

**SV 22 26**

[Urteil BGer 9C\\_583/2024 vom 26.5.2025/Abweisung \(Publ.\)](#)

**Entscheid vom 6. Mai 2024**  
**Sozialversicherungsabteilung**

**Besetzung**

Vizepräsidentin Barbara Brodmann, Vorsitz,  
Verwaltungsrichter Sepp Schnyder,  
Verwaltungsrichter Stephan Zimmerli,  
Gerichtsschreiber Reto Rickenbacher.

**Verfahrensbeteiligte**

**A.\_\_\_\_**

vertreten durch Rechtsanwalt Patrick Wagner,  
Schmid & Hermann Rechtsanwälte, Lange Gasse 90,  
4052 Basel,

**Kläger / Widerbeklagter,**

gegen

**Generali Personenversicherungen AG,**  
Soodmattenstrasse 10, Postfach, 8134 Adliswil,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Gerhard Stoessel,  
Kohlrainstrasse 10, 8700 Küsnacht,

**Beklagte / Widerklägerin.**

**Gegenstand**

**Forderung aus einer gebundenen Vorsorgeversicherung;**

Klage vom 12. August 2022 /  
Widerklage vom 14. Dezember 2022.

## **Sachverhalt:**

### **A.**

A. \_\_ («Kläger») schloss per 1. Dezember 2005 bei der Generali Personenversicherungen AG («Beklagte») eine auf ihn lautende gebundene Vorsorgeversicherung «Investment Plan PLUS» (Policen-Nr. \_\_) mit einer Laufzeit von 35 Jahren und einer Jahresprämie von Fr. 6'192.10 ab. Diese sah als Leistungen bei Erwerbsunfähigkeit eine monatliche Rente von Fr. 2'400.– (ab dem 721. Tag) sowie Prämienbefreiung (ab dem 31. Tag) vor (kläg.-Bel.2; anwendbare allgemeine und ergänzende Versicherungsbedingungen kläg.-Bel. 3 – 6, vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 2 und amtl. Bel. 7 Ziff. 2).

Im gleichen Zeitraum schloss der Kläger weitere Versicherungen ab: Bei Vaudoise Versicherungen schloss er eine auf ihn lautende Verkehrs-Unfallversicherung mit Versicherungsbeginn am 20. Oktober 2005 und einer Jahresprämie von Fr. 250.– ab (Leistungen: Todesfall Fr. 250'000.–; dauernde gänzliche Invalidität Fr. 500'000.–; STA-act. 10.3.11 f.). Bei der Schweizerischen National-Versicherungs-Gesellschaft AG schloss er eine auf ihn lautende Unfallversicherung für Erwachsene mit Versicherungsbeginn am 9. Dezember 2005 und einer Jahresprämie von Fr. 850.30 ab (Leistungen: Invalidität: Fr. 200'000.–; Taggeld Fr. 40.–; Spitaltaggeld Fr. 100.– sowie Heilungskosten; STA-act. 7.9.6 f.). Bei der Zürich Versicherungs-Gesellschaft schloss er eine Motorwagenversicherung für die Personenwagen Renault Espace und Opel Corsa mit den Wechselkontrollschildern \_\_ mit Vertragsbeginn am 3. Oktober 2005 und einer Nettojahresprämie von Fr. 735.80 ab (Leistungen für alle Insassen: Todesfall Fr. 200'000.–; Invalidität Fr. 200'000.– sowie Heilungskosten; STA-act. 10.3.9 f.). Ebenfalls bei Zürich Versicherungs-Gesellschaft schloss er eine weitere Motorwagenversicherung für die Personenwagen Ford Escort mit den Kontrollschildern \_\_ mit Vertragsbeginn am 24. November 2005 und einer Nettojahresprämie von Fr. 1'391.80 ab (Leistungen für alle Insassen: Todesfall Fr. 200'000.–; Invalidität Fr. 200'000.–; Taggeld Fr. 300.–; Spitaltaggeld Fr. 200.–sowie Heilungskosten; STA-act. 10.9.166 ff.).

### **B.**

Am 31. März 2006 meldete sich der Kläger bei der Beklagten zum Bezug von Leistungen wegen Erwerbsunfähigkeit. Er gab an, bei einem Autounfall am 12. März 2006 um circa 15:15 Uhr in X. \_\_ ein Schleudertrauma sowie Verletzungen an Kopf, Hals, Schultern und Rücken erlitten zu haben (bekl.-Bel. 18). In der Folge wurden umfangreiche Abklärungen zum Gesundheitszustand des Klägers getätigt.

**C.**

Die Beklagte und weitere Versicherer haben den Kläger vom 15. November 2006 bis zum 13. September 2007 mehrfach observieren lassen (STA-act. 7.23.6 ff.; STA-act. 10.1.1 ff.; STA-act. 10.10.22 ff.).

**D.**

Gegen den Kläger und seine Ehefrau wurde ein Strafverfahren eingeleitet. Im Rahmen dieses Strafverfahrens wurden die beiden zwischen dem 21. Mai 2008 und 17. Juli 2008 mehrfach mittels Videokamera überwacht (STA-act. 7.3.1.15 ff.). Zudem wurde am 20. Oktober 2012 an ihrem Wohnort eine Hausdurchsuchung durchgeführt (STA-act. 2.1.16 ff.; STA-act. 7.1.14 ff.; STA-act. 10.4 f.). Gestützt auf die dabei erstellten bzw. sichergestellten Foto- und Videoaufnahmen liess die Staatsanwaltschaft Nidwalden bei der asim Versicherungsmedizin («asim»), dem Kompetenzzentrum des Universitätsspitals Basel für Gutachten bei Versicherungs- und Haftpflichtfällen, ein Gutachten zur Arbeitsfähigkeit des Klägers vom 12. März 2006 bis Ende 2008 erstellen. Das Gutachten wurde am 15. November 2019 erstattet (STA-act. 9.3.47 ff.). Die Staatsanwaltschaft schloss das Vorverfahren mit dem Strafbefehl vom 16. November 2020 ab, mit dem sie den Kläger des vollendeten und teilweise versuchten Betruges für schuldig erklärte (STA-act. 1.15 ff.). Nachdem der Kläger dagegen Einsprache erhoben hatte, überwies sie den Strafbefehl als Anklage dem Kantonsgericht Nidwalden. Dieses sprach den Kläger mit Urteil vom 13. August 2021 von sämtlichen Vorwürfen frei. Das Urteil wurde im Dispositiv eröffnet; keine der Parteien erhob ein Rechtsmittel oder verlangte eine schriftliche Urteilsbegründung, weshalb das Urteil rechtskräftig wurde (kläg.-Bel. 96).

**E.**

Die Beklagte war mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 gestützt auf Art. 40 VVG (SR 221.229.1) per Schadensdatum (12. März 2006) vom Versicherungsvertrag mit dem Kläger zurückgetreten und mitgeteilt, sie würde keine Leistungen erbringen (ihm allerdings den Rückkaufswert erstatten). Sie begründete den Rücktritt damit, insbesondere die diversen privaten und polizeilichen Observationen hätten klar aufgezeigt, dass die vom Kläger geklagten Beschwerden nicht seinem effektiven Gesundheitszustand entsprechen würden. Es erscheine offensichtlich, dass der Kläger seinen tatsächlichen Gesundheitszustand zum Zwecke der Täuschung verschwiegen habe, um Leistungen aus seiner Lebensversicherungspolice zu erhalten (kläg.-Bel 93).

**F.**

Am 12. August 2022 reichte der Kläger gegen die Beklagte eine Teilklage beim Verwaltungsgericht des Kantons Nidwalden ein und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 1):

- « 1 Es sei die Beklagte zu verpflichten, den Vorsorgeversicherungsvertrag mit der Policen-Nr. \_\_\_ per 12. März 2006 wieder in Kraft zu setzen und ihn ab dann uneingeschränkt mit allen gegenseitigen Rechten und Pflichten weiterzuführen und dem Kläger weiterhin die vereinbarte Versicherungsdeckung zu gewähren.
2. Es sei festzustellen, dass der von der Beklagten mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 gestützt auf Art. 40 VVG erklärte Vertragsrücktritt rechtswidrig, eventualiter nichtig war.
3. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 565'710.00 nebst Zins zu 5 % p.a. ab dem 1. August 2022 (Teil der ab 12. März 2006 fälligen Forderung auf Erwerbsunfähigkeitsrente aus der gebundenen Vorsorgeversicherung mit der Policen-Nr. 50'487'025 sowie einen Anteil des entstandenen Verspätungsschadens) zu bezahlen.
4. Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger mit Wirkung ab dem 11. April 2006 und bis auf weiteres eine 100%ige Prämienbefreiung zu gewähren.
5. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass es sich bei der vorliegenden Klage um eine Teilklage (Teil der ab 12. März 2006 fälligen Forderung auf Erwerbsunfähigkeitsrente aus der gebundenen Vorsorgeversicherung mit der Policen-Nr. 50'487'025 sowie einen Anteil des entstandenen Verspätungsschadens) handelt und dass gegenüber der Beklagten weitere Forderungen aus der gebundenen Vorsorgeversicherung Police-Nr. 50'487'025 vorbehalten bleiben.
6. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zuzüglich MWST zulasten der Beklagten.»

In prozessualer Hinsicht beantragte der Kläger zudem, es sei eine öffentliche Verhandlung durchzuführen und es sei der Kläger persönlich zu befragen.

**G.**

Die Beklagte reichte am 15. Dezember 2022 ihre Klageantwort ein, in der sie die kostenfällige Klageabweisung beantragte. Gleichzeitig erhob sie Widerklage und stellte die folgenden Anträge (amtl. Bel. 7):

- « 1 Der Kläger/Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin CHF 11'696 zu bezahlen (Rückerstattung von Leistungen), nebst Zins zu 5% seit 09.11.2016.
2. Der Kläger/Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten/Widerklägerin CHF 39'053 zu bezahlen (Ersatz Observationskosten), nebst Zins zu 5% seit 09.11.2016.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (incl. MWST) zu Lasten des Klägers/Widerbeklagten.»

**H.**

Am 27. März 2023 erstattete der Kläger seine Replik/Widerklageantwort. Er hielt an seinen Anträgen in der Klage fest und beantragte, auf die Widerklage sei nicht einzutreten, eventua-  
liter sei sie abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten  
(amtl. Bel. 10).

**I.**

Die Beklagte reichte am 7. Juli 2023 ihre Duplik/Widerklagereplik ein und hielt an ihren in der  
Klageantwort und Widerklage gestellten Anträgen fest (amtl. Bel. 16).

**J.**

Am 19. Oktober 2023 reichte der Kläger seine Widerklageduplik ein und hielt an seinen bishe-  
rigen Anträgen fest (amtl. Bel. 20).

**K.**

Die Verfahrensleitung teilte den Parteien mit Schreiben vom 31. Oktober 2023 mit, aus ihrer  
Sicht sei die Befragung des Klägers für die Ermittlung des Sachverhalts nicht notwendig, und  
ersuchte den Kläger um Mitteilung innert Frist, ob am Antrag auf Durchführung einer öffentli-  
chen Verhandlung festgehalten wird (amtl. Bel. 21). Der Kläger teilte am 2. November 2023  
mit, dass er an diesem Antrag festhält (amtl. Bel. 22).

**L.**

Mit Editionsgesuchen vom 6. November 2023 edierte die Verfahrensleitung des Verwaltungs-  
gerichts Nidwalden die IV-Akten sowie die Strafakten betreffend den Kläger (amtl. Bel. 23 f.).

**M.**

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2023 wurden die Parteien auf Montag, 11. März 2024, zur  
öffentlichen Verhandlung vorgeladen, wobei sie aufgefordert wurden, persönlich zu erschei-  
nen. Gleichzeitig wurde ihnen die Besetzung des Verwaltungsgerichts bekanntgegeben (amtl.  
Bel. 26A).

**N.**

Mit Verfügung vom 8. März 2024 musste die Verhandlung wegen krankheitsbedingter Verhin-  
derung des beklagischen Rechtsvertreters abziert werden. Den Parteien wurde mitgeteilt, es

werde zeitnah ein neuer Verhandlungstermin festgesetzt. Gleichzeitig wurde dem Kläger unter Verweis auf das Schreiben vom 31. Oktober 2023 mitgeteilt, nach Auffassung der Verfahrensleitung könne auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden und er wurde innert Frist um Mitteilung gebeten, falls er inzwischen gleicher Meinung sei (amtl. Bel. 29 – 32). Mit Schreiben vom 8. März 2024 teilte der Kläger mit, er schliesse sich dieser Meinung der Verfahrensleitung an und ziehe den Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zurück (amtl. Bel. 33).

**O.**

Den Parteien wurde mit Verfügung vom 14. März 2024 mitgeteilt, nachdem der Kläger den Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zurückgezogen habe, werde die Streitsache an der nächsten Sitzung der Sozialversicherungsabteilung beraten und beurteilt. Ihnen wurde zudem Frist angesetzt, um eine Kostennote einzureichen (amtl. Bel. 36). Sie reichten ihre Kostennoten am 19. März 2024 (Beklagte; amtl. Bel. 36A) und am 22. März 2024 (Kläger; amtl. Bel. 36B) ein.

**P.**

Mit Eingabe vom 26. April 2024 wies die Beklagte auf einen neuen Bundesgerichtsentscheid hin (amtl. Bel. 37). Diese Eingabe wurde dem Kläger mit Schreiben vom 29. April 2024 zur Kenntnisnahme zugestellt (amtl. Bel. 38). Eine weitere Eingabe ging nicht ein, womit der Rechtsschriftenwechsel definitiv abgeschlossen war.

**Q.**

Die Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden hat die vorliegende Beschwerdesache anlässlich ihrer Sitzung vom 6. Mai 2024 in Abwesenheit der Parteien beraten und beurteilt. Auf die Ausführungen der Parteien wird, soweit erforderlich, in den Erwägungen eingegangen.

## **Erwägungen:**

### **1.**

#### **1.1**

Der Kläger hat bei der Beklagten als Versicherungseinrichtung eine gebundene Selbstvorsorge nach Art. 82 Abs. 1 lit. a BVG abgeschlossen (kläg.-Bel. 2 ff.). Sich daraus ergebende Streitigkeiten fallen in die Zuständigkeit des kantonalen Berufsvorsorgegerichts (Art. 73 Abs. 1 lit. b BVG). Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist für Streitigkeiten mit Einrichtungen der Säule 3a neben den gesetzlichen Gerichtsständen (Art. 73 Abs. 3 BVG) alternativ auch das Gericht am Wohnsitz des Versicherungs- bzw. Vorsorgenehmers zuständig (Urteile des Bundesgerichts 9C\_1016/2010 vom 30. Mai 2011 E. 2.3.3 und 9C\_944/2008 vom 30. März 2009 E. 5.4). Der Kläger hat Wohnsitz in Stans (amtl. Bel. 1 Rz. 6; amtl. Bel. 7 Ziff. 1.1.2; IV-act. 225). Somit ist die angerufene Sozialversicherungsabteilung des Verwaltungsgerichts Nidwalden örtlich und sachlich zuständig (Art. 1 Abs. 3 SRG [NG 264.1] i.V.m. Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 GerG [NG 261.1]). Sie entscheidet in Dreierbesetzung (Art. 33 Ziff. 2 GerG). Da die Klage auch den formellen Anforderungen entspricht (Art. 2 Abs. 2 SRG), ist darauf einzutreten.

#### **1.2**

Die Beklagte macht gestützt auf den Vertragsrücktritt nach Art. 40 VVG widerklageweise die Rückforderung von Leistungen sowie von Observationskosten geltend. Weil die Widerklage in einem rechtlichen Zusammenhang mit der Klage steht und die formellen Anforderungen erfüllt, ist auf sie ebenfalls einzutreten und im vorliegenden Verfahren darüber zu befinden (Art. 1 Abs. 2 SRG i.V.m. Art. 101 VRG sowie Art. 2 Abs. 2 SRG).

### **2.**

#### **2.1**

Gemäss Art. 73 Abs. 2 BVG stellt das Gericht den Sachverhalt von Amtes wegen fest. Der Untersuchungsgrundsatz betrifft den rechtserheblichen Sachverhalt und verpflichtet das Gericht gegebenenfalls zur Erhebung der notwendigen Beweise. Er wird durch die Mitwirkungspflicht der Parteien beschränkt. Dazu gehören in erster Linie die Substanziierungspflicht, welche besagt, dass die wesentlichen Tatsachenbehauptungen und -bestreitungen in den Rechtschriften enthalten sein müssen (BGE 138 V 86 E. 5.2.3; Urteil des Bundesgerichts 9C\_711/2017 vom 4. Juli 2018 E. 3.1.1). An den Untersuchungsgrundsatz werden geringere Anforderungen gestellt, wenn die Parteien anwaltlich vertreten sind (BGE 138 V 86 E. 5.2.3).

Der Grad der Substanziierung einer Behauptung beeinflusst den erforderlichen Grad an Substanziierung einer Bestreitung (Urteil des Bundesgerichts 9C\_48/2017 vom 4. September 2017 E. 2.2.2). Die Bestreitungslast darf allerdings nicht zu einer Umkehr der Behauptungs- und Beweislast führen (BGE 138 V 86 E. 5.2.3).

## **2.2**

Im Klageverfahren nach Art. 73 BVG herrscht die Dispositionsmaxime, d.h. die Parteien definieren den Streitgegenstand. Der Streitgegenstand bestimmt sich einzig nach Massgabe der Rechtsbegehren der Klage sowie einer allfälligen Widerklage. Indessen ist das Berufsvorsorgegericht innerhalb des Streitgegenstandes in Durchbrechung der Dispositionsmaxime an die Begehren der Parteien nicht gebunden (BGE 135 V 23 E. 3.1).

## **3.**

### **3.1**

Der Kläger beantragt mit seiner Klage, die Beklagte sei zur Weiterführung des Vorsorgeversicherungsvertrag vom 12. März 2006 (Policen-Nr. 50'487'025) und zur Ausrichtung von Leistungen aus diesem Vertrag (Erwerbsunfähigkeitsrente und Prämienbefreiung) zu verpflichten. Weiter verlangt er, es sei festzustellen, dass der gestützt auf Art. 40 VVG durch die Beklagte vorgenommene Vertragsrücktritt 17. Dezember 2015 rechtswidrig, eventualiter nichtig sei (amtl. Bel. 1 S. 2). Die Beklagte fordert mit ihrer Widerklage die Rückerstattung von Leistungen und Kosten nach dem Vertragsrücktritt gemäss Art. 40 VVG (amtl. Bel. 7).

Sowohl für die Klage als auch für die Widerklage ist deshalb entscheidend, ob der Vertragsrücktritt der Beklagten vom 17. Dezember 2015 zulässig war oder nicht. Diese Frage ist nachfolgend zu klären. Zunächst werden die Positionen der Parteien dargelegt (nachfolgende E. 3.2 f.). Danach werden die rechtlichen Voraussetzungen für einen Vertragsrücktritt nach Art. 40 VVG dargelegt (nachfolgende E. 3.4) Anschliessend wird geprüft, ob die privaten und polizeilichen Observationen im vorliegenden Verfahren verwertet werden dürfen (nachfolgende E. 3.5). In der Folge werden die vom Kläger in den Jahren 2006 – 2008 geklagten Beschwerden und die Ergebnisse des asim-Gutachtens vom 15. November 2019 dargestellt (nachfolgende E. 3.6) Schliesslich wird geprüft, ob die Beklagte gestützt auf Art. 40 VVG vom Versicherungsvertrag mit dem Kläger zurücktreten durfte und ob dieser Rücktritt rechtzeitig erfolgt ist (nachfolgende E. 3.7). Zum Abschluss wird daraus ein Fazit für die Klage gezogen (nachfolgende E. 3.8).

### 3.2

Die Beklagte stellt sich zusammengefasst auf den Standpunkt, der Kläger habe seit mindestens September 2006 gegenüber den Ärzten zu seinen angeblichen Einschränkungen nach der behaupteten Kollision vom 12. März 2006 in Kosovo systematisch und fortgesetzt qualifiziert falsche Angaben gemacht. Die Ärzte hätten ihm gestützt darauf unrealistische Arbeitsunfähigkeiten bescheinigt. Konkret habe der Kläger systematisch einen unwahren Gesundheitszustand suggeriert, indem er Schmerzen bei gewissen Tätigkeiten bzw. Bewegungen, namentlich Kopf- und Nackenschmerzen sowie Schwindel behauptet habe, die ihm angeblich eine berufliche Tätigkeit verunmöglichten und im Alltag einschränken würden. Aufgrund erheblicher Zweifel an den Aussagen des Klägers habe die Beklagte den Kläger vom 15. November 2006 bis 13. September 2007 mehrfach überwachen lassen. Diese Überwachungen und weitere Überwachungen durch die Kantonspolizei Nidwalden vom 25. Mai bis 17. Juli 2008 hätten bestätigt, dass der Kläger mindestens seit November 2006 nicht mehr annähernd so eingeschränkt gewesen sei, wie er gegenüber den Ärzten behauptet habe (amtl. Bel. 7 Ziff. 4.1 f.; amtl. Bel. 16 Ziff. Ziff. 4.1 f.).

Die Observation sei objektiv geboten gewesen, weil man ansonsten nicht hätte belegen können, dass der Kläger regelmässig Tätigkeiten ausübe, die seine behauptete Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit widerlegen würden. Sie habe höchstens bescheiden in seine grundrechtliche Position eingegriffen, dem das erhebliche und gewichtige öffentliche Interesse an der Verhinderung eines Versicherungsmissbrauchs entgegenstehe, womit die Observation auch verhältnismässig gewesen sei. Sie sei deshalb als Beweismittel verwertbar (amtl. Bel. 7 Ziff. 4.3; amtl. Bel. 16 Ziff. 4.2 ff.).

Der Tatbestand von Art. 40 VVG sei erfüllt. Die Ergebnisse der Observationen zeigten klar, dass die jahrelangen Behauptungen des Klägers, was er alles seit langem nicht mehr könne und nicht mehr mache, objektiv nicht zutreffen. Sie hätten ebenso gezeigt, dass der Kläger sich, wenn er sich unbeobachtet fühle, ganz normal verhalte, ohne jede Einschränkung bewege und auch sonst keine Anzeichen von Schmerzen zeige. Das belege, dass er mit seinen Schilderungen gegenüber Versicherern und Ärzten sowie bei polizeilichen Einvernahmen erhebliche gesundheitliche Einschränkungen vorgetäuscht habe, die seine Arbeitsfähigkeit wesentlich einschränkten bzw. ausschlossen. Damit sei die Täuschungsabsicht erstellt. Durch den Rücktritt sei der Vertrag dahingefallen und der Kläger habe keinen Anspruch aus Leistungen aus dem Vertrag. Dass die Beklagte den Rücktritt vom Vertrag nicht bereits nach Kenntnis von den Ergebnissen der Observation, sondern erst mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 erklärt habe, sei ohne Bedeutung, da der Rücktritt nach Art. 40 VVG an keine Frist gebunden

sei und auch nicht von einem stillschweigenden Verzicht ausgegangen werden könne. Der Kläger könne weder aus Entscheiden der IV und des Unfallversicherers noch aus der Tatsache, dass er im Strafverfahren freigesprochen sei, für das vorliegende Verfahren etwas zu seinen Gunsten ableiten. Diese Entscheide und der Freispruch hätten für das vorliegende Verfahren keine präjudizielle Wirkung. Die betrügerische Anspruchsbegründung erfordere keinen Betrug im strafrechtlichen Sinne und insbesondere keine Arglist, womit der Freispruch vom Vorwurf des Betruges im vorliegenden Verfahren ohne Bedeutung sei (amtl. Bel. 7 Ziff. 6.2 ff.; amtl. Bel. 16 Ziff. 6.0 ff.).

### **3.3**

Der Kläger behauptet im Wesentlichen, der Vertragsrücktritt sei rechtswidrig, eventualiter nichtig gewesen (amtl. Bel. 1 S. 2 und Rz. 175). Er begründet dies zusammengefasst damit, bereits die Observation durch die Beklagte sei nicht zulässig gewesen. Es hätten keine konkreten Anhaltspunkte vorgelegen, die Zweifel an der vom Kläger behaupteten Arbeitsunfähigkeit geweckt hätten, zumal im Zeitpunkt der Auftragserteilung für die Observation die medizinischen Abklärungen noch in vollem Gange gewesen seien. Die Observationsergebnisse seien deshalb nicht verwertbar (amtl. Bel. 10 Rz. 22 – 25).

Selbst wenn sie verwertbar wären, würden sie keine Anhaltspunkte für das Vorliegen des objektiven und/oder subjektiven Tatbestands von Art. 40 VVG liefern. Der Kläger habe zu keinem Zeitpunkt jemanden willentlich getäuscht, egal auf welches Observationsmaterial man abstelle. Es sei gutachterlich erstellt worden, dass die vom Kläger beklagten Beschwerden real gewesen seien, er tatsächlich darunter gelitten und es sich nicht um eine Simulation gehandelt habe. Weder die Invaliden- noch die Unfallversicherung seien nach Durchsicht des Observationsmaterials zum Schluss gekommen, dass eine Täuschungshandlung oder -absicht vorgelegen habe. Der Kläger habe seine Beschwerden geschildert, wie er sie erlebt habe. Dass seine Wahrnehmung, was er trotz seiner Beschwerde noch leisten könne, mit der medizinisch-theoretischen Arbeitsfähigkeit nicht übereingestimmt habe, wie die Beklagte behauptete, sei nicht aussergewöhnlich. Vorliegend gehe aus den medizinischen Berichten klar hervor, dass der Kläger als vollständig arbeitsunfähig erachtet worden sei, mithin von keinem Arzt eine gegenteilige Einschätzung vorgelegen habe. Dies nicht allein aufgrund von Schilderungen und Demonstrationen des Klägers, sondern auch nach intensiven medizinischen Abklärungen und Testungen. Kein Arzt, Gutachter oder Gericht habe beim Kläger eine Aggravation oder Simulation seiner Beschwerden feststellen können. Eine Täuschungsabsicht könne somit begriffsnötig nicht vorliegen. Die gerichtlich genehmigte, zwischen dem 21. Mai 2008 und

17. Juli 2008 durchgeführt Überwachung des Klägers mit technischen Überwachungsgeräten, sei weder von der Staatsanwaltschaft noch vom polydisziplinären Aktengutachten vom 15. November 2019 erfasst und in die Beurteilung miteinbezogen worden. Offensichtlich seien die damals gewonnenen Erkenntnisse nicht nützlich gewesen, um die von der Staatsanwaltschaft und der Beklagten eingenommene Haltung zu untermauern. Bei den Observationen der Beklagten würden die entlastenden Beobachtungen die paar wenigen Beobachtungen des «Kopfdrehens» bei weitem überwiegen. Selbst wenn einzelne Kopf- oder andere Bewegungen, sei es unter Schmerzen oder nach Einnahme von Schmerzmitteln ohne oder mit reduzierten Schmerzen möglich gewesen seien, heisse das noch lange nicht, dass der Kläger im damaligen Zeitraum arbeitsfähig gewesen sei (amtl. Bel. 10 Rz. 26 – 68).

Die Institut für Assessment GmbH sei im interdisziplinären Gutachten vom 18. Juni 2008 zum Schluss gekommen, dass keines der Kriterien, welches Hinweise für eine Simulation hätte liefern können, Hinweise für eine derartige willentliche Verfälschung gegeben habe. Aufgrund aller vorliegenden Untersuchungsbefunde sei sie davon ausgegangen, dass beim Kläger keine Simulation vorliege und die von ihm beklagten Beschwerden und Symptome real in dem Sinne seien, als dass er tatsächlich darunter leide. Auch das umfassende, interdisziplinäre IV-Gutachten MEDAS Oberaargau vom 4. Oktober 2009 sei zum logischen Schluss gekommen, dass der Kläger zu Recht spätestens seit dem Verdacht auf psychosomatische Symptomatik im Jahre 2007 / 2008 als zu 100% arbeitsunfähig betrachtet werden müsse. Der Kläger habe sich mehrfach in ärztlicher Abklärung befunden. Vom 14. April 2008 bis 21. Mai 2008 sei er im Kantonsspital Obwalden hospitalisiert gewesen. Gemäss Austrittsbericht sei eine somatoforme Schmerzstörung (F 45.4) sowie eine schwere depressive Episode mit psychotischen Symptomen (F 32.3) diagnostiziert und diverse Medikamente verabreicht worden. Im Weiteren habe es aufgrund der auch gutachterlich bestätigten psychischen Krankheit nicht mehr allein um eigentliche körperliche Beschwerden gehen können. Es sei offensichtlich, dass eine psychische Krankheit nicht von blossem Auge wahrnehmbar sei und sich daher auch nicht zwingend in einer Observation zeigen müsse. Beim polydisziplinären Aktengutachten vom 15. November 2019 sei ein weit mehr als zehn Jahre zurückliegender Sachverhalt zur Beurteilung vorgelegt worden, um die Arbeitsfähigkeit des Klägers abzuklären. Es sei einerseits nicht ersichtlich, wie ein solches nachträgliches Gutachten gestützt auf Fotos die entsprechenden Schmerzen, physischen bzw. psychischen Leiden des Klägers abklären könne. Andererseits sei zur Abklärung des Verlaufs einer psychischen Krankheit das Ergebnis des polydisziplinären Aktengutachtens vom 15. November 2019 gerade nicht schlüssig, hätten die verschiedenen Gutachter doch bereits 2008 und 2009 Schwierigkeiten gehabt, eine Diagnose zu

stellen und mehrfach festgehalten, die Aussagen des Klägers würden glaubwürdig erscheinen und es würde keine Simulation vorliegen. Die damaligen Gutachter hätten den Kläger persönlich vor sich gehabt. Im Arztbericht von Dr. C.\_\_\_\_ vom 17. Dezember 2021 werde darauf hingewiesen, dass im MEDAS-Gutachten Oberaargau vom 12. Oktober 2009 «residual Symptome einer psychotischen Störung, möglicherweise einer paranoiden Schizophrenie F20.04» attestiert worden seien. Gemäss Dr. C.\_\_\_\_ sei offensichtlich bekannt, dass eine paranoide Schizophrenie eine Vorlaufphase aufweise, was auch für den Kläger nicht ausgeschlossen werden könne. Diese könne «mehrere Jahre vor dem Auftreten der ersten psychotischen Episoden beginnen» und dabei könnten «Denk- und andere Störungen und Beeinträchtigungen» auftreten, die «Krankheitswert» aufweisen und «zu inadäquaten Handlungen und Entscheidungen führen könnten». Mit dieser Frage habe sich das polydisziplinären Aktengutachten vom 15. November 2019 nicht auseinandergesetzt. Es sei somit höchst fraglich, ob auf dieses Gutachten abgestellt werden dürfe. Es könne klar nicht als Grundlage für einen angeblichen Versicherungsbetrug dienen (amtl. Bel. 10 Rz. 69 ff.).

Der Kläger bestreitet, dass jemals der Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt war. Die herrschende Lehre gehe überdies davon aus, dass ein Versicherungsunternehmen, das von Tatsachen erfahren habe, aus denen sich der sichere Schluss einer absichtlichen Täuschung ergebe, zeitnah die Kündigung aussprechen müsse, andernfalls dieses Recht verwirkt sei. Die Beklagte sei ab dem 27. März 2007 – gestützt auf die Observationen – definitiv von einem Versicherungsbetrug durch den Kläger ausgegangen. Ein Zuwarten von mehr als 8 Jahren bis zur Kündigung sei mit dem Verbot des Rechtsmissbrauchs nicht vereinbar, zudem habe die Beklagte ihr Kündigungsrecht verwirkt (amtl. Bel. 10 Rz. 170 ff.).

### **3.4**

#### **3.4.1**

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

### 3.4.2

Gemäss Art. 40 VVG muss die Versicherung zwei Voraussetzungen nachweisen: Erstens die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Versicherten (objektives Element) und zweitens die Täuschungsabsicht (subjektives Element; Urteil des Bundesgerichts 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1 f. und BGE 148 III 134 E. 3.4.3).

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 (Urteile des Bundesgerichts 4A\_491/2023 vom 26. Februar 2024 E. 4.1; 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.1; 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2, je m.w.H.). Die unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Tatsachen müssen mit anderen Worten geeignet sein, die Leistungspflicht des Versicherers zu mindern oder auszuschliessen (LAURA MANZ/PASCAL GROLIMUND, in: Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, N. 21 ff. zu Art. 40 VVG).

Zu den objektiven Voraussetzungen tritt das subjektive Element der Täuschungsabsicht hinzu, 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 (Urteile des Bundesgerichts 4A\_491/2023 vom 26. Februar 2024 E. 4.2; 4A\_394/2021 vom 11. Januar 2022 E. 3.2; 4A\_536/2020 vom 19. Januar 2021 E. 5.1; 4A\_397/2018 vom 5. September 2019 E. 5.1; 4A\_534/2018 vom 17. Januar 2019 E. 3.1; 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_613/2017 vom 28. September 2018 E. 6.1.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.3, je m.w.H.).

Der Tatbestand von Art. 40 VVG kann namentlich durch eine bewusste Aggravation bzw. Simulation einer gesundheitlichen Beeinträchtigung oder durch falsche Angaben zur Leistungsfähigkeit gegenüber dem Versicherer oder gegenüber den Ärzten erfüllt werden (Urteile des Bundesgerichts 4A\_279/2023 vom 14. September 2023 E. 3.2.3; 4A\_20/2018 vom 29. Mai

2018 E. 3.2.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.3; A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2). Der Umstand, dass die Versicherungsleistungen auf der Basis der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Ärzte und nicht unmittelbar der Aussagen des Versicherten ausgerichtet werden, vermag den Versicherten nicht zu entlasten. Ärzte sind naturgemäss in erheblichem Masse auf die Angaben ihrer Patienten angewiesen (Urteile des Bundesgerichts 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.2.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.3).

### 3.4.3

Beim Beweis der objektiven Voraussetzung der Darstellung von wahrheitswidrigen Fakten besteht keine generelle Beweisnot. Der Nachweis ist daher grundsätzlich mit dem strikten Beweismass zu erbringen. Nach dem strikten Beweismass gilt ein Beweis als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Absolute Gewissheit kann dabei nicht verlangt werden. Es genügt, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen (BGE 148 III 134 E. 3.4.1 und 3.4.3 m.w.H.). Es gibt aber Konstellationen, bei denen ausnahmsweise eine Beweisnot bestehen kann. So lässt sich beispielsweise die Vortäuschung eines Diebstahls in aller Regel nicht strikt nachweisen (vgl. BGE 148 III 105 E. 3.3.1), sodass sich in solchen Fällen das herabgesetzte Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit auch auf den objektiven Tatbestand von Art. 40 VVG bezieht (BGE 148 III 134 E. 3.4.3; Urteile des Bundesgerichts 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2).

Hinsichtlich der Täuschungsabsicht als innerpsychologisches Phänomen liegt eine Beweisnot vor und der Nachweis mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit genügt (BGE 148 III 134 E. 3.4.3). Danach ist ein Sachverhalt nicht bereits dann bewiesen, wenn er bloss möglich ist; hingegen genügt es, wenn das Gericht aufgrund der Würdigung aller relevanten Sachumstände, mithin nach objektiven Gesichtspunkten, zur Überzeugung gelangt ist, dass er der wahrscheinlichste aller in Betracht fallenden Geschehensabläufe ist (Urteil des Bundesgerichts 9C\_717/2009 vom 20. Oktober 2009 E. 3.3 m.w.H.).

Der strafrechtliche Betrug ist mit dem Tatbestand von Art. 40 VVG nicht identisch, erhält er doch insbesondere das qualifizierende Element der Arglist. Zudem sind im Strafrecht teilweise unterschiedliche Beweisregeln zu beachten. 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. Trotz eines strafrechtlichen Freispruchs muss für den zivilrechtlichen Versicherungsanspruch selbständig geprüft werden, ob die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind (Urteile des Bundesgerichts 4A\_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 7.1 ff.; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.4, je m.w.H.).

Das Bundesgericht hat unter anderem einen Versicherungsbetrug i.S.v. Art. 40 VVG bejaht, nachdem ein Versicherter im Rahmen einer zulässigen Observation bei diversen Tätigkeiten (Lenken eines Fahrzeugs, Einkaufen, Gehen ohne Hilfe) gefilmt wurde, die seinen Aussagen gegenüber dem Versicherungsunternehmen und den Ärzten widersprachen (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 59 zu Art. 40 VVG unter Verweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2020.00017 vom 16. Dezember 2021 und Urteil des Bundesgerichts 4A\_67/2022 vom 11. April 2022). In einem weiteren Fall wurde ein Versicherungsbetrug i.S.v. Art. 40 VVG bejaht und eine Klage des Versicherten abgewiesen, nachdem dessen Angaben im Widerspruch zu den Feststellungen während einer Observation standen (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 74 zu Art. 40 VVG unter Verweis auf das Urteil des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich KK.2015.00005 vom 1. April 2016).

#### **3.4.4**

Oftmals führt erst eine vom Versicherer in Auftrag gegebene Observation zur Aufdeckung des Betrugsfalles. Das Bundesgericht hat mehrfach bestätigt, dass eine Observation – unter einzuhaltenden Voraussetzungen – zulässig ist (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 111 ff. zu Art. 40 VVG m.w.H.).

Voraussetzungen und Schranken der Observation lassen sich wie folgt zusammenfassen: (1) Es müssen konkrete Anhaltspunkte vorliegen, die Zweifel an den geäusserten gesundheitlichen Beschwerden oder der geltend gemachten Arbeitsunfähigkeit aufkommen lassen. Solche Anhaltspunkte können beispielsweise gegeben sein bei widersprüchlichem Verhalten der versicherten Person oder wenn Zweifel an der Redlichkeit derselben bestehen (eventuell durch Angaben und Beobachtungen Dritter), bei Inkonsistenzen anlässlich der medizinischen Untersuchung, Aggravation, Simulation oder Selbstschädigung und Ähnlichem. (2) Nur leichte Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht sind zulässig. Die Überwachung hat sich auf Tatsachen zu beschränken, die sich im öffentlichen Raum zutragen und von jedermann wahrgenommen werden können oder auf den Privatbereich, soweit dieser vom öffentlichen Raum aus frei einsehbar ist (z.B. Balkon). Es dürfen Foto- und Videoaufnahmen gemacht werden, jedoch ist die Intimsphäre der beobachteten Person zu wahren. (3) Die Verhältnismässigkeit ist zu wahren.

Die Observation muss geeignet und erforderlich sein, um den Verdacht auszuräumen oder zu bestätigen. Sie muss sich auf die für die Abklärung der Leistungspflicht der Versicherung massgeblichen Aspekte beschränken (keine «Rundumüberwachung») und sich in einem angemessenen zeitlichen Rahmen abspielen (keine «Rund-um-die-Uhr-Überwachung»). Schliesslich spielt bei der Verhältnismässigkeitsprüfung auch die Höhe des ungeklärten Versicherungsanspruchs eine nicht zu unterschätzende Rolle (BGE 136 III 410 m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 8C\_634/2018 vom 30. November 2018 E. 5.3; MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 116 ff. zu Art. 40 VVG m.w.H.).

Um die Ergebnisse der Observation einzuordnen, ist der Versicherer gegebenenfalls auf eine ärztliche Einschätzung angewiesen. Nur diese kann beschreiben, inwiefern sich die Erkenntnisse aus der Observation auf die vom Versicherten geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit auswirkt. Eine Kombination aus Überwachungsbericht und ärztlicher Beurteilung ist nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung geeignet, den Beweis für eine Diskrepanz zur geltenden Arbeitsunfähigkeit zu erbringen (Urteil des Bundesgerichts 4A\_273/2018 vom 11. Juni 2019 E. 3; Urteil des Bundesgerichts 8C\_634/2018 vom 30. November 2018 E. 5.4; 9C\_483/2018 vom 21. November 2018 E. 4.1.2; MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 124 zu Art. 40 VVG m.w.H.).

### **3.4.5**

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 (Urteil des Bundesgerichts vom 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 3.2 m.w.H.).

Das Rücktrittsrecht ist in den Schranken von Art. 2 Abs. 2 ZGB (Rechtsmissbrauch) an keine Frist gebunden, d.h. zeitlich nicht limitiert. Es bleibt bestehen, solange der Versicherer nicht ausdrücklich oder stillschweigend darauf verzichtet, wobei ein Verzicht nicht leichthin anzunehmen ist (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 92 zu Art. 40 VVG m.w.H.). Die in der Lehre vertretene Ansicht (STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, Rz. 11.96; ALEXANDRE GUYAZ, in: Commentaire Romand, Loi sur le contrat d'assurance, N. 34 zu Art. 40 VVG), wonach der Versicherer innert vier Wochen seit zuverlässiger Kenntnis von den Tatsachen, die den sicheren Schluss auf eine absichtliche Täuschung zulassen, zu kündigen habe, andernfalls sein Kündigungsrecht verwirkt sei, ist abzulehnen. Es fehlt dafür an einer gesetzlichen Grundlage (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 92 zu Art. 40 VVG m.w.H.; Urteil des Obergerichts des Kantons Zürich LB 120107-O/U vom 7. Juni 2013 E. 3 m.w.H.).

## **3.5**

### **3.5.1**

Die Beklagte begründet den Vertragsrücktritt gestützt auf Art. 40 VVG in erster Linie mit den privaten und polizeilichen Observationen des Klägers (STA-act. 7.23.6 ff.; STA-act. 10.1.1 ff.; STA-act. 10.10.22 ff.; STA-act. 7.3.1.15 ff.). Vorab ist deshalb zu klären, ob diese Observationen im vorliegenden Verfahren verwertet werden dürfen. Die Beklagte tritt für deren Verwertbarkeit ein (amtl. Bel. 7 Ziff. 4.3; amtl. Bel. 16 Ziff. 4.2 ff.), während der Kläger den gegenteiligen Standpunkt vertritt, weil es keine konkreten Anhaltspunkte gegeben habe, die Zweifel an der von ihm behaupteten Arbeitsunfähigkeit geweckt hätten (amtl. Bel. 10 Rz. 22 – 25).

### **3.5.2**

Vorliegend bestanden konkrete Hinweise, die Zweifel an den geäußerten gesundheitlichen Beschwerden des Klägers aufkommen liessen: Bereits der Umstand ist auffällig, dass der Kläger wenige Monate vor dem (behaupteten) Unfall vom 12. März 2006 bei verschiedenen Gesellschaften diverse Versicherungen mit einer Jahresprämie von insgesamt fast Fr. 9'500.– abschloss, dies bei einem Bruttomonatslohn des Klägers von Fr. 4'850.– und einem (behaupteten) Monatslohn seiner Ehefrau von rund Fr. 3'000.–, und dabei sich und seine Ehefrau insbesondere gegen ein Invaliditätsrisiko versicherte (vgl. STA-act. 2.1.10 f.; IV-act. 1 S. 5; amtl. Bel. 10 Rz. 15). Überdies ergaben sich auch schon früh Widersprüche in seinem Verhalten und Inkonsistenzen bei medizinischen Untersuchungen. In einer Beurteilung der Rehaklinik Bellikon nach einem ambulanten Assessment vom 26. April 2006 wurde unter anderem festgehalten, der Kläger vollziehe alle Bewegungen, vor allem den Gang, in Zeitlupentempo und man erhalte den Eindruck eines sehr kranken und leidenden Patienten. Als dann die Rede auf den Arbeitgeber gekommen sei, habe seine Stimmung gewechselt, der Kläger sei zornig und laut geworden und habe mit Schimpfwörtern reagiert. Bei der physio-ergonomischen Testreihe habe er sich provokativ verhalten und bei der Audiometrie-Prüfung sei er aggressiv gewesen. Zudem sei objektiv nicht ganz erklärbar, weshalb der Kläger als junger Mann die «minimal performance» für eine physiotherapeutische Behandlung nicht erreiche, man vermute subjektive Gründe. Zudem habe – obwohl wegen den Rückenschmerzen indiziert – kein physiotherapeutischer Zugang gefunden werden können. Weiter habe sich der Patient über gewisse Fragen, welche ihm gestellt wurden, aufgebracht gezeigt, weil er sie offensichtlich als Misstrauensvotum empfunden habe (kläg.-Bel. 13). Der damalige Hausarzt des Klägers, Dr. med. D. \_\_\_, hat der SUVA in seinem Bericht vom 22. August 2006 mitgeteilt, die bisherigen Untersuchungen hätten keine relevanten Verletzungen zu Tage gefördert. Trotzdem mache

der Kläger keinerlei Fortschritte. Er beklage sich immer noch über Geräusche im Kopf, Schwindelattacken und massive Kopfschmerzen (kläg. Bel. 20).

### **3.5.3**

Überdies haben sich sowohl die privaten als auch die polizeilichen Observationen immer auf den öffentlichen Raum (Aussenbereich; Lebensmittelgeschäft; Restaurant/Café; Flughafen) oder auf den vom öffentlichen Raum frei einsehbaren Privatbereich (Balkon der Wohnung des Klägers) bezogen. Bei den Foto- und Videoaufnahmen wurde die Intimsphäre des Klägers jederzeit gewahrt. Der Kläger hat zu diesem Kriterium keine konkreten Einwände vorgebracht.

### **3.5.4**

Die Observationen waren schliesslich geeignet und erforderlich, um den Verdacht des Versicherungsbetrugs i.S.v. Art. 40 VVG auszuräumen oder zu bestätigen. Die Überwachungen beschränkten sich auf die für die Leistungspflicht massgeblichen Aspekte und wurde während jeweils relativ kurzen Zeiträumen durchgeführt. Sie waren damit auch verhältnismässig, zumal es um die Klärung von hohen Versicherungsleistungen geht. Allein mit der vorliegenden Teilklage, die noch nicht die volle Forderung umfasst, macht der Kläger bereits Ansprüche von über einer halben Million Franken geltend. Auch diesbezüglich wendet der Kläger nichts ein.

### **3.5.5**

Die Observationen erfüllen die bundesgerichtlichen Voraussetzungen, womit sie rechtmässig erfolgt sind, und im vorliegenden Verfahren verwertet werden dürfen. Die polizeilichen Observationen wurde überdies gerichtlich genehmigt (STA-act. 7.3.1.8 ff.).

## **3.6**

### **3.6.1**

Die Beklagte (und weitere Versicherer) haben den Kläger vom 15. November 2006 bis zum 13. September 2007 mehrfach observieren lassen (STA-act. 7.23.6 ff.; STA-act. 10.1.1 ff.; STA-act. 10.10.22 ff.). Zudem wurde der Kläger im gegen ihn laufenden Strafverfahren zwischen dem 21. Mai 2008 und 17. Juli 2008 mehrmals polizeilich mittels Videokamera überwacht (STA-act. 7.3.1.15 ff.) und an seinem Wohnort wurde am 20. Oktober 2012 eine Hausdurchsuchung durchgeführt (STA-act. 2.1.16 ff.; STA-act. 7.1.14 ff.; STA-act. 10.4 f.).

Nachfolgend werden zunächst (auszugsweise) die Beschwerden aufgeführt, die der Kläger zwischen dem Unfall am 12. März 2006 und dem Ende der polizeilichen Überwachung

gegenüber der Beklagten, den behandelnden Ärzten und seiner damaligen Arbeitgeberin angegeben hat, sowie die diesbezüglichen eigenen Feststellungen dieser Personen (nachfolgende E. 3.6.2). Danach werden die Ausführungen und Schlussfolgerung des asim-Gutachtens vom 15. November 2019 wiedergegeben (nachfolgend: E. 3.6.3 – 3.6.7). Anschliessend wird geprüft, ob der Kläger die objektiven und subjektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt hat (nachfolgend: E. 3.7).

### **3.6.2**

Der Kläger hat gegenüber der Beklagten in seiner Leistungsanmeldung vom 29. März 2006 als Verletzungen angegeben: «Schleudertrauma, Kopf, Hals, Schulter, Rücken» (STA-act. 7.23.178 f.).

Anlässlich eines ambulanten Assessments in der Rehaklinik Bellikon vom 24. April 2006 sei der Kläger mit einem weichen Halskragen erschienen, habe sehr leise gesprochen und sehr krank ausgesehen. Alle Bewegungen, vor allem den Gang, habe er ihm Zeitlupentempo vollzogen, und man habe insgesamt den Eindruck eines sehr leidenden Patienten erhalten. Gemäss seinen Schilderungen hätten sich drei Beschwerdekompexe herauskristallisiert. An erster Stelle würden Kopfschmerzen zusammen mit dem Brummen im Kopf liegen. Die Kopfschmerzen seien belastungsunabhängig morgens und abends bei 8 auf der VAS-Skala, das Geräusch erreiche auf der VAS-Skala einen Wert von 10. An zweiter Stelle klage der Kläger über Rückenbeschwerden, welche vom Nacken über die Brustwirbelsäule bis in die Lendenwirbelsäule ziehen würden. Diese Beschwerden erreichten auf der VAS-Skala nicht die Punktezahle der Kopfschmerzen. An dritter Stelle stünden die Herzproblematik mit Palpitationen, Tachykardien, Atemnot, Hyperventilation, Angst und Ohnmachtsanfällen. Obwohl der Kläger über Nackenschmerzen geklagt habe, habe kein erhöhter Muskeltonus festgestellt werden können und die Muskulatur im Halswirbelsäulen-Bereich habe dorsal hypoton gewirkt. Es habe kein physiotherapeutischer Zugang zum Kläger gefunden werden können. Zudem habe er die «minimal performance» für eine physiotherapeutische Behandlung nicht erreicht, was bei diesem jungen Mann nicht ganz erklärbar sei. Der Kläger habe von seinem Hausarzt Dr. D. \_\_\_ einen Halskragen erhalten, den er noch heute trage, und zwar ununterbrochen (STA-act. 10.8.25 ff.).

Einem Bericht zu einer konsiliarischen Untersuchung des Klägers vom 26. Juli 2006 in der Schulthess Klinik lässt sich entnehmen, dass der Kläger eine eingeschränkte Beweglichkeit des Kopfes und einen völlig blockierten Bewegungsablauf gezeigt hat (STA-act. 10.8.54 f.). Bei einer ambulanten Kontrolle in der Schulthess Klinik vom 16. August 2006 war eine

manualmedizinische Untersuchung wegen massiver muskulärer Abwehr nicht durchführbar (STA-act. 10.8.56).

In seinem Schreiben vom 22. August 2006 teilte der damalige klägerische Hausarzt Dr. med. D.\_\_\_\_ der SUVA mit, die bisherigen Untersuchungen hätten keine relevanten Verletzungen zu Tage gefördert. Trotzdem mache der Kläger keinerlei Fortschritte. Er beklagte sich immer noch über Geräusche im Kopf, Schwindelattacken und massive Kopfschmerzen (STA-act. 10.8.60).

Im Rahmen des neurologischen Konsilium in der Rehaklinik Bellikon vom 25. September 2006 gab der Kläger an, seit dem Unfall unter ständigen Kopf- und Nackenschmerzen zu leiden, die ab und zu unaushaltbar seien und von okzipital bis nach frontal zögen. Ein weiteres grosses Problem sei der Schwindel, der sich in Schwarzwerden vor Augen äussere, vor allem beim Aufstehen, sowie Unsicherheitsgefühl in diversen Positionen. Ein Armvorhalteversuch sei aufgrund von Nackenschmerzen vom Kläger vorzeitig abgebrochen worden. Ein Rombergversuch sei nach circa 10 Sekunden wegen Müdigkeit in den Armen abgebrochen worden, ebenso der Unterberger Tretversuch. Der Blindgang sei verweigert worden («ich kann nicht mehr»). Das Gangbild sei von Beginn der Untersuchung an langsam und schleppend gewesen, der Kläger sei von zwei Pflegekräften gebracht worden unter dem Hinweis, dass der Kläger unsicher im Laufen sei. Eine Lagerungsprüfung habe aufgrund von Rückenschmerzen nicht gemacht werden können (STA-act. 10.8.70 ff.). Am gleichentags ebenfalls in der Rehaklinik Bellikon durchgeführten psychosomatischen Konsilium gab der Kläger druckartige, vom Nacken aufsteigende Kopfschmerzen, Intensität 7-8 auf VAS und mit wiederkehrenden Schmerzspitzen über 10 an. Hinzu kämen ein Brummen im Kopf und zusätzliche Rückenschmerzen von eher moderater Ausprägung. Der Kläger sei vom Pflegedienst gebracht worden und habe nach dem Gespräch beim Begleiten auf die Station ein langsames, unsicheres Gangbild gezeigt und sich andeutungsweise den Wänden entlanggetastet. Er habe sich als schwer kranker und gebrochener Mann präsentiert, was bisweilen etwas maniert wirkt habe. In seinen Schilderungen habe er klagsam-jammrig gewirkt, und sich nach einer Viertelstunde schon völlig erschöpft gegeben (STA-act. 10.8.73 ff.).

Am 3. November 2006 gab der Kläger gegenüber Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, massive Einschränkungen an. Er benutze keine öffentlichen Verkehrsmittel mehr, werde immer von Bekannten und Freunden gefahren und müsse auch im Haushalt wenig mitarbeiten. Er werde durch Schmerzen, durch die Bewegungshemmung und durch eine generalisierte Leistungseinschränkung, die auch verunmögliche, seine Hände zu gebrauchen, massiv

beeinträchtigt. Hingegen beobachtete Dr. med. E. \_\_\_, wie der Kläger seine Arme und Hände rasch und harmonisch bewegte und im Gespräch ohne Latenz reagierte (STA-act. 10.8.89 ff.).

An der von der SUVA veranlassten kreisärztlichen Untersuchung vom 16. Januar 2007 gab der Kläger an, es gehe ihm heute schlechter als nach dem Unfallereignis. Keine Behandlung habe Besserung gebracht und gesamthaft hätten die Schmerzen eher zugenommen. Er habe dauernd Nackenschmerzen, verstärkt durch jede Kopfbewegung. Ab und zu habe er eine totale Blockade (schmerzhafte Verkrampfung der Nackenmuskulatur) ohne ersichtliche äussere Veranlassung. Dann würden die Schmerzen bis in die Schultern ausstrahlen. Weiter habe er dauernde Kopfschmerzen, hauptsächlich im Hinterkopf. Bei stärker werdenden Nackenschmerzen bestehe eine zusätzliche Ausstrahlung in den Hinterkopf und Scheitel. Diese Schmerzen seien dann so unerträglich, dass er einen Notarzt brauche, welcher ihm mit einer Spritze helfen müsse. Weiter gab er an, an störenden Kopfgeräuschen, Konzentrationsschwierigkeiten, rascher Ermüdbarkeit, Schwindel, proktologischen Beschwerden und Brustschmerzen zu leiden. Der Kreisarzt gab an, den Kläger im Warteraum mit einer stark leidenden Physiologie angetroffen zu haben. Das Gesicht sei bleich gewesen, die Augen haloniert, der Rücken etwas gekrümmt, den Kopf steif nach vorne gehalten. Der Kläger sei mit flüssigen, aber sehr langsamen Schritten ins Untersuchungszimmer gegangen (STA-act. 10.8.100 ff.).

Der Kläger brach am 22. Januar 2007 einen Arbeitsversuch bei der F. \_\_\_ nach wenigen Stunden ab. Er sei wie ein «Häufchen Elend» auf einer Kiste sitzend angetroffen worden, habe über heftige Kopfschmerzen geklagt und angegeben, er habe erbrechen müssen (STA-act. 7.24.121; STA-act. 10.1.87 f.). Bei einem zweiten Arbeitsversuch am 24. Januar 2007 habe der Kläger nach circa einer Stunde arbeiten erklärt, er leide unter Atemnot. Anschliessend sei er an den Wänden entlang abstützend aus dem Betrieb gelaufen (STA-act. 7.24.120; STA-act. 10.1.89). Bei den internen Gesprächen im Mai und Juni 2007 mit der Arbeitgeberin sei aufgefallen, dass der Kläger sehr schmerzgeplagt wirke und er dauernd den Kopf halten müsse. Er sitze zusammengesunken, wie ein «Häufchen Elend» auf einem Stuhl. Er gebe an, dass er unter starken Kopfschmerzen leide und täglich Spritzen gegen diese Kopfschmerzen nehmen müsse (STA-act. 10.1.95). Der Kläger brach weitere Arbeitsversuche am 10. und 11. Juli 2007 erneut ab und gab an, an unerträglichen Schmerzen zu leiden (STA-act. 10.1.96).

Bei einer Untersuchung in der Schmerzlinik Nottwil am 11. Dezember 2007 gab der Kläger einen dauerhaften Kopfschmerz von gleichbleibender Intensität mit klopfend, pulsierendem Charakter an. Er leide überdies unter «Migräne», die etwa zweimal in der Woche auftrete und an einem stechenden, drückenden Schmerzen über dem linken Thorax sowie tiefsitzenden axialen Rückenschmerzen (STA-act. 7.4.15 ff.).

Gegenüber den Ärzten des Instituts für Assessment GmbH, die ihr Gutachten am 18. Juni 2008 erstatteten, bezeichnete der Kläger sein Befinden als sehr schlecht. Das Hauptproblem bestehe in Kopfschmerzen, hauptsächlich im Hinterkopf, mitunter auch auf den ganzen Kopf ausstrahlend. Gleichzeitig leide er unter Schmerzen im Nacken- und Schulterbereich, gelegentlich komme es im Nackenbereich zu Blockaden. Kopf- und Nackenschmerzen seien in unterschiedlicher Intensität permanent vorhanden, manchmal mit unerträglichen Spitzen. Weiter berichtete er von einem Kribbel- und Taubheitsgefühl in den Händen, einem «Brummen im Kopf» und «schwarz werden vor den Augen» sowie einem generalisierten Schwächegefühl. Auch empfinde er eine Bewegungsunsicherheit, die es verunmögliche, ohne Begleitung das Haus zu verlassen (STA-act. 7.24.582 f.).

### **3.6.3**

Die Staatsanwaltschaft Nidwalden hat im Strafverfahren gegen den Kläger wegen mehrfachen Betrugs am 27. August 2018 ein Gutachten bei der asim Versicherungsmedizin des Universitätsspitals Basel in Auftrag gegeben. Die Gutachter hatten die Fragen zu beantworten, wie sie in Anbetracht des Sachverhalts die Arbeitsfähigkeit des Klägers im Zeitraum vom 12. März 2006 bis Ende 2008 beurteilen und ob sie weitere Feststellungen oder Bemerkungen haben (STA-act. 9.3.28 ff.). Das Gutachten wurde am 15. November 2019 erstattet (STA-act. 9.3.47 ff.). Es erfolgte eine neurologische Aktenbeurteilung durch Dr. med. G.\_\_\_\_, Fachärztin für Neurologie, MAS Versicherungsmedizin, eine orthopädische Aktenbeurteilung durch Prof. Dr. med. H.\_\_\_\_, Orthopädie FMH, Orthopädische Chirurgie und Traumatologie FMH und eine psychiatrische Aktenbeurteilung durch Dr. med. I.\_\_\_\_, Psychiatrie und Psychotherapie FMH. Die versicherungsmedizinische Fallführung hatte Dr. med. J.\_\_\_\_, Innere Medizin FMH, MAS Versicherungsmedizin, inne. Den Gutachtern lagen für die Beurteilung sämtliche Strafakten vor, ebenso das Observationsmaterial und die Röntgenbilder. Die gestellten Fragen wurden basierend auf dem eingehenden Aktenstudium, der persönlichen Visualisierung des Observationsmaterials und einer ausführlichen interdisziplinären Besprechung durch die involvierten Gutachter beantwortet (STA-act. 9.3.54 f.).

### 3.6.4

Dr. med. G. \_\_\_ führt in der *neurologischen Aktenbeurteilung* aus, nach Würdigung der anlässlich der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Fotoaufnahmen ab 10/2006 könne aus neurologischer Sicht auf keinem der zur Verfügung stehenden Bildern beim Kläger sichtbare Hinweise für eine namhafte Einschränkung der Halswirbelsäulen-Beweglichkeit respektive Hinweise für eine invalidisierende Schmerzsymptomatik erkannt werden. Es seien keine körperlichen Einschränkungen erkennbar und es könnten weder ein sichtbares mimisches Schmerzverhalten, Zeichen eines allfällig reduzierten Allgemeinzustandes, noch Hinweise für körperliche Funktionsbeeinträchtigungen, namentlich von Bewegungseinschränkungen der Halswirbelsäule, nachvollzogen werden (STA-act. 9.3.72 f.).

Nach einer Sichtung der während den privaten Observationen aufgenommenen Fotografien erkenne man auf den ersten 20 Fotos beim Kläger eine unauffällige Oberkörper- und Kopfhaltung. Eine Schonhaltung des Kopfes im Sinne einer fixierten Kopfhaltung habe nicht abgegrenzt werden können. Die Fotos würden eine normale Kopfbeweglichkeit und eine normale Beweglichkeit des Oberkörpers belegen, wobei auch Rotationsbewegungen und Seitwärtsneigungen von Kopf und Oberkörper vollzogen werden könnten. Gleichzeitig könne – soweit ersichtlich – anhand der Mimik und Gestik kein eindeutiges Schmerzverhalten abgegrenzt werden. Die weiteren 25 Fotos würden diesen Eindruck bestätigen, man erkenne mehrfach eine starke Seitwärtsneigung des Kopfes, mal mit, mal ohne Drehung des Oberkörpers (STA-act. 9.3.75).

Auf den bei den privaten Observationen gemachten Videoaufnahmen könnten an keinem der Observationstage direkte oder indirekte Hinweise für ein invalidisierendes Schmerzleiden festgestellt werden. Der Kläger zeige durchgehend eine normale Kopfhaltung, Kopfbeweglichkeit, Körperhaltung, Körperbeweglichkeit, keine Hinweise auf eine schmerzbedingte und/oder neurologisch fassbare Gang-/Koordinationsstörung, mimisch keine Hinweise auf starke Schmerzen und keine Anzeichen eines Schon- und/oder Vermeidungsverhaltens. Auch hätten sich keine indirekten Hinweise auf Schmerzen, insbesondere Kopf-/Nackenschmerzen gefunden (STA-act. 9.3.78).

Im Fazit wird ergänzt, wenn man die Erkenntnisse der Observationen und des beschlagnahmten Fotomaterials hinzuziehe, könne die von Dr. med. E. \_\_\_ im Rahmen der klinischen Verhaltensbeobachtung aufgefallene Diskrepanz zwischen fehlendem Schmerzverhalten einerseits und massiven Beschwerdeklagen andererseits nachvollzogen werden. Aus rein neurologischer Sicht könne unter Würdigung aller zur Verfügung stehender Akten ab Ende 09/2006 / Beginn 10/2006 keine namhafte invalidisierende Schmerzsymptomatik mehr angenommen

werden, die geeignet wäre, eine namhafte Einschränkung der Arbeitsfähigkeit zu begründen. Dies schliesse grundsätzlich nicht aus, dass der Kläger ab 10/2006 nicht gelegentlich unter Spannungskopfschmerzen gelitten habe, aber das Ausmass der Störung sei als erheblich geringfügiger anzusehen als vom Kläger damals beklagt. Dem Kläger wäre somit retrospektiv betrachtet die Wiederaufnahme seiner angestammten Tätigkeit als Maschinenführer (aus rein neurologischer Sicht) ab 10/2006 vollschichtig, gegebenenfalls tageweise mit leichter schmerzbedingter Leistungsreduktion, zumutbar gewesen. 2007 würden die Diskrepanzen noch in ausgeprägterem Ausmass vorliegen als 2006. In sämtlichen Videosequenzen auf dem Jahr 2007 könnten an keinem der Observationstage direkte oder indirekte Hinweise für ein invalidisierendes Schmerzleiden festgestellt werden. In Diskrepanz dazu habe der Kläger während der Arbeitsversuche beim ehemaligen Arbeitgeber an einem Schonarbeitsplatz im 01/2007 sowie im 5/2007 immer wieder Beschwerden in Form von starken Schmerzen, Angst, Schwindel und drohenden Ohnmachtsanfällen angegeben. Den Mitarbeitern gegenüber habe sich der Kläger schmerzgeplagt gezeigt, sich dauernd den Kopf gehalten und habe zusammengesunken auf einem Stuhl gesessen, was deutlich mit den in den Observationsvideos sichtbaren normalen Bewegungsabläufen und dem Verhalten kontrastiere. In Zusammenschau mit den durch Dr. med. E. \_\_ beschriebenen Diskrepanzen erhärte sich das Bild, dass nicht nur ein Mischbild aus somatischen und psychischen Faktoren das Schmerzgeschehen und die Schmerzwahrnehmung bestimme, sondern dass aus gutachterlicher Sicht zusätzliche, möglicherweise motivationale Faktoren vermutet werden müssten, die weder somatisch noch psychiatrisch hinlänglich erklärt werden könnten. Aus neurologischer Sicht könne nicht beurteilt werden, ob es sich hierbei um eine Aggravation oder gar Simulation handle. Kontextual entscheidend sei hier die Einschätzung von psychiatrischer Seite (STA-act. 9.3.79 f.).

### **3.6.5**

Dr. med. I. \_\_ führt in der *psychiatrischen Aktenbeurteilung* aus, im Zeitraum vom 12. März 2006 bis 31. Dezember 2008 seien gemäss den vorliegenden Akten die Diagnosekriterien für eine Schizophrenie nie erfüllt gewesen. Zudem stelle sich früh die Frage einer Schmerzstörung. Hier würden sich früh deutliche Aggravations- und/oder Verdeutlichungshandlungen zeigen. Für eine Aggravation oder Simulation würden die zwei (privaten) Observationen vom November 2006 bis Februar 2007 und vom August/September 2007 sprechen. In diesen Observationen würden sich keine Einschränkungen in der Beweglichkeit der Halswirbelsäule beobachten lassen. In den Videos sehe man den Kläger beim Spazieren, Einkaufen oder am Flughafen. Aussagen zu anderen psychischen Störungen neben der Schmerzstörung könnten aufgrund der Videoaufnahmen nicht gemacht werden. Die Beobachtungen würden auch ein

subjektives Schmerzerleben nicht ausschliessen. Funktionelle Einschränkungen seien jedoch nicht zu sehen. Insgesamt würden sich aus psychiatrischer Sicht somit keine Hinweise ergeben, dass zum fraglichen Zeitpunkt eine chronische Schmerzstörung vorgelegen habe. Dafür hätte der Hauptfokus der Aufmerksamkeit auch im Kontext der Observationen auf den Schmerzen liegen müssen. Zudem würde sich aus den Akten kein konstantes Bild einer Einschränkung durch das Schmerzerleben ergeben (STA-act. 9.3.89 f.).

Bis zur psychiatrischen Hospitalisation per 14. April 2008 würden sich aus den Akten und den Observationen keine belastbaren Hinweise für eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischen Gründen ergeben. Eine schwere depressive Episode habe im April 2008 zu einer Verschlechterung geführt. Diese Depression habe im Rahmen der Hospitalisation ab 14. April 2008 bis 21. Mai 2008 gemäss Aktenlage zu einer vollen Arbeitsunfähigkeit geführt. Psychiatrisch sei im interdisziplinären Gutachten des Instituts für Assessment vom 18. Juni 2008 eine weitere depressive Episode festgehalten worden, die zur klinisch nachvollziehbaren Beurteilung der Arbeitsfähigkeit aus psychiatrischer Sicht von 50% geführt habe. Unter Berücksichtigung des weiteren Verlaufs der psychiatrischen Symptomatik könne aus fachgutachterlicher Sicht postuliert werden, dass mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – unter Ausklammerung der Inkonsistenzen im betreffenden Zeitraum – ein krankheitswertiger Beschwerdekern mit relevanter Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestanden habe. Somit sei vom 22. Mai 2008 bis 31. Dezember 2008 aufgrund der Akten mit einer gewissen Belastbarkeit von einer Arbeitsunfähigkeit aus psychiatrischer Sicht von 50% auszugehen (STA-act. 9.3.90 f.).

### **3.6.6**

Dr. med. H.\_\_\_\_ führt in der *orthopädischen Aktenbeurteilung* aus, aus orthopädischer Sicht gehe es vor allem darum zu klären, ob, und gegebenenfalls welche strukturellen Schädigungen am Bewegungsapparat durch den Unfall vom 12. März 2006 hervorgerufen worden seien und – falls solche vorliegen – welche funktionellen Auswirkungen diese verursachen würden. Zusammengefasst lasse sich dazu aussagen, dass in Bezug auf den Bewegungsapparat keine strukturellen Verletzungen – weder ossär noch des Bandapparates noch der Weichteile – dokumentiert seien, die eine nachhaltige Beeinträchtigung erwarten liessen. Nach dem Unfall habe der Kläger angegeben, an Nacken- und Kopfschmerzen zu leiden. Es seien diverse Abklärungen gefolgt. Die Befunde dazu seien schon beim ambulanten Assessment in der Klinik Bellikon sehr gering geblieben. Ausserdem habe der Kläger über einen Spannungskopfschmerz und ein Brummen im Schädel geklagt. Diese Befunde hätten nicht objektiviert werden

können. Zusammenfassend lasse sich feststellen, dass die errechnete Aufprallgeschwindigkeit beim Unfall zwar vorübergehende Nackenbeschwerden im Rahmen der formal erlittenen HWS-Distorsion erklären könnten – im Sinne einer unspezifischen Zerrung (nicht Fraktur und auch nicht ZerreiSSung) von Weichteilstrukturen des Nackens – jedoch nicht ausreichend gewesen sei für das Hervorrufen einer strukturellen bleibenden Schädigung und einer langfristigen Beeinträchtigung der HWS-Funktionalität (STA-act. 9.3.95 f.).

Die geklagten Nackenschmerzen hätten den Kläger zum Tragen eines Halskragens veranlasst, obwohl die Nackenmuskulatur gemäss Untersuchungsbericht weich gewesen sei. Im Observationsmaterial (Videos, Fotografien), welche im neurologischen Teil des Gutachtens bereits ausführlich kommentiert worden seien, trage der Kläger nirgendwo einen Halskragen. Seine Bewegungen seien ebenmässig, er nehme nirgends eine Schonhaltung ein, bewege den Kopf frei und unbeeinträchtigt, er drehe ihn auch symmetrisch bis in die Endstellungen und es seien bei all diesen Bewegungen auch keine Schmerzäusserungen erkennbar. Die Bildgebung der Halswirbelsäule zeige keine strukturellen Läsionen. Es könne deshalb angenommen werden, dass zumindest im Zeitpunkt der vorliegenden Observationen (anfangs 10/2006) mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) vom Vorliegen einer relevanten Funktionseinschränkung im Bereich der Halswirbelsäule (oder des übrigen Bewegungsapparates) ausgegangen werden könne. Der Vergleich der Observationen in dieser Phase zeige grosse Diskrepanzen zu den zeitnahen Beschwerdeschilderungen und Befunden gemäss Akten (STA-act. 9.3.96 f.).

### **3.6.7**

In der Beantwortung der gestellten Fragen im Rahmen der Konsensbeurteilung führen die Gutachter aus, *somatisch* könne unfallkausal spätestens ab Ende 09/2006 / Beginn 10/2006 nicht mehr von einer nachvollziehbaren Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden. Das exakte Ausmass der Einschränkung davor (ab 12. März 2006) könne nicht mit Sicherheit quantifiziert werden, da offenbar schon kurz nach dem Unfall eine erhebliche Symptomausweitung und funktionelle Überlagerung vorhanden sei. Eine vorübergehende, zeitlich begrenzte, unfallbedingte und somatisch begründbare Funktionseinschränkung könne als überwiegend wahrscheinlich angenommen werden. Basierend auf dem Observationsmaterial könne aber mit weit überwiegender Wahrscheinlichkeit per Ende 09/2006 / Anfang 10/2006 eine relevante Einschränkung der Arbeitsfähigkeit aus somatischer Sicht nicht mehr begründet werden (STA-act. 9.3.55).

Aus *psychiatrischer* Sicht gehen die Gutachter gestützt auf die Akten und die Observationen davon aus, dass sich bis zum April 2008 keine belastbaren Hinweise für eine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ergeben. Ausgenommen seien die Zeiten der zwei kurzen Interventionen im Kantonsspital Nidwalden vom 30./31. Oktober 2006 und 13. Juni 2007 aufgrund der Angstsymptomatik mit Hyperventilationsneigung und des Zeitraums der Hospitalisation während der schweren depressiven Symptomatik ab 14. April 2008 bis 21. Mai 2008. Für den Zeitraum vom 22. Mai bis 31. Dezember 2008 erachten die Gutachter unter Würdigung des Gesamtverlaufes und unter Berücksichtigung der bestehenden Inkonsistenzen eine 50-prozentige Einschränkung der Arbeitsfähigkeit für überwiegend wahrscheinlich gegeben (STA-act. 9.3.55).

Unter *weitere Feststellungen und Bemerkungen* führen die Gutachter aus, gemäss den Unfallanalysen sei von einer geringen Einwirkung von maximal zwischen 7.2 – 12.5 km/h resp. 10 – 15 km/h ohne besondere Begleitumstände auszugehen. Im Bereich der Halswirbelsäule sei von einer HWS-Distorsion QTF II auszugehen, ohne neurologische oder strukturelle Schädigungen. Strukturelle Verletzungen an der Halswirbelsäule oder im Bereich des Schädels oder an sonstigen Körperregionen seien nicht dokumentiert. Ein leichtes Schädelhirntrauma liege nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit vor, sondern es sei von einer einfachen Kopfprellung auszugehen, ohne zu erwartende bleibende Schäden. Der weitere Beschwerdeverlauf sei frühzeitig geprägt von einer ausgesprochenen Symptomverdeutlichung und erheblichen Diskrepanzen, welche die postulierten persistierenden Einschränkungen als unwahrscheinlich erscheinen liessen. Die seither vorliegenden Observationsmaterialien zeigten in keiner Phase zu keinem Zeitpunkt eine nachvollziehbare / sichtbare Einschränkung. Zudem stünden die Observationsergebnisse in Diskrepanz zu den jeweils zeitnahe vorliegenden Beschreibungen (Beschwerden / Befunde) der medizinischen Behandlungen (STA-act. 9.3.56).

### **3.7**

#### **3.7.1**

Vergleicht man die vom Kläger geschilderten Beschwerden und sein Verhalten bei den ärztlichen Untersuchungen und den Arbeitsversuchen mit den Observationsergebnissen, den beschlagnahmten Fotografien sowie den Schlussfolgerungen der asim-Gutachter, ergeben sich erhebliche Diskrepanzen: Der Kläger schilderte gegenüber sämtlichen Ärzten und auch gegenüber der damaligen Arbeitgeberin massive Kopf-, Hals- Schulter und Rückenbeschwerden und präsentierte sich als schwerkranker Mann. Die Gutachter, die neben den Strafakten auch sämtliche bisherigen Arztberichte kannten, führen hingegen aus, an keinem der Observationstage hätten direkte oder indirekte Hinweise für ein invalidisierendes Schmerzleiden festgestellt

werden können. Der Kläger habe durchgehend eine normale Kopfhaltung, Kopfbeweglichkeit, Körperhaltung und Körperbeweglichkeit, keine Hinweise auf schmerzbedingte Gang-/Koordinationsstörungen, keine mimischen Hinweise auf starke Schmerzen und keine Anzeichen eines Schon- und/oder Vermeidungsverhaltens gezeigt. Der Vergleich der Observationen in dieser Phase zeige grosse Diskrepanzen zu den zeitnahen Beschwerdeschilderungen und Befunden. Es hätten sich früh deutliche Aggravations- und/oder Verdeutlichungshandlungen gezeigt. Spätestens ab Ende 09/2006 / Anfang 10/2006 könne mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nicht (mehr) von einer relevanten Funktionseinschränkung im Bereich der Halswirbelsäule oder des übrigen Bewegungsapparates und somit von einer nachvollziehbaren Einschränkung der Arbeitsfähigkeit ausgegangen werden.

### **3.7.2**

Das Gericht hat gestützt auf die Fotografien und Videoaufnahmen, welche bei den Observationen aufgenommen respektive bei der Hausdurchsuchung sichergestellt wurden, sowie auf die nachvollziehbare und schlüssige medizinische Einordnung und Auswertung dieser Aufnahmen im asim-Gutachten, keine ernsthaften Zweifel daran, dass der Kläger seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen gegenüber den involvierten Ärzten und der damaligen Arbeitgeberin spätestens ab Oktober 2006 zumindest massiv übertrieben hat. Indem er seine gesundheitlichen Beeinträchtigungen jedenfalls massiv aggravierte, hat er eine Tatsache, die für seinen Versicherungsanspruch gegenüber der Beklagten von Bedeutung ist, wahrheitswidrig dargestellt. Er erfüllt damit die objektive Voraussetzung von Art. 40 VVG (Urteile des Bundesgerichts 4A\_279/2023 vom 14. September 2023 E. 3.2; 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.1; 4A\_401/2017 vom 20. Dezember 2017 E. 6.2.2; 4A\_286/2016 vom 29. August 2016 E. 5.1.2; 4A\_432/2015 vom 8. Februar 2016 E. 5.2; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.1).

Ob der Unfall vom 12. März 2006 passiert ist oder nicht und falls ja, wie, braucht vorliegend nicht abschliessend geklärt zu werden. Auch unter der Annahme, der Unfall habe sich so abgespielt, wie vom Kläger behauptet, ist für das Gericht jedenfalls erwiesen, dass der Kläger seine angeblich daraus folgenden gesundheitlichen Beeinträchtigungen massiv übertrieben hat. Auf die zum Unfallhergang beantragten Zeugenbefragungen (K.\_\_; L.\_\_) kann mangels Relevanz für das vorliegende Verfahren verzichtet werden (amtl. Bel. 10 Rz. 7 und 10).

### **3.7.3**

Nach Ansicht des Gerichts ist es zudem überwiegend wahrscheinlich, dass der Kläger in Täuschungsabsicht handelte. So hat er kurz vor dem Unfall diverse Versicherungen

abgeschlossen, und dabei sich und seine Ehefrau insbesondere gegen ein Invaliditätsrisiko versichert. Die Jahresprämien dieser Versicherungen betrug insgesamt fast Fr. 9'500.–, und dies bei einem Bruttomonatslohn des Klägers von Fr. 4'850.– und einem (angeblichen) Monatslohn seiner Ehefrau von Fr. 3'000.– (vgl. STA-act. 2.1.10 f.; IV-act. 1 S. 5; amtl. Bel. 10 Rz. 15). Der Kläger hatte also ein klares finanzielles Motiv, um seine Beschwerden schwerwiegender darzustellen, als sie waren, und dadurch (höhere) Invalidenrenten und weitere Versicherungsleistungen zu erzielen. Es ist nicht ersichtlich, aus welchen anderen Gründen der Kläger seine Beschwerden schwerwiegender dargestellt haben sollte, wenn nicht, um die involvierten Ärzte und die ehemalige Arbeitgeberin zu täuschen und damit die Beklagte zur Zahlung von (weiteren) Versicherungsleistungen zu bewegen. Eine Schizophrenie sowie eine Schmerzstörung wird von den asim-Gutachtern für den Zeitraum vom 12. März 2006 bis 31. Dezember 2008 mit überzeugender Begründung ausgeschlossen (vgl. vorstehend E. 3.6.5; STA-act. 9.3.89 f.). Der Kläger hat sich bei den ärztlichen Untersuchungen und Arbeitsversuchen wissentlich und willentlich als schwerkranker Mann dargestellt, und dabei seine gesundheitlichen Einschränkungen bewusst zumindest übertrieben, um (weitere) Versicherungsleistungen von der Beklagten zu erhalten. Er erfüllt damit auch die subjektiven Voraussetzungen von Art. 40 VVG.

#### **3.7.4**

Der Kläger bestreitet mit verschiedenen Argumenten, dass die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind.

Einerseits behauptet er, es sei gutachterlich festgestellt worden, dass seine geklagten Beschwerden real seien und es sich nicht um eine Simulation handle. Andererseits gehe aus den medizinischen Berichten, die nicht nur auf den Schilderungen des Klägers, sondern auch auf medizinischen Abklärungen basierten, klar hervor, dass der Kläger als vollständig arbeitsunfähig erachtet worden sei. Damit könne eine Täuschungsabsicht begriffsnotwendig nicht vorliegen. Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden. Den Ärzten und Gutachtern, auf deren Berichte und Gutachten er sich beruft (insbesondere auf die Gutachten des Instituts für Assessment GmbH vom 18. Juni 2008 und der MEDAS Oberaargau vom 4. Oktober 2009), standen die Ergebnisse der Observationen und der Hausdurchsuchung nicht zur Verfügung. Sie hatten somit nicht die gleiche Informationslage, wie das asim, dem für das Gutachten vom 15. November 2019 alle bis dahin erstellten Arztberichte und Gutachten, auch die vom Kläger gesondert erwähnten, vorlagen. Die klägerischen Einwände vermögen keine Zweifel am nachvollziehbaren und schlüssigen asim-Gutachten zu wecken. Sodann hat das Bundesgericht

mehrfach festgehalten, dass Ärzte und Gutachter – auch wenn sie eigene medizinische Untersuchungen durchführen – auf die Aussagen der Begutachteten angewiesen sind. Sind diese unrichtig und/oder unvollständig, ergeben sich fast zwangsläufig falsche Schlussfolgerungen (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 3.2.1; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 6.2.5). Folglich vermag der Umstand, dass die Versicherungsleistungen auf der Basis der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen der Ärzte und nicht unmittelbar aufgrund der Aussagen des Klägers ausgerichtet wurden, den Kläger nicht zu entlasten.

Soweit der Kläger gestützt auf einen Arztbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 17. Februar 2021 behauptet, im asim-Gutachten sei die Vorlaufphase einer paranoiden Schizophrenie nicht berücksichtigt worden, weshalb nicht darauf abgestellt werden könne, vermag er ebenfalls nicht zu überzeugen. Der Kläger ist seit dem 1. Februar 2016 bei Dr. med. C.\_\_\_\_ in ambulanter psychiatrischer Behandlung (kläg.-Bel. 103). Demnach ist der bundesgerichtlich bestätigten Erfahrungstatsache Rechnung zu tragen, wonach neben Hausärzten auch behandelnde Ärzte in Zweifelsfällen eher zugunsten ihrer Patienten aussagen (Urteile des Bundesgerichts 8C\_317/2019 vom 30. September 2019 E. 4.2.3; 8C\_609/2017 vom 27. März 2018 E. 4.3.3). Überdies äussert sich der Psychiater nicht zur Arbeitsfähigkeit des Klägers vom 16. März 2006 bis Ende 2008. Es wird einzig ausgeführt, in der Vorlaufphase einer paranoiden Schizophrenie würden Denk- und andere Störungen und Beeinträchtigungen mit Krankheitswert auftreten, die beim Kläger zu inadäquaten Handlungen und Entscheidungen geführt hätten. Dabei handelt es sich um eine unfundierte Behauptung, die sich nicht mit den Akten in Einklang bringen lässt. Schliesslich ist auch davon auszugehen, dass Dr. med. C.\_\_\_\_, der den Kläger erst seit 2016 behandelt, seinen Arztbericht nicht auf der Grundlage aller vorliegenden medizinischen und strafrechtlichen Akten verfasst hat, zumal er davon schreibt, dem Kläger werde ein Versicherungsbetrug aus dem Jahr 2005 angelastet, was nicht zutrifft, nachdem sich das vorliegend interessierende Unfallereignis erst am 16. März 2006 ereignet haben soll. Aus diesen Gründen ist der Arztbericht von Dr. med. C.\_\_\_\_ vom 17. Februar 2021 nicht geeignet, das nachvollziehbare, schlüssige und auf sämtlichen Medizin- und Straftakten beruhende asim-Gutachten in Zweifel zu ziehen. Auf die beantragte schriftliche Auskunft respektive Einvernahme als sachverständigen Zeugen von Dr. med. C.\_\_\_\_ kann aus denselben Überlegungen verzichtet werden (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 139 ff.). Ebenso kann auf die beantragte schriftliche Auskunft von/Einvernahme mit Dr. med. M.\_\_\_\_ verzichtet werden (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 139 ff.). Dr. med. M.\_\_\_\_ war/ist seit dem 1. Juli 2014 der Hausarzt des Klägers (kläg.-Bel. 77). Er kann somit zu den vorliegend interessierenden Vorgängen in den Jahren 2006 – 2008 keine eigenen Wahrnehmungen beitragen. Zudem wären seine Auskünfte mit dem Vorbehalt belastet, dass er als Hausarzt des

Klägers erfahrungsgemäss eher zu dessen Gunsten aussagen würde. Auf den Antrag des Klägers auf Erstellung eines weiteren Gutachtens kann, nachdem mit dem asim-Gutachten vom 15. November 2019 ein nachvollziehbares und schlüssiges Gutachten vorliegt, ebenso verzichtet werden (amtl. Bel. 10 Rz. 120). Den Antrag des Klägers auf Parteibefragung/Beweisaussage mit ihm hat er zurückgezogen, womit darauf nicht weiter einzugehen ist (vgl. amtl. Bel. 21 und 32 f.).

Der Kläger argumentiert überdies, die asim-Gutachter hätten die gerichtlich genehmigte Überwachung des Klägers mit technischen Überwachungsgeräten zwischen dem 21. Mai 2008 und 17. Juli 2008 nicht in ihre Beurteilung einbezogen. Was der Kläger daraus zu seinen Gunsten ableiten will, erschliesst sich nicht. Die asim-Gutachter hatten Kenntnis von sämtlichen Strafakten und somit auch von den Aufnahmen dieser Observation (STA-act. 9.3.54 f.). Offenbar waren die Ergebnisse der privaten Observationen und der an der Hausdurchsuchung beschlagnahmten Aufnahmen für die Gutachter ausreichend, um zum Schluss zu kommen, dass der Kläger seine gesundheitlichen Einschränkungen zumindest massiv übertrieben hat. Sie waren nicht verpflichtet, gesondert auf die gerichtlich genehmigten Aufnahmen einzugehen, nachdem sich auch aus diesen Aufnahmen keine direkten oder indirekten Hinweise auf ein invalidisierendes Schmerzleiden ergeben haben, was der Kläger im Übrigen auch nicht behauptet.

Schliesslich kann der Kläger aus dem strafrechtlichen Freispruch für das vorliegende Verfahren nichts zu seinen Gunsten ableiten. Im vorliegenden Verfahren ist selbständig zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt sind (vgl. Urteile des Bundesgerichts 4A\_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 7.1 ff.; 4A\_382/2014 vom 3. März 2015 E. 5.4, je m.w.H.). Die in diesem Zusammenhang beantragte schriftliche Auskunft beim Kantonsgericht Nidwalden ist deshalb entbehrlich (vgl. amtl. Bel. 1 Rz. 169).

Auf die beantragten Editionen (Originalgutachten vom 4. Oktober 2009 bei der IV-Stelle Nidwalden, vgl. amtl. Bel. 10 Rz. 123; Akten des RAV Obwalden/Nidwalden, vgl. amtl. Bel. 10 Rz. 166) kann mangels Relevanz ebenfalls verzichtet werden.

### **3.7.5**

Die Voraussetzungen von Art. 40 VVG sind erfüllt. Demnach ist die Beklagte nicht an den mit dem Kläger per 1. Dezember 2005 abgeschlossen Vertrag über eine gebundene Vorsorgeversicherung «Investment Plan PLUS» (Policen-Nr. 50'487'025) gebunden. Sie kann die Leistung

verweigern und vom Vertrag zurücktreten, was sie mit Schreiben vom 17. Dezember 2015 gemacht hat (kläg.-Bel. 93).

Entgegen den Ausführungen des Klägers ist dieser Rücktritt rechtzeitig erfolgt. Die Beklagte hat weder ausdrücklich noch stillschweigend auf ihr Rücktrittsrecht verzichtet. Zudem liegen keine Anhaltspunkte für ein rechtsmissbräuchliches Zuwarten der Beklagten vor. Es ist nachvollziehbar, dass die Beklagte den Verlauf des Strafverfahrens abwartete, das zum Zeitpunkt des Rücktritts noch lange nicht abgeschlossen war (vgl. kläg.-Bel. 96).

### **3.8**

Aufgrund des zulässigen Rücktritts der Beklagten vom Vorsorgeversicherungsvertrag «Investment Plan PLUS» (Policen-Nr. 50'487'025) besteht keine (vertragliche) Grundlage für die Rechtsbegehren des Klägers (vgl. amtl. Bel. 1 Rechtsbegehren Ziff. 1 – 4). Die Teilklage des Klägers ist damit vollumfänglich abzuweisen.

## **4.**

### **4.1**

Die Beklagte ihrerseits fordert gestützt auf die Vertragsauflösung nach Art. 40 VVG die Rückerstattung von Leistungen (Prämienbefreiung) im Umfang von Fr. 11'696.10 und die Bezahlung der Observationskosten von Fr. 39'053.10 (amtl. Bel. 7 Ziff. 7). Der Kläger bringt dagegen verschiedene Einwände vor (amtl. Bel. 10 Rz. 187 ff.), unter anderem erhebt er die Verjährungseinrede (amtl. Bel. 10 Rz. 198 ff. und 213).

### **4.2**

Der Kläger argumentiert, nach Art. 67 Abs. 1 OR in der bis 31. Dezember 2019 geltenden Fassung seien Bereicherungsansprüche mit Ablauf eines Jahres verjährt. Die Beklagte begründe den Vertragsrücktritt in erster Linie mit den Erkenntnissen der privaten Observation. Das Observationsmaterial sowie die Observationsberichte seien der Beklagten im Jahr 2007 zugestellt worden. Aus dem Falljournal gehe hervor, dass am 27. März 2007 eine Sitzung stattgefunden habe, an der auch Mitarbeiter der Beklagten teilgenommen hätten. Dabei sei das Observationsmaterial gesichtet und festgehalten worden: «Alle Anwesenden waren sich aufgrund der Aktenlage, wie auch nach Sichtung der Videos einig, dass [der Kläger] betrügerisch handelt.» Ab diesem Zeitpunkt habe die Beklagte sichere Kenntnis vom angeblichen betrügerischen Verhalten des Klägers gehabt, womit die widerklageweise geltend gemachten Forderungen verjährt seien. Selbst wenn auf die Observationskosten die zweijährige

Verjährungsfrist von aArt. 46 VVG anwendbar wäre, sei die Verjährung spätestens am 27. März 2009 eingetreten (amtl. Bel. 10 Rz. 198 ff. und 213; amtl. Bel. 20 Rz. 9).

#### 4.3

Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Rückerstattung sei eine vertragliche Nebenpflicht aus dem aufgehobenen Vertrag und unterstehe der ordentlichen Verjährungsfrist von 10 Jahren. Die vertragsrechtlichen Forderungen auf Rückzahlung der erfolgten Leistungen und der Observationskosten sei erst mit dem Rücktritt vom 17. Dezember 2015 entstanden. Dass die Beklagte vom betrügerischen Verhalten des Klägers bereits im März 2007 Kenntnis gehabt habe, sei daher ohne Bedeutung. Die Forderungen seien mit der Widerklage vom 15. Dezember 2022 und damit innerhalb von 7 Jahren geltend gemacht worden, womit die Verjährungsfrist von 10 Jahren noch nicht abgelaufen sei (amtl. Bel. 16 Ziff. 7.0 e und Ziff. 7.1 c).

#### 4.4

Die Rechtsnatur des Rückforderungsanspruchs nach einem Vertragsrücktritt gestützt auf Art. 40 VVG ist umstritten. Es ist unklar, ob dieser Rückforderungsanspruch bereicherungs- oder vertragsrechtlicher Natur ist. Das Bundesgericht hat die Frage bisher offengelassen (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 97 zu Art. 40 VVG m.w.V.; Christoph K. Graber, in: Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, 2. Aufl. 2023, N. 4 ff. zu Art. 46 VVG m.w.V.).

Entscheidend ist diese Frage für die Verjährung: Geht man davon aus, die Rückforderungsansprüche seien bereicherungsrechtlicher Natur, ist deren Verjährung in Art. 67 OR geregelt (MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 98 zu Art. 40 VVG). Bis zum 31. Dezember 2019 verjährte ein Bereicherungsanspruch nach Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat (relative Verjährungsfrist), in jedem Fall aber mit Ablauf von 10 Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (absolute Verjährungsfrist; aArt. 67 Abs. 1 OR; vgl. auch BRUNO HUWILER, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 3 ff. zu Art. 67 OR). Seit dem 1. Januar 2020 beträgt die relative Verjährungsfrist 3 Jahre, die absolute Verjährungsfrist blieb bei 10 Jahren (HUWILER, a.a.O., N.6 zu Art. 67 OR). Nach Art. 49 Abs. 1 SchIT ZGB gilt übergangsrechtlich die neue, weil längere Verjährungsfrist, sofern die Verjährung nach der alten gesetzlichen Regelung noch nicht eingetreten ist (HUWILER, a.a.O., N. 15 zu Art. 67 OR). Die relative Verjährungsfrist nach Art. 67 Abs. 1 OR beginnt, wenn der Gläubiger einen solchen Grad von Gewissheit über den Bereicherungsanspruch hat, dass nach Treu und Glauben gesagt werden kann, der Gläubiger habe nunmehr keinen Anlass

oder keine Möglichkeit mehr zu weiterer Abklärung und andererseits genügend Unterlagen zur Klageerhebung, so dass ihm eine solche vernünftigerweise zugemutet werden dürfe. Gewissheit über den Bereicherungsanspruch setzt Kenntnisse über das ungefähre Ausmass der Vermögenseinbusse, die Grundlosigkeit der Vermögensverschiebung und die Person des Bereicherten voraus (BGE 129 III 503 E. 3.4; Urteil des Bundesgerichts 4A\_192/2016 vom 22. Juni 2016 E. 6.2, je m.w.V.).

Geht man hingegen davon aus, die Rückforderungsansprüche seien vertraglicher Natur, ist – wie für alle vertraglichen Ansprüche zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer – die Verjährungsfrist von Art. 46 VVG anwendbar, und nicht etwa jene von Art. 127 OR (Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4; MANZ/GROLIMUND, a.a.O., N. 98 zu Art. 40 VVG). Dieser sah bis zum 31. Dezember 2021 eine Verjährungsfrist von zwei Jahren vor. Seit dem 1. Januar 2022 beträgt die Verjährungsfrist 5 Jahre. Übergangsrechtlich ist davon auszugehen, dass gemäss Art. 103a VVG die fünfjährige Verjährungsfrist für diejenigen Versicherungsverträge gilt, welche nach dem Inkrafttreten des geänderten Art. 46 VVG und damit nach dem 1. Januar 2022 abgeschlossen worden sind (Graber, a.a.O., N. 2 zu Art. 46 VVG m.w.V.). Nach Art. 46 Abs. 1 VVG beginnt die Verjährung nach Eintritt der Tatsache zu laufen, welche die Leistungspflicht begründet. Diese Tatsache ist bei Rückforderungsansprüchen nach einem Vertragsrücktritt gestützt auf Art. 40 VVG das Dahinfallen des Vertrages infolge Rücktritts (Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4).

#### **4.5**

Die Frage, ob die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche der Beklagten bereicherungs- oder vertragsrechtlicher Natur sind, kann vorliegend offenbleiben, da sie so oder anders verjährt sind. Dies gilt selbst dann, wenn man mit der Beklagten davon ausgeht, die Verjährung der Rückforderungsansprüche habe erst im Zeitpunkt des Vertragsrücktritts am 17. Dezember 2015 zu laufen begonnen (amtl. Bel. 16 Ziff. 7.0 e und 7.1 c; kläg.-Bel. 93). Denn auch diesfalls wären die Rückforderungsansprüche am 15. Dezember 2022, dem Zeitpunkt der Einreichung der Widerklage, längst verjährt gewesen, unabhängig davon ob man – wie der Kläger – von der damals geltenden einjährigen Verjährungsfrist für bereicherungsrechtliche Ansprüche gemäss aArt. 67 Abs. 1 OR ausgeht, oder von der damals geltenden zweijährigen Verjährungsfrist für (versicherungs-)vertragliche Ansprüche gemäss aArt. 46 Abs. 1 VVG (die Forderungen wären sogar verjährt, wenn man die neurechtlichen drei- bzw. fünfjährige relativen Verjährungsfristen gemäss nArt. 67 Abs. 1 OR und nArt. 46 Abs. 1 VVG anwenden würde). Die Beklagte behauptet im Übrigen auch nicht, die Verjährungsfrist sei vor Einreichung der

Widerklage unterbrochen worden. Hierfür gäbe es auch keine entsprechenden Hinweise aus den Akten. Schliesslich braucht auch nicht geprüft zu werden, ob die Rückforderung der Observationskosten auf dem Schadenersatzrecht nach Art. 97 OR gründet und damit die zehnjährige Verjährungsfrist Anwendung findet, nachdem sich die Beklagte auch bezüglich dieser Forderung ausdrücklich auf eine (neben-)vertragliche (und nicht eine schadensrechtliche) Grundlage beruft (amtl. Bel. 16 Ziff. 7.1 c; vgl. Urteil des Bundesgerichts 5C.59/2006 vom 1. Juni 2006 E. 2.4 in fine; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A\_20/2018 vom 29. Mai 2018 E. 4.1, wonach Art. 40 VVG die Rechtsgrundlage für die Rückerstattung von Gutachtens- und Observationskosten bei betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches ist).

#### **4.6**

Die widerklageweise geltend gemachten Ansprüche der Beklagten wären, sofern sie überhaupt bestehen, verjährt. Die Verjährungseinrede des Klägers ist somit begründet, womit die Widerklage der Beklagten ebenfalls vollumfänglich abzuweisen ist (vgl. ROBERT K. DÄPPEN, in: Basler Kommentar zum Obligationenrecht I, 7. Aufl. 2020, N. 23 zu Art. 127 OR). Auf die Ausführungen zur (angeblichen) Begründetheit der Forderung der Beklagten und die vom Kläger dagegen erhobenen weiteren Einwände muss folglich nicht mehr eingegangen werden.

### **5.**

#### **5.1**

Das Verfahren ist in der Regel kostenlos (Art. 73 Abs. 2 BVG; Art. 13 Abs. 1 SRG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 Prozesskostengesetz [PKoG; NG 261.2]), sofern kein Fall von mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung vorliegt (Art. 13 Abs. 1 SRG i.V.m. Art. 18 Abs. 1 PKoG; BGE 128 V 323 E. 1 m.w.V.).

Vorliegend liegt weder auf Seiten des Klägers noch der Beklagten ein Fall von mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung vor, womit das Verfahren kostenlos ist und keine Gerichtskosten erhoben werden.

## 5.2

Im Verfahren nach Art. 73 BVG besteht kein bundesrechtlicher Anspruch auf Parteientschädigung. Obsiegt die versicherte Person im Prozess, kann ihr nur eine Parteientschädigung zugesprochen werden, falls das kantonale Verfahrensrecht dies vorsieht (BGE 126 V 143 E. 1b). Jedoch würde die Kostenfreiheit ihres Gehalts entleert, wenn die versicherte Person im Unterliegensfall eine Parteientschädigung an die obsiegende Vorsorgeeinrichtung entrichten müsste. Daher ist analog zur Kostenfreiheit die Zusprache einer Parteientschädigung zu Lasten der versicherten Person nur im Falle mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung möglich (BGE 126 V 143 E. 4b). Nach Art. 14 SRG ist der ganz oder teilweise obsiegenden Partei, sofern sie einen entsprechenden Antrag stellt oder dies gesetzlich vorgesehen ist, eine angemessene Entschädigung zulasten der unterliegenden Partei zuzuerkennen (Abs. 1). Den am Verfahren beteiligten Versicherungsträgern wird in der Regel keine Parteientschädigung zugesprochen (Abs. 2).

Der Kläger und die Beklagte beantragen je eine Parteientschädigung (amtl. Bel. 1; amtl. Bel. 7).

Die Beklagte unterliegt mit ihrer Widerklage, obsiegt aber bezüglich (Teil-)Klage des Klägers. Die Beklagte behauptet zu Recht nicht, dass ein Fall von mutwilliger oder leichtsinniger Prozessführung durch den Kläger vorliege (amtl. Bel. 10 Rz. 215 ff.; amtl. Bel. 16 Ziff. 11). Demnach ist ihr gemäss den vorstehenden Ausführungen keine Parteientschädigung zuzusprechen.

Der Kläger unterliegt bei der (Teil-)Klage vollumfänglich, weshalb ihm diesbezüglich keine Parteientschädigung zusteht (vgl. Art. 14 Abs. 1 SRG e contrario). Er obsiegt allerdings betreffend Widerklage der Beklagten, womit er diesbezüglich Anspruch auf eine Parteientschädigung hat (Art. 14 Abs. 1 SRG).

## 5.3

Die Parteientschädigung richtet sich nach dem PKoG (Art. 13 Abs. 1 SRG). Die Anwaltskosten umfassen das Honorar, die notwendigen Auslagen und die Mehrwertsteuer (Art. 31 Abs. 1 PKoG; vgl. auch Art. 52 – 54 PKoG). Die Anwältin oder der Anwalt ist berechtigt, eine Kostennote einzureichen (Art. 41 Abs. 2 PKoG).

Bei Klagen vor Verwaltungsgericht mit einem Streitwert über Fr. 500'000.– bis Fr. 1'500'000.– beträgt das ordentliche Honorar zwischen Fr. 15'000.– bis Fr. 60'000.– (Art. 47 Abs. 4 i.V.m. Art. 42 Abs. 1 Ziff. 5 PKoG). Der Streitwert berechnet sich nach Art. 91 – 94 ZPO (Art. 5 Abs. 1

PKoG). Massgebend für die Festsetzung des Honorars innerhalb der vorgesehenen Mindest- und Höchstansätze sind die Bedeutung der Sache für die Partei in persönlicher und wirtschaftlicher Hinsicht, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Arbeit sowie der Zeitaufwand (Art. 33 PKoG).

Steht einer Klage eine Widerklage gegenüber, obsiegt die klagende Partei, wenn die Klage geschützt und die Widerklage abgewiesen wird, die beklagte Partei beim umgekehrten Ergebnis. In den übrigen Fällen ist eine verhältnismässige Verteilung der Kosten vorzunehmen, wobei nach Art. 94 Abs. 2 ZPO die Streitwerte zusammenzurechnen sind und danach der prozentuale Anteil der erfolgreichen Rechtsbegehren am Gesamtstreitwert zu ermitteln ist (Viktor RÜEGG/MICHAEL RÜEGG, in: Basler Kommentar zur ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 4 zu Art. 94 ZPO).

Der klägerische Rechtsvertreter hat am 22. März 2024 eine Honorarnote über Fr. 25'992.02 (Honorar Fr. 23'344.10; Auslagen Fr. 700.32; 8.1% MWST Fr. 1'947.60) eingereicht (amtl. Bel. 36B). Das geltend gemachte Honorar ist angemessen, die Auslagen und die Mehrwertsteuer sind ebenfalls zu entschädigen. Der Streitwert der (Teil-)Klage beträgt Fr. 565'710.– und jener der Widerklage Fr. 50'749.–. Vom Gesamtstreitwert von Fr. 616'459. – macht die Widerklage somit bloss circa 8% aus. Demnach hat die Beklagte dem Kläger für das Obsiegen betreffend Widerklage eine Parteientschädigung von Fr. 2'079.35 (8% der beantragten Parteientschädigung von Fr. 25'992.02) zu bezahlen.

**Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Teilklage vom 12. August 2022 wird abgewiesen.
2. Die Widerklage vom 15. Dezember 2022 wird abgewiesen.
3. Das Verfahren ist kostenlos.
4. Der Beklagten wird keine Parteientschädigung zugesprochen.
5. Die Beklagte hat dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 2'079.35 zu bezahlen.
6. [Zustellung].

Stans, 6. Mai 2024

**VERWALTUNGSGERICHT NIDWALDEN**

**Sozialversicherungsabteilung**

Die Vizepräsidentin

lic. iur. Barbara Brodmann

Der Gerichtsschreiber

MLaw Reto Rickenbacher

Versand: \_\_\_\_\_

**Rechtsmittelbelehrung:**

Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung beim Schweizerischen Bundesgericht, Schweizerhofquai 6, 6004 Luzern, Beschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten eingereicht werden (Art. 82 ff. i.V.m. Art. 90 ff. BGG). Die Beschwerde 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 angeführten Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG). Für den Fristenlauf gilt Art. 44 ff. BGG.