

Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer I



I 2019 80

Urteil vom 25. Januar 2021

Besetzung

Dr.iur. Vital Zehnder, Vizepräsident
Dr.med. Bernhard Zumsteg, Richter
Dr.med. Urs Gössi, Richter
lic.iur. Prisca Reichlin Brügger, Gerichtsschreiberin

Parteien

A. _____,
Klägerin und Widerbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwältin B. _____,

gegen

C. _____ AG,
Beklagte und Widerklägerin,

Gegenstand

Krankenversicherung (Krankentaggeld nach VVG)

Sachverhalt:

A. A._____ (geb. 1961) war ab dem 1. September 2016 bei der O._____, Winterthur, als "Event Senior Manager" angestellt (KB 3) und im Rahmen dieses Anstellungsverhältnisses aufgrund eines Kollektivvertrages bei der C._____ AG (nachfolgend: C._____) krankentaggeldversichert. Die Arbeitgeberin kündigte das Arbeitsverhältnis am 27. September 2017 per 31. Dezember 2017 mit sofortiger Freistellung (KB 5). Ab dem 28. September 2017 wurde A._____ von Dr.med. E._____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert (KB 6). Die Kündigungsfrist wurde deshalb bis 31. März 2018 verlängert (KB 7). Die C._____ leistete nach Ablauf einer Wartefrist von 90 Tagen ab dem 27. Dezember 2017 Taggelder in Höhe von Fr. 460.--/Tag; die Taggelder wurden bis Ende der Kündigungsfrist an die Arbeitgeberin ausgerichtet, ab dem 1. April 2018 wurden die Taggelder direkt an A._____ ausbezahlt (BB4).

Die C._____ veranlasste im November 2017 und im Mai 2018 vertrauensärztliche Abklärungen. Zwischen dem 14. Februar und dem 9. März 2019 wurde A._____ im Auftrag der C._____ an insgesamt neun Tagen während jeweils einigen Stunden observiert. An einer Besprechung vom 2. Mai 2019 wurde die Versicherte über die Überwachung informiert und es wurde ihr mitgeteilt, dass die Leistungen aktuell ruhen und ab diesem Datum keine weiteren Schadenfälle versichert seien (BB 15). Letztmals wurden A._____ am 21. März 2019 Taggelder ausbezahlt (für den Zeitraum bis 31. März 2019). Insgesamt wurden Taggelder in Höhe von Fr. 182'160.-- ausgerichtet.

B. Mit Eingabe vom 3. Oktober 2019 liess A._____ beim Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Klage einreichen gegen die C._____ mit folgenden Anträgen:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Leistung aus der Kollektiv-Taggeldversicherung gemäss dem Versicherungsvertrag AL116643 zu erbringen.
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin für den Zeitraum vom 1. April 2019 bis zur Klageeinreichung den Betrag von CHF 73'656.00 zzgl. Zins von 5% ab mittlerem Verfall zu bezahlen.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

C. Mit Klageantwort bzw. Widerklage vom 8. Januar 2020 stellte die C._____ folgende Anträge:

1. Die Rechtsbegehren 1 und 2 der Klägerin seien abzuweisen.

2. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 182'160.00 nebst Zins zu 5% seit Klageantworteinreichung resp. Widerklageeinreichung zurück zu zahlen.
3. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Überwachungs- und Abklärungskosten in der Höhe von CHF 17'570.15 nebst 5% Schadenszins seit Fälligkeit der Rechnung von XpertCenter AG zu bezahlen.
4. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Klägerin.
5. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 71'676.-- nebst 5% Zins seit dem 17. Juli 2019 zu bezahlen unter o/e Kostenfolge nach dem Ausgang des Verfahrens.

Mit Eingabe vom 16. April 2020 änderte die C. _____ ihr Rechtsbegehren Ziff. 3 wie folgt:

3. Die Klägerin sei zu verpflichten, der Beklagten Überwachungs- und Abklärungskosten in der Höhe von CHF 17'550.40 nebst 5% Schadenszins seit 2. April 2020 zu bezahlen.

D. Mit Eingabe vom 24. April 2020 liess A. _____ eine Replik/Widerklageantwort einreichen mit folgenden Anträgen:

1. Die Beklagte/Widerklägerin sei zu verpflichten, der Klägerin/Widerklägerin die Leistung aus der Kollektiv-Taggeldversicherung gemäss dem Versicherungsvertrag AL116643 zu erbringen.
2. Die Beklagte/Widerklägerin sei zu verpflichten, der Klägerin/Widerbeklagten für den Zeitraum vom 1. April 2019 bis zum 28. September 2019 den Betrag von CHF 71'676.00 zzgl. Zins von 5% ab mittlerem Verfall zu bezahlen.
3. Die Widerklage der Beklagten/Widerklägerin (Anträge Ziff. 2 und 3) sei vollumfänglich abzuweisen.
4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl MwSt) zulasten der Beklagten/Widerklägerin.

E. Die C. _____ reichte am 23. Juni 2020 eine Duplik/Widerklagereplik ein mit folgenden Anträgen:

1. Die Rechtsbegehren 1 und 2 der Klägerin seien abzuweisen.
2. Die Klägerin / Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten / Widerklägerin CHF 182'160.-- nebst Zins zu 5% seit Klageantworteinreichung resp. Widerklageeinreichung zurück zu zahlen.
3. Die Klägerin / Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Beklagten / Widerklägerin Überwachungs- und Abklärungskosten in Höhe von CHF 17'550.40 nebst 5% Zins seit 2. April 2020 zu bezahlen.
4. Unter o/e Kostenfolge zu Lasten der Klägerin / Widerbeklagten.
5. Eventualiter sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin / Widerbeklagten CHF 71'280.-- nebst 5% Zins seit dem 17. Juli 2019 zu bezahlen unter o/e Kostenfolge nach dem Ausgang des Verfahrens.

F. Mit Widerklageduplik vom 9. Oktober 2020 liess A. _____ beantragen:

1. Die Beklagte / Widerklägerin sei zu verpflichten, der Klägerin / Widerbeklagten die Leistung aus der Kollektiv-Taggeldversicherung gemäss dem Versicherungsvertrag AL116643 zu erbringen.
2. Die Beklagte / Widerklägerin sei zu verpflichten, der Klägerin / Widerbeklagten für den Zeitraum vom 1. April 2019 bis zum 28. September 2019 den Betrag von CHF 71'676.00 zzgl. Zins von 5% ab mittlerem Verfall zu bezahlen.
3. Die Widerklage der Beklagten / Widerklägerin (Anträge Ziff. 2 und 3) sei vollumfänglich abzuweisen.
4. Alles unter Kosten und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt) zulasten der Beklagten / Widerklägerin.

G. Am 13. Oktober 2020 informierte das Gericht die Parteien über die Absicht, aufgrund des mehrfachen Schriftenwechsels von einer mündlichen Hauptverhandlung abzusehen, wobei die Parteien hiergegen Einspruch erheben könnten. Gleichzeitig wurde der Beklagten/Widerklägerin die Widerklageduplik zugestellt. Innert Frist opponierte keine Partei gegen den Verzicht auf eine mündliche Hauptverhandlung. Am 9. Dezember 2020 nahm die Beklagte/Widerklägerin Stellung zur Widerklageduplik.

Mit Eingabe vom 21. Dezember 2020 liess sich die Klägerin/Widerbeklagte zur Stellungnahme der Beklagten/Widerklägerin vom 9. Dezember 2020 vernehmen, wobei sie einen weiteren ärztlichen Bericht einreichte.

Die Beklagte/Widerklägerin nahm dazu mit Eingabe vom 8. Januar 2021 Stellung, ebenfalls unter Beilage eines ärztlichen Berichts.

Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:

1.1 Streitigkeiten aus einer Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 Satz 2 des Bundesgesetzes vom 26. September 2014 betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung (KVAG; SR 832.12) dem Bundesgesetz vom 2. April 1908 über den Versicherungsvertrag (VVG; SR 221.229.1). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 138 III 2 Erw. 1.1). Gestützt auf Art. 1 lit. a der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO; SR 272) vom 19. Dezember 2008 richtet sich das Verfahren nach der ZPO (Urteil BGer 4A_110/2017 vom 27.7.2017 Erw. 3).

1.2 Gemäss Art. 7 ZPO können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur so-

zialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist. Der kantonale Gesetzgeber hat in § 24 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum Bundesgesetz über die Krankenversicherung (EGzKVG; SRSZ 361.100) vom 19. September 2007 das Verwaltungsgericht als kantonales Versicherungsgericht bezeichnet. Es ist gemäss § 24 Abs. 2 EGzKVG auch für die Entscheidung von Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung zuständig.

1.3 Die Versicherer müssen ihre Verpflichtungen aus Versicherungsverträgen am schweizerischen Wohnsitz des Versicherten oder des Versicherungsnehmers erfüllen. Der Gerichtsstand richtet sich nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung (Art. 46a VVG). Gemäss Art. 17 Abs. 1 ZPO können die Parteien für einen bestehenden oder für einen künftigen Rechtsstreit über Ansprüche aus einem bestimmten Rechtsverhältnis einen Gerichtsstand vereinbaren, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Die vorliegend anwendbaren Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) 2014 enthalten in Ziff. 11.4 eine Gerichtsstandsvereinbarung, wonach bei Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag der klagenden Partei wahlweise die Anrufung des Gerichts am schweizerischen Wohnort, am schweizerischen Arbeitsort oder am Geschäftssitz der C. _____ offen. In casu hat die Klägerin die Klage beim Gericht an ihrem (im Klagezeitpunkt begründeten) Wohnsitz eingereicht. Die Einreichung einer Klage begründet Rechtshängigkeit (Art. 62 Abs. 1 ZPO). Damit bleibt die örtliche Zuständigkeit des Gerichts am ehemaligen Wohnsitz der Klägerin auch nach deren Wegzug nach Deutschland während des Klageverfahrens (Januar 2020, KB 23) bestehen (Art. 64 Abs. 1 lit. b ZPO).

1.4 Bei Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung, für welche die Kantone eine einzige kantonale Instanz nach Art. 7 ZPO bezeichnet haben, ist kein vorgängiges Schlichtungsverfahren durchzuführen (BGE 138 III 558 Erw. 4); das Beibringen einer gültigen Klagebewilligung der Schlichtungsbehörde nach Art. 209 ZPO entfällt somit (vgl. BGE 139 III 273 Erw. 2.1). Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind unbestrittenermassen gegeben, weshalb auf die Klage einzutreten ist.

2.1 Nach Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO untersteht die vorliegende Streitigkeit der sog. sozialen Untersuchungsmaxime. Bei der sozialpolitisch begründeten Untersuchungsmaxime geht es darum, die wirtschaftlich schwächere Partei zu schützen, die Gleichheit zwischen den Parteien herzustellen sowie das Verfahren zu beschleunigen. Die Parteien sind jedoch nicht davon befreit, bei der Feststellung des entscheidungswesentlichen

Sachverhalts aktiv mitzuwirken und die allenfalls zu erhebenden Beweise zu bezeichnen. Sie tragen auch im Bereich der sozialen Untersuchungsmaxime die Verantwortung für die Sachverhaltsermittlung. Das Gericht hat lediglich seine Fragepflicht auszuüben, die Parteien auf ihre Mitwirkungspflicht sowie das Beibringen von Beweisen hinzuweisen. Zudem hat es sich über die Vollständigkeit der Behauptungen und Beweise zu versichern, wenn diesbezüglich ernsthafte Zweifel bestehen. Aber es führt nicht von sich aus eigene Untersuchungen durch. Wenn die Parteien durch Anwälte vertreten sind, muss sich das Gericht zurückhalten, wie im ordentlichen Verfahren (BGE 141 III 569 E. 2.3.1 und 2.3.2 mit Hinweisen).

2.2 Nach Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrags. Nach Art. 39 VVG hat die anspruchsberechtigte Person - in der Regel der Versicherungsnehmer - die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruchs zu behaupten und zu beweisen. Den Versicherer trifft demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigt oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen, wie u.a. die betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG.

Der Eintritt des Versicherungsfalls ist nach diesen Grundsätzen vom Anspruchsberechtigten zu beweisen (BGE 130 III 321 Erw. 3.1), auch der Umfang des Anspruchs ist vom Anspruchsberechtigten bzw. Versicherten zu beweisen. Entsprechend hat er zu beweisen, dass er (weiterhin) Anspruch auf Taggelder hat, was u.a. voraussetzt, dass er nach wie vor arbeitsunfähig ist (Urteil BGer 4A_66/2017 vom 14.7.2017 Erw. 3.2 m.H.). Dem Versicherer steht gestützt auf Art. 8 ZGB das Recht auf Gegenbeweis zu. Thema des Gegenbeweises ist die Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Anspruchsberechtigten. Dazu gehört auch dessen Glaubwürdigkeit. Da sich der Eintritt des Versicherungsfalls in der Regel nicht direkt, sondern bloss mit mehr oder weniger schlüssigen Indizien beweisen lässt, kann eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit geeignet sein, auch die Überzeugungskraft der Sachdarstellung zu erschüttern (BGE 130 III 321 Erw. 3.4). Für das Gelingen des

Gegenbeweises ist mithin nur erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (zum Ganzen: Urteil BGer 4A_592/2015 vom 18.3.2016 Erw. 3 m.H.). Die Folgen der Beweislosigkeit bezüglich Arbeitsunfähigkeit trägt der Versicherte. Diese Beweislastverteilung ändert sich auch nicht dadurch, dass die Versicherung zunächst Taggelder erbrachte (BGE 141 III 241 Erw. 3.1).

2.3 Da der Nachweis rechtsbegründender Tatsachen im Bereich des Versicherungsvertrags regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der Versicherungsnehmer insofern eine Beweiserleichterung, als er nur eine überwiegende Wahrscheinlichkeit für das Bestehen des geltend gemachten Versicherungsanspruchs darzutun hat. Beim Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit ist verlangt, dass die Möglichkeit, es könnte sich auch anders verhalten, zwar nicht ausgeschlossen ist, sie aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen darf (BGE 141 III 241 Erw. 3.1; BGE 130 III 321 Erw. 3.3; Urteile BGer 4A_516/2014 vom 11.3.2015 Erw. 4.1; 4A_186/2009 vom 3.3.2010 Erw. 6.2.1). Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten - wie bereits erwähnt - gescheitert (BGE 130 III 321 Erw. 3.4 und 3.5).

3. Nach Art. 168 Abs.1 ZPO sind als Beweismittel zulässig: Zeugnis (lit. a), Urkunde (lit. b), Augenschein (lit. c), Gutachten (lit. d), schriftliche Auskunft (lit. e) sowie Parteibefragung und Beweisaussage (lit. f). Diese Aufzählung ist abschliessend; im Zivilprozessrecht besteht insofern ein numerus clausus der Beweismittel, vorbehalten bleiben nach Art. 168 Abs. 2 ZPO lediglich die Bestimmungen über Kinderbelange in familienrechtlichen Angelegenheiten (BGE 141 III 433 Erw. 2.5.1). Art. 168 Abs. 1 lit. d ZPO lässt einzig vom Gericht eingeholte Gutachten als Beweismittel zu. Privatgutachten bzw. Parteigutachten kommt nicht die Qualität von Beweismitteln, sondern von blossen Parteibehauptungen zu (BGE 141 III 433 Erw. 2.5). Solche von den Parteien in Auftrag gegebenen Stellungnahmen wie etwa von der Versicherung in Auftrag gegebene Gutachten oder vom Versicherten eingereichte ärztliche Zeugnisse fallen nicht unter den Begriff der Urkunde und mithin keine Beweismittel im Sinne von Art. 168 Abs. 1 ZPO (BGE 141 III 433 Erw. 2.6; Urteil BGer 4A_85/2017 vom 4.9.2017 Erw. 2.2.1 m.H.).

Parteibehauptungen, denen ein Privatgutachten zugrunde liegt, werden meist besonders substantiiert sein. Entsprechend genügt eine pauschale Bestreitung nicht; die Gegenpartei ist vielmehr gehalten zu substantiieren, welche einzelnen Tatsachen sie konkret bestreitet. Wird jedoch eine Tatsachenbehauptung von der

Gegenpartei substantiiert bestritten, so vermögen Parteigutachten als reine Parteibehauptungen diese allein nicht zu beweisen (vgl. BGE 132 III 83 Erw. 3.5 S. 88). Als Parteibehauptungen mögen sie allenfalls zusammen mit - durch Beweismittel nachgewiesenen - Indizien den Beweis zu erbringen. Werden sie aber nicht durch Indizien gestützt, so dürfen sie als bestrittene Behauptungen nicht als erwiesen erachtet werden (BGE 141 III 433 Erw. 2.5).

4. Im Rahmen der Beweiswürdigung können privatdetektivliche Observations-ergebnisse berücksichtigt werden. Vorausgesetzt ist grundsätzlich die Gebotenheit der Observation.

Wie das Bundesgericht in seiner publizierten Rechtsprechung festgestellt hat, kann die von der Haftpflichtversicherung veranlasste Observation der versicherten Person deren Privatsphäre wie auch deren Recht am eigenen Bild verletzen. Die Verletzung ist dann nicht widerrechtlich, wenn das Interesse an der Verhinderung eines Versicherungsbetrugs das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit überwiegt. Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen. Zu berücksichtigen ist dabei, dass der von der Observation Betroffene gegenüber der Versicherung einen Anspruch erhebt und deshalb verpflichtet ist, an Abklärungen seines Gesundheitszustands, seiner Arbeitsfähigkeit usw. mitzuwirken, und zu dulden hat, dass allenfalls auch ohne sein Wissen von der Versicherung die objektiv gebotenen Untersuchungen durchgeführt werden. Ob die Observation zulässig ist, hängt weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Insbesondere kann entscheidend sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo sie stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange sie dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt sie hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge) und ob die eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (BGE 136 III 410 Erw. 2 m.H.; Urteil BGer 4A_110/2017 vom 27.7.2017 Erw. 5.3).

Praxisgemäss muss eine Observation zudem objektiv geboten sein, das heisst, 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

(BGE 137 I 327 Erw. 5.4.2.1; Urteil BGer 8C_634/2018 vom 30.11.2018 Erw. 5.2 m.H.).

5.1 Umstritten ist vorliegend der Taggeldanspruch für die Periode ab dem 1. April 2019 bis zum 28. September 2019 (Ablauf der vertraglichen Leistungsdauer) infolge Arbeitsunfähigkeit. Gemäss Ziff. 6.2 AVB 2014 liegt eine Arbeitsunfähigkeit vor, wenn die versicherte Person ganz oder teilweise ausserstande ist, ihren Beruf oder eine andere zumutbare Erwerbstätigkeit auszuüben. Teilweise Arbeitsunfähigkeit liegt vor, wenn eine Arbeitsunfähigkeit von mindestens 25 Prozent vorliegt.

5.2 Die Klägerin macht geltend, dass sie seit dem 28. September 2017 ununterbrochen und vollständig in ihrer Arbeitsfähigkeit eingeschränkt sei und gestützt auf Ziff. 6.2 i.V.m. Ziff. 8.2 AVB 2014 ein Anspruch auf Taggelder bestehe. Sie verweist diesbezüglich auf die Berichte der behandelnden Psychiaterin Dr.med. E._____ sowie auf das psychiatrische Gutachten von med.pract. F._____ vom 2. Juli 2018. Im Weiteren verweist sie auf einen Bericht der Ergotherapeutin D._____. Zwar habe sich ihr Gesundheitszustand Anfang 2019 stabilisiert, nach dem Tod ihres Vaters am 16. März 2019 sei es zu einem depressiven Rückfall gekommen. Zusätzlich seien somatische Rückenbeschwerden aufgetreten. Im Verlauf habe sich der Zustand zwar wieder langsam verbessert, aber es bestünden immer noch kognitive Defizite und eine Überforderung werde schnell erreicht. Eine verwertbare Arbeitsfähigkeit sei nicht erreicht worden. Zu einem Berufswechsel sei sie nie aufgefordert worden. Auf die von der Beklagten in Auftrag gegebene Beurteilung von Dr.med. G._____ könne nicht abgestellt werden. Dabei handle es sich um eine reine Aktenbeurteilung, Dr.med. G._____ habe sie nie persönlich untersucht. In Bezug auf die von Dr.med. G._____ in der Beurteilung aufgrund der Observation berücksichtigten ausserhäuslichen Aktivitäten macht die Klägerin geltend, diese stünden im Zusammenhang mit der von ihr absolvierten intensiven Therapien (psychiatrische Therapie, 2 x wöchentlich Tagesstätte Triaplus, TCM, Physiotherapie, Feldenkrais, Meditation sowie 2 x wöchentlich Ergotherapie in Form einer Beschäftigung in einem Kiosk) und der von Dr.med. E._____ verordneten Expositionstherapie. Bei den beobachteten Café-Besuchen sei sie immer alleine gewesen, Einkäufe seien in leeren Geschäften zwischen den Therapien durchgeführt worden. Da sie eine sehr routinierte Autofahrerin sei, hätte sie trotz der bestehenden kognitiven Einschränkungen über genügend Ressourcen verfügt, einfache und bekannte Strecken selbständig mit dem Auto zurückzulegen. Dabei habe sie auf die Einnahme von Benzodiazepinen verzichtet. Im Rahmen der Observation seien im Übrigen nur Momentaufnahmen erfasst worden, welche keine Aussagen über den psychi-

schen Gesundheitszustand zuliessen, zumal sich der Gesundheitszustand nach dem Tod des Vaters, mithin nach dem Observationszeitraum, verschlechtert habe. Es werde denn für diesen Zeitraum in den medizinischen Unterlagen auch ein deutlicher sozialer Rückzug, geringes Aktivitätsniveau sowie niedriges Funktions-niveau beschrieben. Dr.med. G._____ lege zudem nicht dar, welche Arbeiten ihr noch möglich sein sollten bzw. für welche Arbeiten sie sich bemühen solle. Nachdem es nach dem Tod ihres Vaters am 16. März 2019 zu einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes gekommen sei, sei die Beurteilung von Dr.med. G._____, welche sich auf die Observationsergebnisse vom 14. Februar bis 5. März 2019 stütze, ohnehin ohne Beweiskraft. Mit der Verschlechterung des Gesundheitszustandes sei auch die Dosierung der Medikation durch Dr.med. E._____ angepasst worden (Cymbalta 120mg/d). Die gesundheitlichen Einschränkungen würden in den Berichten von Dr.med. E._____ sowie der Ergotherapeutin detailliert, überzeugend und nachvollziehbar dargelegt. Erst ab August 2019 habe sich der Gesundheitszustand wieder verbessert und es habe eine medizinisch-theoretische Arbeitsfähigkeit im Umfang von 20-30% erreicht werden können, allerdings nicht im angestammten Berufsfeld.

Die Klägerin bestreitet im Übrigen die Rechtmässigkeit der durchgeführten Observation und damit die Verwertbarkeit der dabei beschaffenen Beweismittel. Eine Observation über die Dauer von vier Wochen sei widerrechtlich, zumal dabei wohl unzulässigerweise ein GPS-Tracker verwendet worden sei; anders sei nicht zu erklären, dass im Observationsbericht (korrekt) dargelegt werde, dass sie am 3. März 2019 nach Lugano und wieder zurück gefahren sei, ohne dass diesbezüglich aber Bildmaterial vorliege. Im Weiteren erachtet sie die Observation als nicht gerechtfertigt, da kein "Anfangsverdacht" vorgelegen habe, ihre Arbeitsunfähigkeit vielmehr durchgehend von ärztlicher Seite bestätigt worden sei. Der Umstand, dass sie trotz Erkrankung nach Italien gefahren sei, begründe keinen genügenden "Anfangsverdacht". Ihre Familie lebe in Italien und sie habe deren Unterstützung gebraucht, die Reise sei von der behandelnden Ärztin befürwortet worden. Mit dem noch wenige Monate vorher von der Versicherung in Auftrag gegebenen psychiatrischen Gutachten sei ihr zudem eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Die Klägerin bestreitet auch, mehrere längere Autofahrten durchgeführt zu haben. Bei der Fahrt nach Lugano habe mehrheitlich der Mitfahrer den Wagen gelenkt. Sie sei im Übrigen während der Observation nur noch ein weiteres Mal ca. 30 Minuten mit dem Auto gefahren, zwecks Therapiebesuchs in Sursee. Sie habe anlässlich des Gesprächs vom 14. Februar 2019 im Übrigen anerkannt, dass sie Auto fahre, wobei maximal lediglich 15 Minuten pro Fahrt (und nicht 15 Minuten pro Tag).

Für den Fall, dass das Gericht an der ärztlich attestierten Arbeitsunfähigkeit zweifle, sei ein polydisziplinäres Gutachten einzuholen.

5.3 Die Beklagte bestreitet den Leistungsanspruch der Klägerin zunächst mit dem Hinweis auf Ziff. 7.1.3 AVB 2014, wonach ein Leistungsanspruch entfalle, wenn die versicherte Person ganz oder teilweise auf Leistungen gegenüber Dritten verzichtet habe. Die Klägerin habe in casu auf Leistungen der Invalidenversicherung verzichtet (Rückzug des Gesuches am 25. November 2019 mit dem Hinweis, sie sei nach Italien ausgewandert).

In Bezug der geltend gemachten Rückenbeschwerden (Diskusprotrusion) und Schulterbeschwerden (Ruptur der Supraspinatussehne und SLAP-Läsion) verneint die Beklagte eine Leistungspflicht, da diese Gesundheitsschädigungen nicht unter die Nachdeckung gemäss Ziff. 6.7 AVB 2014 fallen würden und im Übrigen für die Folgen der Schulterverletzung die Unfallversicherung leistungspflichtig sei.

In Bezug auf die geltend gemachte psychische Erkrankung verweist die Beklagte auf die Stellungnahmen von Dr.med. G._____, wonach eine Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. April 2019 nicht erwiesen sei. Dass Dr.med. G._____ die Klägerin nicht persönlich untersucht habe, sei ohne Belang, da ihr die Observationsakten (Video, Fotos, Ermittlungsbericht) vorgelegen hätten. Zudem hätten ihr auch die Berichte von Dr.med. E._____ sowie der Ergotherapeutin vorgelegen und sie habe diese bei ihrer Beurteilung berücksichtigt. Die Berichte von Dr.med. E._____ würden nur Parteibehauptungen darstellen. Die Beklagte verweist zudem auf verschiedene sich aus der Observation ergebende Diskrepanzen, welche gegen eine relevante Gesundheitsschädigung sprechen würden (entgegen ihren Aussagen, maximal 15 Minuten ein Auto lenken zu können, habe sie mehrere Male längere Fahrten - auch auf der Autobahn - unternommen; sie sei an jedem Beobachtungstag mehr als 15 Minuten Auto gefahren; entgegen ihren Aussagen, in der Öffentlichkeit grosse Probleme zu haben und nicht alleine einkaufen zu können, habe sie mehrmals alleine Cafés und Läden besucht; entgegen ihrer Aussage, keine Beziehungen beginnen zu können, sei aus den Überwachungsvideos ersichtlich, dass sie einen Partner habe; aus den Überwachungsdaten ergebe sich zudem, dass die Versicherte häufig selbständig unterwegs war, mit unbekanntem Dritten ohne Einschränkungen habe kommunizieren können - z.B. Personal in Läden und Restaurants - und weder die Öffentlichkeit noch Personenansammlungen gemieden habe; ängstliches oder unsicheres Verhalten sei nicht erkennbar gewesen). Eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes ab 1. April 2019 sei zudem gemäss Dr.med. G._____ nicht erkennbar. Eine volle Arbeitsfähigkeit habe auch in der angestammten Arbeit be-

standen. In Bezug auf die geltend gemachte Dosiserhöhung der Medikation weist die Beklagte darauf hin, dass diese nur geringfügig gewesen sei und sich bei dem geltend gemachten langgezogenen und therapierefraktären Verlauf ein Wechsel der Medikation aufgedrängt hätte.

Die durchgeführte Observation erachtet die Beklagte als rechtmässig. Sie habe während wenigen Tagen über einen Zeitraum von 20 Tagen bestanden und es seien nur von jedermann wahrnehmbare Vorgänge in der Öffentlichkeit aufgezeichnet worden. In Bezug auf den Vorwurf, ein GPS-Tracker sei eingesetzt worden, hält die Beklagte fest, gemäss Observationsunterlagen habe das Fahrzeug der Klägerin am fraglichen Tag bis Piotta/Quinto gesichtet werden können, danach habe kein Sichtkontakt mehr bestanden und die Observation sei abgebrochen worden. Um 18.00 sei die Observation im Ortsbereich Brunnen fortgesetzt worden. Dr.med. G._____ habe nicht gewusst, wohin die Versicherte an diesem Tag gefahren sei. Ein "Anfangsverdacht", welche die Observation gerechtfertigt habe, habe bestanden. Einerseits habe die ehemalige Arbeitgeberin bereits zu Beginn der Arbeitsunfähigkeit mitgeteilt, dass sie damit rechne, die Klägerin werde das Maximum ausreizen (vgl. Meldung der Arbeitgeberin, BB 23). Zudem sei aufgefallen, dass bereits am 12. Februar 2016 durch Dr.med. E._____ eine depressive Erkrankung diagnostiziert worden war, dennoch sei die Versicherte in der Folge in der Lage gewesen, eine neue Arbeitsstelle anzutreten und zu arbeiten. Im Weiteren sei sie - trotz von ärztlicher Seite attestierter dringender Indikation für einen stationären Aufenthalt - ins Ausland gereist. Zudem sei der RAD-Ärztin aufgefallen, dass trotz intensiver Therapie auch nach einem Jahr noch keine Besserung eingetreten sei. Aus all diesen Gründen sei eine Observation angebracht gewesen.

Falls das Gericht zum Schluss komme, dass zur Klärung der Arbeitsfähigkeit der Versicherten ein Gutachten einzuholen sei, sei die Begutachtung auf den psychischen Gesundheitszustand zu beschränken, da die Beklagte für die geltend gemachten somatischen Beschwerden der Klägerin nicht leistungspflichtig sei.

6. Es ist vorab abzuklären, ob die Observation zulässig und die Observationsergebnisse im vorliegenden Verfahren verwertet werden können.

Die Observation wurde im Zeitraum zwischen dem 14. Februar und dem 9. März 2019 an insgesamt 9 Tagen während jeweils mehreren Stunden durchgeführt. Dabei ging es um die Abklärung des Verhaltens der Versicherten im Alltag, die Ausübung einer allfälligen beruflichen Tätigkeit und ihre Mobilität. Die aus den Observationen gewonnenen Erkenntnisse wurden mit Fotos, Filmen und einem Bericht dokumentiert. Sämtliche dokumentierten Tätigkeiten der Klägerin haben an öffentlich zugänglichen Orten stattgefunden (Parkplätze, Strassen, Läden,

Restaurants). Nach der Rechtsprechung dürfen in den Gemein- oder Öffentlichkeitsbereich fallende Tatsachen von jedermann nicht nur ohne weiteres wahrgenommen, sondern grundsätzlich auch weiterverbreitet werden (BGE 136 III 410 Erw. 3.4 m.H.). Die Überwachung war zeitlich stark beschränkt; eine Beobachtung an 9 Tagen während jeweils einiger Stunden über einen Zeitraum von etwas mehr als drei Wochen stellt klarerweise keine unzulässige systematische oder ständige Überwachung dar (vgl. Urteil BGer 9C_569/2018 vom 30.1.2019 Erw. 5.1 m.H.). Auch geht es bei einem eingeklagten Betrag von Fr. 71'676.-- bzw. einem widerklageweise geforderten Betrag von Fr. 182'160.-- nicht um eine blosser Bagatelle. Insgesamt ist die Observation mithin als verhältnismässig zu qualifizieren.

Soweit die Klägerin das Fehlen eines genügenden "Anfangsverdachts" für die Rechtfertigung der Observation rügt, ist darauf hinzuweisen, dass dem strafrechtlichen Begriff des "Anfangsverdachts" im vorliegenden privatrechtlichen Verfahren keine Bedeutung zukommt (BGE 137 I 327 Erw. 5.4.2.1; 136 III 410 Erw. 4.2.1). Es stellt sich vielmehr die Frage nach der objektiven Gebotenheit der Observation. Diese Frage ist zu bejahen. Der Umstand, dass nach über einem Jahr keinerlei Verbesserung des Gesundheitszustandes eingetreten ist, vermögen gewisse Zweifel an den gesundheitlichen Beschwerden aufkommen lassen. Die Beklagte weist zudem korrekt auf den Hinweis von Seiten der ehemaligen Arbeitgeberin hin, welcher auf eine gewisse Leistungsbegehrlichkeit unabhängig von der gesundheitlichen Situation schliessen liess (vgl. BB 23). Auch lagen sehr unterschiedliche ärztliche Beurteilungen zur Arbeitsfähigkeit der Versicherten vor (Beurteilungen von Dr.med. E._____ und pract.med. F._____ einerseits und Beurteilungen von Dr.med. H._____ andererseits). Auffällig ist zudem auch der Umstand, dass die Klägerin ihre Anmeldung bei der IV nach dem Aufgebot zu einer Begutachtung wieder zurückgezogen hat und erst nachdem sie im vorliegenden Verfahren mit der Widerklage der Beklagten konfrontiert worden ist, sich bei der IV-Stelle wieder angemeldet hat. Dieser Umstand spielt allerdings bei der Beantwortung der Frage nach der objektiven Gebotenheit der Observation keine Rolle, da der Rückzug des Gesuches bei der IV-Stelle erst mehrere Monate nach der Observation vorgenommen wurde. Insgesamt bestanden dennoch genügend konkrete Anhaltspunkte, welche gewisse Zweifel an der geltend gemachten vollständigen Arbeitsunfähigkeit auch mehr als ein Jahr nach Beginn der psychischen Erkrankung zu begründen vermögen. Die Anordnung der Observation war mithin objektiv begründet und die Durchführung war verhältnismässig. Die anlässlich der Observation beschaffenen Beweismittel sind daher im vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen. Offen bleiben kann dabei,

ob - wie die Klägerin geltend macht - am 3. März 2019 (Fahrt nach Lugano) ein GPS-Tracker eingesetzt worden ist. Für den Bereich des Sozialversicherungsrechts wird der Einsatz solcher technischer Instrumente zur Standortbestimmung in Art. 43a ATSG geregelt. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Verfahren allerdings nicht anwendbar. Die Frage der Zulässigkeit des Einsatzes von technischen Instrumenten zur Standortbestimmung im versicherungsrechtlichen Verfahren kann aber offen gelassen werden, da grundsätzlich unbestritten ist, dass die Versicherte von zu Hause bis Quinto (wo der Sichtkontakt zur Klägerin abbrach) ihr Fahrzeug selber geführt hat.

7. Zum Gesundheitszustand der Versicherten seit der Erkrankung am 28. September 2017 ergibt sich aus den Akten was folgt (wobei im vorliegenden Verfahren grundsätzlich der Zeitraum zwischen dem 1. April 2019 und dem 28. September 2019 relevant ist):

7.1 Zu Handen der Krankenversicherung / Taggeldversicherung beantwortete die behandelnde Psychiaterin, Dr.med. E._____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, mit Schreiben vom 30. Oktober 2017 diverse Fragen zum Gesundheitszustand der Versicherung und stellte folgende Diagnosen (BB 10):

- Rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig mittelgradige bis schwere depressive Episode (ICD10:F33.2).
- Panikstörung (ICD10:F41.0)
- Posttraumatische Belastungsstörung (ICD10:F43.1)
- Psychogene Störungen im oberen respiratorischen Bereich
- Somatoforme autonome Funktionsstörung im obere gastrointestinalen Bereich (ICD10:F45.31)
- Chronisches HWS-Schmerzsyndrom mit Ausstrahlung in die linke Schulter

Im Weiteren führte Dr.med. E._____ aus, dass die Versicherte nach Verlust ihres Arbeitsplatzes (zum zweiten Mal innert zwei Jahren) an starken Existenzängsten mit Panikattacken leide. Auch aufgrund von Vorfällen im privaten Bereich (Raubüberfall in Italien, Drohungen durch Ex-Partner) habe sie paranoide Ängste entwickelt. Aufgrund chronischer Schmerzen sei sie zudem auch körperlich eingeschränkt. Aktuell bestehe eine volle Arbeitsunfähigkeit.

7.2 Am 15. November 2017 wurde die Klägerin im Auftrag der Beklagten durch Dr.med. H._____, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie sowie für Neurologie, untersucht (Bericht vom 28.11.2017, KB 13). Er gelangte dabei zu folgenden Diagnosen: Anpassungsstörung, Angst und depressive Reaktion gemischt (ICD-10:F43.22) sowie Panikstörung (ICD-10:F41.0). In der Beurteilung führte er aus, die von der Versicherten beschriebenen Symptome hätten sich im

Zusammenhang mit einer Häufung von Belastungssituationen entwickelt. Die depressive Symptomatik sei leicht bis mittelgradig ausgeprägt. Die Kriterien für eine rezidivierende depressive Störung seien nicht erfüllt. Eine posttraumatische Belastungsstörung bestehe nicht. Die von der behandelnden Psychiaterin initiierte stationäre Behandlung in der Seeklinik Brunnen erachtete Dr.med. H. _____ als sinnvoll, sie sollte aber nicht länger als vier Wochen dauern und der Schwerpunkt der Behandlung sollte bei der beruflichen Eingliederung liegen. Ab Februar 2018 bestehe wieder eine volle Arbeitsfähigkeit.

7.3 Mit ärztlichem Zeugnis vom 15. Dezember 2017 bestätigte Dr.med. I. _____, Facharzt für Allgemeine Innere Medizin, dass die Versicherte seit dem Tod der Mutter (2002) wegen einer Depression behandelt wurde. Eine medikamentöse Therapie bestehe bis heute (BB unnummeriert).

7.4 Dr.med. E. _____ setzte sich mit Bericht vom 28. Dezember 2017 zu Händen der Versicherung mit der Beurteilung von Dr.med. H. _____ auseinander (BB 24). Dabei hielt sie an der Diagnose einer posttraumatischen Belastungsstörung nach einem Überfall in Italien fest. Mit der Diagnose einer Anpassungsstörung sei sie nicht einverstanden. Die depressive Symptomatik bestehe seit Februar 2016 anhaltend und habe sich nach der Kündigung vom 28. (recte: 27.) September 2017 verstärkt. Aufgrund der Schwere der Symptomatik habe die Medikation angepasst werden müssen (Umstellung von Sertralin 150 mg auf Duolexetin/Cymbalta 60mg/d).

7.5 Dr.med. H. _____ nahm zu diesem Bericht mit Schreiben vom 22. Januar 2018 Stellung und hielt fest, dass die Versicherte trotz allfälliger depressiver Symptomatik seit 2002 bis zur Kündigung des Arbeitsverhältnisses arbeitsfähig gewesen sei. Ein fachärztlicher Bericht über Schwere und Ausprägung einer allfälligen depressiven Symptomatik ab 2002 liege nicht vor. Aus der Tatsache, dass offenbar während 15 Jahren ein Antidepressivum verschrieben wurde, könne nicht auf schwere depressive Symptome geschlossen werden. Zudem würden einzelne depressive Episoden zwischen drei und zwölf Monaten dauern und keine andauernde Medikation erfordern. Eine anhaltende Depression werde nicht beschrieben. Bei der von Dr.med. E. _____ diagnostizierten mittelgradigen bis schweren depressiven Episode könnten soziale und häusliche Aktivitäten nur sehr begrenzt fortgeführt werden. Hierfür hätten sich im Rahmen der Untersuchung vom 15. November 2017 keine Anhaltspunkte ergeben. Obwohl Dr.med. E. _____ bereits am 18. November 2017 eine Überweisung in die Seeklinik Brunnen veranlasst habe, sei die Versicherte zunächst (am 17. Dezember 2017)

nach Italien gereist, woraus zu schliessen sei, dass der Leidensdruck nicht sehr hoch gewesen sei (KB 14).

7.6 Vom 22. Januar 2018 bis zum 13. April 2018 war die Klägerin in der See-Klinik Brunnen hospitalisiert. Im Austrittsbericht vom 23. April 2018 werden folgende Diagnosen aufgelistet (KB 8):

- F33.2 Rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode ohne psychotische Symptome
- F41.0 Panikstörung (episodisch paroxysmale Angst)
- G47.31 Obstruktives Schlafapnoe-Syndrom
- F51.0 Nichtorganisches Insomnie
- F45.31 Somatoforme autonome Funktionsstörung: Oberes Verdauungssystem
- F45.33 Somatoforme autonome Funktionsstörung: Atmungssystem
- M50.2 Sonstige zervikale Bandscheibenverlagerung
- E78.0 Reine Hypercholesterinämie
- K71.9 Toxische Leberkrankheit, nicht näher bezeichnet
- J41.0 Einfache chronische Bronchitis
- T65.2 Toxische Wirkung: Tabak und Nikotin

Im Austrittsbericht wird im Weiteren ausgeführt, dass die Patientin mit einer depressiven Störung (gegenwärtig schwere Episode), welche mit einer Panikstörung einhergehe, in die Klinik eingetreten sei. Es wird von zwei unerwarteten Kündigungen berichtet, welche die Patientin destabilisiert und in ein tiefes Loch gestürzt hätten. Die Verlaufsdiagnostik zeige eine Besserung von einer mittelschweren zu einer leichten Depression und von einer klinisch relevanten Angst zu einer moderaten Angst. Der Schlaf habe sich verbessert. Hinweise für eine psychisch auffällige Belastung bestünden jedoch auch bei Austritt weiterhin, weshalb eine ambulante Psychotherapie als indiziert erachtet wurde. Für den Zeitraum bis zum 30. April 2018 wurde eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert.

7.7 Mit Bericht vom 10. Mai 2018 hielt Dr.med. E._____, gegenüber der Versicherung fest, dass sich die Patientin seit dem Klinikaustritt in einer schlechten psychischen Verfassung befinde. Die Patientin habe den kranken Vater in Italien besucht. Dieser habe sie als Kind nicht akzeptiert. Während dem Besuch in Italien und danach habe sich die Patientin ausgelaugt und erschöpft gefühlt. Während des Klinikaufenthaltes habe sich die Taggeldversicherung geweigert, Leistungen zu erbringen. Die finanzielle Situation habe Existenzängste ausgelöst. Die Medikation (Cymbalta) wird als "unverändert" angeführt, die Dosis sei jedoch erhöht worden. Es wurden im Wesentlichen eine rezidivierende depressive Störung, gegenwertig schwere Episode sowie eine Panikstörung diagnostiziert. Die Patientin sei mit der Übernahme der Verantwortung für ihr eigenes Le-

ben überfordert; ein soziales Auffangnetz bestünde nicht. Bei Vorliegen einer schweren depressiven Episode und Verschlechterung seit dem Klinikaustritt sei mit einem verzögerten Verlauf zu rechnen. Die berufliche Tätigkeit könne frühestens in drei Monaten wieder aufgenommen werden (KB10).

7.8 Am 18. Mai 2018 wurde die Klägerin im Auftrag der Beklagten durch pract.med. F. _____, Facharzt für Psychiatrie und Psychologie, begutachtet. Im Gutachten vom 2. Juli 2018 (KB 11) wird eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode diagnostiziert. In der Beurteilung führt pract.med. F. _____ aus, die Versicherte sei erstmalig 2002 depressiv erkrankt nach dem Tod der Mutter. Seither nehme sie regelmässig Antidepressiva ein. Unter dieser Behandlung sei es zunächst zu einer Stabilisierung des Gesundheitszustandes gekommen. Im Jahr 2016 (nach der Kündigung eines 20-jährigen Arbeitsverhältnisses) und im Jahr 2017 (nach einer weiteren Kündigung) seien dann erneut depressive Episoden eingetreten. Während des Aufenthaltes in der Seeklinik Brunnen sei es zu einer Verbesserung des Gesundheitszustandes gekommen. Die nach dem Austritt vorgesehene tagesklinische Nachbetreuung sei mangels eines entsprechenden Angebots im Kanton Schwyz nicht möglich gewesen. Es sei zu einer deutlichen Verschlechterung des Gesundheitszustandes gekommen. Es würden weiterhin Ängste vorliegen, allerdings in leichter Ausprägung. Die Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, schwere Episode sei nachvollziehbar und zu bestätigen. Es liege eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit vor, sowohl für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit sowie für jegliche Verweistätigkeit. Aufgrund der Schwere der Erkrankung sei sicherlich noch eine weitere Optimierung der Medikation notwendig. Auch Serumspiegel-Kontrollen sollten stattfinden. Zudem sei ein erneuter Klinikaufenthalt dringend zu empfehlen. Ob dauerhaft eine volle oder teilweise Arbeitsunfähigkeit bestehe, könne zur Zeit nicht beurteilt werden. Eine erneute Überprüfung der Arbeitsfähigkeit erscheine erst nach einem erneuten stationären Aufenthalt als sinnvoll.

7.9 Mit Bericht vom 7. September 2018 zu Händen der Versicherung führte Dr.med. E. _____ aus, dass die Versicherte seit Anfang September 2018 in der (sozialpsychiatrischen) Tagesstätte Goldau aufgenommen sei. Seit wenigen Wochen sei sie auf einem depressiven Niveau stabilisiert. Die Medikation sei angepasst worden. Eine erneute Hospitalisation würde einen Rückschritt bedeuten, da nach dem ersten Klinikaufenthalt nach der Entlassung eine Überforderung eingetreten sei. Die Weiterführung des intensiven ambulanten Settings sei zu bevorzugen (KB 12).

7.10 Zu Handen der IV-Stelle Schwyz hielt Dr.med. E._____ am 17. September 2018 fest, es bestehe volle Arbeitsunfähigkeit; an einem geschützten Arbeitsplatz bestehe eine Arbeitsfähigkeit von ca. 2 Stunden/Tag (BB unnummeriert).

7.11 Die RAD-Ärztin Dr.med. J._____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, hielt mit Stellungnahme vom 9. November 2018 fest, die Gutachten und Arztberichte dokumentierten erstaunlicherweise nur eine marginale Besserungstendenz, was angesichts des Therapieaufwandes verwundere. Sollte weiterhin keine relevante Besserung zu verzeichnen sein, wäre eine Behandlung auf der speziellen Depressionsstation in der psychiatrischen Klinik Zugensee aufzulegen. Bereits pract.med. F._____ habe dies vorgeschlagen (BB unnummeriert).

7.12 Dr.med. K._____, Facharzt für Orthopädische Chirurgie, berichtet am 17. Januar 2019 über eine am 9. Oktober 2004 diagnostizierte und konservativ behandelte Rotatorenmanschettenruptur rechts. Es bestünde jetzt wieder eine Zunahme der Beschwerden. Es wurde nochmals eine konservative Behandlung initiiert (KB 14).

7.13 Mit Schreiben vom 12. Februar 2019 an die Versicherung stellte Dr.med. E._____ im Wesentlichen die Diagnosen einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig mittelgradig, und einer Panikstörung, teilweise remittiert. Es habe eine Stabilisierung auf tiefem Funktionsniveau stattgefunden. Die Patientin leide an starken Schmerzen in den Schultern und im Rücken. Diese Symptome stünden in Zusammenhang mit der Psyche. Wegen Bluthochdrucks und Arrhythmien habe die NSRA-Medikation umgestellt werden müssen. Unter Menschenansammlungen erlebe die Patientin regelmässig starke Angstzustände, weswegen sie Menschenansammlungen vermeide. Angstzustände werden auch in Zusammenhang mit der Entfernung von zu Hause geschildert; die Reisefähigkeit sei eingeschränkt. Die Patientin leide durchgehend an Konzentrationsproblemen, Vergesslichkeit, Zerstreuung und Wortfindungsstörungen. Aufgrund der kognitiven Einschränkungen sei sie in der früheren beruflichen Tätigkeit überfordert. Für einfachere Tätigkeiten sei sie aufgrund der Schmerzen überfordert. Aktuell bestehe immer noch eine volle Arbeitsunfähigkeit. Es seien Integrationsmassnahmen im geschützten Rahmen geplant. Die Prognose sei eher schlecht. Langfristig dürfte eine Integration auf einem tiefen Funktionslevel von 30% gelingen (KB 13).

7.14 Am 14. Februar 2019 führten Vertreter der Versicherung eine Besprechung mit der Versicherten durch. Gemäss dem von der Versicherten unter-

zeichneten Protokoll (BB 25) führte diese u.a. aus, dass sie zu Hause funktioniere, in der Öffentlichkeit aber grosse Probleme habe; sie habe Probleme, sich unter Menschen aufzuhalten. Die Rückenbeschwerden machten zudem grosse Probleme. Sie könne lediglich eine Viertelstunde spazieren, dann müsse sie das Gehen abbrechen. Auf die Frage, was sie aufgrund ihrer Beschwerden nicht tun könne, hielt die Versicherte fest, sie werde z.B. bei einem Spiel extrem müde. Beim Einkaufen vergesse sie den Zettel zu Hause. Wenn sie einen Raum betrete, vergesse sie, was sie eigentlich wollte. Sie könne sich aktuell nicht vorstellen, eine Beziehung einzugehen. Das Vertrauen sei komplett verloren. Nach dem Verfassen einer E-Mail sei sie erschöpft. Früher habe sie Präsentationen leiten müssen, was sie nicht mehr könne. Sie müsse eine Seite mehrere Male lesen, bis sie den Inhalt begreife. Mit den öffentlichen Verkehrsmitteln könne sie nicht reisen. Kurze bekannte Strecken (max. 15 Minuten) könne sie mit dem Fahrzeug fahren, vorher müsse sie jedoch eine Schmerztablette einnehmen. Sie könne sich nicht mehr lange konzentrieren. Es gebe auch gute Tage (ca. einmal pro Woche). Zur Wohnsituation gab sie an, bei einem Freund zu wohnen. Die Wohnungsreinigung übernehme eine Angestellte. Sie koche manchmal. Die Einkäufe würde ihr Mitbewohner erledigen. In seltenen Fällen gingen sie am Samstag gemeinsam einkaufen. Alleine könnte sie dies nicht.

7.15 Dr.med. G. _____, Fachärztin für Psychiatrie und Psychotherapie, nahm am 24. April 2019 eine Beurteilung der medizinischen Akten unter Berücksichtigung der Observationsergebnisse vor. Dabei gelangte sie zu folgender Beurteilung (KB 17):

Das Verhalten von Frau A. _____ im öffentlichen Raum im Zeitraum Mitte Februar 2019 - Anfang März 2019 zeigt einen unauffälligen ausserhäuslichen Aktivitätspegel und ein unauffälliges Interaktionsverhalten. Ihre Mimik wirkt entspannt. Sie fährt z.T. lange Strecken mit dem Auto. Sie sucht körperliche Nähe zu einem Mann.

Damit ist keine Funktionseinschränkung in den beobachteten Aktivitäten festzustellen.

Die Angaben der Vers. selber, nämlich sie funktioniere nur zuhause und verlasse das Haus nur wenn es unbedingt nötig sei, sie könne nicht alleine einkaufen, sind mit dem beobachteten Verhalten widerlegt. Sie zeigt ein gutes Niveau von Spontanaktivität (Cafébesuche, Auto reinigen usw.).

Es ist mit überwiegender Wahrscheinlichkeit davon auszugehen, dass bei Frau S. keine *schwerwiegende* psychiatrische Problematik der Stimmung vorliegt und keine Agoraphobie. Auch eine erhebliche Einschränkung der Fähigkeit zur sozialen Kontaktaufnahme ist nicht vorhanden (Café- und Restaurantbesuche, Coiffeurbesuch, Einkaufen). Auch die Angaben der Vers. hinsichtlich ihres Beziehungswunsches bzw. ihrer gesundheitlich bedingten Einschränkung derselben ist offensichtlich unzutreffend. Es ist ein kulturell eindeutig zu

interpretierendes Verhalten der Beziehungssuche zu einem bekannten Mann zu beobachten. Besonders eindrücklich ist die Diskrepanz zwischen den geltend gemachten und präsentierten Einschränkungen der Konzentration und der Auffassung (siehe Besprechungsdokumentation vom 14.2.2019) gegenüber der Versicherung (und möglicherweise gegenüber professionellen Helfern). Frau A._____ fährt in diesem Zeitraum und so auch am 14.2.19 längere Strecken mit ihrem Auto. Das Lenken eines Autos wäre obsolet, wenn die geltend gemachten Einschränkungen der kognitiven Leistungsfähigkeit zutreffen würden.

Die letzte Berichterstattung von Frau Dr. E._____ schliesst den Zeitraum der Observationen und der Besprechung mit C._____ ein. Die von der Psychiaterin angegebenen Beschwerden und Befunde betreffend Angst, Agoraphobie und Sozialverhalten, sowie kognitiver Einschränkungen müssen als mindestens stark übertrieben eingestuft werden. Bei einem so erheblichen Befund, wie ihn die Psychiaterin festzustellen angibt, überrascht es einigermaßen, dass sie zur Fahrtauglichkeit keine Stellung nimmt und ihrer Patientin das Autofahren nicht untersagt.

Es gilt zu bedenken, dass Menschen mit psychischen Erkrankungen Befindlichkeits- und Leistungsschwankungen aufweisen. Die Frequenz der Observationen und das konstante Funktionsniveau, welches Frau A._____ zeigt, macht eine zufällige Beobachtung der Vers. an leistungsstarken Tagen höchst unwahrscheinlich.

Die gelebte Realität zeigt ein anderes Bild vom Funktionsniveau von Frau S., als sie selber und ihre Ärztin geltend machen. Es ist nicht auszuschliessen, dass Frau A._____ stimmungsmässig leicht depressiv ist, dass sie unter der schwierigen beruflichen und finanziellen Perspektive leidet und diesbezüglich auch Ängste hat. Diese Beschwerden und allfälligen Befunde bedingen aber keine namhaften Funktionseinschränkungen der Psyche, die es der Vers. verunmöglichen würden sich um eine Arbeit zu bemühen. Diese Schlussfolgerung ist insbesondere zulässig, nachdem die geltend gemachten kognitiven Einschränkungen, vorallem die Konzentration, als nicht authentisch einzustufen sind.

7.16 Am 30. April 2019 hielt Dr.med. E._____ in ihrem Verlaufsbericht zu Händen der Versicherung fest, dass nach dem Verlust des Vaters am 16. März 2019 ein depressiver Rückfall eingetreten sei. Es sei eine Dosiserhöhung der antidepressiven Medikation vorgenommen worden (Cymbalta 120 mg/d). Die Konzentration sei stark eingeschränkt. Sie könne weder einen einfachen Artikel lesen noch Fernsehen schauen. Zudem sei sie schmerzbedingt auch beim Laufen stark eingeschränkt und benötige intensive Therapie. Sie bewege sich nur noch in ihrer Wohnung und zu den Therapien. Die anhaltenden Schmerzen würden die ohnehin schlechte psychische Verfassung verschlechtern. Es liege ein schwerer depressiver Zustand vor, und die Arbeitsunfähigkeit betrage weiterhin 100% (KB 16).

7.17 Am 2. Mai 2019 wurde ein weiteres Gespräch zwischen der Klägerin und Vertretern der Beklagten durchgeführt, wobei der Klägerin Einsicht in die Observationsergebnisse gewährt wurde. Auf die Frage nach dem aktuellen Gesund-

heitszustand verwies die Klägerin auf den Verlaufsbericht von Dr.med. E._____ vom 30. April 2019. Zusätzlich belaste sie der Tod einer Tante und der Tod der Mutter des Ex-Freundes. Es sei eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes eingetreten. Auch die Rückenschmerzen würden auf die Psyche schlagen. Sie sei deshalb beim Chiropraktor in Behandlung (BB 15).

7.18 Der Chiropraktor Dr. L._____ hielt mit ärztlichem Zeugnis vom 7. Mai 2019 fest, dass die Versicherte wegen multifaktoriell bedingten Beschwerden (Zervikovertebralsyndrom, spondylogenes Schmerzsyndrom bei degenerativen Veränderungen, Status nach Rotatorenmanschettenruptur) 100% arbeitsunfähig sei (KB 20).

7.19 Mit Schreiben vom 29. Mai 2019 äusserte sich Dr.med. E._____ zur Beurteilung von Dr.med. G._____ (KB 21). Dabei führte sie aus, dass die Tätigkeit der Versicherten vor ihrer Erkrankung als Projektleiterin im M._____ Bereich sehr anspruchsvoll gewesen sei und eine hohe Konzentration erfordert habe. Sie habe Events ... in ganz Europa organisiert und betreut. Aufgrund ihrer Reisetätigkeit und als Pendlerin sei sie eine sehr routinierte Autofahrerin. Aufgrund des hohen prämorbidem Funktionsniveaus könne davon ausgegangen werden, dass trotz der aktuellen kognitiven Einschränkungen genügend Ressourcen für Fahrten auf einfachen und bekannten Strassen bestünden. Zudem verwende die Patientin vor und während des Fahrens keine Benzodiazepine. Die Konzentrationsfähigkeit fluktuiere und sei erschöpfbar. Sie verlasse sich darauf, dass die Patientin ihre Konzentrationsfähigkeit einschätzen könne. Ein Untersagen des Fahrens würde die Patientin im Alltag und bei den laufenden Therapien an verschiedenen Orten (Zug, Oberkirch, Küssnacht, Emmenbrücke, Goldau, Pfäffikon) einschränken. Die Patientin sei ausschliesslich wegen den Therapien mit dem Auto unterwegs. Die Therapien dienten der Aktivierung, um ein besseres Funktionsniveau zu erreichen. Auch ermuntere sie die Patientin, einfache Expositionsübungen in wenig besuchten Läden zu unternehmen. Die Schmerzen der Versicherten, welche erst seit der Kündigung so stark wahrgenommen würden, könnten mit einer somatoformen Schmerzstörung erklärt werden. Aufgrund der Schmerzen könne sie in der Freizeit kaum etwas unternehmen. Aufgrund der konflikthaften Beziehung, welche die Versicherte zum Vater hatte, verlaufe auch die Trauer nach dessen Tod nicht als natürliche Reaktion. Auf der Gefühlsebene sei sie stark eingeschränkt; ihrem WG-Partner gegenüber empfinde sie keine Gefühle, werde von ihm aber unterstützt. Die Patientin sei therapiemotiviert (guter Medikamentenspiegel, mehrere ambulante Therapien, Tagesklinik) und es sei bedauerlich, dass ihr kein Glaube geschenkt werde. Durch den Verlust des Ar-

beitsplatzes habe sie eine schwere Entwertung und Demütigung erlebt; es bestehe eine anhaltende depressive Episode.

7.20 Mit Bericht vom 11. Juni 2019 hielt Dr.med. E. _____ unter Bezugnahme zur Beurteilung von Dr.med. G. _____ ergänzend fest, die Versicherte bemühe sich um Arbeit. Sie werde an einem Integrationsprogramm teilnehmen. In einem geschützten Rahmen bestünde eine Arbeitsfähigkeit von maximal 20%. Die Patientin fahre üblicherweise eine bis zwei Stunden (ausnahmsweise drei Stunden) mit dem Auto zu den Therapieorten. Werde davon ausgegangen, dass das Autofahren mit einer leichten Arbeitstätigkeit gleichzusetzen sei, dann bestünde medizinisch theoretisch in diesem Umfang eine Arbeitsfähigkeit. Seit der Observation gehe es der Versicherten schlechter; sie habe Verfolgungsgefühle (KB 19).

7.21 Mit Bericht vom 15. Juli 2019 nahm Dr.med. G. _____ Stellung zu verschiedenen Einwänden der Versicherten (bzw. ihrer Rechtsvertreterin) und der behandelnden Psychiaterin (BB 18). Zunächst wird Bezug genommen zur Einwendung, die Versicherte könne wegen Ängsten keine öffentlichen Verkehrsmittel benützen und sei deshalb darauf angewiesen, Auto zu fahren. Eine solche Phobie werde in den medizinischen Akten nicht erwähnt. Ansonsten hätte sie behandelt werden müssen. Sofern, wie geltend gemacht, eine Expositionstherapie durchgeführt worden sei, wäre die Exposition im ÖV wohl am dringendsten gewesen. Die beobachteten Funktionen (Auto waschen, Café-Besuche, Autofahren auch über längere Strecken auf Autobahnen) würden das gute Funktionsniveau belegen. Dass die Versicherte im Zusammenhang mit der Kündigung Gefühle erlebt habe und im Rahmen der Observation beim Zusammensein mit einem Mann solche auch zeige, sei ebenfalls als unauffälliges Verhalten zu werten; insbesondere schliesse dies die gleichzeitig geltend gemachte Gefühlslosigkeit aus. Zur Fahrfähigkeit der Versicherten führt Dr.med. G. _____ weiter aus:

Zur Thematik der Fahrtauglichkeit und der Konzentrationsfähigkeit ist die Argumentation von Frau Dr. E. _____ nicht überzeugend und aus verkehrsmedizinischer Sicht geradezu abenteuerlich.

Nachdem zuvor eine ständig eingeschränkte Konzentration geltend gemacht wurde, wird nun neu *eine fluktuierende* Konzentration geltend gemacht. Das Niveau der Konzentrationsfähigkeit sei durch die Vers. überdies voraussehbar, d.h. sie könne eine Pause einschalten im Hinblick auf einen bevorstehenden Konzentrationsabfall. Diese Fähigkeit ist medizinisch als unzutreffend abzulehnen.

Die Argumentation, dass die Vers. auf bekannten Strecken über genügend kognitive Ressourcen verfüge um ein Auto zu lenken, ist nicht haltbar, handelt es sich doch bei den Fahrstrecken von Frau A. _____ um Autobahnstrecken. Das Lenken eines Fahrzeugs auf Autobahnen findet bei hohen Geschwindigkeiten statt und erfordert mitunter unplanbare und sehr rasche, situativ angemessene

Reaktionen, die bei eingeschränktem kognitivem Funktionsniveau nicht gewährleistet sind. Verkehrsmedizinisch sind Rayonbeschränkungen zwar vom Gesetz her möglich, werden aber praktisch nie angewendet, da es ja eben um die Fahrleistung geht und diese gegeben oder nicht gegeben ist.

Sollte Frau A. _____ auf ihren kognitiven Einschränkungen bestehen, so ist eine verkehrsmedizinische Beurteilung unverzichtbar.

Dr.med. G. _____ führt weiter aus, sie bestreite nicht, dass die Versicherte depressiv gewesen sei und sie behaupte auch nicht, die Versicherte sei aktuell symptomfrei. Das Observationsmaterial lasse lediglich den Schluss zu, dass einige der geltend gemachten Funktionseinschränkungen nicht oder nicht mehr vorhanden seien. Dr.med. E. _____ verwende häufig das Adjektiv "glaubhaft". Die Psychiaterin könne sich offenbar nicht auf eindeutige pathologische Befunde abstützen, da solche wohl nicht vorhanden seien. Es sei auch nicht Sache des Arztes, die Glaubhaftigkeit eines Patienten zu bewerten; die gelebte Realität (wie sie in den Observationen sichtbar werde) sei immer das überzeugendste Argument, wenn es um die Einschätzung des Funktionsniveaus gehe.

7.22 Gegenüber der Invalidenversicherung hielt Dr.med. E. _____ mit Schreiben vom 17. Oktober 2019 fest (KB 24), dass seit August 2019 eine mittelgradige depressive Episode bestehe; der Schweregrad der Depression habe reduziert werden können. Es bestehe deshalb seit August 2019 eine Arbeitsfähigkeit von 20%. Die komplexe Tätigkeit, welche die Versicherte vor der Erkrankung ausgeübt habe, könne sie aber nicht mehr ausführen. Zumutbar sei einzig mehr eine einfache Arbeit im kaufmännischen Bereich, vorzugsweise im Hintergrund ohne Kundenkontakte. Die Versicherte zeige durchgehend Auffälligkeiten im kognitiven Bereich (Aufnahmefähigkeit, Gedächtnis, Konzentration). Diese Symptomatik sei der affektiven Erkrankung zuzuordnen und würde sich auf die berufliche Tätigkeit negativ auswirken. Die Fahrtauglichkeit auf bekannten Strassen werde aber nicht eingeschränkt.

Dem Bericht legte Dr.med. E. _____ einen Zwischenbericht der Ergotherapeutin D. _____ vom 4. Oktober 2019 bei (KB 25). Diesem ist zu entnehmen, dass die Versicherte seit dem 16. Mai 2019 zwei Mal pro Woche während zwei Stunden unter ergotherapeutischer Begleitung in einem Kiosk arbeite. Die Ergotherapeutin berichtet, dass die depressive Symptomatik weniger spürbar und die Belastbarkeit gestiegen sei. Eine Einschränkung der kognitiven Defizite sei weiterhin spürbar. Der Versicherten sei es möglich, ihren alltäglichen Pflichten nachzukommen, sie sei aber schnell überfordert. Es wurde deshalb ein langsamer Aufbau der Belastbarkeit in einem therapeutischen Setting empfohlen. Eine berufliche Integrationsmassnahme der IV wäre von Vorteil, damit der Wiedereinstieg ins Berufsleben gelingen könne.

7.23 Mit Schreiben vom 22. November 2019 teilte Dr.med. E. _____ der IV-Stelle Schwyz mit, dass die Versicherte ihr Gesuch um Ausrichtung von Leistungen zurückziehe; sie habe die Erfahrung gemacht, dass es ihr nach psychiatrischen Begutachtungen schlechter gegangen sei; die von der IV initiierte psychiatrische Abklärung wäre deshalb nicht zielführend für eine Wiedereingliederung (BB unnummeriert).

7.24 In Berücksichtigung der seit der ersten Beurteilung eingegangenen medizinischen Berichte und Observationsergebnisse nahm Dr.med. G. _____ am 27. Dezember 2019 eine weitere Aktenbeurteilung vor, wobei sie die Arbeitsfähigkeit im Zeitraum zwischen dem 1. April 2019 und dem 27. September 2019 zu beurteilen hatte (KB 19). Dabei führt sie aus, alle Berichte würden eine stark leidende Person, die sich mit den Anforderungen der aktuellen Lebenssituation kognitiv und auf der Handlungsebene überfordert zeige, Ängste ausserhalb der eigenen Wohnung angebe, in jeder Hinsicht auf Unterstützung angewiesen sei und kognitiv beeinträchtigt erscheine, beschreiben. Andererseits werde jetzt eine teilweise Arbeitsfähigkeit von 20% attestiert. Angesichts der anhaltend schweren geltend gemachten psychischen Funktionseinbussen sei es nicht nachvollziehbar, dass die Versicherte bei praktisch gleichbleibendem Zustand nun plötzlich teilarbeitsfähig sein solle. Nicht nachvollziehbar bleibe die Haltung von Dr.med. E. _____ auch hinsichtlich der Fahrtauglichkeit, zumal im Strassenverkehr der Grundsatz "safety first" gelte. Wäre der Zustand der Versicherten so schlecht, hätte Dr.med. E. _____ die Medikation längst ausbauen und/oder ergänzen müssen. Ihre Gründe für den Verzicht auf diese Behandlungsoptionen seien nicht überzeugend, nachdem gerade bei Hypertonie und kardialen Problemen durchaus geeignetere antidepressive Medikamente zur Verfügung stünden als das seit Erkrankungsbeginn verordnete Cymbalta. Weiter lege der Verzicht auf eine stationäre Behandlung nahe, dass der Zustand der Versicherten keineswegs so gravierend gewesen sei, wie geltend gemacht werde. Auch der Umstand, dass die Versicherte inzwischen ausgewandert sei, deute in Berücksichtigung des damit verbundenen administrativen und organisatorischen Aufwandes auf ein hohes Funktionsniveau hin. Dr.med. G. _____ weist darauf hin, dass die Berichte der behandelnden Ärztin gegenüber den verschiedenen Adressaten mitunter divergent und widersprüchlich seien und die Angaben seien eine wenig strukturierte Mischung aus Anamnese, Selbsteinschätzung der Versicherten, objektiven Befunden und persönlichem Eindruck sowie Interpretation der Versichertenangaben. Insgesamt würden keine aussagekräftigen medizinischen Akten vorliegen, die eine Objektivierung der Arbeitsfähigkeit (recte: Arbeitsunfähigkeit) im fraglichen Zeitraum erlauben würde. Zu gravierend seien die Widersprüche in den Berichten der behandelnden Ärztin. Es sei nicht auszuschliessen, dass die Versi-

cherte psychisch leide, dieses Leid sei aber nicht objektivier- und nicht quantifizierbar und allfällige arbeitsrelevante Funktionseinschränkungen seien nicht belegt. Eine Arbeitsunfähigkeit sei für den fraglichen Zeitraum nicht ausgewiesen.

7.25 Mit Schreiben vom 13. Juni 2020 beantwortete Dr.med. G._____ diverse Fragen der Versicherung im Zusammenhang mit der geltend gemachten Verschlechterung des Gesundheitszustandes der Versicherten seit dem Tod des Vaters im Frühjahr 2019 (vgl. BB 2). Dabei hielt Dr.med. G._____ sinngemäss fest, die nach dem Tod des Vaters beschriebenen Wahrnehmungen und Befindlichkeiten entsprächen einer normalen Trauerreaktion. Schon vorher werde im Übrigen eine ausgeprägte Depression geltend gemacht. In Bezug auf die Medikation hält sie fest, dass bei ausgeprägten und therapierefraktären Verläufen nicht nur eine geringfügige Dosiserhöhung (namentlich 30 mg Cymbalta) sondern ein Wechsel und/oder eine Augmentationsstrategie in der Medikation hätte eingeführt werden sollen. Von zusätzlichen somatischen Beschwerden ab Frühjahr 2019 könne ebenfalls nicht gesprochen werden; bereits im Bericht vom 30. Oktober 2017 habe Dr.med. E._____ chronische Beschwerden im HWS- und Brustkorbbereich beschrieben. Einschneidende neue körperliche Probleme ab Frühjahr 2019 seien nicht erkennbar.

7.26 Dr.med. E._____ nahm mit Schreiben vom 14. August 2020 Stellung zum Bericht von Dr.med. G._____ vom 13. Juni 2020. Dabei erklärte sie die als pathologisch qualifizierte Trauerreaktion (konfliktreiche Beziehung zum Vater; Minderwertigkeitsgefühl nach Kündigung) und sie erörterte die Dosiserhöhung des Medikaments Cymbalta nach dem Tod des Vaters, welche keineswegs geringfügig gewesen sei. Vorgängig sei die Patientin - ohne Erfolg - mit Sertralin und Venla-faxin behandelt worden. Zur Verbesserung des Schlafs sei zudem Trittico eingesetzt worden (KB 26).

7.27 Zu dem mit Widerklageduplik aufgelegten Schreiben von Dr.med. E._____ nahm Dr.med. G._____ am 21. Oktober 2020 Stellung, wobei sie an ihrer Einschätzung festhielt. Der vorsorgliche Verzicht auf eine Augmentation der Medikation sei auch bei bereits bestehenden Herz-Kreislauf- und metabolischen Risikofaktoren unbegründet. Eine Absetzung sei unkompliziert, sollten sich tatsächlich problematische Nebenwirkungen einstellen; dies zu monitorisieren gehöre zur Aufgabe einer pharmakologisch durchschnittlich erfahrenen psychiatrischen Fachperson. Mit den Erläuterungen zur Trauer der Klägerin um ihren Vater belege Dr.med. E._____ abermals die Einschätzung, dass es sich um eine einfache Trauer handle. Selbst wenn die Beziehung konfliktbehaftet gewesen sei und im Rahmen der Trauer Gefühle von Ambivalenz und Wut auf-

kommen würden, so sei dies mitnichten eine abnorme pathologische oder komplizierte Trauerreaktion. Es lägen keine Beschwerden- oder Befunddokumentationen vor, die eine krankheitswertige Trauerreaktion belegen würden, welche einen Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit ausübe bzw. ausgeübt habe.

7.28 Mit Stellungnahme vom 21. Dezember 2020 liess die Klägerin einen weiteren Bericht von Dr.med. E. _____ vom 18. Dezember 2020 einreichen. In diesem nimmt Dr.med. E. _____ im Wesentlichen Stellung zu den Fragen der Medikation und zu Komplikationen bei der Trauerverarbeitung nach dem Tod des Vaters. Auf den Einsatz eines Atypikums (Medikament zweiter Wahl) sei aufgrund der somatischen Situation (Status nach kardiovaskulärem Insult, Übergewicht, Hypercholesterinämie, erhöhte Leberwerte, EKG-Auffälligkeiten) verzichtet worden, zumal es sehr fraglich sei, ob die Versicherte vom Einsatz von Atypika profitiert hätte. Bei der Patientin habe bereits vor dem Ableben des Vaters eine schwere depressive Erkrankung vorgelegen. Nach dem Tod des Vaters sei die depressive Erkrankung stärker zum Ausdruck gekommen.

7.29 Mit Stellungnahme vom 8. Januar 2021 liess auch die Beklagte einen weiteren Bericht von Dr.med. G. _____ (vom 31. Dezember 2020) einreichen. Zur Medikation führt Dr.med. G. _____ aus, eine leitliniengerechte medikamentöse Behandlung sei auch bei den vorliegenden internistischen Einschränkungen in fast allen Fällen möglich. Wenn die behandelnde Ärztin motiviert gewesen wäre, die Versicherte leitliniengerecht psychiatrisch medikamentös zu behandeln, so hätte sie längst einen internistischen Facharzt zugezogen, um die konkreten Behandlungsmöglichkeiten und allenfalls tatsächliche Kontraindikationen beurteilen zu lassen.

7.30 In Bezug auf die durchgeführte Observation ergibt sich aus den Akten was folgt:

Die Versicherte wurde im Auftrag der Taggeldversicherung im Zeitraum zwischen dem 14. Februar und dem 9. März 2019 an insgesamt neun Tagen während jeweils mehreren Stunden überwacht. Dabei ging es um die Abklärung des Verhaltens der Versicherten im Alltag, die Ausübung einer allfälligen beruflichen Tätigkeit und ihre Mobilität. Aus dem Observationsbericht, welcher durch Fotos sowie Filmdokumente belegt wird, ergibt sich, dass die Versicherte an sämtlichen Tagen als Fahrerin in der Regel mehrere Autofahrten über kürzere bis längere Strecken unternahm (vom Wohnort in N. _____ nach Brunnen, Küsnacht, Goldau, Neuenkirch, Sursee, Oberkirch, Luzern, Zug, Einsiedeln, Galgenen, Adligenswil), dabei fuhr sie auch durch städtisches Gebiet (Luzern und Zug) und benutzte Autobahnen. Bei wenigen Fahrten war eine männliche Begleitperson

dabei. Bei verschiedenen Fahrten wurde davon ausgegangen, dass sie in Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Therapieterminen durchgeführt wurden. Einmal fuhr sie (als Fahrerin) vom Wohnort durch den Gotthardtunnel ins Tessin, wobei auf der Höhe Quinto der Sichtkontakt zur Versicherten bzw. ihrem Fahrzeug abbrach. Ob danach ihr Begleiter das Lenken des Fahrzeuges übernommen hat, wie sie geltend macht, kann offen bleiben. Eine Pause, welche einen Fahrerwechsel ermöglicht hätte, wurde nicht registriert. Abends wurde sie als Lenkerin ihres Fahrzeuges in Brunen (Fahrtrichtung N._____) beobachtet. Die Versicherte wurde regelmässig bei Einkäufen in verschiedenen Geschäften und bei Besuchen in Cafés und Restaurants beobachtet, wobei sie in der Regel allein unterwegs war. Weder die besuchten Restaurants noch die besuchten Läden waren menschenleer, vielmehr waren die besuchten Läden gut besucht und in den Restaurants sass die Versicherte öfters zwischen anderen Leuten und nicht abgeschieden. Der filmisch dokumentierte Umgang mit dem Mitbewohner (?) lässt annehmen, dass sich die Beziehung nicht auf eine reine Wohngemeinschaft beschränkt (Küsse, Händchen halten). Im Untersuchungsbericht wird abschliessend ausgeführt, dass keine Anhaltspunkte erkennbar waren, welche auf eine konkrete Beeinträchtigung der Lebensführung hindeuten würden. Bei den verzeichneten Alltagssituationen habe die Versicherte stets eine eigenständige Handlungsweise gezeigt. Sie habe weder die Öffentlichkeit noch Personenansammlungen vermieden. Sie habe sich angemessen und selbstbewusst mit Drittpersonen (Verkaufspersonal, Bedienung u.ä.) unterhalten (zum Ganzen: BB 20). Der Bericht gibt die filmisch dokumentierten Begegnungen korrekt wieder.

8.1 Gemäss Ziff. 5.2 lit. a AVB 2014 endet der Versicherungsschutz für die versicherte Person (i.c. Arbeitnehmerin, vgl. Ziff. 3.1 AVB 2014) u.a. mit der Beendigung des Arbeitsverhältnisses beim Versicherungsnehmer (i.c. Arbeitgeberin, vgl. Ziff. 5.2 lit. a und Ziff. 1.3 AVB 2014). Vorliegend endete der Versicherungsschutz mithin mit Ablauf der Kündigungsfrist per 31. März 2018. Gestützt auf Ziff. 6.7 AVB 2014 besteht allerdings eine Nachdeckung für Personen, die im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses voll oder teilweise arbeitsunfähig sind. Die Nachdeckung besteht für den im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses bestehenden Leistungsfall. Im Zeitpunkt der Beendigung des Arbeitsverhältnisses war die Versicherte aufgrund einer psychischen Erkrankung arbeitsunfähig, was unbestritten ist. Zwar wird von Dr.med. E._____ initial die Diagnose eines chronischen HWS-Schmerzsyndroms gestellt, eine ärztliche Behandlung war gemäss den medizinischen Akten im Zeitpunkt der Auflösung bzw. der Beendigung des Arbeitsverhältnisses nicht erforderlich und aus den diversen Berichten der behandelnden Ärztin Dr.med. E._____ ergibt sich auch nicht, dass eine

Schmerzmedikation erforderlich gewesen wäre. Auch der Austrittsbericht der Seeklinik Brunnen vom 23. April 2018 - zeitlich mit der Beendigung des Anstellungsverhältnisses in etwa übereinstimmend - enthält keine Hinweise auf somatische Befunde mit Einfluss auf die Arbeitsfähigkeit (KB 8). Erst mit Bericht vom 12. Februar 2019 (KB 13) gibt Dr.med. E._____ erstmals die Behandlung mit Schmerzmedikamenten an, nachdem die Versicherte am 17. Januar 2019 wegen Schulterbeschwerden von Dr.med. K._____ untersucht worden war. In Bezug auf mögliche somatische Beschwerden liegen denn im Wesentlichen lediglich der Bericht von Dr.med. K._____ vom 17. Januar 2019, mit welchem über eine Zunahme von Beschwerden aufgrund einer (2004 erlittenen) Rotatorenmanschettenruptur berichtet wird (KB 14), sowie das ärztliche Zeugnis des Chiropraktors Dr. L._____ vom 7. Mai 2019 vor, in dem eine volle Arbeitsunfähigkeit wegen multifaktoriell bedingter Beschwerden attestiert wird (KB 20). Diese allenfalls somatisch bedingten Beschwerden bzw. Erkrankungen wurden somit erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgestellt bzw. dokumentiert und behandelt und sind mithin nicht Gegenstand des die Nachdeckung begründenden Versicherungsfalls. Die Klägerin hält denn auch fest, dass sie auf die somatischen Beschwerden nur insofern hingewiesen habe, als diese dem psychischen Gesundheitszustand abträglich seien bzw. zu einem Ressourcenverlust geführt hätten. Es stellt sich mithin die Frage, ob die Versicherte im streitigen Zeitraum zwischen 1. April 2019 bis zum 28. September 2019 weiterhin aufgrund der im Zeitpunkt der Auflösung des Arbeitsverhältnisses bestehenden psychischen Erkrankung Anspruch auf Taggelderleistungen hat.

8.2 In Bezug auf den psychischen Gesundheitszustand der Versicherten vermitteln die medizinischen Akten kein kongruentes Bild. Die behandelnde Psychiaterin beschreibt durchgehend eine schwere, die Arbeitsfähigkeit vollständig einschränkende Erkrankung. Auch der von der Beklagten beigezogene Gutachter pract.med. F._____ beschrieb - zumindest für den Zeitpunkt der Begutachtung (Mai 2018) - eine depressive Störung gegenwärtig schweren Grades, wobei er aber verschiedene Empfehlungen zur weiteren Behandlung abgab (Optimierung Medikation, Serumspiegelkontrolle, Klinikaufenthalt). Diese Empfehlungen wurden in der Folge nicht umgesetzt. Weder wurde ein (weiterer) stationärer Aufenthalt initiiert (etwa wie von der RAD-Ärztin vorgeschlagen in der Psychiatrischen Klinik Zugersee), noch ist aus den Akten die Durchführung von Serumspiegelkontrollen ersichtlich; entsprechende Abklärungen wurden zumindest nirgends dokumentiert und es liegen auch keine diesbezüglichen Laborberichte vor. Auch fand offenbar keine relevante Anpassung/Änderung der Medikation statt. Die von pract.med. F._____ angegebene bisherige Medikation (Cymbalta 60-30-0, kombiniert mit Valdoxan)

wurde gemäss Berichten von Dr.med. E. _____ vom 7. September 2018 und vom 17. September 2018 in bestehender Dosis weitergeführt (Cymbalta 60-0-0 bzw. 60-30-0, neu kombiniert mit Temesta anstatt Valdoxan, KB 12, BB unnummeriert). Erst im Bericht vom 30. April 2019 hält dann Dr.med. E. _____ fest, dass eine Aufdosierung von Cymbalta vorgenommen worden sei (von 90 auf 120 mg/d). Es gilt anzumerken, dass die - auf der Aussage der Beschwerdeführerin basierenden - Ausführungen von pract.med. F. _____ insofern unrichtig sind, als dass eine fehlende Nachbetreuung nach dem Austritt aus der Seeklinik mangels eines entsprechenden Angebots im Kanton Schwyz moniert wird. Dass ein solches Angebot besteht, musste der im Kanton Schwyz tätigen behandelnden Fachärztin bekannt sein; es werden an diversen Orten auch sozialpsychiatrische Tagesstätten geführt (vgl. www.triaplus.ch). Die von pract.med. F. _____ sinngemäss vorgebrachte Erklärung für die Verschlechterung des Gesundheitszustandes nach dem Klinikaustritt ist mithin nicht nachvollziehbar.

Die von der Beklagten beigezogenen Fachärzte Dr.med. H. _____ und Dr.med. G. _____ gehen dagegen davon aus, dass bei der Versicherten keine schwerwiegende bzw. eine höchstens vorübergehende und/oder leichte psychiatrische Problematik (unmittelbar anschliessend an die Kündigung des Arbeitsverhältnisses) vorlag. Auch im Austrittsbericht der Seeklinik Brunnen wird grundsätzlich von einer erheblichen Verbesserung der Situation ausgegangen (bei Austritt wird nur noch eine leichte Depression sowie eine moderate Angststörung beschrieben). Dr.med. G. _____ hat die Versicherte zwar nie untersucht, ihre Beurteilung erfolgte jedoch in Berücksichtigung der verschiedenen ausführlichen Berichte der behandelnden Fachärztin und in Berücksichtigung des Observationsmaterials, welches ergab, dass verschiedene geltend gemachte erhebliche Funktionseinschränkungen offenkundig nicht bestehen. Zu Recht wird auf das demonstrierte hohe Funktionsniveau beim Führen eines Fahrzeuges hingewiesen; weder ist die Versicherte "maximal 15 Minuten" gefahren, wie sie geltend macht, sondern es wurden fast täglich mehrere und auch längere Fahrten beobachtet. Die Versicherte war auch in der Lage, ein Fahrzeug auf Autobahnen, durch den Gotthardtunnel und durch den Stadtverkehr zu lenken. Tätigkeiten, welche regelmässig einen hohen Konzentrationsgrad erfordern. Entgegen den Ausführungen der behandelnden Ärztin ergaben die Beobachtungen keinerlei Hinweise für das Vorliegen von Angstzuständen ausserhalb der eigenen Wohnung oder für eine eingeschränkte Reisefähigkeit. Die geltend gemachten schweren Konzentrationsstörungen sind - wie bereits erwähnt - nicht vereinbar mit den demonstrierten Fahrfähigkeiten. Entgegen den Ausführungen der Klägerin betrafen die observierten Fahrten auch

nicht nur die nähere Umgebung. Der demonstrierte problemlose Verlauf verschiedener Besuche von Restaurants und Geschäften lässt sich ebenfalls nicht mit den geltend gemachten Angstzuständen in der Öffentlichkeit und der Unfähigkeit, öffentliche Verkehrsmittel zu benutzen, vereinbaren. Auch der Einwand der behandelnden Ärztin, die Versicherte habe vor ihrer Erkrankung ein sehr hohes Funktionsniveau ausgewiesen, was ihr erlaube, trotz schwerer Erkrankung (und schweren Konzentrationsstörungen) Auto zu fahren, vermag die erhebliche Diskrepanz zwischen den geschilderten Einschränkungen und den zu Tage gelegten Fähigkeiten nicht zu erklären. Die Ausführungen von Dr.med. E._____ beruhen im Wesentlichen auf den Angaben der Versicherten, welche allerdings nicht mit dem anlässlich der Observation demonstrierten Funktionsniveau übereinstimmen. Auch nach Vorliegen der Observationsergebnisse vermochte Dr.med. E._____ keine nachvollziehbare Begründung dafür abzugeben, dass die Versicherte ein mit dem bescheinigten Gesundheitszustand nicht bzw. nur schwer zu vereinbarendes Verhalten an den Tag gelegt hat. Nachvollziehbar hielt Dr.med. G._____ fest, die Berichte seien eine wenig strukturierte Mischung aus Anamnese, Selbsteinschätzung der Versicherten, objektiven Befunden und persönlichem Eindruck und Interpretationen. Hat ein Arzt bloss auf Angaben des Patienten abgestellt, so ist seinem Bericht - wenn überhaupt - nur geringer Wert als Indiz beizumessen (vgl. Hartmann, Arzteugnisse und medizinische Gutachten im Zivilprozess, AJP 2018 S. 1349 f.). Vorliegend kommt in Bezug auf die Berichte der behandelnden Psychiaterin hinzu, dass auch der Erfahrungstatsache, wonach behandelnde Ärzte im Hinblick auf ihre auftragsrechtliche Vertrauensstellung in Zweifelsfällen mitunter eher zugunsten ihrer Patienten aussagen, bei der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen ist (Urteil BGer 4A_255/2019 v. 20.12.2019 Erw. 6.3.5). Dr.med. E._____ hat aufgrund ihres besonderen Vertrauensverhältnisses zur Klägerin deren Angaben als Faktum hinzunehmen, ohne sie kritisch zu hinterfragen. In diesem Sinne ist es verständlich, dass sie von der Patientin geltend gemachten gesundheitlichen Beschwerden telquel aufgenommen hat.

Zwar stellen sämtliche in den Akten befindlichen medizinischen Berichte lediglich Parteibehauptungen dar und vermögen für sich allein nicht den Beweis für das Bestehen oder Nichtbestehen einer Arbeitsunfähigkeit im fraglichen Zeitraum zu erbringen. Im vorliegenden Verfahren hat jedoch die Klägerin mit dem Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu beweisen, dass die Arbeitsunfähigkeit zu 100% auch nach dem 1. April 2019 angedauert hat. Die ausführlichen und nachvollziehbaren Auseinandersetzungen von Dr.med. G._____ mit den Berichten der behandelnden Ärztin unter Berücksichtigung der Observationsergebnisse sowie die Observationsergebnisse an sich lassen

jedoch erhebliche Zweifel am Fortbestand einer vollen Arbeitsunfähigkeit über den 1. April 2019 hinaus aufkommen. Die Gutachten von Dr.med. G._____ werden durch die Observationsberichte und mithin durch Indizien gestützt, welche es nicht erlauben, die geltend gemachte vollständige Arbeitsunfähigkeit ab dem 1. April 2019 als erwiesen zu erachten. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass geltend gemacht wird, nach der Überwachung sei eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes eingetreten, weil der Vater der Klägerin verstorben sei. Dr.med. G._____ qualifiziert die von Seiten der Klägerin bzw. ihrer Ärztin im Zusammenhang mit dem Tod des Vaters geschilderten Gemütszustände nachvollziehbar als normale Trauerreaktion; der Vater der Versicherten verstarb im Alter von über 90 Jahren und lebte in Süditalien (vgl. KB 11 S. 8). Es kommt hinzu, dass als Hauptdiagnose eine rezidivierende depressive Störung, gegenwärtig schwere Episode angegeben wird, wobei der Schweregrad von Seiten der behandelnden Ärztin praktisch durchgehend so angegeben wurde. Gemäss den Kriterien der ICD-10 sind Dauer und Häufigkeit der depressiven Episoden sehr unterschiedlich; die einzelnen Episoden dauern zwischen drei und zwölf Monaten (im Mittel sechs Monate). Die Besserung zwischen den Episoden ist im Allgemeinen vollständig. Eine Minderheit entwickelt eine anhaltende Depression (Dilling/Mom-bour/Schmidt, internationale Klassifikation psychischer Störungen, 10.A., S. 177; Urteil BGer 8C_484/2012 vom 26.4.2013 Erw. 4.3.2.2). Eine anhaltende Depression wurde bei der Versicherten allerdings nie diagnostiziert. Die durchgehende Diagnose einer rezidivierenden depressiven Störung, gegenwärtig schwere Episode, über einen Zeitraum von zwei Jahren ist mithin eher ungewöhnlich. Eine depressive Episode stellt definitionsgemäss ein vorübergehendes Leiden dar (vgl. Urteil BGer 9C_176/2011 vom 29.6.2011 Erw. 4.3). Es wäre mithin von einer Verbesserung auszugehen, was sich auch aus den Berichten der Seeklinik Brunnen und dem Gutachten von Dr.med. H._____ ergibt. Es lag mithin kein Krankheitsbild vor, bei dem nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge in der strittigen Zeitspanne nicht mit einer Veränderung zu rechnen war (vgl. Urteil BGer 4A_85/2017 vom 4.9.2017 Erw. 2.3). Des Weiteren ist es bei einer schweren depressiven Episode gemäss der Internationalen Klassifikation psychischer Störungen sehr unwahrscheinlich, dass ein Patient in der Lage ist, soziale und häusliche Aktivitäten fortzuführen (Dilling/Mombour/Schmidt, a.a.O., S. 174). Darauf hat bereits Dr.med. H._____ in seinen Gutachten hingewiesen. Die Observation ergab nun aber, dass die Versicherte in der Lage ist, selbständig Einkäufe zu erledigen, Restaurants zu besuchen, Coiffeur- und andere Termine wahrzunehmen sowie ein Fahrzeug zu lenken. Die Unmöglichkeit, häusliche oder

soziale Aktivitäten fortzusetzen, ist bei der Klägerin mithin zumindest ab dem Zeitpunkt der Observation nicht ausgewiesen.

Insgesamt vermögen die Berichte der behandelnden Psychiaterin, auf welche sich die Klägerin beruft, den Beweis einer über den 1. April 2019 hinausgehenden Arbeitsunfähigkeit nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Auch das Gutachten von pract.med. F. _____ lässt einen solchen Beweis nicht zu, da sich aus dem auf einer Untersuchung vom 18. Mai 2018 beruhenden Bericht keine Hinweise für den Gesundheitszustand ab dem 1. April 2019 entnehmen lassen. Auch standen pract.med. F. _____ bei seiner Begutachtung nicht die Ergebnisse der Observation zur Verfügung. Andererseits sind die differenzierten Berichte von Dr.med. G. _____, in denen sie sich ausführlich mit den in den Berichten von Dr.med. E. _____ dargestellten und geltend gemachten gesundheitlichen Beeinträchtigungen (in Berücksichtigung der Observationsergebnisse) auseinandergesetzt hat und die im Rahmen der Observation erlangten Erkenntnisse geeignet, im Sinne eines Gegenbeweises derart ernsthafte Zweifel an der von der Klägerin behaupteten vollständigen Arbeitsunfähigkeit über den 1. April 2019 hinaus zu begründen, dass eine Arbeitsunfähigkeit über den 1. April 2019 hinaus als nicht überwiegend wahrscheinlich und damit nicht als bewiesen anerkannt werden kann.

8.3 Auf die Einholung eines gerichtlichen Gutachtens - wie von beiden Parteien eventualiter beantragt - kann vorliegend in antizipierter Beweiswürdigung verzichtet werden. Es wären die Verhältnisse in der Zeitspanne zwischen 1. April 2019 und Ende September 2019 zu beurteilen. Ein im jetzigen Zeitpunkt angeordnetes und in paar Monaten erstelltes gerichtliches Gutachten könnte den im massgeblichen Zeitraum bestehenden Gesundheitszustand einzig gestützt auf den von der behandelnden Ärztin geschilderten Krankheitsverlauf verfasst werden. Diese Dokumente vermögen keine taugliche Grundlage für die rückwirkende Beurteilung der Arbeitsfähigkeit zu bilden. Nachdem die Ergebnisse der Observation im Zeitraum zwischen dem 14. Februar und 9. März 2019 ein nicht eingeschränktes Funktionsniveau der Versicherten in den beobachteten Alltagssituationen ergeben hatte und diese Ergebnisse im Widerspruch zu den von der behandelnden Fachärztin geschilderten Problemen (Vermeidung von Menschenansammlungen bzw. Probleme, sich unter Menschen aufzuhalten, Angstzustände bei Entfernung von zu Hause, erhebliche Konzentrationsprobleme usw., Fahrfähigkeit nur während maximal 15 Minuten, Einkäufe nur Samstags mit Mitbewohner, Unfähigkeit nahe Beziehung einzugehen) stehen, können diese Schilderungen nicht als glaubwürdige

Untersuchungen und Beobachtungen qualifiziert werden (vgl. Urteil BGer 4A_66/2018 vom 15.5.2019 Erw. 2.6.2.1 ff.). In den Berichten von Dr.med. E._____ fehlen zudem Angaben zu Medikamentenspiegel-Messungen und es werden - insbesondere auch für den fraglichen Zeitraum - keine Ergebnisse von durchgeführten psychologischen Tests dokumentiert, welche zumindest eine gewisse Grundlage für eine echtzeitliche Beurteilung darstellen könnten. Wie bereits erwähnt, stützen sich die Berichte der behandelnden Psychiaterin im Wesentlichen auf die subjektiven Angaben der Versicherten, welche im Widerspruch stehen zu den Observationsergebnissen, und sie sind in sich wenig strukturiert sowie divergent. Bezogen auf den fraglichen Zeitraum handelt es sich somit nicht um Arztberichte, aus welchen zuverlässige Schlüsse gezogen werden könnten. Andere Berichte, etwa von Triaplus, wo die Beschwerdeführerin die Tagesstätte besuchte, wurden keine verfasst und sind damit nicht verfügbar (vgl. Schreiben Dr.med. E._____ vom 23.2.2019, BB unnummeriert). Deshalb sind von einem psychiatrischen Gerichtsgutachten keine entscheidungswesentlichen neuen Erkenntnisse zu erwarten und es ist darauf zu verzichten (vgl. Urteil BGer 4A_445/2016 vom 16.2.2017 Erw. 4.3).

Auf die von der Klägerin beantragte Parteibefragung kann ebenfalls verzichtet werden, da daraus keine entscheidungsrelevanten neuen Erkenntnisse gewonnen werden könnten. Subjektive Angaben der Versicherten werden in den Akten und in den Rechtsschriften umfassend dargestellt und sie vermögen für sich keinen Beweis zu erbringen.

9.1 Mit Widerklage fordert die Beklagte die geleisteten Taggelder in Höhe von insgesamt Fr. 182'160.-- nebst Zins zurück. Die Beklagte begründete den Anspruch auf Rückerstattung der geleisteten Taggelder zunächst damit, dass die Klägerin zwar am 29. Juni 2018 ein Leistungsgesuch bei der Invalidenversicherung eingereicht, dieses am 25. November 2019 (vgl. BB 5) jedoch wieder zurückgezogen habe, nachdem die IV-Stelle sie zu einer polydisziplinären Begutachtung aufgeboten habe. Gemäss Ziff. 7.1.3 AVB 2014 entfalle die Leistungspflicht, wenn die Versicherte ohne ihre Zustimmung ganz oder teilweise auf Leistungen gegenüber Dritten verzichte. Als Verzicht gelte auch die Nichtgeltendmachung von Ansprüchen gegenüber Dritten, insbesondere wenn sich die versicherte Person trotz Aufforderung nicht bei der Invalidenversicherung anmelde. Gemäss Ziff. 6.10 AVB 2014 seien zu Unrecht bezogene Leistungen zurückzuerstatten, weshalb sämtliche geleisteten Taggelder zurückgefordert würden.

Im Rahmen der Widerklagereplik stützte die Beklagte ihre Forderung dann auf Art. 40 VVG, wonach infolge Täuschungshandlungen erbrachte Leistungen zurückzuerstatten seien. Auch wenn sich die Täuschungshandlung nur auf einen

Teil des Schadens beziehe, umfasse die Leistungsbefreiung der Versicherung bei Täuschung den ganzen Anspruch; es könnten deshalb sämtliche geleisteten Taggelder zurückverlangt werden.

9.2 Die Klägerin (Widerbeklagte) hält fest, dass die Invalidenversicherung ihr Leistungsgesuch vom 29. Juni 2018 in Anwendung von Art. 23 ATSG wieder aufgenommen habe. Zuständig sei die IV-Stelle für Versicherte im Ausland (IVS-TA), da sie zwischenzeitlich nach Deutschland ausgewandert sei. Der Rückzug des Leistungsgesuches sei gemäss Art. 23 Abs. 2 ATSG nichtig gewesen. Entsprechend liege kein Verzicht der Klägerin auf Leistungen gegenüber Dritten vor. Der eingeklagte Betrag sei im Übrigen ungenügend substantiiert. Zudem sei die Klägerin nicht Vertragspartei der Beklagten. Die Klägerin sei versicherte Drittperson. Die Rückforderung könne mithin nicht auf Ziff. 7.1.3 i.V.m. Ziff. 6.10 AVB 2014 gestützt werden.

Im Weiteren macht die Klägerin geltend, es liege auch kein Fall von Art. 40 VVG vor. Diesbezüglich rügt die Klägerin zunächst wiederum die Widerrechtlichkeit der Observation. Es sei ihr auch durchgehend eine volle Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Eine subjektive Täuschungsabsicht liege nicht vor. Sie habe gegenüber der Beklagten anlässlich des Gesprächs vom 14. Februar 2019 anerkannt, dass sich ihr Gesundheitszustand stabilisiert habe und sie habe auch erklärt, dass sie zur Durchführung der verschiedenen Therapien täglich das Haus verlassen müsse, gerne Auto fahre und bei einem Kollegen zur Untermiete wohne. Die im Rahmen der Observation festgestellten Autofahrten, Cafébesuche, Einkäufe usw. stünden allesamt im Zusammenhang mit auswärtigen Therapie-terminen. Aus den Observationsergebnissen liessen sich in keiner Weise eine Täuschungsabsicht der Klägerin ableiten.

Im Weiteren könne die Beklagte aus Art. 40 VVG keine Rechtsansprüche gegenüber der Klägerin ableiten, weil die Klägerin nicht Vertragspartei der Beklagten sei. In Art. 40 VVG werde kein Rückforderungsanspruch gegenüber einer Anspruchsberechtigten statuiert, die gar nicht Versicherungsnehmerin sei. Art. 40 VVG bilde deshalb keine Grundlage für eine Rückforderung. Eine andere Anspruchsgrundlage für die Rückforderung mache die Beklagte nicht geltend. Aber auch wenn Art. 40 VVG anwendbar wäre und ihr eine Täuschung nachgewiesen werden könnte, wäre eine Rückforderung erst ab jenem Zeitpunkt zulässig, in dem der Klägerin tatsächlich eine Täuschungshandlung vorgeworfen werden könnte. Dass der Klägerin seit dem Beginn ihrer Erkrankung ein täuschendes Verhalten im Sinne von Art. 40 VVG vorgeworfen werden könnte, werde von der Beklagten aber weder behauptet noch bewiesen.

Zudem habe die Beklagte einen Teil der Taggelder an die ehemalige Arbeitgeberin ausbezahlt (vgl. Klageantwort vom 8.1.2020 S. 3). Bezüglich dieser Taggelder lege die Beklagte nicht dar, gestützt auf welche Rechtsgrundlage sie diese von ihr zurückfordern könne. Auch werde nicht substantiiert dargelegt, welcher Anteil von Taggeldern an die Arbeitgeberin und welcher Anteil an die Versicherte ausbezahlt worden sei. Die Rückforderung scheitere diesbezüglich an einer genügenden Substantiierung.

9.3 Vorab ist unbestritten, dass die Versicherte sich am 30. Januar 2020 (nach Einreichung der Widerklage der Versicherung am 8. Januar 2020) bei der Invalidenversicherung wieder zum Bezug von Leistungen angemeldet hat und die Invalidenversicherung den Rückzug des Leistungsgesuches vom 22. November 2019 als nichtig beurteilt hat und daher das Leistungsgesuch vom 29. Juni 2018 wieder anhand nahm (KB 22). Die Rückforderung kann somit nicht auf Ziff. 7.1.3 AVB 2014 gestützt werden, wonach eine Leistungspflicht entfällt, wenn die versicherte Person ohne Zustimmung der Versicherung ganz oder teilweise auf Leistungen gegenüber Dritten verzichtet (worunter auch die Nichtgeltendmachung von Ansprüchen gegenüber Dritten und die Nichtanmeldung bei der Invalidenversicherung fällt).

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

In objektiver Hinsicht liegt eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen wahrheitswidrig darstellt, die für den Versicherungsanspruch Bedeutung haben. Es genügt dabei ein Verhalten, welches objektiv eine Irreführung des Versicherers bewirken kann. Unter Art. 40 VVG fällt u.a. das Ausnützen eines Versicherungsfalls durch Vortäuschen eines grösseren Schadens. Dazu gehört namentlich die Aggravation von gesundheitlichen Störungen. Zusätzlich zu den objektiven Voraussetzungen muss als subjektives Element die Täuschungsabsicht hinzutreten, wonach der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Täuschungsabsicht ist auch schon gegeben, wenn der Anspruchsteller um die falsche Willensbildung beim Versicherer weiss oder dessen Irrtum ausnützt, indem er über den wahren Sachverhalt schweigt oder absichtlich zu spät informiert (Urteile BGer

4A_286/2016 vom 29.8.2016 Erw. 5.1.2; 4A_382/2014 vom 3.3.2015 Erw. 5.1; 4A_680/2014 vom 29.4.2015 Erw. 4.3 je m.H.).

9.5 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. Die letztere Möglichkeit - Rücktritt vom Vertrag - besteht indes nur gegenüber dem betrügerischen Anspruchsberechtigten, der gleichzeitig Versicherungsnehmer, also Vertragspartner des Versicherers ist. Gegenüber einer versicherten Drittperson - die nicht Vertragspartei ist - steht ein Rücktritt vom Vertrag nicht zur Disposition. Ist die versicherte Drittperson Anspruchsberechtigte und hat sie ihren Versicherungsanspruch nach Art. 40 VVG betrügerisch begründet, steht dem Versicherer einzig das Recht auf Verweigerung der Leistung zu (Urteile BGer 4A_382/2014 vom 3.3.2014 Erw. 5.2; 5C_138/2005 vom 5.9.2005 Erw. 4.2).

Dabei umfasst die Leistungsbefreiung den ganzen Anspruch, selbst wenn sich die Täuschung nur auf einen Teil des Schadens bzw. einzelne Schadensposten bezieht. Keine Rolle spielt darum auch, dass sich ein betrügerischer Anspruch nur auf einen geringen Prozentsatz des ganzen Schadens erstreckt (BSK VVG-Nef, Art. 40 Rz 47 m.H.).

9.6 Wie bereits erwähnt (vgl. Erw. 2.2), trifft den Versicherer die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglich vorgesehenen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Wegen der Schwere des vom Versicherer geäusserten Vorwurfs und der gravierenden Rechtsfolgen sind die Beweisanforderungen hoch, wenn der Versicherer eine betrügerische Anspruchsbegründung geltend macht, die ihm nach Art. 40 VVG das Recht zum Vertragsrücktritt und zur Leistungsverweigerung verleiht (Urteil BGer 4A_382/2014 vom 3.3.2015 Erw. 5.3 m.H.).

Der Umstand, dass die Arbeitsunfähigkeit des Anspruchsberechtigten medizinisch belegt wurde, schliesst die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG nicht aus. Der Tatbestand von Art. 40 VVG kann - wie bereits erwähnt - auch durch eine bewusste Aggravation bzw. Simulation oder durch falsche Angaben zur Leistungsfähigkeit gegenüber dem Versicherer oder gegenüber den Ärzten erfüllt werden. Trotz ärztlich attestierter Arbeitsunfähigkeit steht es dem Versicherer frei zu beweisen, dass eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs vorliegt (Urteil BGer 4A_401/2017 vom 20.12.2017 Erw. 6.2.3).

9.7 Auch wenn vorliegend gestützt auf die Ergebnisse der Observation in Verbindung mit den vorhandenen medizinischen Akten infolge Beweislosigkeit einer Anspruchsberechtigung über den 31. März 2019 hinaus verneint wird, kann daraus nicht auf eine betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG geschlossen werden. Insbesondere kann daraus nicht auf das Vorliegen einer subjektiven Täuschungsabsicht der anspruchsberechtigten Klägerin geschlossen werden.

Es trifft zwar zu, dass ein Widerspruch besteht zwischen den Angaben der Versicherten anlässlich der Besprechung vom 14. Februar 2019 (Probleme/Angst-zustände unter Menschen, Fahrfähigkeit während maximal 15 Minuten, erhebliche Konzentrationsstörungen, keine selbständigen Einkäufe) sowie den in den Berichten von Dr.med. E._____ festgehaltenen Einschränkungen (Angstzustände ausser Haus, eingeschränkte Reisefähigkeit, schwere Konzentrationsprobleme, starke Einschränkungen auf der Gefühlsebene) und den Observationsergebnissen (selbständiges Einkaufen ohne Begleitung, tägliche Fahrten regelmässig über eine Dauer von über 15 Minuten auch durch Stadtverkehr und auf Autobahnen, mehrere Restaurantbesuche, inniger Umgang mit männlicher Begleitperson). Aber daraus lässt sich noch keine subjektive Täuschungsabsicht ableiten. Der Versicherten war von der behandelnden Ärztin durchgehend eine vollständige Arbeitsunfähigkeit attestiert worden. Eine solche attestierte auch pract.med. F._____ mit Gutachten vom 2. Juli 2018 zumindest für den damaligen Zeitraum. Einer Erwerbstätigkeit ist die Versicherte in der fraglichen Zeit nicht nachgegangen, zumindest kann solches von der Beklagten nicht nachgewiesen werden. Die von Dr.med. G._____ durchgeführten Analysen unter Berücksichtigung der Observationsergebnisse, welche berechnete Zweifel an den Einschätzungen der behandelnden Ärztin zu erwecken vermögen, beziehen sich auf den Zeitraum der Observation. Dr.med. G._____ hält zudem ausdrücklich fest, sie bestreite nicht, dass die Versicherte depressiv gewesen sei und sie behaupte auch nicht, die Versicherte sei aktuell symptomfrei (BB 18). Auch die Berichte von Dr.med. G._____ stellen mithin keinen genügenden Beweis für das Vorliegen einer betrügerischen Anspruchsbegründung dar. Weiters besteht die Möglichkeit, dass die subjektive Selbsteinschätzung der Arbeitsfähigkeit durch die Versicherte relevant von der objektiven Arbeitsfähigkeit divergiert, darauf deutet auch der Umstand hin, dass die Versicherte unstrittig verschiedene (auch alternative) Therapien in Anspruch genommen hat, was auch während der Observation beobachtet werden konnte. Eine bewusste Aggravation kann vorliegend weder aus den medizinischen Akten noch aus den Gesprächsprotokollen abgeleitet werden, auch wenn die Versicherte zur eigenen Funktionsfähigkeit Angaben gemacht hat, welche sich

von ihrem realen Verhalten unterscheiden. Ihr Verhalten kann rein objektiv zwar als täuschend bezeichnet werden, es lässt sich aber nicht mit dem erforderlichen Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als bewusst täuschendes Verhalten mit der Absicht, von der Beklagten ungerechtfertigt Taggelder zu beziehen, interpretieren. Wie bereits erwähnt, bestehen verschiedene Hinweise dafür, dass sich die Versicherte subjektiv als arbeitsunfähig einschätzte (keine Ausübung einer Arbeitstätigkeit, Inanspruchnahme verschiedener Therapieangebote).

9.8 Zusammenfassend lässt sich aus dem Verhalten der Versicherten keine Täuschungsabsicht nachweisen, womit die Voraussetzungen für eine Leistungsverweigerung im Sinne von Art. 40 VVG und damit einer Rückforderung nicht gegeben sind. Dementsprechend fällt auch eine Rückforderung der Observationskosten ausser Betracht.

10.1 Das Verfahren ist kostenlos, da es eine Streitigkeit aus einer Krankentaggeldversicherung betrifft, welche gemäss bundesgerichtlicher Praxis unter den Begriff der Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung zu subsumieren ist (vgl. Art. 114 lit. e ZPO; Urteil BGer 4A_680/2014 vom 29.4.2015 Erw. 2.1 mit Hinweisen; vgl. auch BGE 142 V 448 Erw. 4.1).

10.2 Aus der Formulierung von Art. 114 ZPO ergibt sich, dass dessen lit. e nur die Gerichtskosten betrifft, nicht aber die Parteientschädigung an die Gegenpartei (Urteil BGer 4A_194/2010 vom 17.11.2010 Erw. 2.2.1). Diese umfasst den Ersatz der notwendigen Auslagen, die Kosten einer berufsmässigen Vertretung sowie in begründeten Fällen eine angemessene Umtriebsentschädigung, wenn eine Partei nicht berufsmässig vertreten ist (Art. 95 Abs. 3 ZPO).

Die anwaltschaftlich vertretene Klägerin obsiegt im Widerklageverfahren, weshalb sie für dieses Verfahren einen Anspruch auf Parteientschädigung hat.

Die Beklagte obsiegt im Klageverfahren. Nachdem sie sich durch ihren eigenen Rechtsdienst vernehmen liess, ist ihr praxismässig keine Parteientschädigung zuzusprechen (vgl. Urteil BGer. 4A_601/2018 vom 13.3.2019 Erw. 5).

10.3 Die Kantone sind zuständig, die Tarife für die Prozesskosten festzusetzen (Art. 96 ZPO). Die Parteientschädigung spricht das Gericht nach den Tarifen (Art. 105 Abs. 2 ZPO) zu. Massgeblich ist der kantonale Gebührentarif für Rechtsanwälte (GebTRA; SRSZ 280.411) vom 27. Januar 1975. Demgemäss ist das Honorar im Zivilverfahren vor einziger Instanz vom Streitwert abhängig (§ 8 GebTRA). Im Rahmen der festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang

und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen. Wird die Vergütung pauschal zugesprochen, gilt die Mehrwertsteuer als in diesem Betrag enthalten; bemisst sich das Honorar nach dem zeitlichen Aufwand, ist sie zusätzlich zu entschädigen (§ 2 GebTRA). Erscheint eine eingereichte, spezifizierte Kostennote angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen; fehlt eine Kostennote, ist die Vergütung gestützt auf den GebTRA nach pflichtgemäsem Ermessen festzusetzen (§ 6 Abs. 1 GebTRA).

Bei einem Streitwert von Fr. 100'001.-- bis Fr. 1'000'000.-- beträgt das Grundhonorar zwischen Fr. 5'500.-- und Fr. 39'600.-- (§ 8 Abs. 2 GebTRA). Der Streitwert im Widerklageverfahren, in welchem die Klägerin obsiegt, beträgt Fr. 199'710.40 (Fr. 182'160 + Fr. 17'550.40) zzgl. Zins. Dies sowie die streitgegenständliche Fragestellung und den durchgeführten Schriftenwechsel berücksichtigend wird die Parteientschädigung in Bezug auf die Widerklage in pflichtgemäsem Ermessen auf Fr. 6'000.-- (inkl. Barauslagen und MwSt) festgesetzt.

10.4 Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sind privatrechtlicher Natur, weshalb als Rechtsmittel an das Bundesgericht die Beschwerde in Zivilsachen gemäss Art. 72 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG; SR 173.110) vom 17. Juni 2005 in Betracht kommt (BGE 133 III 439 Erw. 2.1; Bundesgerichtsurteil 4A_695/2011 vom 18.1.2012 Erw. 1.2). Weil das Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenkassenversicherung als einzige kantonale Instanz beurteilt, ist die Beschwerde in Zivilsachen zulässig, auch wenn der Streitwert von Fr. 30'000.-- nicht erreicht werden sollte (BGE 138 III 2, Regeste und Erw. 1).

Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Es werden keine Kosten erhoben.
4. Der Klägerin/Widerbeklagten wird zu Lasten der Beklagten/Widerklägerin für das Widerklageverfahren eine Parteientschädigung in Höhe von Fr. 6'000 (inkl. MwSt und Barauslagen) zugesprochen.
5. Gegen dieses Urteil kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde* in Zivilsachen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 72ff. BGG).

Soweit die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtsschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
6. Zustellung an:
 - die Rechtsvertreterin der Klägerin (2/R)
 - die Beklagte (R)
 - und die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (A).

Schwyz, 25. Januar 2021

Im Namen des Verwaltungsgerichts

Der Vizepräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

***Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

Die Beschwerdeschrift ist in einer Amtssprache (Deutsch, Französisch, Italienisch, Rumantsch Grischun) abzufassen und hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten. In der Begründung ist in gedrängter Form darzulegen, inwiefern der angefochtene Entscheid Recht verletzt. Die Urkunden, auf die sich die Partei als Beweismittel beruft, sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat; der angefochtene Entscheid ist beizulegen.

Versand: 3. Februar 2021