

II. Kammer
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichterin Käch
Ersatzrichterin Lienhard
Gerichtsschreiberin Kübler-Zillig

Urteil vom 8. Mai 2015

in Sachen
AXA Versicherungen AG
Generaldirektion
General Guisan-Strasse 40, Postfach 357, 8401 Winterthur
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christoph D. Studer
Probst & Partner AG
Bahnhofplatz 18, Postfach, 8401 Winterthur

zusätzlich vertreten durch X.____
Probst & Partner AG
Bahnhofplatz 18, Postfach, 8401 Winterthur

gegen

Y.____
Beklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Nicole Fässler
Anwaltsbüro Delphinstrasse
Delphinstrasse 5, 8008 Zürich

Sachverhalt:

1.

1.1 Y.____, geboren 1971, war seit 1. Juli 1998 als Taxifahrer bei der Firma Z.____ tätig und in dieser Eigenschaft bei der AXA Versicherungen AG (nachfolgend: AXA) im Rahmen einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) gegen Erwerbsausfall bei Krankheit versichert. Am 29. Mai sowie 25. September 2004 wurde der Versicherte in Autounfälle verwickelt, infolgedessen er zu 100 % arbeitsunfähig geschrieben wurde (Urk. 1 S. 5 Rz 6, Urk. 9 S. 3 Zu II./1.1). In der Folge wurde das Arbeitsverhältnis per 31. Oktober 2005 aufgelöst (Urk. 1 S. 5 Rz 6-7) und Y.____ trat per 1. November 2005 in die Einzelkrankentaggeldversicherung der AXA über (Urk. 2/3).

1.2 Im Rahmen des invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens wurde Y.____ im Institut A.____ begutachtet. Gestützt auf das Gutachten, welches am 9. November 2006 erstattet und in welchem eine Leistungseinbusse von 20 % in der Tätigkeit als Taxifahrer sowie eine 100%ige Arbeitsfähigkeit in einer leidensangepassten Tätigkeit festgestellt wurde (Urk. 10/3 S. 16 Ziff. 6.2), stellte die Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (nachfolgend: SUVA) mit Einspracheentscheid vom 12. September 2007 ihre bis anhin erbrachten Leistungen per 30. April 2007 ein (Urk. 10/6). Die dagegen beim hiesigen Gericht erhobene Beschwerde wurde mit Urteil vom 14. Mai 2009 abgewiesen (Urk. 10/7; Prozess-Nr. UV.2007.00450).

1.3 Die AXA verneinte im Mai 2006 zunächst eine Leistungspflicht aus der Krankentaggeldversicherung, erbrachte in der Folge jedoch für die Zeit vom 31. Mai 2007 bis 31. März 2008 Krankentaggeldleistungen in der Höhe von insgesamt Fr. 37'223.-- (Urk. 2/31), dies gestützt auf Arztberichte des behandelnden Psychiaters Dr. B.____ sowie des Hausarztes Dr. C.____, wonach Y.____ ab 1. Mai 2006 zu 100 % arbeitsunfähig gewesen sei (Urk. 2/6, Urk. 2/10-11, Urk. 2/13).

Vom 29. November bis 21. Dezember 2007 sowie vom 26. März bis 14. April 2008 wurde der Versicherte im Auftrag der AXA observiert (Urk. 2/16). Als Folge davon forderte die AXA mit Schreiben vom 10. Juni 2008 die bisher erbrachten Leistungen sowie die Abklärungskosten in der Höhe von insgesamt Fr. 16'392.86 zurück (Urk. 2/24). Am 15. Dezember 2008 sowie 29. März 2009 leitete die AXA Betreibungen ein (Urk. 2/25-26) und

machte am 15. Mai 2009 im Strafverfahren gegen Y.____ Zivilforderungen in der Höhe von Fr. 54'298.90 geltend (Urk. 2/27).

2. Am 22. Oktober 2013 erhob die AXA Klage mit dem Rechtsbegehren, der Versicherte sei zu verpflichten, die erhaltenen Taggelder im Betrag von Fr. 37'592.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. Juni 2008 zurück zu zahlen sowie die Abklärungskosten von Fr. 16'392.-- zuzüglich Zins zu 5 % seit 28. Juni 2008 zu ersetzen, und es sei in der Betreuung Nr. 146655 des Betreibungsamtes D.____ der Rechtsvorschlag vom 30. März 2011 zu beseitigen (Urk. 1 S. 2). Der Versicherte beantragte in der Klageantwort vom 17. Februar 2014 die Abweisung der Klage (Urk. 9). In Replik (Urk. 19) und Duplik (Urk. 25) hielten die Parteien an den gestellten Anträgen fest.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG). Die Kantone können gestützt auf Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten in diesem Gebiet sachlich zuständig ist. Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das einfache Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO) und die Klage direkt beim Gericht anhängig zu machen ist (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6).

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben.

Das übrige Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend die ZPO sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).

1.2 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind dem Privatrecht zuzuordnen (BGE 124 III 46 E. 1a). Das Schweizerische Obligationenrecht (OR) gilt immer subsidiär, wenn das VVG, das hinsichtlich des Versicherungsvertrages zahlreiche vom OR abweichende oder dieses ergänzende Bestimmungen enthält, eine Frage nicht regelt (vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

1.3 Nach der allgemeinen Regel von Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) muss der Anspruchsteller den Beweis dafür erbringen, dass das versicherte Risiko eingetreten ist, aus dem er gegenüber dem Versicherer seinen Anspruch auf Versicherungsleistungen ableitet. Erscheint dem Versicherer die Schilderung des Anspruchstellers unglaubwürdig, hat er den Gegenbeweis anzutreten. Wegen der Schwere des Vorwurfs und der Rechtsfolgen sind an den Beweis der rechtsaufhebenden Tatsache hohe Ansprüche zu stellen (Jürg Nef, in: Honsell et al., Hrsg., Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, VVG, Basel 2001; nachfolgend VVG-Kommentar; Art. 40 Rz 56 ff. mit Hinweisen).

Versicherungsträger und Sozialversicherungsgerichte haben die Beweise frei, das heisst ohne Bindung an förmliche Beweisregeln, sowie umfassend und pflichtgemäss zu würdigen. Für das Beschwerdeverfahren bedeutet dies, dass das Sozialversicherungsgericht alle Beweismittel, unabhängig davon, von wem sie stammen, objektiv zu prüfen und danach zu entscheiden hat, ob die verfügbaren Unterlagen eine zuverlässige Beurteilung des streitigen Rechtsanspruches gestatten.

2.

2.1 In ihrer Klage vom 22. Oktober 2013 (Urk. 1) vertritt die Klägerin den Standpunkt, sie habe dem Beklagten bereits mit Schreiben vom 10. Juni 2008 mitgeteilt, dass sie die kollektive Krankentaggeldpolice gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend per 30. April 2007 aufhebe. Der Beklagte habe sich mit seinem Verhalten und seinen inhaltlich falschen Angaben über seinen Gesundheitszustand gegenüber den behandelnden Ärzten von diesen jeweils Arbeitsunfähigkeitszeugnisse ausstellen lassen, von denen er gewusst habe, dass sie nicht der Wahrheit entsprechen hätten. Diese inhaltlich unwahren Zeugnisse habe er durch seine Ärzte der Klägerin zustellen lassen, in der Absicht, sich damit von dieser nicht geschuldete Taggeldleistungen ausrichten zu lassen. Der Beklagte habe auch anlässlich der persönlichen Befragung vom 6. Juni 2008 falsche Angaben zum relevanten Gesundheitszustand und seiner Leistungsfähigkeit gemacht und damit die Auskunftspflicht im Sinne von Art. 39 VVG verletzt (Rz 38). Gemäss den klaren Worten der ausführlich begründeten Einstellungsverfügung sei es im Rahmen des Strafverfahrens bloss deshalb nicht zu einer strafrechtlichen Verurteilung gekommen, weil die Voraussetzungen der Arglist nicht erfüllt gewesen seien (Rz 42). Auch der zuständige Staatsanwalt sei aber von einer Täuschung der Klägerin durch den Beklagten ausgegangen (Rz 43). Vom 31. Mai 2007 bis 31. März 2008 habe die Klägerin dem Beklagten insgesamt Fr. 37'223.-- an Taggeldern ausbezahlt. Da die Leistungen betrügerisch erworben worden seien und der Vertrag deshalb mit Rückwirkung aufgehoben worden sei, stehe der Klägerin ein Rückforderungsrecht zu, welches sich auf sämtliche mit dem Vertrag in Zusammenhang stehende Leistungen und Aufwendungen erstrecke (Rz 51). Die durchgeführten Observationen seien nur tagsüber erfolgt und nur mittels Beobachtungen des öffentlichen Raums mit Hilfe von Foto- und Videokamera durchgeführt worden. Die Observationshandlungen seien somit als moderat einzustufen und hätten keine Eingriffe in die Persönlichkeit des Beklagten zur Folge gehabt (Rz 54). Der Anfangsverdacht habe sich daraus ergeben, dass gemäss dem IK-Auszug der Beklagte seit Januar 2005 kein AHV-pflichtiges Einkommen mehr gehabt habe. Sodann habe der ehemalige Arbeitgeber auf telefonische Nachfrage hin angegeben, er vermute, dass der Beklagte simulierte. Aufgrund dieses Hinweises und des Umstandes, dass der Beklagte von der Klägerin bis dahin keinerlei Taggeld erhalten habe, sei der Verdacht aufgekommen, der Beklagte könnte heimlich einer Tätigkeit nachgehen, was mit Hilfe eines Privatdetektivs habe abgeklärt werden müssen (Rz 56). Insbesondere da es sich bei den angegebenen Beschwerden um nicht objektivierbare Schulter- und Nackenschmerzen sowie psychische Beschwerden gehandelt habe, die durch medizinische Untersuchungen nicht bestätigt werden könnten, habe die

Glaubwürdigkeit der behaupteten Beschwerden nur anhand des Verhaltens des Beklagten im Alltag eingeschätzt werden können (Rz 57).

Replicando führte die Klägerin ergänzend aus, erst dank der Observationen sei es gelungen zu belegen, dass der Beklagte in seiner Freizeit äusserst aktiv gewesen sei, beschwerdefrei Auto gefahren sei, Sport getrieben und einen Intensiv-Deutschkurs besucht habe (Urk. 19 S. 3 Rz 4). Es sei zudem unzutreffend, dass sich der zweite Schadenfall auf dieselben Beschwerden wie der erste Schadenfall gestützt habe. Richtig sei vielmehr, dass beim zweiten Schadenfall eine neue Diagnose und eine veränderte medizinische Situation vorgelegen habe (Rz 5 und Rz 14-17). Die Taggelder habe sie trotz einiger Unregelmässigkeiten und dem Beginn der Observationen aus taktischen Gründen nicht sofort eingestellt (Rz 23). Im Arztbericht zur Fahreignungskontrolle vom 10. Januar 2007 habe das Strassenverkehrsamt festgehalten, dass keine medizinisch relevanten Erkrankungen oder Zustände beständen und sämtliche medizinischen Grundanforderungen ohne Auflage erfüllt seien. Dass sich der Gesundheitszustand des Beklagten zwischen Januar 2007 und April 2008 so erheblich verschlechtert haben sollte, sei äusserst unwahrscheinlich und werde auch nicht behauptet (Rz 39). Entgegen der Meinung des Beklagten sei die volle Arbeitsunfähigkeit nicht belegt (Rz 48). Dass er sich Ende 2010 für eine 100 % Stelle als Buschauffeur beworben habe, unterstreiche die Unglaubwürdigkeit seiner Aussagen (Rz 50).

2.2 Demgegenüber machte der Beklagte geltend, im Zeitpunkt des Vertragsschlusses mit der Klägerin sei er vollständig erwerbsunfähig gewesen (Urk. 9 S. 3 Zu II./1.1 unten). Sowohl beim ablehnenden Entscheid im Jahre 2006 als auch bei der Bejahung der Leistungspflicht im Jahre 2007 seien der Klägerin sämtliche Akten der Suva zur Verfügung gestanden (S. 5 f.). Die Klägerin habe dementsprechend aufgrund der Berichte von Dr. C.____ und Dr. E.____ sowie der Akten der Suva und insbesondere auch des A.____-Gutachtens gewusst, dass die Arbeitsunfähigkeit des Beklagten nicht nur vom Schleudertrauma hergerührt habe, sondern auch aufgrund einer psychischen Erkrankung bestanden habe (S. 6 Zu II./1.2). Es sei nicht nachvollziehbar, weshalb die Klägerin im Jahre 2007 ihre Leistungspflicht plötzlich bejaht habe, die Situation habe sich nämlich überhaupt nicht verändert (S. 7 Zu II./1.4). Auch der Staatsanwalt sei bei der Einstellung des Strafverfahrens zum Schluss gelangt, bei der im Jahre 2006 durch die Klägerin abgelehnten Leistungspflicht sei es rätselhaft, weshalb die Versicherung zirka ein Jahr später zu einer anderen Einschätzung habe gelangen können (S. 8). Das behauptete Telefongespräch mit dem früheren Arbeitgeber am 28. November 2007 beweise, dass die Klägerin misstrauisch gewesen sei. Es sei daher umso erstaunlicher, dass die Klägerin nur kurze Zeit später - als notabene auch die Observation schon gelaufen sei - erstmals Krankentaggeld ausbezahlt habe (S. 9 oben). Vorliegend habe es zudem an einem hinreichenden Anhaltspunkt beziehungsweise Anlass für die Observation gemangelt (S. 10). Angesichts der Dauer und Intensität der Überwachung und des Einsatzes von Spezialgeräten handle es sich um einen schweren Eingriff in die Persönlichkeitsrechte. Die Observationsergebnisse seien somit nicht verwertbar und es bestehe kein Anspruch auf Rückforderung der Observationskosten (S. 11 f.). Unabhängig von ihrer Verwertbarkeit beständen sodann gegenüber den Observationen diverse Einwendungen (S. 12 f. lit. a). An die Besprechung vom 6. Juni 2008 könne er sich nur noch vage erinnern. Er sei nicht deutscher Muttersprache und die Besprechung habe ohne Übersetzung stattgefunden. Es sei zudem lediglich sinngemäss protokolliert worden. Ob er die im Besprechungsprotokoll festgehaltenen Äusserungen demnach tatsächlich so gemacht habe, sei unklar, weshalb diesem nur schon aus diesem Grund mit grösster Vorsicht zu begegnen sei (S. 17 Zu II./1.6). Die sportliche Betätigung im Fitnesscenter sei ihm von verschiedenen Ärzten empfohlen und von Dr. C.____ im Rahmen der Akutbehandlung der Schleudertraumata ausdrücklich angeordnet worden. Er habe bei der Anmeldung im Fitnesscenter denn auch ausdrücklich auf seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen und die Arbeitsunfähigkeit hingewiesen (S. 20). Die vertrauensärztliche Untersuchung am 10. Januar 2007 sei nicht erfolgt, da er wieder als Taxifahrer oder Buschauffeur habe arbeiten wollen, sondern da er aufgrund seines Berufes Inhaber der obligatorischen Bewilligung zum berufsmässigen Personentransport sei und deshalb von Gesetzes wegen alle fünf Jahre zur Kontrolluntersuchung aufgeboten werde (S. 22 Zu II./1.7). Insgesamt seien die Voraussetzungen von Art. 40 VVG nicht erfüllt. Der Beklagte habe über seinen Gesundheitszustand und die daraus resultierende Arbeitsunfähigkeit weder seine Ärzte noch die Klägerin getäuscht (S. 24 Zu II./2.1-2.4).

Im Rahmen der Duplik (Urk. 25) führte der Beklagte ergänzend aus, hinsichtlich des A.____-Gutachtens sei zu berücksichtigen, dass die dem Gutachten zugrunde liegende Exploration am 17. Oktober 2006 und damit über ein Jahr vor der von der Klägerin veranlassten Observation stattgefunden habe. Er habe zudem nie bestritten, dass er Auto fahre, und habe auch immer geltend gemacht, dass er von den Einkünften seiner Frau und seinen Ersparnissen lebe (S. 4 f.). Die Behauptung, wonach im Jahre 2007 gegenüber dem Jahre 2006 vermehrt physische Beschwerden im Zentrum gestanden hätten, verfüge über keinerlei Grundlage und werde daher bestritten (S. 9). Wenn die Klägerin geltend mache, sie habe erst Krankentaggeld geleistet, als die Observation bereits gelaufen sei, räume sie selber ein, dass sie sich nicht in einem Irrtum befunden habe. Darauf sei sie zu behaften (S. 11).

3.

3.1 Vom 26. August bis 20. September 2004 war der Beklagte in der Rehaklinik F.____ hospitalisiert. In ihrem Austrittsbericht vom 31. Oktober 2004 diagnostizierten die Ärzte einen Status nach HWS-Distorsionsstrauma bei Autounfall am 29. Mai 2004 mit zervikozepalem und zervikospondylothem Schmerzsyndrom beidseits sowie einen Verdacht auf eine posttraumatische Belastungsstörung (Urk. 10/1 S. 1). Die formale neuropsychologische Untersuchung ergebe mässige bis deutliche Konzentrationschwierigkeiten mit Minderleistungen bei selbstgetakteten wie auch bei vorgegebenem Tempo in allen getesteten Bereichen. Die Befunde seien ihres Erachtens durch die psychische Situation des Patienten erheblich überlagert. Klinisch-psychologisch sei die psychovegetative Belastbarkeit deutlich herabgesetzt (S. 1 f.). Aufgrund der gezeigten

psychophysiologischen Belastbarkeit sei der Versicherte aus neuropsychologischer Sicht bis auf weiteres als Taxifahrer vollständig arbeitsunfähig (S. 2).

3.2 Am 9. Februar 2006 nannte der Hausarzt Dr. med. C.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und Rheumatologie, folgende Diagnosen (Urk. 10/10 Ziff. 3):

chronische Depression

chronisches zervikospondylogenes Syndrom bei Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma
Der Beklagte sei sowohl als Taxifahrer als auch in einer angepassten Tätigkeit vollständig arbeitsunfähig (Ziff. 5).

Es liegen zudem Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. C.____ bei den Akten, in welchen dieser eine vollständige Arbeitsunfähigkeit für die Zeiten vom 1. Januar 2006 bis 31. Juli 2006 und 1. bis 30. September 2006 (Urk. 2/6) sowie 1. Mai bis 31. Dezember 2007 und 1. Februar bis 30. September 2008 (Urk. 2/13) attestierte.

3.3 Dr. med. E.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, führte in seinem Bericht vom 24. April 2006 aus, der Beklagte klagt über Nackenschmerzen, Kopfschmerzen, Ohrensausen, Schwindel und Konzentrationsschwierigkeiten, Interessenverlust, Lärmempfindlichkeit und Stressintoleranz (Urk. 2/7 Ziff. 2). Es bestehe eine Anpassungsstörung sowie eine längere depressive Reaktion im Rahmen eines Schleudertraumas nach den Autounfällen vom 29. Mai sowie 25. September 2004 (Ziff. 3). Es liege eine 100% ige Arbeitsunfähigkeit als Taxifahrer vor, für eine den körperlichen Beschwerden angepasste Tätigkeit bestehe aus psychiatrischer Sicht eine Arbeitsunfähigkeit von zirka 15 % (Ziff. 5).

3.4 Im Rahmen des invalidenversicherungsrechtlichen Verfahrens wurde der Beklagte am 17. Oktober 2006 im Auftrag der Sozialversicherungsanstalt des Kantons Zürich, IV-Stelle, im Institut A.____ interdisziplinär untersucht. In ihrem Gutachten, welches gestützt auf die Anamnese, eigene internistische, psychiatrische und neurologische Untersuchungen sowie die vorhandenen und zusätzlich angeforderte Akten am 9. November 2006 erstattet wurde (Urk. 10/3 S. 1), diagnostizierten die verantwortlichen Ärzte als Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit Angst sowie eine depressive Störung, gemischt (Urk. 10/3 Ziff. 5.1). Als Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit nannten sie sodann (Urk. 10/3 Ziff. 5.2):

chronisches zervikozephalales Schmerzsyndrom

Status nach Autounfall mit HWS-Distorsionstrauma am 29. Mai 2004

Status nach Autounfall mit HWS-Distorsionstrauma am 25. September 2004

Kopfschmerzen, multifaktoriell bedingt:

im Rahmen des zervikozephalen Schmerzsyndroms

phänomenologisch Spannungstyp-Kopfweh mit migräniformen Elementen

aktuell Analgetika-induziert

Schmerzverarbeitungsstörung

Bezüglich der Arbeitsfähigkeit hielten die Ärzte fest, aufgrund der erhöhten Ängstlichkeit im Strassenverkehr bestehe aus psychiatrischer Sicht als Taxifahrer eine Arbeitsunfähigkeit von 20 %. Da sich diese Ängstlichkeit in den früheren Tätigkeiten als Maschinenmechaniker, Hilfsarbeiter und Lagerist nicht auswirke, bestehe dort keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Auch für andere Tätigkeiten ausserhalb des Strassenverkehrs bestehe keine Einschränkung der Arbeits- und Leistungsfähigkeit. Die Schmerzverarbeitungsstörung habe keinen Krankheitswert und schränke die Arbeitsfähigkeit nicht ein. Aus neurologischer Sicht liege lediglich ein chronisches zervikozephalales Schmerzsyndrom mit Spannungstypkopfweh ohne objektivierbare Befunde vor. Somit ergebe sich auch hier keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit. Weder aus internistischer noch anderweitiger somatischer Sicht würden sodann Befunde oder Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit vorliegen. Gesamtmedizinisch resultiere somit lediglich für die Tätigkeit als Taxifahrer eine Leistungseinbusse von 20 %. Sämtliche anderen Tätigkeiten ausserhalb des Strassenverkehrs seien dem Beschwerdeführer seit spätestens dem 17. Oktober 2006 vollschichtig zu 100 % zumutbar (Urk. 10/3 Ziff. 6.2 und 6.3). Es bestehe eine deutliche Diskrepanz zwischen der Beurteilung und der Selbsteinschätzung des Beschwerdeführers, welcher sich für gar nicht mehr arbeitsfähig halte (Urk. 10/3 Ziff. 6.4).

3.5 Am 22. Juni 2007 diagnostizierte Dr. C.____ ein zerviko-/ lumbospondylogenes Syndrom bei degenerativen Wirbelsäulenveränderungen, wobei die Lumbalgien seit Mai 2007 und die Zervikalgien seit Mai 2004 bestünden (Urk. 20/2 Ziff. 2.a-b). Seit dem 1. Mai 2007 bestehe eine vollständige Arbeitsunfähigkeit (Ziff. 4).

3.6 Der behandelnde Psychiater Dr. med. B.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, nannte in seinem Bericht vom 14. Oktober 2007 folgende Diagnosen (Urk. 2/12 S. 2):

nichtorganische Insomnie im Rahmen einer depressiven Episode mit/bei

chronischem zervikospondylogem /-zephalem Syndrom

Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma am 29. Mai 2005 und 25. September 2005

zervikogenem Schwindel/Visusstörungen

rezidivierender Zephalea

neuropsychologische Defizite

Der Beklagte klagt über Nackenschmerzen, gestörten Schlaf, rasche Ermüdbarkeit, Kopfschmerzen, Ohrensausen, Schwindel und Konzentrationsstörungen, Interesseverlust, Lärmempfindlichkeit, Stressintoleranz, Parästhesien sowie Gangunsicherheit (S. 2). Aus psychiatrischer Sicht sei der Gesundheitszustand besserungsfähig, gegebenenfalls könnte durch einen stationären psychosomatischen Rehabilitationsaufenthalt eine Verbesserung des somatischen und psychischen Befindens eingeleitet werden. Seines Erachtens sei zudem eine neurologische/neuropsychologische Untersuchung angezeigt (S. 3).

Bei den Akten liegen zudem Arbeitsunfähigkeitszeugnisse von Dr. B.____, in welchen eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % für die Zeit vom 1. Mai 2006 bis 17. Januar 2008 attestiert wurde (Urk. 2/10-11).

3.7 Dr. C.____ nannte in seinem Bericht vom 10. April 2008 folgende Diagnosen (Urk. 2/18 Ziff. 1):

chronisches zervikozephalales / spondylogenes Syndrom bei/mit

muskulärer Dysbalance

neuropsychologischen Defiziten
Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma
chronisches lumbospondylogenes Syndrom bei
degenerativen LWS-Veränderungen
reaktive Depression

Die Hals- und Lendenwirbelsäule sei in allen Richtungen zu 2/3 eingeschränkt, neurologische Ausfälle bestünden jedoch nicht (Ziff. 2). Der Beklagte sei 100 % arbeitsunfähig (Ziff. 5), eine Teilarbeitsfähigkeit sei aufgrund der verminderten Wirbelsäulen- und psychischen Belastbarkeit nicht zumutbar (Ziff. 6).

3.8 In seiner Stellungnahme vom 24. April 2008 hielt Dr. med. G.____, Medizinischer Dienst der Klägerin, fest, der Beklagte bewege sich frei, zügig und ohne jegliche Anhaltspunkte für Schwindel. In allen Videosequenzen zeigten sich normale, vollständige Bewegungsabläufe ohne irgendwelche Einschränkungen, der Versicherte könne problemlos und sicher Auto fahren (Urk. 2/19 Ziff. 1). Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Versicherte Schmerzen habe, aber sicher nur in einem Rahmen, der eine normale Arbeitsfähigkeit zumutbar erscheinen lasse (Ziff. 2). Der psychische Zustand könne aufgrund der Videoaufnahmen nicht abschliessend beurteilt werden, man gewinne aber nicht den Eindruck eines schwer depressiven Patienten (Ziff. 3). Aufgrund des Freizeitverhaltens bestehe aus seiner Sicht selbst im angestammten Beruf eine volle Arbeitsfähigkeit (Ziff. 4).

3.9 Am 26. Juni 2012 bestätigte Dr. C.____ die Diagnose eines chronischen zervikospondylogenen Syndroms bei Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma. Der Beklagte stehe weiterhin unter ärztlicher Behandlung mit medikamentöser Therapie und führe im Rahmen der Akutbehandlung der Schleudertraumata eine dem Leiden angepasste aktive medizinische Trainingstherapie in einem Fitnesscenter durch (Urk. 10/16).

3.10 Mit Schreiben vom 2. November 2012 (Urk. 10/15) führte Dr. med. H.____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Therapiezentrum I.____, aus, der Beklagte habe sich vom 17. Mai 2006 bis 21. Dezember 2009 in ihrer psychotherapeutischen Behandlung befunden, am 18. Juli 2012 sei eine weitere Sitzung erfolgt. Als Diagnosen nannte Dr. H.____ folgende:

nichtorganische Insomnie im Rahmen einer depressiven Episode mit/bei
chronischem zervikospondylogem/ -zephalem Syndrom
Status nach zweimaligem HWS-Distorsionstrauma
zervikogenem Schwindel/Visusstörungen
rezidivierender Zephalea
neuropsychologische Defizite

Der Beklagte habe die therapeutischen Sitzungen zuverlässig wahrgenommen und sich stets bemüht, die ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen maximal zu nutzen, was sich auf die Therapie positiv ausgewirkt und zu einem über einen längeren Zeitraum stabilen Therapieverlauf beigetragen habe. Nichts desto trotz sei es immer wieder zu kurzen Krisen beziehungsweise Verschlechterungen gekommen, meist in Verbindung mit körperlichen Beschwerden und deutlichen Einschränkungen (S. 1). Sie hätten den Beklagten dazu ermutigt, diverse körperliche Aktivitäten in seinen Tagesablauf zu integrieren und ihm im Sinne einer Konfrontation mit seinen angstausslösenden Körperwahrnehmungen nahegelegt, sich im Rahmen seiner Möglichkeiten sportlich zu betätigen (S. 2).

4.

4.1 Die Klägerin liess den Beklagten im Zeitraum vom 29. November bis 21. Dezember 2007 sowie vom 26. März bis 14. April 2008 observieren (Urk. 2/16 sowie die bei den Akten liegende DVD, Urk. 2/17). Dabei wurde der Beklagte an jeweils elf Tagen beobachtet, wobei jedoch an insgesamt acht Tagen (6./7./13./17./21. Dezember 2007; 7./9./11. April 2008) lediglich die Präsenz des Fahrzeuges überprüft wurde (vgl. Urk. 2/16).

An insgesamt zehn Tagen wurde der Beklagte beim Autofahren beobachtet (30. November sowie 3./5. Dezember 2007; 26./27./28. März sowie 3./8./10./12./14. April 2008), wobei es sich mit Ausnahme einer Fahrt nach J.____ am 14. April 2008 bei allen Fahrten um kurze Strecken handelte. Beim Einsteigen ins Auto konnten jeweils keine körperlichen Einschränkungen festgestellt werden, der Beklagte drehte den Kopf schwingvoll nach rechts beziehungsweise links, ohne entsprechende Einschränkungen oder sichtbares Schmerzempfinden. Weiter konnte der Beklagte beim Ausräumen beziehungsweise Tragen von Taschen (30. November sowie 18. Dezember 2007) und eines Tisches (18. Dezember 2007) sowie beim Leeren des Briefkastens (18./19. Dezember 2007) beobachtet werden. Am 29. März 2008 wurde der Beklagte beim Wechseln der Autopneus sowie am 10. April 2008 beim Coiffeurbesuch beobachtet. Am 28. März sowie 14. April 2008 trainierte der Beklagte gemäss den Beobachtungen im Observationsbericht jeweils im Fitnesscenter K.____.

4.2 Die Aufdeckung respektive Verhinderung von Versicherungsbetrug mittels Observationen ist sowohl im Privat- als auch im Sozialversicherungsrecht praxismässig zulässig und die damit verbundene Persönlichkeitsverletzung (vgl. Art. 28 ZGB) gerechtfertigt (BGE 135 I 169 E. 5.5). Vorausgesetzt ist, dass das Interesse an der Verhinderung missbräuchlicher Inanspruchnahme von Versicherungsleistungen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit überwiegt (BGE 136 III 410 E. 2.2.3 mit Hinweisen).

Vorliegend richtete die Klägerin aufgrund der gemeldeten Arbeitsunfähigkeit über längere Zeit Taggelder aus (Urk. 2/31). Dabei war nicht absehbar, dass in voraussichtlich kurzer Zeit keine Taggeldleistungen mehr beansprucht würden, nachdem die ärztlich gestellten Prognosen stets ungünstig waren.

Für die Begründung der Notwendigkeit einer Observation stützte sich die Klägerin insbesondere auf zwei Verdachtsmomente: Einerseits das fehlende Einkommen des Beklagten seit dem Jahre 2005, andererseits einen Hinweis des früheren Arbeitgebers (vgl. vorstehend E. 2.1). Aus dem A.____-Gutachten ergibt sich jedoch, dass der Beklagte von Juni 2004 bis Dezember 2005 Taggelder der Suva erhielt (Urk. 10/3 S. 7) und

zusätzlich von seiner Ehefrau sowie seiner Mutter finanziell unterstützt wurde (Urk. 10/3 S. 8). Im Zeitpunkt der A.____-Begutachtung lebte der Beklagte sodann vom Lohn seiner Ehefrau (Urk. 10/3 S. 13). Nachdem die Klägerin nicht geltend macht - und im Übrigen auch keine Hinweise dafür vorliegen -, dass der Beklagte über finanzielle Mittel verfügte, welche diese Angaben in Frage gestellt hätten, begründet das fehlende eigene Einkommen des Beklagten noch keinen genügenden Betrugsverdacht. Ebenso wenig genügen die vom früheren Arbeitgeber am 28. November 2007 gemachten Äusserungen als Anhaltspunkt, um eine Observation einzuleiten. Die Vermutung des früheren Arbeitgebers - bei welchem der Beklagte seit zwei Jahren nicht mehr angestellt war -, der Beklagte fahre wieder Auto (Urk. 2/14), wurde von diesem bereits im Rahmen der A.____-Begutachtung offengelegt (vgl. Urk. 10/3 S. 7 und 8).

Ob durch die Observation die Privat- respektive Geheimsphäre des Beklagten - wie von diesem geltend gemacht - verletzt wurde, kann jedoch offen bleiben, nachdem wie nachfolgend zu zeigen ist, keine Täuschung im Sinne von Art. 40 VVG vorliegt.

5.

5.1 Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen oder hat er die ihm nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht, so ist der Versicherer gemäss Art. 40 VVG gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden.

5.2 Die Erfüllung des Tatbestandes nach Art. 40 VVG setzt neben dem täuschenden Verhalten (objektive Seite) eine Täuschungsabsicht (subjektive Seite) voraus. Es geht um die Irreführung des Versicherers mit Wissen und Wollen (also mit Vorsatz) des Anspruchsberechtigten. Der Nachweis eines bestimmten Wissens, einer bestimmten Absicht ist naturgemäss schwierig zu erbringen, handelt es sich dabei doch um ein innerpsychisches Phänomen, das sich in der Regel einem direkten Beweis entzieht. Die Lösung führt über eine wertende Analyse aller Umstände und Indizien des Sachverhaltes, die Schlüsse auf die Motive des Anspruchstellers zulassen (VVG-Kommentar, Art. 40 Rz 61).

5.3 Für den Nachweis der vermuteten Täuschung veranlasste die Klägerin Ende des Jahres 2007 eine Observation des Beklagten (vgl. vorstehend E. 4.1).

Die in der Folge belegte Tatsache, dass der Beklagte wiederholt Auto gefahren ist, räumte dieser bereits im Rahmen der im invalidenversicherungsrechtlichen Verfahren durchgeführten A.____-Begutachtung ein. Damals gab er gegenüber dem internistischen Gutachter an, er besitze einen BMW, welchen er regelmässig für kürzere Strecken benutze (Urk. 10/3 S. 7). Während der psychiatrischen Untersuchung führte er ergänzend aus, er fahre noch Auto, fühle sich jedoch bei hohem Verkehrsaufkommen unwohl und habe Angst, erneut einen Verkehrsunfall zu erleiden (Urk. 10/3 S. 8 und 10). Dass der Beklagte einmal, am 14. April 2008, eine längere Strecke nach J.____ gefahren ist, vermag noch keine Täuschungsabsicht zu beweisen.

Anlässlich der Besprechung vom 6. Juni 2008 erklärte der Beklagte, er mache keinen Sport mehr, vor dem Unfall habe er Fussball, Basketball und Fitness betrieben, seit dem Unfall nicht mehr (Urk. 2/10 Ziff. 15). Dies ist als Täuschungsversuch zu werten, nachdem der Beklagte zweimal, am 28. März sowie 14. April 2008 beim Training in einem Fitnesscenter beobachtet werden konnte (vgl. vorstehend E. 4.1). Dass der Beklagte seit Februar 2006 regelmässig im Fitnesscenter trainiert hat, ist indessen unbestritten. Dabei ist zu beachten, dass er anlässlich der Anmeldung im Fitnesscenter am 31. Januar 2007 auf die bestehenden Beschwerden, insbesondere die Schleudertraumata, Knieoperationen und den Schwindel, hingewiesen hat. Gleichzeitig vermerkte er auf dem Anmeldeformular auch, dass sein Arzt mit dem vorgesehenen Training einverstanden sei (Urk. 2/22 S. 1). Dies deckt sich mit den Ausführungen von Dr. C.____ sowie Dr. H.____, wonach dem Beklagten eine dem Leiden angepasste aktive medizinische Trainingstherapie beziehungsweise diverse körperliche Aktivitäten empfohlen worden seien (vgl. vorstehend E. 3.9-10). Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass der Beklagte mit dem Verschweigen dieser Tatsache anlässlich der Besprechung vom 6. Juni 2008 seine Aussichten auf weitere Taggeldzahlungen erhöhen wollte. Dass er dabei jedoch bewusst in der Absicht handelte, von der Beklagten zu Unrecht Taggelder zu erhalten, bleibt eine Unterstellung, die nicht bewiesen werden kann. Es kann vielmehr nicht vollständig ausgeschlossen werden, dass der Beklagte das Fitnessstraining tatsächlich als von den Ärzten empfohlene medizinische Massnahme verstand und nicht als Sport, wie er ihn vor den Unfällen betrieb.

Auch die Tatsache, dass der Beklagte im Rahmen der Fahreignungsprüfung im Januar 2007 seine gesundheitlichen Probleme unterschlug, beweist keine Täuschung gegenüber der Klägerin. Viel plausibler ist es, dass der Beklagte einen späteren Wiedereinstieg in seine angestammte Tätigkeit als Taxifahrer nicht gefährden wollte, nachdem die erneute Erlangung der entsprechenden Bewilligung nur durch wiederholtes Ablegen von Prüfungen in Theorie und Praxis möglich und damit mit einem finanziellen wie auch zeitlichen Aufwand verbunden ist. Die Hoffnung, irgendwann einmal wieder Taxi fahren zu können, äusserte er denn auch bereits gegenüber dem neurologischen Gutachter des Instituts A.____ (Urk. 10/3 S. 13).

Eine Täuschung kann dem Beklagten auch betreffend den Deutschkurs nicht vorgeworfen werden, da er anlässlich der Besprechung am 6. Juni 2008 den Besuch dieses Kurses von sich aus offen legte (Urk. 2/10 Ziff. 14).

Insgesamt liegen für die Bejahung einer subjektiven Täuschungsabsicht zu wenig Anhaltspunkte vor: Weder wurde der Beklagte tatsächlich beim Arbeiten beobachtet, noch lässt sich sein Verhalten dahingehend interpretieren, dass er bewusst in der Absicht handelte, von der Klägerin ungerechtfertigt Taggelder zu erhalten. Dabei ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass zwischen der eigenen Einschätzung einer versicherten Person betreffend Arbeitsfähigkeit und jener der Ärzte und Gutachter regelmässig eine grosse Diskrepanz besteht. Dass die behandelnden Ärzte oft auf die subjektiven Angaben der Patienten abstellen, ist gerichtsnotorisch und lässt sich insbesondere bei nicht objektivierbaren Beschwerden nicht vermeiden. Nur aufgrund der Tatsache, dass die subjektiven Angaben nicht mit der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit

übereinstimmen, kann jedoch noch keine Täuschungsabsicht konstruiert werden. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass sich weder in den Arztberichten noch im A.____-Gutachten Hinweise auf eine Aggravation oder gar Simulation finden. Der psychiatrische Gutachter hielt vielmehr ausdrücklich fest, es liege kein deutliches Rentenbegehren vor (Urk. 10/3 S. 9 Ziff. 4.1.3).

5.4 Führen die von Amtes wegen vorzunehmenden Abklärungen die Verwaltung oder das Gericht bei pflichtgemässer Beweiswürdigung zur Überzeugung, ein bestimmter Sachverhalt sei als überwiegend wahrscheinlich zu betrachten und es könnten weitere Beweismassnahmen an diesem feststehenden Ergebnis nichts mehr ändern, so ist auf die Abnahme weiterer Beweise zu verzichten (antizipierte Beweiswürdigung). In einem solchen Vorgehen liegt kein Verstoß gegen das rechtliche Gehör gemäss Art. 29 Abs. 2 BV (BGE 124 V 90 E. 4b; 122 V 157 E. 1d).

Es ist nicht ersichtlich, inwiefern eine weitere Beweisabnahme (Beizug der strafrechtlichen sowie unfallversicherungsrechtlichen Akten, Zeugeneinvernahme) zu einem anderen Resultat führen könnte, weshalb auf weitere Abklärungen ohne weiteres verzichtet werden kann.

5.5 Zusammenfassend lässt sich aufgrund des Verhaltens des Beklagten keine Täuschungsabsicht nachweisen, womit die Voraussetzungen für eine Vertragskündigung gestützt auf Art. 40 VVG nicht gegeben sind. Dementsprechend fällt auch eine Rückforderung der Observationskosten ausser Betracht.

Die Klage ist damit abzuweisen. Bei dieser Rechtslage kann im Übrigen offen bleiben, wie die geltend gemachten Rückforderungsansprüche rechtlich zu qualifizieren sind.

6.

6.1 Gemäss Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos. Zu den Prozesskosten gehören die Gerichtskosten und die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Prozessentschädigung an die Gegenpartei (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen 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).

6.2 Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Das zürcherische Ausführungsgesetz zur ZPO, das Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess (GOG), enthält keine für das Sozialversicherungsgericht anwendbare Tarifbestimmung (vgl.

7. Titel des GOG). Dasselbe gilt für die Verordnung über die Anwaltsgebühren (LS 215.3). Diese regelt ausdrücklich nur die Parteientschädigungen vor den Schlichtungsbehörden, den Zivilgerichten und den Strafbehörden. Die Bemessung der Parteientschädigung richtet sich somit nach § 34 GSVGer sowie den §§ 1, 5 und 7 der Verordnung über die Gebühren, Kosten und Entschädigungen vor dem Sozialversicherungsgericht (GebV SVGer). Gemäss § 34 Abs. 3 GSVGer ist die Höhe der gerichtlich festzusetzenden Entschädigung nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens, jedoch ohne Rücksicht auf den Streitwert festzusetzen.

Ausgangsgemäss hat der obsiegende, anwaltlich vertretene Beklagte gestützt auf § 34 GSVGer Anspruch auf eine Prozessentschädigung. Unter Berücksichtigung der genannten Kriterien sowie des gerichtlichen Stundenansatzes von Fr. 200.-- ist diese auf Fr. 5'500.-- (inkl. Mehrwertsteuer und Barauslagen) festzusetzen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Die Klägerin wird verpflichtet, dem Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 5'500.-- (inkl. Barauslagen und MWSt) zu bezahlen.
4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Y.____

Rechtsanwältin Nicole Fässler

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

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

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

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

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin

Mosimann Kübler-Zillig