

Abteilung 1

Präsident Weingand, Bezirksrichter Zumthurn und Bezirksrichterin Meyer,  
Gerichtsschreiberin Küng

**Urteil vom 31. Mai 2017**

A.

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Claude Béboux, Zimmerli & Béboux Rechtsanwälte AG,

Kläger / Widerbeklagter

gegen

X. Versicherungen

Beklagte / Widerklägerin

betreffend Forderung Taggeldleistungen

## **Sachverhalt**

1. Mit Klage vom 29.1.2016 beantragte der Kläger, die Beklagte sei zu verpflichten ihm Fr. 44'590.-- nebst Zins zu 5% seit mittlerem Verfall zu bezahlen; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
2. Die Beklagte schloss in ihrer Klageantwort vom 9.3.2016 auf vollumfängliche Klageabweisung. Gleichzeitig verlangte sie, der Kläger sei widerklageweise zu verpflichten, ihr Fr. 56'820.-- nebst Zins zu 5% seit 10.4.2015 zurück zu erstatten; unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.
3. In seiner Replik vom 24.5.2016 hielt der Kläger an seinen Anträgen fest und schloss in Bezug auf die Widerklage auf deren vollumfängliche Abweisung. Die Beklagte hielt in ihrer Duplik bzw. Widerklagereplik an ihren gestellten Rechtsbegehren fest und der Kläger in seiner beschränkten Widerklageduplik vom 27.9.2016 an der Abweisung der Widerklage.
4. Mit Beweisverfügung vom 18.10.2016 äusserte sich der Instruktionsrichter zur Beweislast, nahm die aufgelegten Urkunden und Dateien zu den Akten und ordnete die Zeugenbefragung von B., C. sowie D. an. Bei den beiden erstgenannten Zeugen unter dem Vorbehalt, dass deren Privatadresse nachgereicht werde. Weiter wurde die Durchführung einer Instruktionsverhandlung in Aussicht gestellt (amtl. Bel. 9). Der Kläger reichte mit Schreiben vom 31.10.2016 die Privatadresse des Zeugen C. ein und teilte gleichzeitig mit, es habe sich herausgestellt, dass es sich bei B. um zwei verschiedene Personen handle. Diese seien beide zwischenzeitlich wieder nach Polen zurück gereist. Anstelle von Herrn B. sei I. als Zeuge zu befragen (amtl. Bel. 10). Mit ergänzender Beweisverfügung vom 11.11.2016 teilte der Instruktionsrichter mit, der neue Zeuge I. sei durch den Kläger nach Abschluss des Schriftenwechsels verspätet genannt worden, weshalb er unbeachtlich sei. Es werde F. als weiterer Zeuge zur Verhandlung vorgeladen werden (amtl. Bel. 11).
5. Am 12.1.2017 fand eine Instruktionsverhandlung statt, anlässlich derer mit D., F. und C. je eine Zeugenbefragung durchgeführt wurde. Weiter wurde den Parteien eine Frist angesetzt, um eine Stellungnahme bezüglich weiterer Beweismittel und Beweisabnahmen einzureichen (VP S. 0.1 ff.).

6. Während der Kläger keine weiteren Beweisanträge stellte, beantragte die Beklagte, E. sei als Zeuge zu befragen (amtl. Bel. 16 f.). Am 8.2.2017 erfolgte eine weitere ergänzende Beweisverfügung. Es wurde die Durchführung einer zweiten Instruktionsverhandlung in Aussicht gestellt, anlässlich derer mit dem Kläger eine Parteienbefragung durchzuführen und E. als Zeuge zu befragen sei (amtl. Bel. 18). Am 8.3.2017 fand die zweite Instruktionsverhandlung statt. E. wurde als Zeuge befragt und mit dem Kläger wurde eine Parteibefragung durchgeführt (VP S. 14 ff.).

7. Nachdem beide Parteien auf eine Hauptverhandlung verzichteten, reichten sie am 31.3.2017 bzw. 10.4.2017 ihre Schlussvorträge ein. Der Kläger reichte am 25.4.2017 seine Kostennote ein während die Beklagte beantragte, die Parteientschädigung sei nach Ermessen festzusetzen (amtl. Bel. 23 bis 30).

## **E r w ä g u n g e n**

### **1. Zum Verfahren**

Streitig sind Leistungen aus einer Krankentaggeldversicherung, mithin aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung. Derartige Zusatzversicherungen unterstehen gemäss Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) dem VVG. Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E. 2.1; Urteil BGer 4A.532/2009 vom 5.3.2010 E. 1). Mithin gelten für das vorliegend zu beurteilende Vertragsverhältnis soweit zulässig die konkreten Vertragsbestimmungen und die Regelungen des VVG. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung schreibt Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO das vereinfachte Verfahren vor, wobei die Untersuchungsmaxime zur Anwendung gelangt (Art. 247 Abs. 2 lit. a ZPO).

### **2. Zuständigkeit**

Der Kläger ist bei der Beklagten krankenversichert (kläg. Bel. 4). Gemäss den vorliegend massgebenden allgemeinen Versicherungsbedingungen, Ausgabe 2006 (nachfolgend AVB), steht dem Versicherungsnehmer bzw. dem Versicherten wahlweise der Gerichtsstand Luzern oder der Gerichtsstand seines schweizerischen Wohnsitzes zur Verfügung (kläg. Bel. 6). Die Schlichtungsverhandlung vor dem Friedensrichteramt Luzern am 15.10.2015 verlief unvermittelt, weshalb dem Kläger gleichentags die Klagebewilligung ausgestellt wurde (kläg. Bel. 3). Der Streitwert im vorliegenden Verfahren beträgt Fr. 56'820.-- (Forderung Wi-

derklage, vgl. Art. 94 Abs. 1 ZPO). Somit ist das angerufene Gericht örtlich, sachlich und funktionell für die Beurteilung der vorliegenden Streitigkeit zuständig (Art. 17 ZPO i.V.m. Art. 46 AVB; Art. 197 ZPO; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO i.V.m. § 34 Abs. 2 lit. b JusG).

### **3. Zum Beweis**

3.1 Die aufgelegten Urkunden und Dateien wurden zu den Akten genommen. Weiter wurden mit D., F., C. und E. je eine Zeugenbefragung und mit dem Kläger eine Parteibefragung durchgeführt. Damit ist der rechtserhebliche Sachverhalt hinreichend erstellt und das Gericht kann von weiteren Beweisabnahmen absehen. Es wurde daher auf die Befragung weiterer Zeugen (\_\_\_\_\_) verzichtet. Gleiches gilt für die Edition sämtlicher Rechnungen der Firma G.

3.2 Wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, hat jene Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Diese Vorschrift wird als Grundregel der Beweislastverteilung im Privatrecht betrachtet. Diese Grundregel gilt auch im Bereich des Versicherungsvertragsrechts (BGE 130 III 321 E. 3.1). Wer gegenüber dem Versicherer einen Anspruch erhebt, ist für den Eintritt des Versicherungsfalls behauptungs- und beweispflichtig. Da dieser Beweis regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalls überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag (BGE 130 III 321 E. 3.2 f.; Urteil BGer 4A\_180/2010 vom 3.8.2010 E. 2.4.1). Überwiegend wahrscheinlich ist eine Tatsache, wenn zwar die Möglichkeit besteht, dass es sich auch anders hätte verhalten können, diese Möglichkeit jedoch weder eine massgebende Rolle spielt noch vernünftigerweise in Betracht fällt. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (BGE 130 III 321 E. 3.4; Urteil BGer 4A\_96/2007 vom 26.6.2007 E. 2.4.1).

### **4. Anspruchsgrundlage**

4.1 Der Kläger stützt seinen Anspruch auf die Einzel-Taggeldversicherung x.\_\_\_\_\_ bei Krankheit, welche er bei der Beklagten abgeschlossen hat. Gemäss Versicherungspolice hat der Kläger als versicherte Person bei Arbeitsunfähigkeit infolge Krankheit Anspruch auf Tag-

gelder in der Höhe von Fr. 200.-- gegenüber der Beklagten ab dem 61. Tag während 730 Tagen abzüglich der Wartefrist (kläg. Bel. 4). Anwendung finden die AVB 2006 (kläg. Bel. 6).

4.2 Unbestritten ist, dass es sich bei der abgeschlossenen Versicherung um eine Summenversicherung handelt und der Anspruch auf Versicherungsleistungen demnach unabhängig vom tatsächlich entstandenen Schaden bei Eintritt des versicherten Ereignisses besteht. Insofern ist das seitens der Beklagten ins Recht gelegte Gutachten der Firma K. unbeachtlich, als dass die wirtschaftliche Lage des klägerischen Unternehmens während dessen (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit keine Auswirkung auf den Taggeldanspruch hat.

Die Beklagte hat vom 1.11.2013 bis 11.8.2014 Taggelder im Umfang von Fr. 40'820.-- erbracht. Der Kläger verlangt von der Beklagten die Bezahlung nicht geleisteter Taggelder in der Höhe von Fr. 44'590.--. Ob hierfür ein Anspruch besteht, gilt es im Folgenden zu prüfen.

## **5. Standpunkte der Parteien**

Der Kläger führt zu Begründung seiner Klage im Wesentlichen aus, mit ärztlichem Zeugnis von Dr. L. vom 17.3.2014 sei der Beklagten mitgeteilt worden, dass seinerseits ab 1.11.2013 eine Arbeitsunfähigkeit von 50% und ab 13.1.2014 eine solche im Umfang von 80% infolge Krankheit bestanden habe. Dr. L. habe am 29.4.2014 aufforderungsgemäss einen Fragebogen der Beklagten retourniert. Als Diagnose seien ein chronisches rezidivierendes Lumbovertebralsyndrom und eine Hüftnekrose angegeben. Im MRI der LWS am 13.5.2014 seien die verschiedenen Befunde (Flache Diskushernie L4/5 dorsal-median, Irritation der Wurzel L4 links wäre erklärbar, Flache Diskushernie L5/S1 dorsal und dorsolateral, Irritation der Wurzel L5 erklärbar, direkter Kontakt der Nervenwurzel S1 mit der Diskushernie, beginnende Degeneration der Bandscheibe L2-L4) objektiviert worden. Am 24.6.2014 habe ein weiteres MRI bezüglich der Hüftproblematik stattgefunden. Bei ihm sei eine Hüftnekrose Stadium II, beidseits, bildgebend dargestellt und diagnostiziert worden. Eine Hüftnekrose könne in fünf Stadien eingeteilt werden. Die bei ihm vorhandene Nekrose im Stadium II bedeute, dass diese irreversibel sei. Infolge dieser Diagnose habe Dr. L. ihn an die Firma N. überwiesen. Dort habe Dr. J., Facharzt FMH Orthopädische Chirurgie, seine Behandlung übernommen. Nach einer anfänglichen vollumfänglichen Arbeitsunfähigkeit habe sich diese gemäss Dr. J. ab dem 21.3.2014 auf 80% und ab 1.10.2014 auf 50% reduziert. Dies infolge der ärztlichen Behandlung, intensiver Physiotherapie und intraartikulären Hüftgelenkinfiltrationen. Auch der Vertrauensarzt der Beklagten habe ihm in seiner Stellungnahme vom 17.7.2014 eine 100%-ige Arbeitsunfä-

higkeit attestiert. Am 20.8.2014 habe auf Aufforderung der Beklagten ein Assessment mit ihm stattgefunden. Auf Anraten seiner Ärzte habe er die Steigerung seiner Arbeitsfähigkeit von 20% auf 50% um einen Monat, d.h. bis Ende September 2014 verschoben. Dies entgegen seinen Aussagen anlässlich des Assessments. Er habe in dieser Phase versucht, seine Präsenzzeiten auf den Baustellen sukzessive zu steigern, dies - bis auf Anweisungen zu erteilen oder Kontrollen vorzunehmen - ohne Arbeiten auszuführen. Es sei darum gegangen, abschätzen zu können, ob eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 50% möglich sei. Da er die Steigerung der Arbeitsfähigkeit um einen Monat verschoben habe, habe die Beklagte ihn vom 2. - 11.9.2014 durch die Y. überwachen lassen. Ausserdem habe die Beklagte die Firma K. beauftragt, eine Buchprüfung vorzunehmen. Mit Schreiben vom 10.3.2015 habe die Beklagte mitgeteilt, dass sie gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend per 1.11.2013 vom Vertrag Nr. \_\_\_\_\_ zurücktrete. Den Rücktritt habe sie damit begründet, dass er ihr und seinem Arzt gegenüber einen bewusst schlechteren Gesundheitszustand suggeriert habe, als dies tatsächlich der Fall gewesen sei und diesen folglich unrichtig habe dokumentieren lassen. Weiter habe sie ihn aufgefordert, die bezogenen Taggelder im Betrag von Fr. 40'820.-- sowie die Ermittlungskosten von Fr. 16'000.-- zurückzuerstatten. Dem Bericht der Personenüberwachung durch die Firma Y. und der entsprechenden DVD sei nichts zu entnehmen, was eine Einstellung der beklagten Leistungen rechtfertigen würde. So habe er im gesamten Bericht und der Überwachung keine körperlich belastenden Arbeiten ausgeführt. Durch die durchgeführte Observation sei bestätigt worden, dass er infolge seiner gesundheitlichen Beschwerden keiner schweren Tätigkeit habe nachgehen können. Er habe die Arbeiten durch Mitarbeiter der Firma O. ausführen lassen und sei lediglich vor Ort gewesen, um wenn nötig, Instruktionen zu geben. Dies im Rahmen seiner 20%-igen Arbeitsfähigkeit. Er habe während der Beobachtungsperiode jeweils höchstens 20% Arbeitsleistung, verteilt auf einen Tag, erbracht.

5.1 Dagegen wendet die Beklagte im Wesentlichen ein, die Schadenmeldung sei rund viereinhalb Monate nach Eintritt der (teilweisen) Arbeitsunfähigkeit erfolgt. Die Überwachung im September 2014 habe ergeben, dass der Kläger während einer Arbeitsfähigkeit von 20% mehrfach über 9 Stunden, teilweise gar über 10 und 11 Stunden für seine Firma arbeitstäig gewesen sei. Die höchsten Präsenzzeiten habe der Kläger auf der Baustelle an Tagen verbracht als die Firma O. nicht vor Ort gewesen sei und ihm demnach nicht zur Hand habe gehen können. Im Übrigen seien weder Belege zu Personal noch Drittfirmen vorhanden. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass der Kläger nicht nur Kontrollen durchgeführt habe, sondern über ein Arbeitspensum von 20% Arbeiten verrichtet habe und

damit mehr als 20% arbeitsfähig gewesen sei. In der Korrespondenz mit der Beklagten habe er allerdings angegeben, lediglich im Rahmen von 20% zu arbeiten. Er habe somit eine Tatsache verschwiegen, welche direkte Auswirkungen auf ihre Leistungen habe. Dass der Grad der Arbeitsfähigkeit massgebend für die Höhe der Taggelder sei, sei ihm bekannt gewesen, da seine Taggelder aufgrund der variierenden Arbeitsunfähigkeiten ebenfalls unterschiedlich hoch gewesen seien. Bei diesem Sachverhalt habe sie sich auf Art. 40 VVG stützen können. Entsprechend habe sie das Recht, die Leistungen zu verweigern und vom Vertrag zurückzutreten. Die Leistungsbefreiung umfasse den ganzen Anspruch, selbst wenn sich die Täuschung nur auf einen Teil des Schadens beziehe. Folglich habe der Kläger keine Forderungen mehr ihr gegenüber.

## **6. Arbeitsunfähigkeit**

Dr. J. bescheinigt dem Kläger für den Zeitraum vom 21.3. - 18.8.2014 eine Arbeitsunfähigkeit von 100%, für die Zeit vom 19.8. - 30.9.2014 eine 80%-ige Arbeitsunfähigkeit und ab 1.10.2014 eine solche von 50% (kläg. Bel. 23, vgl. auch kläg. Bel. 13 und 14). Auch der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. P., bescheinigte dem Beklagten am 15.7.2014 eine Arbeitsunfähigkeit seit 1.11.2013, aktuell betrage der Arbeitsunfähigkeitsgrad 100% (kläg. Bel. 15). Die seitens des Klägers geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit ist somit ärztlich attestiert. Gegenteilige Arztzeugnisse liegen nicht vor und es ist diesbezüglich auch kein Gutachten beantragt worden. Der dem Kläger obliegende Beweis seiner Arbeitsunfähigkeit ist damit erbracht. Es liegt nun an der Beklagten, nachzuweisen, dass der Kläger (bewusst) wahrheitswidrige Angaben gegenüber den Ärzten bzw. der Beklagten gemacht hat, was seine Arbeitsfähigkeit anbelangt, mithin dass der Kläger in der relevanten Zeitperiode mehr geleistet hat bzw. hätte leisten können als ihm ärztlich bescheinigt wurde. Dies gilt es im Folgenden zu prüfen. Die Beklagte führt ihren Beweis insbesondere mit dem Observationsbericht. In einem ersten Schritt ist daher zu prüfen, ob eine Observation des Klägers zulässig war.

6.1 Durch die privatdetektivliche Observation einer versicherten Person sollen Tatsachen, die sich im öffentlichen Raum verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (beispielsweise Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten), systematisch gesammelt und erwahrt werden. Die Frage nach der rechtlichen Zulässigkeit derartiger Observation stellt sich in der Praxis häufig im Zusammenhang mit der Verwertbarkeit der Observationsergebnisse als Beweismittel in einem Rechtsstreit um Versicherungsleistungen (BGE 136 III 410 E. 2.1). Eine Persönlichkeitsver-

letzung durch privatdetektivliche Observation der versicherten Person kann im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse liegen, d.h. dadurch gerechtfertigt sein, dass weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen. Dieses Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug ist gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit abzuwägen. Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen seines Gesundheitszustands, seiner Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne sein Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden. Die Zulässigkeit der Observation hängt weiter 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 (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo die Observation stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange die Observation dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt die Observation hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die zur Observation eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (BGE 136 III 410 E. 2.2.3). Damit eine Observation zulässig ist, müssen Anhaltspunkte vorliegen (z.B. widersprüchliches Verhalten des Versicherten, massive Aggravation, Simulation, Selbstschädigung u.Ä.), die Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen. Die Observation muss - anders gesagt - objektiv geboten sein. Diese objektive Gebotenheit der Observation ist ein wichtiges Element der Interessenabwägung im Persönlichkeitsschutz (BGE 136 III 410 E. 2.2.3).

6.2 Die Beklagte führt aus, der Grund für die Überwachung des Klägers durch die Firma Y. sei zum einen gewesen, dass die Arbeitsunfähigkeit erst nach viereinhalb monatigem Bestehen mitgeteilt worden sei. Zum anderen sei die Steigerung der Arbeitsfähigkeit verschoben worden, obwohl Dr. L. bereits im Fragebogen vom 29.4.2014 die Rückkehr an die angestammte Tätigkeit innert dreier Monaten angekündigt habe und der Kläger selber immer von einer möglichst zeitnahen Steigerung gesprochen habe.

6.2.1 Aus dem Umstand, dass der Kläger seine Arbeitsunfähigkeit erst viereinhalb Monate später der Beklagten mitgeteilt hat, kann diese nichts zu ihren Gunsten ableiten. Dies allein begründet noch keinen hinreichenden Anfangsverdacht, der eine Observation rechtfertigen

würde. Es ist nicht ersichtlich, weshalb eine nicht unmittelbare Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit auf ein Verhalten schliessen lässt, welches Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen würde, zumal auch der Vertrauensarzt der Beklagten, Dr. P., dem Kläger eine Arbeitsunfähigkeit ab 1.11.2013 attestiert hat (kläg. Bel. 15). Der Kläger ist als Bodenleger tätig. Eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit in einem solchen Berufsfeld lässt sich naturgemäss nicht mathematisch genau bemessen bzw. exakt auf einen Termin hin festlegen. Vielmehr ist eine sukzessive Steigerung bzw. ein Ausprobieren angezeigt, wie viel an Belastung drin liegt. So hat Dr. L. am 29.4.2014 im Fragebogen an die Beklagte zum geplanten zeitlichen Rahmen einer Rückkehr an die angestammte Tätigkeit nicht nur die Antwort "in den nächsten drei Monaten" angekreuzt, sondern explizit handschriftlich festgehalten, dass das orthopädische Konzilium wegbestimmend sei (kläg. Bel. 7). Hinzu kommt, dass der Kläger der Beklagten anlässlich des Assessments mitgeteilt hat, er habe Ende August 2014 (28.8.2014) eine Nachkontrolle und möchte ab Ende August seine Arbeitsfähigkeit auf 50% steigern (kläg. Bel. 18). Die Beklagte hat ihrerseits den Kläger bereits am 2.9.2014 observieren lassen. Zu diesem Zeitpunkt konnte sie nicht wissen, ob der Kläger seine Arbeitstätigkeit tatsächlich (noch) auf 50% steigern würde. Ein hinreichender Anfangsverdacht, der für eine zulässige Observation zwingend wäre, ist somit gestützt auf die nicht sofortige Steigerung der Arbeitstätigkeit des Klägers auf 50% per 1.9.2014 nicht dargetan. Ein widersprüchliches Verhalten des Klägers bzw. eine massive Aggravation oder Simulation sind durch eine nicht unmittelbare Mitteilung der Arbeitsunfähigkeit bzw. einer leichten Verschiebung der Steigerung der Arbeitsfähigkeit nicht dargelegt. Unbestritten ist, dass der Kläger während des Observationszeitraumes relativ hohe Präsenzzeiten auf der Baustelle in z. \_\_\_\_\_ hatte. Die Präsenzzeit ist jedoch nicht mit Arbeitszeit gleich zu setzen. So war es dem Kläger unbenommen, Kontrollen durchzuführen oder Instruktionen zu geben, so lange er sich nicht körperlich als Bodenleger (kniende Tätigkeiten, Hüftbeugung, schwere Lasten) betätigte. Ziel der anvisierten Steigerung der Arbeitsfähigkeit auf 50% war die Fähigkeit zur ganztägigen leichten Arbeit. Eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit als Bodenleger schloss Dr. J. in seinem Schreiben vom 15.6.2015 auch mittel- bis langfristig für den Kläger als nicht zumutbar und unrealistisch aus (kläg. Bel. 23). Es ist richtig, dass Rechnungen für Leistungen, welche in der Zeit der 100%igen Arbeitsunfähigkeit ausgeführt wurden, durchaus einen Grund darstellen, um misstrauisch zu werden. Diese Rechnungen wurden jedoch erst aufgrund der Buchhaltungsprüfung entdeckt und können deshalb ebenso wenig einen Anfangsverdacht begründen, der eine Observation zulässig gemacht hätte.

6.2.2 Eine objektive Gebotenheit der Observation ist nicht dargelegt. Somit ist diese nicht zulässig und der entsprechende Observationsbericht vorliegend unbeachtlich. Die Beklagte kann daher aus dem Observationsbericht nichts zu ihren Gunsten ableiten und dem Kläger nicht nachweisen, dass er im September mehr als die ärztlich bescheinigten 20% arbeitstätig war. Dem Kläger sind daher gestützt auf den Observationsbericht keine Taggeldleistungen zu verweigern.

6.3 Die Beklagte macht sodann geltend, die Zeugenaussagen würden bestätigen, was sie bereits in ihren Rechtsschriften dargelegt habe. Entgegen der anfänglichen Behauptungen des Klägers hätten D. bzw. die Firma G. auf der Baustelle in z.\_\_\_\_\_ keinen Einsatz geleistet. Auch sei der Kläger entgegen seinen Ausführungen nicht permanent von der Akkordgruppe O. unterstützt worden. Diese sei auf der Baustelle in z.\_\_\_\_\_ nur an einem Tag anwesend gewesen. Auch die klägerischen Ausführungen zu den angeblichen weiteren Hilfspersonen B. und I. seien ungläubwürdig. Während beim Ersten unklar sei, ob es sich um eine oder zwei Personen handle, sei der Zweite überhaupt erst im Rahmen der klägerischen Parteibefragung erwähnt worden. Ausserdem handle es sich bei beiden nicht um Fachpersonen für Unterlagsböden. Schliesslich sei aufgrund der Aussagen von F., Bauherr der Baustelle in z.\_\_\_\_\_, widerlegt, dass der Kläger seine Freizeit auf dem Hof verbracht habe. F. habe mit dem Kläger privat nichts zu tun und es sei entsprechend zu keinen Kaffeepausen oder Jasspartien gekommen. F. sei zudem selten auf der Baustelle vor Ort gewesen. Auch seien weder F. noch seine Mitarbeiter vom Kläger zu Eigenleistungen instruiert worden. Niemand vom Hof habe beim Bau der Unterlagsböden mitgeholfen. Der Kläger habe daher während den langen Anwesenheiten auf der Baustelle in z.\_\_\_\_\_ gearbeitet. Ob dies körperlich (wie dies u.a. dem Observationsmaterial zu entnehmen sei) oder in Form von Anweisungen und Kontrollen geschehen sei, sei letztlich unerheblich. Fakt sei, dass ein 20%iges Arbeitspensum bei Einsätzen von bis zu elf Stunden täglich eindeutig überschritten werde. Selbst ohne Berücksichtigung der Observation sei die betrügerische Anspruchsbegründung durch den Kläger belegt. Er habe auch bei einer Arbeitsunfähigkeit von 100% gearbeitet. Entgegen der klägerischen Behauptungen habe D. in keiner Weise für ihn auf den Baustellen gearbeitet. Auch E. habe den Kläger nicht beim Erstellen der Unterlagsböden unterstützt. Er habe lediglich draussen am Silo Pumparbeiten verrichtet und weder im Innenraum mitgearbeitet noch irgendwelche Instruktionen erteilt. Aus den Bestellmengen in den Rechnungen der Firma G. würden sich Arbeitseinsätze des Anwendungstechnikers von maximal

1,55 Stunden ergeben. Bei einem täglichen Arbeitsaufwand von neun Stunden auf der Baustelle gemäss den Aussagen des Klägers, verbliebe damit selbst bei paralleler Ausführung der Pumparbeiten und weiterer Unterstützung durch den Anwendungstechniker eine nicht unbeachtliche Restarbeitszeit. Dies gelte im Übrigen auch für den Einsatz von Chauffeuren, wobei deren Einsatz ohnehin nicht belegt sei. Sie seien dem Kläger nicht verrechnet worden, da sich in den Rechnungen keine Position "Servicegebühr" finde. Die Höhe des aufgeführten Kleinmengenzuschlags sei durchwegs gleich und könne sich damit nicht auf Arbeitskräfte beziehen, da die Entschädigung je nach Bestellmenge variere.

6.3.1 Gestützt auf die Zeugenaussagen ergibt sich Folgendes. D. arbeitet als Verkäufer und Anwendungstechniker, er ist Aussendienstmitarbeiter bei der Firma G. und kennt den Kläger seit mehr als 20 Jahren geschäftlich, da der Kläger über ihn Ware bezieht (VP S. 2 Ziff. 7 f.). Ob der Anwendungstechniker im Preis inbegriffen sei, sei Verhandlungssache, wobei dies beim Kläger inbegriffen sei. An konkrete Bestellungen des Klägers im Jahre 2014 konnte sich D. nicht erinnern. Er nehme an, die Aufträge im Zusammenhang mit dem Kläger wären im Archiv des Geschäfts, er habe jedoch keine Kopien aufbewahrt. Persönlich habe er im Jahre 2014 nie für den Kläger gearbeitet (keine Baustellen betreut, an keinem Bauprojekt mitgearbeitet). Er habe auch nie eine Entschädigung für den Einsatz beim Kläger erhalten. So etwas würden sie nicht machen (VP S. 2 Ziff. 14 ff.).

6.3.2 F. erklärte, er kenne den Kläger hauptsächlich geschäftlich. Privat kenne er ihn aufgrund der bisherigen Aufträge, die er für ihn abgewickelt habe. Sie hätten privat nichts miteinander zu tun, seien aber kollegial, wenn es um Aufträge gehe (VP S. 5 Ziff. 2). Der Umbau auf seinem Hof habe weniger als eine Woche gedauert. Er sei selten auf der Baustelle gewesen. Seine Betriebsmitarbeiter seien vor Ort gewesen, er habe allenfalls telefonische Anfragen erhalten. Ca. einmal am Tag sei er auf der Baustelle gewesen. Mitgeholfen habe er nicht, aber auch nicht speziell kontrolliert. Seine Mitarbeiter hätten beim Erstellen des Unterlagsbodens nicht geholfen, sie hätten allenfalls ausgeholfen. Die Mitarbeiter des Klägers hätten die Arbeiten vorgenommen. Es sei ein ausländischer Staatsangehöriger gewesen. Den Namen wisse er nicht. Er habe die Arbeiten mit dem Kläger angeschaut, dieser habe danach instruiert und kontrolliert. Was der Kläger selber gemacht habe, wisse er nicht. Er sei sicher vor Ort gewesen. Der Kläger sei der Chef bzw. Verantwortliche auf der Baustelle gewesen. Er habe nicht kontrolliert, was der Kläger auf dem Hof gemacht habe. Ob der

Kläger anwesend gewesen sei oder nicht und ob dies den ganzen Tag der Fall gewesen sei, könne er nicht bestätigen (VP S. 7 Ziff. 14 ff.).

6.3.3 C. erklärte, er kenne den Kläger seit drei Jahren. Dies sei eine rein geschäftliche Beziehung (VP S. 10 Ziff. 2). Er habe Mediamatiker gelernt und verrichte heute Baustellen- und Büroarbeiten. Den Kläger kenne er durch seinen Vater; dieser sei auch Bodenleger und diese würden sich untereinander kennen. Die Firma O. gehöre ihm (dem Zeugen) und seinem Bruder. Sie würden ausschliesslich Unterlagsböden machen. Ca. drei Mal im Jahr würden sie für den Kläger arbeiten, dies wahrscheinlich auch im Jahr 2014. Arbeitsrapporte existierten keine, da sie sich gegenseitig aushelfen würden. Wenn er beispielsweise Stress habe, könne er die Maschinen des Klägers ausleihen. Sie würden auch nie schriftliche Abrechnungen erstellen. Es seien nie grosse Arbeiten, die sie für den Kläger verrichten würden. Meistens sei es so, dass der Kläger am Morgen komme und erkläre, was zu tun sei und dann meistens wieder gehe. Wie dies damals in z. \_\_\_\_\_ genau gewesen sei, wisse er nicht mehr. Er wisse nicht genau, ob der Kläger in z. \_\_\_\_\_ "selber Hand angelegt" habe, aber wenn der Kläger sie rufen würde, dann mache er dies, weil er es nicht selber machen könne. Wie lange sie genau in z. \_\_\_\_\_ im Einsatz gewesen seien, wisse er nicht mehr (VP S. 11 Ziff. 7 ff.).

6.3.4 E. führte aus, er kenne den Kläger aufgrund einer geschäftlichen Kundenbeziehung (VP S. 19 Ziff. 2). Er sei Aussendienstanwendungstechniker, gehe auf Baustellen und bediene die Silos. Dies sei der grösste Teil seiner Arbeit. Den Kläger kenne er von den Baustellen her (VP S. 20 Ziff. 7 ff.). Er konnte sich nicht mehr erinnern, ob er im Jahr 2014 für den Kläger eine Materiallieferung auf eine Baustelle gemacht hat. Dies müsste er nachschauen. Es könne sein, dass er für den Kläger als Anwendungstechniker der Maxit im Jahr 2014 Fliessböden eingebracht habe, er könne das nicht genau sagen; er sei jeden Tag an einem anderen Ort. Er selber habe nicht für den Kläger gearbeitet, er habe stets nur als Anwendungstechniker gearbeitet (VP S. 20 Ziff. 13 ff.).

6.4 Aufgrund der Zeugenaussagen lässt sich nicht beweisen, dass der Kläger mehr als die ärztlich bescheinigten 20% gearbeitet hat. So konnten sich die Zeugen entweder nicht mehr daran erinnern, ob sie im Jahr 2014 für den Kläger gearbeitet haben oder sie erklärten, sie hätten für den Kläger keine Arbeiten ausgeführt. Dem Kläger war es, selbst wenn er 80% arbeitsunfähig war, nicht verboten auf einer Baustelle anwesend zu sein, so lange er lediglich kontrolliert sowie instruiert und keine typischen körperlichen Arbeiten als Bodenleger

(kniend, mit gebeugten Hüften) ausgeführt hat. Arbeitsunfähig geschrieben war der Kläger u.a. aufgrund einer Hüftnekrose beidseitig Stadium II; chronisch rezidivierende zeitweise invalidisierende lumboischialgien (vgl. kläg. Bel. 15, kläg. Bel. 23). Dies schliesst nicht aus, dass der Kläger auf einer Baustelle präsent sein kann. Keiner der befragten Zeugen hat ausgesagt, der Kläger habe sich auf der Baustelle in z. \_\_\_\_\_ als Plattenleger körperlich betätigt oder ganztags leichte Arbeiten ausgeführt. Der Beklagten gelingt es daher nicht, gestützt auf die gemachten Zeugenaussagen erhebliche Zweifel an der seitens des Klägers ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zu wecken.

6.5 Dr. J. hat die klägerische Arbeitsunfähigkeit in seinem Schreiben vom 15.6.2015 zusammenfassend aufgelistet. Er attestierte dem Kläger für den Zeitraum vom 21.3. - 18.8.2014 eine 100%, vom 19.8. - 30.9.2014 eine 80% und seit dem 1.10.2014 eine 50% Arbeitsunfähigkeit. Die 50% Arbeitsunfähigkeit (ganztags leichte Arbeiten) sei medizinisch begründet. Wie bereits erwähnt, schloss Dr. J. eine Steigerung der Arbeitsfähigkeit als Bodenleger auch mittel- bis langfristig als nicht zumutbar und somit unrealistisch aus (kläg. Bel. 23). Damit ist belegt, dass der Kläger seit dem 1.10.2014 und somit auch während der vorliegend relevanten Zeitperiode 50% arbeitsunfähig war.

Dem Kläger stehen demnach folgende Taggeldleistungen zu:

50 %	1.11.2013 -	12.1.2014	12	Tage à Fr. 100.--	Fr. 1'200.--
(unter Berücksichtigung der Sperrfrist von 60 Tagen)					
80 %	13.1.2014 -	20.3.2014	66	Tage à Fr. 160.--	Fr. 10'560.--
100 %	21.3.2014 -	18.8.2014	150	Tage à Fr. 200.--	Fr. 30'000.--
80 %	19.8.2014 -	30.9.2014	42	Tage à Fr. 160.--	Fr. 6'720.--
50 %	1.10.2014 -	1.11.2015	396	Tage à Fr. 100.--	Fr. 39'600.--

Dies ergibt ein Total von Fr. 88'080.00.

Der Kläger hat einen Betrag von insgesamt Fr. 85'410.-- geltend gemacht. Weiter sind die bereits seitens der Beklagten geleisteten Zahlungen von Fr. 40'820.-- abzuziehen. Da dem Kläger nicht mehr zugesprochen werden kann als beantragt, ergibt dies einen Forderungsbetrag von Fr. 44'590.--.

## **7. Verzugszins**

Der Kläger beantragt einen Verzugszins von 5% seit mittlerem Verfall. Die Beklagte hat dem Kläger vom 1.11.2013 bis 11.8.2014 Taggelder bezahlt. Verzugszins ist daher ab dem 23.3.2015 (mittlerer Verfall vom 12.8.2014 bis 1.11.2015) zuzusprechen (vgl. Art. 100 VVG i.V.m. Art. 104 Abs. 1 OR).

Zusammenfassend hat die Beklagte dem Kläger somit antragsgemäss Fr. 44'590.– nebst Zins zu 5% seit 23.3.2015 zu bezahlen.

## **8. Widerklage**

Die Beklagte macht geltend, der Grad der klägerischen Arbeitsunfähigkeit habe im Verlauf des Schadenfalls zwischen 50 - 100% variiert. Gestützt auf die ärztlichen Berichte habe sie vom 1.11.2013 bis 11.8.2014 Taggelderleistungen in der Höhe von Fr. 40'820.– erbracht. Im Verlaufe des Schadenfalls habe sie den Kläger von der Firma Y. im September 2014 überwachen lassen. Zu diesem Zeitpunkt sei der Kläger gemäss ärztlichem Bericht von Dr. J. 20% arbeitsfähig gewesen. Des Weiteren habe sie eine Buchprüfung durch die Firma K. veranlasst. Die Kosten für die Überwachung und Buchprüfung beliefen sich auf Fr. 33'061.60, woran sich die ebenfalls involvierte Z. Versicherungen mit 50% beteiligt habe. Die Überwachung und die Buchprüfung hätten ergeben, dass der Kläger in Bezug auf seine Arbeitsfähigkeit gelogen habe. Er habe mindestens vom 21.3.2014 bis 18.8.2014 während seiner Arbeitsunfähigkeit von 100% gearbeitet. Zudem habe er bei einer ärztlich attestierten Arbeitsfähigkeit von 20% vom 19.8.2014 bis 30.9.2014 darüber hinaus Arbeitsleistungen erbracht. Ihr gegenüber habe er jedoch angegeben, nicht gearbeitet zu haben und bei einer Arbeitsfähigkeit von 20% in diesem Rahmen Arbeitsleistungen erbracht zu haben. Somit habe der Kläger ihr seine effektive Arbeitsfähigkeit bzw. seine effektiv erbrachten Arbeitsleistungen verschwiegen. Aufgrund dieser Erkenntnisse sei sie mit Schreiben vom 10.3.2015 gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend per 1.11.2013 vom Einzeltaggeldversicherungsvertrag x. \_\_\_\_\_ zurückgetreten. Gleichzeitig habe sie den Kläger aufgefordert, ihr die geleisteten Taggelder von Fr. 40'820.– zurückzuerstatten und die verbliebenen Abklärungskosten in der Höhe von Fr. 16'000.– zu erstatten.

8.1 Dagegen wendet der Kläger im Wesentlichen ein, er habe in stundenlangen verschiedenen Befragungen der Beklagten und der von ihr beauftragten Y. korrekt und so genau wie möglich Antworten gegeben. Dass es einige Unklarheiten gegeben habe, sei bei dem Umfang der Fragen klar. Er wehre sich gegen die Bezeichnung, dass er gelogen

habe. Er habe während der 100%-igen Arbeitsunfähigkeit keinerlei Arbeitsleistungen erbracht, sondern bereits vergebene Aufträge mit Hilfe von Subunternehmern und Anwendungstechnikern der Firma G. erledigen lassen. Auch während der 20%-igen Arbeitsleistung habe er höchstens in diesem Rahmen gearbeitet. Die Voraussetzungen für einen Vertragsrücktritt, Leistungsverweigerung und Rückforderung der erbrachten Leistungen seien aufgrund der konkreten Geschehnisse aber vorliegend nicht gegeben.

8.2 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 nicht an den Vertrag gebunden. In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Versicherte Tatsachen verschweigt oder zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern können. Dabei ist nicht jede Verfälschung oder Verheimlichung von Tatsachen von Bedeutung, sondern nur jene, welche objektiv geeignet ist, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen; der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. Unter Art. 40 VVG fällt u.a. das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen. Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG 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 BGer 4A\_286/2016 vom 29.8.2016 mit Hinweisen). Der Anspruchsberechtigte - in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte - hat die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs. Den Versicherer trifft demgegenüber 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 (z.B. wegen betrügerischer Begrün-

dung des Versicherungsanspruchs: Art. 40 VVG). Wegen der Schwere des vom Versicherer geäusserten Vorwurfs und der gravierenden Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen hoch, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art. 40 VVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht. Da es sich dabei um eine rechtsvernichtende Tatsache zu Lasten des Anspruchsberechtigten handelt, muss der Versicherer den Hauptbeweis leisten. Ausnahmen vom Regelbeweismass des strikten Beweises, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich einerseits aus dem Gesetz selbst; andererseits sind sie durch Rechtsprechung und Lehre herausgearbeitet worden. Den Ausnahmen liegt die Überlegung zu Grunde, dass die Rechtsdurchsetzung nicht an Beweisschwierigkeiten scheitern darf, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten. Die Beweiserleichterung setzt demnach eine "Beweisnot" voraus. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist, insbesondere wenn die von der beweisbelasteten Partei behaupteten Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können. Die entsprechenden Überlegungen gelten unabhängig davon, welche Partei beweisbelastet ist. Das Bundesgericht hat denn auch in Bezug auf den vom Versicherer zu erbringenden Beweis der absichtlichen Herbeiführung des versicherten Ereignisses (Art. 14 VVG) bereits entschieden, dass der Versicherer sich ebenfalls auf eine Reduktion des Beweismasses auf den Grad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit berufen kann, wenn der strikte Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich bzw. nicht zumutbar ist. Es sind keine Gründe ersichtlich, weshalb diese Beweiserleichterung nicht auch auf die vorliegende Konstellation, namentlich für den Beweis der absichtlichen Herbeiführung des Versicherungsfalles (mit oder ohne Täuschungswille, der naturgemäss nur schwierig zu erbringen ist), Anwendung finden sollte. Anzumerken ist, dass Art. 40 VVG einen zivilrechtlichen Tatbestand umschreibt. Seine Merkmale sind, wie hiavor dargelegt, objektiv die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben, und subjektiv die Täuschungsabsicht. Der strafrechtliche Betrug im Sinne von Art. 146 StGB ist damit nicht identisch, enthält er doch insbesondere das qualifizierende Element der Arglist. Zudem sind im Strafrecht teilweise unterschiedliche Beweisregeln zu beachten. Trotz des Ausdrucks "betrügerisch" in der Marginale ist Art. 40 VVG ausschliesslich nach zivilrechtlichen Kriterien anzuwenden. Ob dem Tatbestand auch strafrechtliche Relevanz zukommt (Betrug oder Betrugsversuch), ist im Art. 40 VVG betreffenden Verfahren nicht zu untersuchen. Eine strafrechtliche Verurteilung des Anspruchstellers wegen Betrugs scheitert oft daran, dass keine Arglist gemäss Art. 146 StGB vorliegt, weil die Überprüfung seiner Falschangaben oder Lügen durch den Versicherer möglich und zumutbar erscheint. Art. 40 VVG erfordert indessen

den Nachweis der Arglist nicht, sodass der betrügerische Anspruchsteller aus ihrem Fehlen nichts zu seinen Gunsten ableiten kann (Urteil BGer 4A\_382/2014 vom 3.3.2015 E. 5.3 und 5.4 mit Hinweisen).

8.3 Die Beklagte erbrachte im Zeitraum vom 1.11.2013 bis 11.8.2014 Taggelderleistungen in der Höhe von Fr. 40'820.--. Sie macht geltend, die Überwachung und Buchprüfung hätte ergeben, dass der Kläger mindestens vom 21.3.2014 bis 18.8.2014 während einer Arbeitsunfähigkeit von 100% gearbeitet habe. Der Kläger habe keinerlei Einbussen gehabt und kein Personal angestellt, weshalb erwiesen sei, dass der Kläger gearbeitet habe bzw. arbeitsfähig gewesen sei. Anlässlich seiner Parteibefragung hat der Kläger ausgesagt, er habe im Jahr 2014 während den rund fünf Monaten, in welchen er zu 100% arbeitsunfähig gewesen sei, nicht gearbeitet. Er habe eine Akkordtruppe gehabt. E. sei beim Silo gewesen und I. habe für ihn gearbeitet (VP S. 15 Ziff. 3). Er habe während dieser Zeit keine Baustellen besucht oder Administrativarbeiten im Zusammenhang mit seiner selbständigen Erwerbstätigkeit erledigt. Die Rechnungen mache seine Frau und auf der Baustelle sei er nicht gewesen. Es seien kleine Baustellen, die in einer oder 1 ½ Stunden fertig gewesen seien, gewesen. I. sei jeweils vor Ort gewesen. Er werde ihm auch wieder aushelfen, damit dies wieder ausgeglichen sei. Er habe jeweils von zu Hause aus besprochen, was I. machen müsse. Sie würden Hand in Hand arbeiten, es fliesse kein Geld (VP S. 16 Ziff. 6 f.). Während der Zeit als er 80% arbeitsunfähig gewesen sei, habe er vor Ort Anweisungen gegeben. Er habe nur Anweisungen gegeben und sonst nichts. Er dürfe so lange vor Ort sein wie er wolle, wenn er nur Anweisungen gebe. Er selber habe in z. \_\_\_\_\_ gezeitigt, was in die Mischung komme. Die Gruppe Q. sei vor Ort gewesen. Sie hätten eine Matte im \_\_\_\_\_ geholt. Er sei vor Ort gewesen und wenn es ihn gebraucht habe, habe er gesagt wie sie es machen müssten. Die Gruppe arbeite für ihn (VP S. 16 Ziff. 9 ff.).

Wie eingangs dargelegt, trägt die Beklagte die Beweislast für die Tatsachen, die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Kläger unverbindlich machen würden. Sie stützt sich vorliegend insbesondere auf die Buchprüfung durch die Firma K. sowie die Überwachung durch die Y. Wie bereits unter Ziffer 6 ausgeführt, war die Observation des Klägers nicht zulässig, da die Voraussetzung des hinreichenden Anfangsverdachts nicht erfüllt war, weshalb die Beklagte aus der Überwachung nichts zu ihren Gunsten ableiten kann. In Bezug auf die Buchprüfung ist festzuhalten, dass der Kläger im Rahmen der Parteibefragung erklärt hat, weshalb es zu keinen Umsatzeinbussen gekommen ist, so hätten an-

dere Leute für ihn gearbeitet. Sie würden sich jeweils gegenseitig aushelfen (VP S. 16 Ziff. 6). Gegenteiliges hat die beweisbelastete Beklagte nicht beweisen können. Seitens der Beklagten sind diesbezüglich noch zwei Beweisanträge, die Einvernahme von N. von der Firma K. sowie von M. von der Y. offen. Diese Zeugen sind jedoch nicht einzuvernehmen, da nicht ersichtlich ist, was diese bezeugen könnten, was nicht bereits in den erwähnten Gutachten/Berichten dargelegt ist. Weitere Beweisanträge hat die Beklagte nicht gestellt, obwohl der Kläger die beteiligten Bauherren und Mitarbeiter benannt und als Zeugen angerufen hat, welche vorliegend am umstrittenen Umsatz beteiligt gewesen sind. Eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG kann dem Kläger nicht nachgewiesen werden, dies gilt auch für die Täuschungsabsicht. Die Beklagte war somit nicht berechtigt vom Vertrag zurück zu treten, weshalb sie auch keine geleisteten Taggelder zurück fordern kann. Die Widerklage ist daher abzuweisen.

## **9. Kosten**

Der Kläger dringt mit seinem Begehren praktisch vollumfänglich durch während die Widerklage abgewiesen wird. Bei diesem Verfahrensausgang sind die Kosten der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss Art. 114 lit. e ZPO dürfen den Parteien im Entscheidverfahren über Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung grundsätzlich keine Gerichtskosten auferlegt werden. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung befreit dies die Parteien nur von Gerichtskosten; eine Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei bleibt grundsätzlich geschuldet (Urteil BGer 4A\_194/2010 vom 17.11.2010 E. 2.2.1 mit Verweis auf die bereits unter Art. 85 VAG bzw. Art. 47 Abs. 2 und 3 aVAG geltende Regelung und die entsprechende Bundesgerichtspraxis in Urteil BGer 5C.244/2000 vom 9.1.2001 E. 5).

9.1 Der Streitwert beträgt vorliegend Fr. 101'410.-- (Fr. 44'590.-- Klage plus Fr. 56'820.-- Widerklage; § 94 Abs. 2 ZPO). Bei diesem Streitwert liegt der Gebührenrahmen für die berufsmässige Vertretung zwischen Fr. 1'875.-- und Fr. 12'000.-- (§§ 6 Abs. 2 lit. d i.V.m. 31 Abs. 1 JusKV). Der Rechtsvertreter des Klägers macht in seiner Kostennote vom 25.4.2017 ein Honorar von Fr. 17'520.85 und Auslagen von insgesamt Fr. 343.30 sowie die Mehrwertsteuer von Fr. 1'429.13 geltend (amtl. Bel. 29). Innerhalb des vorgegebenen Kostenrahmens bemisst sich die Gebühr der berufsmässigen Vertretung nach Umfang, Bedeutung und Schwierigkeit der Streitsache, nach der Art der Vertretung sowie nach dem sachlich gebotenen Zeitaufwand für die Verfahrensführung (§ 2 Abs. 1 JusKV). Bei besonderen Umständen

kann die Gebühr ohne Bindung an den vorgegebenen Rahmen erhöht werden, insbesondere bei ausserordentlichem Umfang, grosser Bedeutung oder besonderer Schwierigkeit der Streitsache, bei Mitbeurteilung von Zivilforderungen im Strafverfahren oder wenn die Prozessführung einen ausserordentlichen Zeitaufwand erforderte (§ 2 Abs. 2 JusKV). Vorliegend fand ein doppelter Rechtsschriftenwechsel statt, es wurde eine Widerklage eingereicht und es fanden zwei Instruktionsverhandlungen mit diversen Zeugenbefragungen sowie einer Parteibefragung statt. Ausserdem reichte der klägerische Rechtsvertreter einen schriftlichen Schlussvortrag ein. Trotz des relativ umfangreichen Beweisverfahrens und der Widerklage rechtfertigt es sich vorliegend nicht, über den von der JusKV vorgesehenen Gebührenrahmen hinauszugehen; ausserordentliche Umstände oder eine besonders komplexe Streitsache liegt nicht vor. Mit der Festsetzung des Honorars auf das Maximum des ordentlichen Gebührenrahmens von Fr. 12'000.-- wird den obgenannten Punkten ausreichend Rechnung getragen.

9.2 Ersetzt werden sodann die für die Prozessführung notwendigen Auslagen. Die Auslagen sind nach ihrer Art getrennt auszuweisen, soweit sie Fr. 100.-- übersteigen. Fehlt eine ausreichende, nachvollziehbare Aufstellung, kann ein pauschaler Auslagenersatz nach Ermessen des Gerichts zugesprochen werden. Fotokopien werden mit 30 Rappen pro Stück vergütet. Das Kopieren der eigenen Akten (Rechtsschriften, Korrespondenzen u.Ä.) wird nicht entschädigt; bei berufsmässigen Vertreterinnen und Vertretern zählt dies zu den Kanzleiarbeiten im Sinn von § 30 Abs. 1 JusKV (§ 33 Abs. 1, 2 und 4 JusKV). Die Kosten für Fotokopien daher ermessensweise auf Fr. 100.-- zu kürzen, nachdem gemäss Leistungserfassung jeweils bei der Erstellung der Rechtsschriften übermässig viele Kopien erstellt wurden. Die Portokosten von Fr. 135.60 und die Spesen von Fr. 7.-- sind detailliert ausgewiesen. Insgesamt sind somit Auslagen von Fr. 242.60 zu vergüten. Hinzu kommt die MWST von Fr. 979.40.

9.3 Die Beklagte hat dem Kläger somit eine Parteienschädigung von Fr. 13'222.-- (Honorar Fr. 12'000.--, Auslagen Fr. 242.60, MWST Fr. 979.40) zu bezahlen.

## Rechtsspruch

1. Die Beklagte hat dem Kläger für den Zeitraum vom 12.8.2014 bis 1.11.2015 Fr. 44'590.– zuzüglich 5% Zins seit 23.3.2015 zu bezahlen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.

Die Beweiskosten von Fr. 340.– (Zeugenlöhne) gehen zu Lasten des Staates.

Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 13'222.– (Honorar Fr. 12'000.–, Auslagen Fr. 242.60, MWST Fr. 979.40) zu bezahlen.

4. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich mit Anträgen und Begründung beim Kantonsgericht einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
5. Dieses Urteil wird den Parteien und nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern zugestellt.

### Bezirksgericht Luzern Abteilung 1

lic. iur. Kurt Weingand  
Präsident

MLaw Sibylle Küng  
Gerichtsschreiberin

