestanden. Diese Einschätzung werde durch die medizinische Beurteilung von Dr. med. C. , beratender Arzt der Beklagten, bestätigt. Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb der Kläger keine zählbare Arbeit geleistet haben solle, obwohl er sich täglich während mehrerer Stunden bis zu einem ganzen Tag lang im Büro aufgehalten habe. Von einem stundenweisen Aufenthalt, bei welchem von der Rechtsprechung dennoch ein Taggeldanspruch akzeptiert werde, könne keine Rede sein. Der Kläger habe sich vorwiegend im Geschäft aufgehalten.

Auch die Tatsache, dass der Kläger spätestens ab November 2010 täglich mit seinem Personenwagen unterwegs gewesen sei und dabei auch längere Strecken ausserhalb von \_\_\_\_\_ zurückgelegt habe, auch in Begleitung, zeige unmissverständlich auf, dass er ab diesem Zeitpunkt zumindest teilweise wieder fähig gewesen sei, seine Tätigkeit als Kurierdienstfahrer zu absolvieren. Auch Dr. med. C. habe eine volle Einschränkung der Funktion als Kurierdienstfahrer spätestens drei Monate nach der Operation für nicht nachvollziehbar erachtet.

Es sei davon auszugehen, dass die behandelnden Ärzte bei Kenntnis der effektiven Aktivitäten des Klägers eine entsprechend geringere Arbeitsfähigkeit attestiert hätten.

Indem der Kläger gegenüber den behandelnden Ärzten seine tatsächliche Leistungsfähigkeit verschwiegen und sich stattdessen eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestieren liess, habe er der Beklagten gegenüber leistungsrelevante Tatsachen falsch mitgeteilt beziehungsweise verschwiegen. Dass der Kläger mit seinem Vorgehen beabsichtigt habe, die Be-

klagte über den Umfang ihrer Leistungspflicht zu täuschen, könne unter den dargelegten Umständen nicht ernsthaft bezweifelt werden. Der Tatbestand von Art. 40 VVG sei damit erfüllt. Aus den Divergenzen zwischen den vom Kläger geltend gemachten Leistungseinschränkungen im Alltag und der tatsächlich gezeigten Leistungsfähigkeit ergebe sich unzweifelhaft, dass der Kläger beabsichtige, die Beklagte über ihre Leistungspflicht zu täuschen und ungerechtfertigte Versicherungsleistungen zu erlangen.

### 3.2.

Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, falls dieser oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder die ihm nach Massgabe des Artikels 39 dieses Gesetzes obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat. Eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinn von Art. 40 VVG liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben, wahrheitswidrig darstellt (JÜRGEN NEF, in: Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 3 zu Art. 40 VVG). Es genügt ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann (NEF, a. a. O., N. 17 zu Art. 40 VVG). Unter Art. 40 VVG fällt unter anderem das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört die Aggravation von gesundheitlichen Störungen (NEF, a. a. O., N. 22 zu Art. 40 VVG). Zu den objektiven Voraussetzungen muss zusätzlich das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzukommen, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (NEF, a. a. O., N. 23 zu Art. 40 VVG). In Urteil 5C.2/2007 vom 17. Oktober 2007, Erwägung 4.2, entschied das Bundesgericht, dass, wenn eine versicherte Person mitteile, nur noch zu 10 bis 15 % arbeitsfähig zu sein und tatsächlich jedoch wesentlich mehr arbeite, vom Vorliegen einer Täuschungsabsicht ausgegangen werden müsse.

Hat der Anspruchsberechtigte den Anspruch betrügerisch begründet, ist der Versicherer nach Art. 40 VVG ihm gegenüber nicht an den Vertrag gebunden und berechtigt, die Leistung zu verweigern und gegebenenfalls vom Vertrag zurückzutreten (NEF, a. a. O., N. 44 zu Art. 40 VVG). Das Rücktrittsrecht ist, in den Schranken von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch), an keine Frist gebunden und zeitlich nicht limitiert (NEF, a. a. O., N. 52 zu Art. 40 VVG).

Den Versicherer trifft die Beweislast dafür, dass er wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs zur Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigt ist (BGE 130 III 321 E. 3.1 S. 323, NEF, a. a. O., N. 56 zu Art. 40 VVG). Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den Hauptbeweis leisten. Jedoch kann eine Beweiserleichterung im Sinne des Wahrscheinlichkeitsbeweises gerechtfertigt sein (NEF, a. a. O., N. 57 zu Art. 40 VVG).

### 3.3.

Fraglich ist vorliegend, ob das Verhalten des Klägers als ein Ausnützen des Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren als des tatsächlichen Schadens zu werten ist und damit eine unter Art. 40 VVG zu subsumierende Fallkonstellation vorliegt, welche der Beklagten das Recht zur Leistungsablehnung verleiht.

#### 3.3.1.

Anlässlich einer Besprechung mit einem Schadeninspektor der Beklagten am 15. November 2010 legte der Kläger dar, dass er im November 2009 die Firma B. und im März 2010 die Firma F. gegründet und die beiden Unternehmungen selber aufgebaut habe. Anfänglich sei er die Kurierfahrten selbst gefahren. Inzwischen laufe das Geschäft quasi von alleine. Vor Beginn der Arbeitsunfähigkeit habe der Kläger halbtags die Administration gemacht und sei zudem für Sonderfahrten unterwegs gewesen (AB 6).

An der Besprechung vom 8. Dezember 2010 gab der Kläger an, vor Eintritt der Arbeitsunfähigkeit zu 25 % mit Büroarbeiten und zu 75 % als Chauffeur tätig gewesen zu sein (AB 17).

Im Arbeitsvertrag vom 25. September 2009 (AB 8) ist festgehalten, dass der Kläger als Geschäftsführer angestellt sei, die Stellung eines Kader-Angestellten habe, bei Notwendigkeit aber für andere Tätigkeiten eingesetzt werden könne.

Unter Berücksichtigung des Arbeitsvertrages ist davon auszugehen, dass der Kläger als Geschäftsführer eines Kurierdienstes mit zehn Angestellten (vgl. AB 6) wie von ihm ursprünglich angegeben, mindestens zu 50 % mit administrativen Arbeiten beschäftigt war. Dass er zu 75 % seiner Tätigkeit als Chauffeur tätig gewesen sein soll, ist wenig wahrscheinlich. Im Arbeitsvertrag sind andere als reine Geschäftsführertätigkeiten nur für den Ausnahmefall vorgesehen. Zudem entspricht ein AHV-Grundlohn von CHF 240'000.00 zuzüglich eines 13. Monatslohns von CHF 30'000.00 nicht dem Gehalt eines Chauffeurs. Selbst wenn auf die vom Kläger angegebene Aufteilung von 25 % Geschäftsführungs- und Bürotätigkeiten und 75 % Chauffeurtätigkeit abgestellt wird, ergeben sich für die Beurtei-

lung des vorliegenden Klageverfahrens jedoch dieselben rechtlichen Konsequenzen, wie den nachfolgenden Erwägungen zu entnehmen ist.

### 3.3.2.

Dem Bericht von Dr. med. C. vom 10. März 2012 ist zu entnehmen, dass eine Einschränkung der administrativen Bürotätigkeit zwei Monate nach der Knieoperation nicht nachvollziehbar sei. Auch unter Berücksichtigung einer gewissen Verlaufsverzögerung aufgrund einer ungünstigen Komorbidität mit einer etwas längeren Rehabilitationsphase könne von einer Wiederaufnahme einer administrativen Bürotätigkeit ab 18. November 2010 zu 100 % ausgegangen werden. Bezüglich der Kurierdiensttätigkeit sei ab 18. Dezember 2010 von einer Arbeitsfähigkeit von 25 %, ab 1. Februar 2011 von einer solchen von 50 % und ab 1. März 2011 von einer Arbeitsfähigkeit von 100 % auszugehen.

Der behandelnde orthopädische Chirurg, Dr. med. D., stellte bei einer Konsultation am 20. Dezember 2010 am rechten, operierten Knie noch eine leichte Schwellung mit einer Überwärmung fest und erwähnte, dass der Kläger bereits bei früheren Knieeingriffen jeweils sehr lange Rehabilitationszeiten gehabt habe. Dr. med. D. hielt jedoch auch fest, dass eine unklare Situation bestehe, ohne Erklärung für die eher etwas diffusen Beschwerden (Replikbeilage [RB] 4).

Aufgrund einer Untersuchung am 24. Januar 2012 wurde von Prof. Dr. med. G., Facharzt FMH für Orthopädische Chirurgie und Traumatologie des Bewegungsapparates, im Zusammenhang mit den vom Kläger weiterhin beklagten Schmerzen der Verdacht auf ein Weichteilimpingement bei einem Status nach Knie-Totalprothesen-Implantation am 27. September 2010 diagnostiziert (RB 9).

### 3.3.3.

Am 15. November 2010 gab der Kläger dem Schadeninspektor der Beklagten gegenüber an, er könne noch nicht Auto fahren. Aufgrund seiner Kniebeschwerden sei er zu 100 % arbeitsunfähig. Erst ab 1. Januar 2011 rechne er wieder mit einer teilweisen Arbeitsfähigkeit (AB 6).

Entgegen diesen Angaben war es dem Kläger in den darauf folgenden Tagen möglich, Auto zu fahren, wie den Observationsunterlagen zu entnehmen ist. Im Weiteren hielt er sich täglich während mehrerer Stunden in den Büroräumlichkeiten der Firma B. auf (vgl. KB 5, KB 6).

Gegenüber Dr. med. D. klagte der Kläger bei einer Konsultation am 29. November 2010 über beträchtliche Schmerzen. Er entlastete immer nach an zwei Gehstöcken. Ein Arbeitsversuch sei unternommen worden, habe aber wegen der starken Schmerzen nach einer Stunde abgebrochen werden müssen.

Bei der nächsten Besprechung am 8. Dezember 2010 sagte der Kläger gegenüber der Beklagten erneut aus, er sei vollständig arbeitsunfähig, er habe bislang keinen Arbeitsversuch vornehmen können und werde erst anfangs Januar 2011 versuchen, die Arbeit im Büro wieder aufzunehmen.

Erst als die Beklagte den Kläger am 10. Dezember 2010 mit den Observationsergebnissen konfrontierte, gab der Kläger zu, sich seit anfangs November 2010 jeweils während drei bis sieben Stunden in den Geschäftsräumlichkeiten aufgehalten zu haben, die geschäftliche Tagespost erledigt, geschäftliche sowie private Telefongespräche geführt und die Zeitung gelesen zu habe (AB 6).

Auch wenn sich der Kläger auf den Standpunkt stellt, er habe sich nur zu Erholungszwecken im Büro aufgehalten und in der Nähe seiner Frau sein wollen, hat er der Beklagten gegenüber das Ausmass seiner Arbeitsunfähigkeit wahrheitswidrig dargestellt. Am 15. November 2010 verneinte der Kläger der Beklagten gegenüber explizit, einen Arbeitsversuch unternommen zu haben. An Arbeit sei bislang nicht zu denken gewesen und komme erst anfangs Januar 2011 in Frage. Anlässlich einer Besprechung vom 8. Dezember 2010 wiederholte der Kläger diese Aussage und unterzeichnete sie handschriftlich, als er klar und unzweideutig danach gefragt wurde, ob er bereits einmal versucht habe, seine Arbeit als Geschäftsführer wieder aufzunehmen. Er sei seit 13. September 2010 vollständig arbeitsunfähig und habe bislang keinen Arbeitsversuch wahrnehmen können. Erst ab Anfang Januar 2011 werde er versuchen, die Arbeit im Büro wieder aufzunehmen. Anlässlich der Besprechung vom 8. Dezember 2010 gab er auch an, seine Fahrten mit dem Personenwagen beschränkten sich auf \_\_\_\_\_, da er nur kurze Strecken fahren könne. Wie dem Besprechungsprotokoll vom 10. Dezember 2010, welches der Kläger ebenfalls handschriftlich unterzeichnete, zu entnehmen ist, erledigte er im Widerspruch zu seinen Aussagen der Beklagten gegenüber jedoch bereits seit anfangs November 2010 die geschäftliche Tagespost sowie geschäftliche Telefongespräche. Tatsächlich waren ihm auch Fahrten nach Bad Zurzach und Dübendorf möglich. Seine Aussage, mit dem Lieferwagen unmöglich fahren zu können, relativierte der Kläger erst, als er mit den Observationsergebnissen konfrontiert wurde, und gab an, ein Mal mit einem Lieferwagen nach Niederbipp gefahren zu sein. Die Behauptung des Klägers, er sei lediglich in einem unbeachtlich geringen Ausmass arbeitstätig gewesen, ist wenig wahrscheinlich, unter Berücksichtigung, dass der Kläger das Büro täglich aufsuchte, sich bis zu 7 Stunden dort aufhielt und jeweils allein zu den Geschäftsräumlichkeiten fuhr. Entscheidend ist zudem allein, ob er arbeitsfähig, nicht auch, ob er tatsächlich arbeitstätig war. Spätestens ab anfangs November 2010 war es dem Kläger zumindest in einem gewissen Ausmass möglich, seiner beruflichen Tätigkeit im administrativen Bereich nachzugehen. Aus dem Schadeninspektorenbericht vom 15. November 2010 (AB6) sowie den

vom Kläger unterzeichneten Besprechungsprotokollen vom 8. und 10. Dezember 2010 (AB 17, KB 6) geht klar hervor, dass der Kläger der Beklagten gegenüber falsche Angaben über seine Leistungsfähigkeit machte, welche für den Taggeldanspruch und dessen Höhe von Bedeutung ist (vgl. E6 Ziff. 2 AVB, AB 30). Aus dem Verhalten des Klägers ist zu schliessen, dass er mit Wissen und Willen unwahre Angaben machte, um Taggeldzahlungen auf der Grundlage einer Arbeitsunfähigkeit von 100 % zu erlangen. Eine Täuschungsabsicht im Sinn von Art. 40 VVG ist damit gegeben.

#### **3.3.4.**

Da der Kläger der Beklagten gegenüber seine Leistungsfähigkeit mit Bedeutung für den Taggeldanspruch zum Zwecke der Täuschung wahrheitswidrig darstellte, ist die Beklagte nach Art. 40 VVG nicht an den Versicherungsvertrag gebunden.

Die Mitteilung der Beklagten vom 18. Januar 2011, dass sie nicht an den Krankentaggeldvertrag gebunden sei, da der Kläger seinen Versicherungsanspruch in betrügerischer Absicht im Sinne von Art. 40 VVG habe erwirken wollen, erfolgte in einem nicht zu beanstandeten zeitlichen Rahmen nach der Observation vom 16. bis 25. November 2010 und nachdem der Kläger am 10. Dezember 2010 mit den Observationsergebnissen konfrontiert worden war.

#### **4.**

Ein Taggeldanspruch des Klägers ist bereits aufgrund der den Akten zu entnehmenden Tatsachen zu verneinen, deshalb erübrigen sich weitere medizinische Abklärungen.

Zudem ist fraglich, ob anlässlich einer medizinischen Begutachtung ein unbefangenes Verhalten des Klägers zu beobachten sein würde und inwiefern damit retrospektiv beweiskräftige Aussagen zur Arbeitsfähigkeit zu gewinnen wären.

Im Sinne einer antizipierten Beweiswürdigung kann somit von einer weiteren medizinischen Begutachtung, welche der Kläger beantragt, abgesehen werden (BGE 136 III 410 E. 4.4 S. 419, 122 V 157, Urteil 4A\_23/2010 vom 12. April 2010 E. 2.5.3).

#### **5.**

##### **5.1.**

Das Verfahren ist kostenlos (Art. 114 lit. e ZPO).

## **5.2.**

### **5.2.1.**

Eine Parteientschädigung ist nach den allgemeinen Regeln zuzusprechen (Urteil 4A\_194/2010 vom 17. November 2010). Nach Art. 106 Abs. 1 ZPO werden die Prozesskosten, zu welchen die Parteientschädigung gehört (Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO), der unterliegenden Partei auferlegt. Als Parteientschädigung gilt der Ersatz notwendiger Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

### **5.2.2.**

Der Kläger beantragte Krankentaggeldleistungen für eine Arbeitsunfähigkeit ab 16. September 2010 bis 15. November 2011 im Umfang von CHF 174'237.50 und ab 16. November 2011 auf der Grundlage einer 75%igen Arbeitsunfähigkeit bei einem Taggeldansatz von CHF 394.50. Unter Berücksichtigung des Ablaufs der Genussberechtigung am 15. September 2012, 730 Tagen nach Eintritt der Arbeitsunfähigkeit am 16. September 2010 gemäss Versicherungsvertrag, ergibt sich für den Zeitraum vom 16. November 2011 bis 15. September 2012 mit 304 Tagen eine Taggeldforderung von CHF 119'928.00. Gesamthaft macht der Kläger gegen die Beklagte somit eine Forderung von CHF 294'165.50 geltend. Die Beklagte beantragt die vollständige Abweisung des Leistungsanspruchs unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers. Damit unterliegt der Kläger mit seinem Leistungsbegehren vollumfänglich.

Das vorliegende Zivilverfahren beinhaltet eine Streitsache mit einem Streitwert von CHF 294'165.50. Im Zusammenhang mit diesem Verfahren ist der Beklagten ein erheblicher Aufwand entstanden. Es ist deshalb gerechtfertigt, der obsiegenden Beklagten, welche nicht berufsmässig vertreten ist, ermessensweise eine Umtriebsentschädigung nach Art. 95 Abs. 3 lit. c ZPO in der Höhe von CHF 2'800.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zuzusprechen.

---

### **Das Versicherungsgericht erkennt:**

#### **1.**

Die Klage wird abgewiesen.

#### **2.**

Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.

#### **3.**

Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 2'800.00 (inkl. Auslagen und MWSt) zu bezahlen.

---

Zustellung an:  
den Kläger (Vertreter; 2fach)  
die Beklagte  
die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

---

**Beschwerde in Zivilsachen**

Dieser Entscheid kann wegen Verletzung von Bundesrecht, Völkerrecht, kantonalen verfassungsmässigen Rechten und interkantonalem 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, 28. Mai 2013

**Versicherungsgericht des Kantons Aargau**

3. Kammer

Die Präsidentin:

  
Plüss

Die Gerichtsschreiberin:

  
Sikyr

