

Sozialversicherungsgericht
des Kantons Zürich

KK.2015.00005

II. Kammer

Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender

Sozialversicherungsrichter Bachofner

Ersatzrichterin Romero-Käser

Gerichtsschreiberin Tiefenbacher

Urteil vom 1. April 2016

in Sachen

X.____

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Tomas Kempf

Flum Schlegel Kempf Rechtsanwälte

Webernstrasse 5, 8610 Uster

gegen

Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG

Dufourstrasse 40, 9001 St. Gallen

Sachverhalt:

1.

1.1 Die Y.____ und X.____ schlossen am 26./27. März 2012 einen Arbeitsvertrag per 1. April 2012 ab (Urk. 8/K21a = Urk. 2/2). Die Y.____ schloss sodann bei der „nationale suisse“ (Schweizerische National-Versicherungsgesellschaft AG, nachstehend: National) eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung mit Vertragsbeginn am 2. Mai 2012 ab (Urk. 8/Register 4/„Police 1“ Nr. Z.____). X.____ stellte am 2. Mai 2010 (richtig: 2012) den Antrag auf Aufnahme in die kollektive Krankentaggeldversicherung (Urk. 8/Register 4/„Police 2“ = Urk. 2/6). Am 16. Juni 2012 reichte sie die Anmeldung auf Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit ein (Urk. 8/Register 6/KM1 = Urk. 2/13), wobei sie eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % vom 7. bis 30. Mai und vom 5. bis 24. Juni 2012 meldete (Ziff. 3). Daraufhin erbrachte die National Taggeldleistungen (Urk. 8/Register 3/TG1-10 = Urk. 2/15).

1.2 Die National erklärte mit Schreiben vom 12. Juli 2013 ihren Rücktritt von der Versicherung per Datum des Schadenfalles, dem 7. Mai 2012, und forderte Fr. 64'368.30 zurück, dies gegenüber der Y.____ (Urk. 8/K22) und gegenüber X.____ (Urk. 8/K23). Am 22. Dezember 2014 setzte sie den Betrag in Betreibung (Urk. 8/Register 3/SchKG3); am 7. Januar 2015 wurde der Zahlungsbefehl zugestellt (Urk. 8/Register 3/SchKG4).

2. X.____ erhob am 31. Januar 2015 Klage gegen die National und stellte die folgenden materiellen Rechtsbegehren (Urk. 1 S. 2 oben):

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 58'710.75 nebst Zins zu 5 % ab 1. November 2013 zu bezahlen;

Es sei das Betreibungsamt A.____ anzuweisen, die von der Beklagten gegen die Klägerin eingeleitete Betreibung Nr. B.____ im Betreibungsregister zu löschen.

Die National erstattete am 13. April 2015 die Klageantwort und stellte folgende Rechtsbegehren (Urk. 7 S. 2 oben):

Es sei die Klage vom 31. Januar 2015 vollumfänglich abzuweisen.

Widerklageweise sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten Fr. 61'150.-- nebst Zins zu 5 % ab dem 24. April 2013 zu bezahlen.

Die Klägerin erstattete am 6. Juli 2015 die Replik (Urk. 12). Die Beklagte und Widerklägerin - nunmehr die Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG - erstattete am 29. September 2015 die Duplik (Urk. 16), die am 19. Oktober 2015 der Klägerin zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 17).

3. Das invalidenversicherungsrechtliche Verfahren der Klägerin (Nr. IV. _____) wurde mit Urteil vom heutigen Tag erledigt.

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). Das Bundesgericht subsumiert kollektive Krankentaggeldversicherungen wie alle weiteren Taggeldversicherungen in ständiger Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung (BGE 138 III 2 E. 1.1). 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).

1.2 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1). Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten, wobei sich der Vertragsinhalt betreffend die Zusatzversicherungen regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

1.3 Die Vertragsbedingungen (AVB) für die Kollektiv-Krankentaggeldversicherung, Ausgabe G 03, der Beklagten (Urk. 8/Register 4/AVB = Urk. 2/4) enthalten unter anderem folgende Bestimmungen:

A2 Anzeigepflichtverletzung während des Vertragsabschlusses

Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrentatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist die Gesellschaft berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam.

...

Wird der Vertrag durch Kündigung wegen einer Anzeigepflichtverletzung aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht der Gesellschaft für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrentatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat die Gesellschaft Anspruch auf Rückerstattung.

A3 Begriffsbestimmungen

...

Arbeitsunfähigkeit

die durch eine Beeinträchtigung der körperlichen, geistigen oder psychischen Gesundheit bedingte, volle oder teilweise Unfähigkeit, im bisherigen Beruf zumutbare Arbeit zu leisten. Bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Monaten wird auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt.

Den Grad der Arbeitsunfähigkeit der versicherten Person bestimmt die Gesellschaft aufgrund der durch einen Arzt bescheinigten Arbeitsunfähigkeit. Bei der Beurteilung der Arbeitsunfähigkeit ist nur die Einschränkung in Bezug auf die bisher ausgeübte Tätigkeit von Bedeutung, nicht aber die medizinisch-theoretische Einschränkung einer körperlichen Funktion.

C1 Taggeld

Die Gesellschaft vergütet für jeden Kalendertag bei einer festgestellten Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % ein dem Grad der Arbeitsunfähigkeit entsprechendes Taggeld.

D1 Obliegenheiten

...

Der Versicherungsnehmer und der Versicherte haben alles zu unternehmen, um die Dauer der Arbeitsunfähigkeit so kurz wie möglich zu halten (Minderungspflicht im Versicherungsfall). Der Versicherte hat insbesondere bei voraussichtlich dauernder voller oder teilweiser Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit eine allfällig verbleibende Erwerbsfähigkeit zu verwerten, auch wenn dies einen Berufs- und/oder Stellenwechsel zur Folge hat. Dazu setzt ihm die Gesellschaft eine angemessene Frist.

Bei Verletzung einer Obliegenheit ist die Gesellschaft befugt, die Versicherungsleistungen vorübergehend oder dauernd zu kürzen oder in schwerwiegenden Fällen zu verweigern.

1.4 Gemäss Art. 39 Abs. 1 VVG muss der Anspruchsberechtigte auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die unter anderem zur Feststellung der Folgen des eingetretenen Ereignisses dienlich sind.

Unter dem Titel „betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs“ hält Art. 40 VVG fest, dass der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden ist, wenn dieser Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat oder die ihm nach Massgabe von Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat.

1.5 In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen wahrheitswidrig darstellt, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben. Es genügt dabei ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers bewirken kann. Unter Art. 40 VVG fällt unter anderem das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen. Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, 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 (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.1).

1.6 Die Rechtsfolge einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs besteht darin, dass der Versicherer „an den Vertrag nicht gebunden“ ist. Er kann somit seine Leistung verweigern und vom Vertrag zurücktreten. Die letztere Möglichkeit - Rücktritt vom Vertrag - besteht indes nur gegenüber dem betrügerischen Anspruchsberechtigten, der gleichzeitig Versicherungsnehmer, also Vertragspartner des Versicherers ist. Gegenüber einer versicherten Drittperson die nicht Vertragspartei ist - steht ein Rücktritt vom Vertrag nicht zur Disposition. Ist die versicherte Drittperson Anspruchsberechtigte und hat sie ihren Versicherungsanspruch nach Art. 40 VVG betrügerisch begründet, steht dem Versicherer einzig das Recht auf Verweigerung der Leistung zu (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.2).

1.7 Das Verfahren richtet sich nach der ZPO, wobei das vereinfachte Verfahren zur Anwendung gelangt (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Das Gericht darf einer Partei nicht mehr und nichts anderes zusprechen, als sie verlangt, und nicht weniger, als die Gegenpartei anerkannt hat (Art. 58 ZPO). Es stellt den Sachverhalt von Amtes wegen fest (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO), erhebt von Amtes wegen Beweis (Art. 153 i.V.m. Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO) und bildet seine Überzeugung nach freier Würdigung der Beweise

(Art. 157 ZPO).

1.8 Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990 in: Praxis 80/1991, Nr. 230, E. 3b).

Den Versicherer trifft unter anderem die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen, etwa wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs. In Abweichung vom Regelbeweismass des strikten Beweises ist dabei der Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit gefordert (Urteil des Bundesgerichts 4A_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.3).

2.

2.1 Als die Beklagte am 12. Juli 2013 die Taggeldzahlungen einstellte (sowie vom Vertrag zurücktrat und Leistungen zurückforderte), führte sie folgende Begründung an (Urk. 8/K22-23): Der Klägerin werde noch immer eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert und gemäss den medizinischen Unterlagen leide sie an starken Schmerzen, welche eine Arbeit verunmöglichten, könne keine Lasten heben und nichts tragen; Gehen sei nur unter grösster Mühe und für kurze Strecken möglich. Ermittlungen der Spezialabteilung hätten nun aber ergeben, dass die Angaben der Klägerin im klaren Widerspruch zu den gemachten Feststellungen lägen. Es lägen unter anderem Angaben vor, wonach die Klägerin längere Fussmärsche, Einkäufe und Reinigungsarbeiten ohne Probleme verrichte (S. 1). Aufgrund dessen müsse die Beklagte davon ausgehen, dass die Klägerin ihre körperlichen Beschwerden übertrieben, wenn nicht gar simuliert, und dadurch einen ungerechtfertigten Anspruch geltend gemacht habe (S. 1 unten).

2.2 Die Klägerin führte zur Begründung der Klage (Urk. 1) unter anderem aus, auf das von der Beklagten eingeholte Gutachten könne aus bestimmten Gründen nicht abgestellt werden (S. 7 f. Ziff. 6), es sei auf ein von der Invalidenversicherung eingeholtes polydisziplinäres Gutachten abzustellen, wonach in der angestammten Tätigkeit eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % bestehe (S. 8 f. Ziff. 7). Schliesslich sei aus den Unterlagen nicht ersichtlich, weshalb die Beklagte eine Überwachung veranlasst habe; das von ihr eingeholte Gutachten genüge nicht, um einen konkreten ‚Anfangsverdacht‘ anzunehmen, (S. 10 f.). Es bestehe weiterhin eine volle Arbeitsunfähigkeit und damit Anspruch auf noch verbleibende 371 Taggelder (S. 10 Ziff. 8).

In der Replik (Urk. 12) führte sie ferner aus, das von der Beschwerdegegnerin eingeholte Gutachten sei mangelhaft (S. 7 ff. Ziff. 7). Das polydisziplinäre Gutachten, in welchem eine Arbeitsfähigkeit von 80 % in angepasster Tätigkeit attestiert worden sei, datiere (erst) vom März 2014; zudem wäre ihr gemäss lit. D1 AVB eine Frist für einen Berufswechsel anzusetzen gewesen (S. 12 f.).

2.3 Die Beklagte stellte sich in der Klageantwort (Urk. 7) auf den Standpunkt, auf die hausärztlich attestierte Arbeitsunfähigkeit sei nicht abzustellen (S. 3 unten). Indem die Klägerin nicht auf der Suche nach einer leidensangepassten Tätigkeit sei und eine vorgeschlagene Operation abgelehnt habe, habe sie ihre Schadenminderungspflicht gemäss lit. D1 AVB verletzt (S. 4). Grund für die zwischen dem 6. und 24. Juni 2013 an drei Tagen erfolgte Observation seien bestimmte Feststellungen (vgl. S. 10 f.) im von ihr eingeholten Gutachten gewesen (S. 6), was den Anforderungen der Rechtsprechung (BGE 137 I 327 E. 5.4.2.1) genüge (S. 6 Mitte). Sodann seien die Observationsergebnisse medizinisch geprüft und gewürdigt worden (S. 7).

Die Klägerin habe wahrheitswidrig ihre Beschwerden dargestellt, so zumindest ihre gesundheitlichen Störungen aggraviert, wenn nicht gar simuliert, und somit eine Leistung erschlichen. Damit sei der Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt, was den Rücktritt vom Vertrag rechtfertige (S. 8). Die Beklagte bestreite nicht, dass bei der Klägerin medizinisch objektivierbare Degenerationen und Krankheiten der Wirbelsäule bestünden, aber sie bestreite, dass diese Befunde die Klägerin im behaupteten Masse einschränkten (S. 9).

Im von der Klägerin angeführten Gutachten werde nebst einer vollen Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit eine Arbeitsfähigkeit von 80 % in angepassten Tätigkeiten attestiert. Da die Klägerin gehalten wäre, ihre Resterwerbsfähigkeit zu verwerten, würde damit die gemäss lit. C1 AVB minimale Arbeitsunfähigkeit von 25 % nicht erreicht (S. 15 unten).

3.

3.1 Laut Kreisarztbericht vom 26. August 2010 (Urk. 8/M1) erlitt die Klägerin am 6. April 2010 einen Treppensturz, worauf am 7. April 2010 eine Beckenkontusion diagnostiziert wurde (S. 1 Ziff. 2). Das aktuelle Körpergewicht wurde mit 80 kg angegeben (S. 2 Ziff. 4). Der Kreisarzt attestierte am 26. August 2010 weiterhin eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % als Reinemachefrau (S. 3 oben).

3.2 Laut Bericht der Oberärztin der Frauenklinik des Spitals A.____ vom 3. September 2012 (Urk. 8/M3) wurde die Klägerin am 7. und 8. Mai 2012 stationär behandelt (Einleitung eines Spätaborts wegen schwerer cerebellärer Fehlbildung); aktuell bestehe von gynäkologischer Seite keine Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung mehr (S. 2 Mitte).

3.3 Am 10. September 2012 berichteten Ärzte der Wirbelsäulensprechstunde der C.____ über ihre am 4. September 2012 erfolgte Untersuchung der Klägerin (Urk. 8/M5). Sie nannten als Diagnose eine chronifizierte Lumbago mit fraglicher Radikulopathie, Differentialdiagnose (DD) L4/5 bei Sturz von einer Leiter im April 2010 (S. 1 Mitte) und führten unter anderem aus, bei der Patientin bestehe ein Status nach genanntem Sturz von einer Leiter. Seit einem Abort im April 2012 beklage die Patientin erneut lumbale Rückenschmerzen mit Ausstrahlung in den linken Ober- und Unterschenkel (S. 1). Bildgebend habe eine ausgeprägte Segmentdegeneration L4/5 nachgewiesen werden können. Es werde eine Fazettengelenksinfiltration empfohlen; ansonsten müsste eine Spondylodese diskutiert werden. Die Patientin wünsche dies mit ihrer Hausärztin zu besprechen (S. 2 oben).

3.4 Am 4. Oktober 2010 wurde die Klägerin in der Hüftsprechstunde der C.____ untersucht, worüber am 10. April 2013 berichtet wurde (Urk. 8/M15). Dabei wurde unter anderem festgehalten, die Patientin habe zuvor als Reinigungskraft gearbeitet und sei aktuell zu 100 % arbeitsunfähig (S. 1 unten).

3.5 Am 9. Januar 2013 erfolgte die Fazettengelenksinfiltration (Urk. 8/M7).

Die Hausärztin Dr. med. D.____, Fachärztin für Allgemeine Innere Medizin, führte in ihrem Bericht vom 1. März 2013 (Urk. 8/M8) aus, gemäss Patientin habe die Infiltration keine Besserung bewirkt (Ziff. 2); sie sehe die Patientin regelmässig monatlich (Ziff. 4).

Im Bericht über die Untersuchung vom 8. März 2013 in der Wirbelsäulensprechstunde (Urk. 8/M10) wurde ebenfalls ausgeführt, die Infiltration habe nicht wirklich geholfen. Die Patientin sei als Reinigungskraft seit Mai 2012 nicht arbeitsfähig (S. 1).

3.6 Am 24. April 2013 erstattete Dr. med. E.____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin und für Rheumatologie, ein Gutachten im Auftrag der Beklagten (Urk. 8/M16). Er stützte sich auf die ihm überlassenen Akten (S. 3 ff.), die Angaben der Versicherten (S. 11 ff.) und die von ihm am 8. April 2013 (S. 1) erhobenen Befunde (S. 17 ff.), darunter ein aktuelles Körpergewicht von 67 kg (S. 17 Ziff. 3.1).

Die Versicherte habe angegeben, bis Mai 2012 sei sie immer gesund gewesen. Der Sturz von einer Leiter am

6. April 2010 mit mehrmonatiger Arbeitsunfähigkeit wegen Rückenbeschwerden werde so nicht akzeptiert und als banal bezeichnet; an Physiotherapie könne sie sich nicht erinnern (S. 11 unten). Zum Tagesablauf habe sie berichtet, am Morgen könne sie sich nicht bewegen und müsse zuerst 30 Minuten sitzen, bis sie aufstehe (S. 12 f.). Das Frühstück werde meist durch den Ehemann zubereitet, der auch die beiden älteren Kinder in den Kindergarten bringe und dort am Mittag hole. Im Haushalt mache sie nicht viel, fast nichts, könne nicht tragen und nicht bügeln. Auch gehe der Ehemann einkaufen. Die Wohnung verlasse sie kaum alleine, vielleicht 20 Meter, gehe mit den Kindern nach draussen, so dass diese vor dem Haus spielen könnten. Am Abend koche der Ehemann eine richtige Mahlzeit, wobei sie ihm dabei etwas helfe. Am Wochenende gehe die Familie gelegentlich am See spazieren, jedoch nicht lange, so dass es für sie nicht zu viel sei. Auch gehe das Ehepaar gelegentlich mit den Kindern ins Kino. Ferien habe das Ehepaar letztmals im Sommer 2012 in F.____ verbracht, wie lange, wisse die Versicherte nicht, vielleicht zwei oder drei Wochen (S. 13).

In seiner Beurteilung führte der Gutachter unter anderem aus, es sei nicht in Erfahrung zu bringen gewesen, wie lange die Versicherte jeweils im Zusammenhang mit den Geburten und Aborten arbeitsunfähig gewesen sei und wie lange sie jemals wirklich vollzeitig am Stück gearbeitet habe; sie habe eine entsprechende Aufstellung in Aussicht gestellt, ihr Ehemann dies dann aber abgelehnt (S. 22 Mitte). Der konstant hohe, durch keine Massnahmen signifikant beeinflussbare Dauerschmerz spreche für eine Schmerzverarbeitungsstörung. Zudem wiesen die signifikant vorhandenen nicht-organischen Befunde (Waddell-Zeichen) auf eine funktionelle Ausgestaltung des Beschwerdebildes hin. Die Angaben der Versicherten seien ungenau und teilweise nachweisbar falsch gewesen. Dabei müsse davon ausgegangen werden, dass die Beschwerdeschilderung sowie die selektiven Angaben der Versicherten so zumindest teilweise bewusst präsentiert worden seien. Er müsse klar auf die - einzeln dargelegten (S. 23 ff.) - Diskrepanzen zwischen den geklagten Beschwerden und Limitierungen sowie den minimalen klinisch objektivierbaren Befunde hinweisen (S. 25).

Die Arbeitsfähigkeit könne infolge der Selbstlimitierung der Versicherten nur medizinisch-theoretisch beurteilt werden. Aufgrund der Konstitution der Versicherten, der muskulären und kardiovaskulären Defizite sowie des statisch ungünstigen Flachrückens sei eine körperlich belastende Tätigkeit wenig sinnvoll. So seien die ausgeführten Reinigungsarbeiten, die aufgrund der Angaben der Versicherten bezüglich Belastung nur schwer abgeschätzt werden könnten, sicher nicht optimal. Allerdings sei nicht klar geworden, mit welchem Pensum und wie lange solche auch wirklich realisiert worden seien. Zudem hätte erwartet werden können, dass die Versicherte bei diesen Voraussetzungen, die wohl nie wirklich besser gewesen seien, gewisse Anstrengungen zur Verbesserung ihres Gesundheitszustandes und der Leistungsfähigkeit gezeigt hätte, dies schon im Sinne einer Schadenminderungspflicht. Ansonsten müsse sich die Versicherte konsequenterweise eine andere, körperlich leichtere, ihr besser entsprechende Erwerbstätigkeit suchen, die uneingeschränkt möglich sei. Ein längeres Attestieren einer Arbeitsunfähigkeit sei somit nicht gerechtfertigt und wohl auch der Motivation der Versicherten nicht förderlich (S. 14).

Die beschriebenen und konditionellen Defizite seien reversibel und somit weniger ein Problem. Der beschriebene strukturelle Bandscheibenschaden habe mutmasslich keine grössere Bedeutung, wenn (richtig wohl: weil) er kein klinisches Korrelat finde. Dazu komme, dass die Versicherte ungenaue und teilweise widersprüchliche und teilweise sogar falsche Angaben mache. Das mache eine Prognose schwierig (S. 14 unten).

Der Gutachter nannte die folgenden rheumatologischen Diagnosen (S. 28 Ziff. 2):

chronifizierte unspezifische Rückenschmerzen mit/bei

Schlafstörungen anamnestisch

leicht skoliotischem Flachrücken

Haltungsinsuffizienz

Diskopathie L4/5

Verdacht auf somatoforme Schmerzstörung

Übergewicht BMI 23.7 kg/m² bei

Gewichtsverlust 13 kg seit Oktober 2010

Status nach Spontangeburt am 5. November 2006, 2. Februar 2008 und 26. November 2010

Status nach Aborten am 7. Januar 2009, 7. Mai 2012 sowie nach Angaben der Versicherten am 17. November 2012

Sichere Angaben zur Leistungsfähigkeit der Versicherten seien nicht möglich, andererseits seien auch die Belastungen am Arbeitsplatz nicht klar definierbar, und man wisse nicht, wann und mit welchem Pensum die Versicherte welche Tätigkeit ausgeübt habe. Es könne jedoch davon ausgegangen werden, dass nur ein gewisser Teil der Aufgaben der Versicherten körperlich belastend gewesen sei und heute aufgrund der muskulären Defizite nicht mehr möglich sei. So habe die Versicherte zu einem gewissen Teil auch Bürotätigkeiten ausgeübt, die sicher möglich seien. Es sei davon auszugehen, dass der Versicherten heute etwa 50 % der angestammten Tätigkeit möglich wären (S. 28 Ziff. 3).

In einer körperlich leichten Tätigkeit sei die Versicherte aus orthopädisch-rheumatologischer Sicht voll arbeitsfähig (S. 29 Ziff. 5).

3.7 Am 17. März 2014 erstatteten die Ärzte des G.____ ein Gutachten im Auftrag der Invalidenversicherung (Urk. 8/M19). Sie stützten sich auf die ihnen überlassenen Akten (S. 2 ff.), die Angaben der Beschwerdeführerin (S. 7 ff.), und die von ihnen am 24. und 26. Februar 2014 (S. 1 Mitte) erhobenen internistischen (S. 9 f.), psychiatrischen (S. 10 ff.), rheumatologischen (S. 13 ff.) und neurologischen (S. 20 ff.) Befunde.

Zum jetzigen Leiden wurde unter anderem ausgeführt, die Explorandin gebe an, dass sie seit einem Sturz von einer Leiter im April 2010 unter konstanten lumbalen Rückenschmerzen und Schmerzen im gesamten linken Bein begleitet von einem Einschlafgefühl leide (S. 7 Ziff. 3.1.1).

Berufsanamnestisch wurde unter anderem berichtet, die Beschwerdeführerin habe von September 2007 bis August 2011 im Vollzeitpensum für die ihrem Ehemann gehörende Firma als Reinigungsfrau gearbeitet, sei dann bis Ende Februar 2012 arbeitslos gewesen und habe sodann ab März 2012 noch einmal für zwei Monate im Geschäft ihres Mannes gearbeitet, wo sie nach wie vor angestellt sei, aber keinen Lohn beziehe (S. 8 Ziff. 3.1.2).

Zusammenfassend stellten die Gutachter folgende Diagnosen mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 24 Ziff. 5.1):

chronisches lumbospondylogenes Schmerzsyndrom

Differentialdiagnose (DD): chronische Radikulopathie L5 links

radiomorphologisch (MRT LWS 9. April 2013) schwere Segmentdegeneration L4/5 Modic Typ II mit breitbasiger Diskusprotrusion bis Herniation linksbetont bis intraforaminal mit möglicher Kompression der Nervenwurzel L5 beidseits linksbetont, Streckhaltung der Lendenwirbelsäule (LWS), hingegen unauffällige proximale und distale Bandscheibenabschnitte

Wirbelsäulenfehlform und -fehlhaltung mit Abflachung der Lendenlordose und leichter thorakolumbal rechtskonvexer Skoliose

Abschwächung der abdominellen und rückenstabilisierenden Muskelgruppen mit reaktiven

paravertebralen lumbalen Myogelosen

Sodann nannten sie die folgenden, hier verkürzt angeführten Diagnosen ohne Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit (S. 24 Ziff. 5.2):

intermittierende Polyarthralgien am Stamm ventral sowie an den oberen und unteren Extremitäten unklarer Ätiologie

pulmonale Sarkoidose Stadium I, Erstdiagnose 30. August 2013

rezidivierende Synkopen und unklarer Schwindel unklarere Ätiologie (DD psychogen, im Rahmen einer Hyperventilation)

supprimiertes thyroidstimulierendes Hormon (TSH) bei normalen peripheren Schilddrüsenwerten (DD am ehesten im Rahmen der Schwangerschaft)

Zur Arbeitsfähigkeit führten die Gutachter aus, aufgrund der verminderten Belastbarkeit des unteren Achsenskeletts bestehe eine volle Arbeitsunfähigkeit in der früher ausgeübten Tätigkeit im Reinigungsdienst wie auch für jede andere körperlich mittel- bis schwerbelastende berufliche Tätigkeit. Bei fehlender psychiatrischer und relevanter allgemeininternistischer Komorbidität bestehe aber eine 80%ige ganztags verwertbare Arbeits- und Leistungsfähigkeit in einer körperlich leichten, wechselbelastenden beruflichen Tätigkeit mit Möglichkeit des regelmässigen Wechsels der Arbeitsposition ohne länger fixiertes Sitzen, Stehen oder Gehen, ohne Arbeiten in anhaltender Oberkörpervorneigeposition oder Arbeiten mit stereotypen Rotationsbewegungen der LWS oder Überkopfbewegungen. Aufgrund der Gangunsicherheit mit Angaben von Schmerzen im linken Bein sollten keine sturzgefährdeten beruflichen Tätigkeiten ausgeübt werden (S. 25 Ziff. 6.2).

Aufgrund der anamnestischen Angaben, der Untersuchungsbefunde, der vorliegenden Dokumente sowie der früher attestierten Arbeitsunfähigkeiten sei davon auszugehen, dass diese Angaben zur Arbeitsfähigkeit spätestens ab September 2012 (erstmalige Evaluation in der Wirbelsäulensprechstunde) gälten (S. 26 Ziff. 6.3).

Im Haushalt sei von einer maximal 20%igen Arbeitsunfähigkeit auszugehen (S. 26 Ziff. 6.4).

Berufliche Massnahmen könnten zum jetzigen Zeitpunkt aufgrund der fixierten Krankheits- und Invaliditätsüberzeugung der Explorandin nicht durchgeführt werden (S. 26 Ziff. 6.8).

3.8 Dr. med. H.____, Facharzt für Chirurgie und beratender Arzt der Beklagten, kommentierte die Ergebnisse der im Juni 2013 erfolgten Überwachung (vgl. Urk. 8/Register 5/BVM) am 17. Februar 2015 wie folgt (Urk. 8/M20): 3 Tage Überwachung:

9/10 der Aufnahmen mit normalem statischen und funktionellem Bild der Wirbelsäule

subjektive Beschwerden korrelieren deutlich nicht mit den objektiv bildlichen Feststellungen

Arbeitsfähigkeit:

leichte Arbeit (maximal 5 kg): 100 %

mittelschwere Arbeit (10 kg): 50 %

schwere Arbeit (> 10 kg): 0 %

Arbeitsfähigkeit ohne Schwangerschaft:

leichte Arbeit (maximal 5 kg): 100 %

mittelschwere Arbeit (10 kg): 75 %

schwere Arbeit (> 10 kg): 25 %

3.9 Am 7. Juni 2013 wurde über eine Observation der Klägerin berichtet (Urk. 8/Register 5/BVM), die am 6., 10. und 24. Juni 2013 stattgefunden hatte, wobei sie am ersten Tag rund eine halbe Stunde, später 2 Stunden, dann wieder eine halbe Stunde und sodann 2 ½ Stunden „ausserhalb Wohnort“ (wohl: ausser Haus) gesehen wurde, am zweiten Tag 2 x 1 Stunde und am dritten Tag 1 Stunde und eine weitere halbe Stunde (S. 4). Sie suchte in dieser Zeit 8 verschiedene Destinationen (Läden, Kinderspielplatz, Post) auf (S. 3 Ziff. 1.2). Sie brachte die Kinder zur Schule und holte sie ab; sie ging über eine Wegstrecke von zirka 1.5 km einkaufen (S. 4 Ziff. 2.3).

4.

4.1 Am 2. Mai 2012 erfolgte die Anmeldung der Klägerin bei der Beklagten (Urk. 8/Register 4/“Police 2“ = Urk. 2/6). Das Jahr wurde zwar mit 2010 angegeben (S. 3), jedoch geht auch die Klägerin davon aus, dass dies einen Verschieb darstellt und richtig 2012 lauten müsste (Urk. 1 S. 4 Ziff. 1 BO am Ende).

4.2 In der genannten Anmeldung beantwortete die Klägerin die Frage, ob ihr Körpergewicht in den letzten Jahren zu- oder abgenommen habe, mit Nein (S. 1 Ziff. 3b). Die auf Seite 2 gestellten Fragen beantwortete sie wie folgt:

4.3 Ende August 2010 betrug das Körpergewicht der Klägerin 80 kg (vorstehend E. 3.1), im Zeitpunkt der Begutachtung (April 2013) betrug es 67 kg (vorstehend E. 3.6). Korrekterweise hätte die Klägerin somit die Frage 3b bejahen müssen; sie hat sie verneint.

Die Klägerin erlitt im April 2010 einen Unfall (Leitersturz) und es wurde ihr belegtermassen jedenfalls bis Ende August 2010 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert (vorstehend E. 3.1). Gemäss ihren Angaben gegenüber den G.____-Gutachtern leidet sie seit dem genannten Sturz unter konstanten lumbalen Rückenschmerzen (vorstehend E. 3.7). Vorausgesetzt, ihre Angaben gegenüber den G.____-Gutachtern waren

zutreffend, hätte sie Frage 7 bejahen müssen; sie hat sie jedoch verneint.

Frage 8 hätte die Klägerin korrekterweise auf jeden Fall bejahen müssen; sie hat sie verneint.

Angesichts des Verlaufs mit mehrmonatiger vollständiger Arbeitsunfähigkeit nach dem Leitersturz ist mit grösser Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass auch die Fragen 9 und 11 korrekterweise zu bejahen gewesen wären; sie wurden verneint.

4.4 Zusammengefasst zeigt sich, dass die Klägerin im Fragebogen vom 2. Mai 2012 zahlreiche Fragen falsch beantwortet hat.

Dies stellt eine klare Anzeigepflichtverletzung beim Vertragsabschluss dar, welche gemäss lit. A2 Abs. 1 AVB die Beklagte zur Vertragskündigung berechtigt hätte. Diese hat den am 12. Juli 2013 gegenüber der Klägerin ausgesprochenen Rücktritt vom Vertrag (Urk. 8/K23) jedoch nicht damit begründet, so dass sich hiezu Weiterungen erübrigen.

5.

5.1 Der Gutachter Dr. E.____ hat bei der Erwähnung bildgebender Befunde die Skoliose der Wirbelsäule einmal auf Seite 20 des Gutachtens als linkskonvex - statt rechtskonvex (S. 9 unten) - bezeichnet. Dem Bestreben der Klägerin, daraus einen schweren Mangel zu konstruieren, weswegen auf das Gutachten nicht abgestellt werden könne (Urk. 1 S. 8), kann nicht gefolgt werden. Auf einen dermassen trivialen Verschrieb ohne jegliche Relevanz ist nicht weiter einzugehen.

5.2 Vergleichbares gilt für den Versuch der Klägerin, mit der ursprünglich strafprozessualen Figur des ‚Anfangsverdachts‘ (vgl. BGE 137 I 218 E. 2.3.2, 132 IV 20 E. 4.2) zu operieren, um sich die Ergebnisse der Observation nicht entgegenhalten lassen zu müssen (Urk. 1 S. 10 f.). Die vorliegende, auf den öffentlichen Raum beschränkte Observation stellt nur einen relativ geringfügigen Eingriff in die grundrechtlichen Positionen der überwachten Person dar (vgl. BGE 137 I 327 E. 5.1), und die vom Gutachter detailliert begründeten Vorbehalte gegenüber einzelnen Angaben der Klägerin legten deren nähere Überprüfung ohne weiteres nahe.

5.3 Somit können sowohl die Feststellungen im Gutachten von Dr. E.____ als auch die Erkenntnisse aus der Observation bei der Entscheidungsfindung berücksichtigt werden.

6.

6.1 Die Klägerin gab im April 2013 gegenüber dem Gutachter Dr. E.____ unter anderem an, sie verlasse die Wohnung kaum alleine und wenn doch, dann vielleicht 20 Meter, um die Kinder draussen spielen zu lassen. Ihr Mann bringe die Kinder in den Kindergarten und hole sie von dort, und er besorge die Einkäufe.

Diese Angaben stehen in derart eklatantem Widerspruch zu dem, was die im Juni 2013 erfolgte Observation ergeben hat, dass daraus zu schliessen ist, dass die Klägerin den Gutachter eigentlich angelogen hat.

6.2 Sodann hat sich die Klägerin geweigert, dem Gutachter nachvollziehbare Angaben darüber zu machen, in welchem Zeitraum und Umfang sie bis anhin erwerbstätig oder arbeitsunfähig gewesen war. Ebenso hat sie ihm brauchbare Informationen darüber vorenthalten, was genau ihre bisherige Tätigkeit beinhaltete. Damit bewirkte sie, dass der Gutachter eigentlich keine Aussage über eine allfällige Arbeitsunfähigkeit in der angestammten Tätigkeit machen konnte, setzt eine solche doch voraus, dass das effektive Belastungsprofil dieser Tätigkeit bekannt ist.

Die Folgen der von der Klägerin verursachten Beweislosigkeit hinsichtlich der behaupteten fortgesetzten Arbeitsunfähigkeit hat sie zu tragen (vorstehend E. 1.7).

6.3 Schliesslich ist zu berücksichtigen, dass gemäss lit. A3 AVB die Arbeitsunfähigkeit so definiert ist, dass bei einer Arbeitsunfähigkeit von mehr als 3 Monaten auch die zumutbare Tätigkeit in einem anderen Beruf berücksichtigt wird (vorstehend E. 1.3).

Die Arbeitsunfähigkeit der Klägerin hat im Zeitpunkt der Leistungseinstellung deutlich mehr als 3 Monate gedauert, wurden doch für mindestens 10 Monate entsprechende Taggeldleistungen erbracht (vgl. Urk. 8/Register 3/TG1-10). Massstab für eine allfällige Arbeitsunfähigkeit ist somit nicht nur die angestammte, sondern auch eine andere, allenfalls dem Leiden besser angepasste Tätigkeit.

Für eine angepasste Tätigkeit wurde im G.____-Gutachten - auf das laut der Klägerin abgestellt werden sollte (Urk. 1 S. 9) - seit September 2012 eine Arbeitsfähigkeit von 80 % attestiert (vorstehend E. 3.7).

Somit bestand im Zeitpunkt, ab welchem die Klägerin weitere Taggeldleistungen von der Beklagten fordert, eine Arbeitsunfähigkeit von (lediglich) 20 %.

6.4 Damit erweist sich der eingeklagte Anspruch als mehrfach unbegründet:

Die Klägerin hat gegenüber dem von der Beklagten beauftragten Gutachter anspruchrelevante Tatsachen wahrheitswidrig dargestellt (vorstehend E. 6.1), womit der Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG (vorstehend E. 1.5) erfüllt ist und der Versicherer nicht mehr an den Vertrag gebunden ist (vorstehend E. 1.4). Damit entfällt eine Leistungspflicht der Beklagten im eingeklagten Zeitraum.

Der von der Klägerin eingeklagte Anspruch setzt gemäss lit. C1 AVB eine Arbeitsunfähigkeit voraus (vorstehend E. 1.3). Diesbezüglich hat die Klägerin eine Beweislosigkeit verursacht (vorstehend E. 6.2), so dass es am Beweis der anspruchsbegründenden Arbeitsunfähigkeit fehlt.

Vorausgesetzt ist gemäss lit. C1 AVB eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 % (vorstehend E. 1.3). Gutachterlich attestiert wurde der Klägerin eine Arbeitsfähigkeit von 80 % ab September 2012, was - komplementär - einer Arbeitsunfähigkeit von 20 % entspricht (vorstehend E. 6.3). Mithin fehlt es an der anspruchsbegründenden minimalen Arbeitsunfähigkeit von 25 %.

6.5 Dies führt zusammengefasst zur Abweisung der Klage.

7.

7.1 Die Beklagte stellte sich auf den Standpunkt, die Klägerin schulde ihr alle von ihr erbrachten Leistungen (abzüglich Rückprämie) sowie die Observationskosten (Urk. 7 S. 19 Ziff. 10), und beantragte widerklageweise, die Klägerin sei zur Bezahlung des so ermittelten Betrags zu verpflichten (Urk. 7 S. 2 oben Ziff. 2).

7.2 Zur Begründung der Widerklage (Urk. 7) führte die Klägerin aus, sie sei gemäss Art. 40 VVG aus den in der genannten Bestimmung erwähnten Gründen nicht an den Vertrag gebunden (S. 8 oben) und deshalb zu Recht rückwirkend per 7. Mai 2012, dem Datum des Schadenfalls, vom Vertrag zurückgetreten (S. 8 unten).

7.3 Die primäre Rechtsfolge einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs besteht darin, dass der Versicherer seine Leistung verweigern kann. Ferner kann er rückwirkend vom Vertrag zurücktreten, dies aber nur, falls der Versicherungsnehmer selber betrügerisch gehandelt hat (vorstehend E. 1.6). Wirksam wird die Vertragsbeendigung ab dem Zeitpunkt, ab welchem die Täuschungshandlung zur nicht gerechtfertigten Leistungsausrichtung geführt hat (Pascal Grolimund / Alain Villard, in: Basler Kommentar zum VVG,

Nachführungsband, Basel 2012, N 53 zu Art. 40 VVG).

7.4 Die Täuschungshandlung im Sinne von Art. 40 VVG bestand in der Irreführung des Gutachters durch die Klägerin. Massgebender Zeitpunkt ist demnach die Erstattung des Gutachtens im April 2013, was die Beklagte zur Leistungsverweigerung ab Mai 2013 berechtigt hat.

Gemäss den von ihr eingereichten Akten hat die Beschwerdegegnerin zuletzt im und für April 2013 Taggeldleistungen erbracht (Urk. 8/Register 3/TG10).

Somit bleibt für eine Rückforderung gegenüber der Klägerin, wie sie mit der Widerklage geltend gemacht wurde, kein Raum.

7.5 Die Klägerin, welche die zur Anwendung von Art. 40 VVG führende Täuschungshandlung vorgenommen hat, ist nicht die Vertragspartnerin der Beklagten, womit ein Rücktritt vom Vertrag mit entsprechender Rückwirkung (vorstehend E. 1.6) ausscheidet und als Rechtsgrund für die mit der Widerklage geltend gemachte Rückforderung ebenfalls ausscheidet.

7.6 Somit erweist sich die Widerklage der Beklagten als unbegründet, womit sie abzuweisen ist.

8. Die Klägerin beantragte ferner, das Gericht habe das von ihr bezeichnete Betreibungsamt anzuweisen, eine bestimmte Betreuung zu löschen (Urk. 1 S. 1 S. 2 oben Ziff. 1).

Dies scheidet daran, dass das angerufene Gericht mangels Erwähnung des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG) in § 2 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) nicht das gemäss Art. 23 SchKG als zuständig bezeichnete Gericht ist.

In diesem Punkt ist auf die Klage nicht einzutreten.

9.

9.1 Gerichtskosten sind keine zu erheben (Art. 114 lit. e ZPO).

9.2 Ausgangsgemäss sind keine Parteientschädigungen zuzusprechen (vgl. Art. 106 ZPO).

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten wird.

2. Die Widerklage wird abgewiesen.

3. Das Verfahren ist kostenlos.

4. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

5. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Tomas Kempf

Helvetia Schweizerische Versicherungsgesellschaft AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

6. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). 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, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, 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 Tiefenbacher