

11 09 20

UZ04/co

Abteilung I in Zivilsachen

Präsident Weingand, Amtsrichterin Fessler und Amtsrichter Zumthurn, Gerichtsschreiberin  
Feusi

## Urteil vom 15. Oktober 2009

A.  
vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Bruno Burch,

Kläger

gegen

X. Versicherungen

Beklagte

betreffend Forderung aus Versicherungsvertrag (VVG)

## **S a c h v e r h a l t**

1. Mit Klage vom 30.3.2009 beantragte der Kläger, es sei festzustellen, dass die von der Beklagten mit Schreiben vom 30.7.2008 ausgesprochene Kündigung des Versicherungsvertrages „Freie Vorsorgepolice Nr. \_\_\_\_\_“, welche er bei der Beklagten mit Wirkung ab 1.12.2002 abgeschlossen habe, ungültig sei. Weiter stellte der Kläger den Antrag, die Beklagte habe ihm mit Wirkung ab 4.4.2008, das heisst seit Ablauf der 90-tägigen Wartezeit, die Prämienbefreiung zu gewähren, und zwar wie folgt: Mit Wirkung ab 3.4.2008 bis 12.6.2008 im Umfang von 50%, mit Wirkung ab 13.6.2008 bis 9.2.2009 (recte 2009) im Umfang von 100% und mit Wirkung ab 10.2.2009 im Umfang von 50%.

2. Mit Klageantwort vom 20.5.2009 beantragte die Beklagte die Abweisung der Klage und stellte den Antrag, es sei festzustellen, dass die Freie Vorsorgepolice Nr. \_\_\_\_\_ von ihr mit Schreiben vom 30.7.2008 gültig gekündigt worden sei.

3. Mit Verfügung vom 23.7.2009 wurden die aufgelegten Urkunden zu den Akten genommen und den Parteien eröffnet, dass keine Instruktionsverhandlung durchgeführt werde. Ferner wurde das Beweisverfahren geschlossen und die Parteien erhielten Gelegenheit, bis 1.9.2009 zum Beweisergebnis eine schriftliche Stellungnahme einzureichen (amtl. Bel. 3).

4. Am 1.9.2009 reichte der Kläger eine schriftliche Stellungnahme zum Beweisergebnis ein (amtl. Bel. 5); die Beklagte verzichtete darauf (amtl. Bel. 4). Beide Parteien haben auf die Durchführung einer Hauptverhandlung verzichtet und ihre Kostennoten eingereicht (amtl. Bel. 6-9).

## **E r w ä g u n g e n**

1. Der Kläger verzeichnete im Zeitpunkt der Klageeinreichung Wohnsitz in der Stadt Luzern (\_\_\_\_\_). Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgerichts Luzern-Stadt ist daher gegeben (vgl. Art. 22 GStG).

2. Auf schriftlichen Antrag des Klägers vom 4.10.2002 schlossen die Parteien einen Vertrag über eine Vorsorgeversicherung mit Beginn am 1.12.2002 („Freie Vorsorgepolice

Nr. \_\_\_\_\_“). Dabei handelt es sich um eine fondsgebundene Lebensversicherung mit der Ergänzung, dass die Beklagte dem Kläger bei Erwerbsunfähigkeit infolge Krankheit oder Unfall vor dem 1.12.2024 bis zu diesem Datum eine garantierte Jahresrente von Fr. 7'200.-- zu bezahlen hat (Wartefrist 720 Tage) und insbesondere die Prämienbefreiung bis zum 1.12.2024 bei Erwerbsunfähigkeit vor diesem Datum versichert sein soll (Wartefrist 90 Tage). Die jährliche Prämie beläuft sich auf Fr. 2'400.05.

3. Der Kläger begründet seine Anträge im Wesentlichen damit, er sei mit Wirkung ab 4.1.2008 bis 8.2.2008 zu 25%, mit Wirkung ab 9.2.2008 bis 12.6.2008 zu 50% und mit Wirkung ab 13.6.2008 bis 9.2.2009 zu 100% arbeitsunfähig gewesen. Seit 10.2.2009 sei er wieder zu 50% arbeitsfähig. Er habe die Beklagte mit Schreiben vom 28.6.2008 über seine Arbeitsunfähigkeit informiert. Mit Schreiben vom 30.7.2008 habe ihm die Beklagte mitgeteilt, dass sie den Versicherungsvertrag wegen Verletzung der Anzeigepflicht nach Art. 6 Abs. 1 VVG kündige. Daraufhin sei er mit Schreiben vom 11.9.2008 an die Beklagte gelangt und habe eine Anzeigepflichtverletzung bestritten. Mit Schreiben vom 26.9.2008 habe die Beklagte an ihrem Standpunkt festgehalten. Unter rechtlichem Titel macht der Kläger geltend, die Kündigung vom 30.7.2008 sei ungültig, weil sie ihm aufgrund seiner Ferienabwesenheit und der im konkreten Fall anwendbaren Regel der Abholfrist von 7 Tagen für eingeschriebene Sendungen der Post erst nach Ablauf der 30-tägigen Kündigungsfrist im Sinne von Art. 6 VVG zugegangen sei. Der Versicherungsvertrag zwischen den Parteien sei somit immer noch in Kraft und die Beklagte habe ihm die vertraglich vereinbarten Leistungen zu erbringen, insbesondere ihm die beantragte Prämienbefreiung ab 4.4.2008 zu gewähren.

4. Die Beklagte wendet dagegen im Wesentlichen ein, aufgrund der Anzeige der Arbeitsunfähigkeit am 17.6.2008 habe sie am 25.6.2008 bei Dr. B. \_\_\_\_\_ und Dr. C. \_\_\_\_\_, welche die Arbeitsunfähigkeit des Klägers bescheinigt hätten, einen ärztlichen Bericht verlangt. Am 7.7.2008 habe sie von der \_\_\_\_\_ E - Krankenkasse eine ausführliche Übersicht der Pflegeleistungsrechnungen der Jahre 1997 bis 2002 des Klägers erhalten. Mit Schreiben vom 8.7.2008 habe sie weiter Dr. med. D. \_\_\_\_\_ um einen Bericht gebeten. Am 14.7.2008 habe sie den ausgefüllten ärztlichen Bericht von Dr. med. B. \_\_\_\_\_ am 18.7.2008 jenen von Dr. med. D. \_\_\_\_\_ erhalten. Mit Schreiben vom 30.7.2008 habe sie dem Kläger mitgeteilt, dass er den Versicherungsantrag vom 4.10.2002 nicht wahrheitsgetreu ausgefüllt und damit eine Anzeigepflichtverletzung begangen habe. Er hätte im Oktober 2000 physiotherapeutische Sitzungen vorgenommen und sich von Januar bis Februar 2001 von einem Chiropraktor behandeln lassen. Sie habe deshalb den Versicherungs-

vertrag gekündigt. Am 4.9.2008 habe sie den ärztlichen Bericht von Dr. med. C.

erhalten. Mit Schreiben vom 26.9.2008 habe sie dem Kläger mitgeteilt, dass auch aus dem Arztbericht von Dr. med. C. vom 4.9.2008 ersichtlich sei, dass er in physiotherapeutischer Behandlung gewesen sei und dass er seit den Jahren 1997 und 2001 unter einem Zervikalsyndrom leide, und dass sie unter diesen Umständen an ihrem Entscheid festhalte. Im Rahmen ihrer rechtlichen Ausführungen brachte die Beklagte vor, im ärztlichen Fragebogen vom 4.10.2002 habe der Kläger insbesondere die Frage 3c („Mussten Sie in den letzten 5 Jahren einen Psychiater, Psychologen, Physiotherapeuten, Chiropraktor, Homöopathen aufsuchen?“) mit „Nein“ beantwortet. Am 7.7.2008 habe sie einen Auszug von der Krankenkasse erhalten, woraus ersichtlich gewesen sei, dass der Kläger vom 10.10.2000 bis 27.10.2000 physiotherapeutische Sitzungen besucht habe und vom 24.1.2001 bis 20.2.2001 bei einem Chiropraktor in Behandlung gewesen sei. Indem der Kläger die Frage 3c falsch beantwortet habe, habe er seine Anzeigepflicht gemäss Art. 4 VVG verletzt. Sie sei daher zur Kündigung berechtigt gewesen. Diese sei rechtzeitig vorgenommen worden und am 2.8.2008 (am Tag nach Erhalt der Abholeinladung der Post im Briefkasten) rechtzeitig zugegangen. Sie habe erst nach Erhalt der ärztlichen Informationen sichere Kenntnis über die verschwiegene Gefahrstatsache und die Relevanz der Anzeigepflichtverletzung gehabt. Selbst wenn aber von einer sicheren Kenntnis der relevanten Tatsachen bereits am 7.7.2008 ausgegangen werde, habe sie die Kündigungsfrist mit Zugang der Kündigung am 2.8.2008 eingehalten. Schliesslich sei jedenfalls die neue Kündigungsfrist mit Beginn am 4.9.2008 mit Schreiben vom 26.9.2008 eingehalten worden.

5. Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2.4.1908 (VVG; SR 221.229.1) ist mit Wirkung ab 1.1.2006 teilrevidiert worden. Von der Teilrevision betroffen war auch Art. 6 des Gesetzes, welcher die Folgen der verletzten Anzeigepflicht regelt. Zu diesem Artikel enthält das revidierte VVG keine Übergangsbestimmung. Es sind somit die allgemeinen Übergangsbestimmungen von Art. 102 VVG anwendbar. In Art. 102 Abs. 4 VVG wird auf Art. 882 und 883 aOR verwiesen, welche inzwischen durch Art. 1 ff. SchIT ZGB ersetzt worden sind. Diese Bestimmungen finden im Bereich des Privatrechts überall dort Anwendung, wo intertemporalrechtliche Sondervorschriften fehlen. Art. 1 SchIT bestimmt, dass Tatsachen, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetreten sind, nach den Bestimmungen des Rechts beurteilt werden, welches zur Zeit des Eintrittes dieser Tatsachen gegolten hat. Das unrichtige Ausfüllen des Antragsformulars stellt die Tatsache dar, auf welche gemäss Art. 1 SchIT ZGB abzustellen ist. Für Art. 6 VVG gilt somit, dass Anzeigepflichtverletzungen, die vor dem 31.12.2005 begangen worden sind, noch nach altem

Recht geregelt werden müssen (vgl. Pouget-Hänseler, Anzeigepflichtverletzung: Auswirkungen der Revision auf die Praxis, in: HAVE 2006 S. 27 ff., S. 32). Nach Ansicht von Pouget-Hänseler ist es der Versicherung jedoch freigestellt, in solchen Fällen bereits den neuen Art. 6 VVG anzuwenden, da auch hier zugunsten des Versicherungsnehmers der Grundsatz „in maiore minus“ gälte (vgl. Pouget-Hänseler, a.a.O.). Es gibt aber offenbar auch gegenteilige Lehrmeinungen (vgl. [www.175jahre.uzh.ch/fakultäten/recht/fachbereiche/profueberblick/akschnyder](http://www.175jahre.uzh.ch/fakultäten/recht/fachbereiche/profueberblick/akschnyder)). Diese Frage hat das Bundesgericht mit Urteil vom 1.10.2008 entschieden, indem es im konkreten Anwendungsfall von Art. 6 VVG am Grundsatz der Nichtrückwirkung neuer Gesetzesbestimmungen festgehalten hat (Urteil 4A\_261/2008 E. 3.1). Gleich entschieden hat das Handelsgericht St. Gallen in einem Entscheid vom 30.4.2007 ([www.gerichte.sg.ch](http://www.gerichte.sg.ch); HG.2006.72). Dieser Rechtsprechung ist zu folgen. Dass sich die Beklagte vorliegend auf den revidierten Art. 6 VVG beruft, schadet ihr nicht, wenn ihr „Kündigungsschreiben“ die Voraussetzungen von Art. 6 aVVG ebenfalls erfüllt.

6. Im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge richten sich die Verletzung der Anzeigepflicht und deren Folgen nach den statutarischen oder reglementarischen Bestimmungen der Vorsorgeeinrichtung, bei Fehlen entsprechender statutarischer oder reglementarischer Normen subsidiär und analogieweise nach Art. 4 ff. VVG (Urteil Bundesgericht 9C\_671/2008 vom 6.3.2009, E. 3 mit Hinweis auf BGE 134 III 511 E. 3.1 S. 512). Die dem Vertragsverhältnis zwischen den Parteien zugrundeliegenden Allgemeinen Bedingungen für fondsgebundene Lebensversicherungen, Ausgabe 09.2000, sehen in Art. 2 Ziff. 2 vor, dass die Gesellschaft berechtigt ist, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen, wenn der Anzeigepflichtige eine erhebliche Tatsache, die er kannte oder kennen musste (Verletzung der Anzeigepflicht), verschwiegen oder unrichtig mitgeteilt hat. Eine Befristung dieses Rechts sieht die Bestimmung nicht vor, jedoch in Ziff. 1 vorangehend in allgemeiner Weise das VVG als (ergänzende) Vertragsgrundlage (bekl. Bel. 1). Die Beklagte beruft sich in ihrer Klageantwort selber auf eine im Sinne von Art. 6 VVG erfolgte Kündigung und auf die vierwöchige Frist von Art. 6 VVG. Ein nach entdeckter Anzeigepflichtverletzung unbefristetes Kündigungsrecht müsste denn auch als übermässige Bindung des Versicherungsnehmers im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 27 Abs. 2 ZGB angesehen werden. Es ist daher im Folgenden zu prüfen, ob die Beklagte bei der Auflösung des Versicherungsvertrages die Frist von vier Wochen nach Art. 6 aVVG (in diesem Sinne entspricht Art. 6 aVVG dem revidierten Art. 6 VVG) eingehalten hat.

6.1 Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage zurücktritt (Art. 6 aVVG).

6.2 Der Rücktritt des Versicherers vom Vertrag erfolgt durch eine einseitige, rechts-gestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Rücktrittserklärung muss dem Versicherungsnehmer binnen vier Wochen seit Kenntnis der Anzeigepflichtverletzung zugehen und klar und deutlich zum Ausdruck bringen, dass der Versicherer aufgrund der Verletzung der Anzeigepflicht den Vertrag nicht aufrechterhalten will. Der Versicherer muss binnen vier Wochen nach Kenntnisnahme der Anzeigepflichtverletzung sein Rücktrittsrecht geltend machen. Die Frist beginnt mit dem Tag zu laufen, an welchem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhält. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist dies in dem Zeitpunkt der Fall, indem er „vollständig über alle Tatsachen, welche die Verletzung der Anzeigepflicht betreffen, orientiert ist oder zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss der Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt“. Blosser Verdacht, Vermutungen, Zweifel oder Gerüchte, welche den Versicherer dazu veranlassen könnten, die Angaben des Versicherungsnehmers zu überprüfen, lösen den Fristenlauf nicht aus. Hat der Versicherer von verschiedenen Verletzungstatbeständen zuverlässige Kenntnis erhalten, so beginnt mit der Kenntnisnahme jeder Verletzung eine neue, selbstständige Frist zu laufen, unabhängig davon, ob Fristen bereits unbenützt abgelaufen sind. Da das VVG keine speziellen Bestimmungen über die Fristberechnung aufstellt, sind die Regeln von Art. 76 ff. OR heranzuziehen. Das Ende der Frist fällt demnach auf denjenigen Tag der vierten Woche, der durch seinen Namen dem Tag entspricht, an dem der Versicherer von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten hat (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 77 Abs. 2 OR). Endet die Frist an einem Sonntag oder an einem staatlich anerkannten Feiertag, so gilt gemäss Art. 78 OR als letzter Tag der Frist der nächstfolgende Werktag (vgl. zum Ganzen Nef, in: Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 2001, N 15 ff. zu Art. 6 [a]VVG). Dass die Rücktrittserklärung dem Versicherungsnehmer innert der vierwöchigen Frist zugehen muss, vertritt auch Gauch (Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers, Ein Kurzkomentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG, publiziert in: ZBJV, Band 142 [2006], S. 361), indem er postuliert, *in Übereinstimmung mit der zum alten Art. 6 VVG entwickelten Meinung* (Kursivschrift durch Gericht) müsse ange-

nommen werden, dass massgeblich der Zeitpunkt des Zugangs sei, an dem die Kündigungserklärung (Anmerkung des Gerichts: nach revidiertem Recht) insoweit vollendet werde, dass sie wirksam werden könne. Dies entspreche auch dem Lehrsatz, wonach für die Einhaltung einer Verwirklichungsfrist im Zweifel „die Vollendung des ganzen Tatbestandes“ zu fordern sei. Somit könne gesagt werden, dass die Kündigung des Versicherers nur wirksam werde, wenn im Zeitpunkt, da die Kündigungserklärung beim Versicherungsnehmer eintreffe, sein Kündigungsrecht noch bestehe. Anderer Meinung ist Pouget-Hänseler, welche unter Hinweis auf Entscheidungen des Bundesgerichts (BGE 129 III 713; Urteil 5C.5/2005 E. 3.3 f.) festhält, bereits unter altem Recht habe das Versenden des Rücktrittsschreibens als fristwährend gegolten (Pouget-Hänseler, a.a.O., S. 29). Das Bundesgericht hat sich in seinem Urteil vom 7.12.2006 (B 106/05) bezüglich Art. 6 aVVG jedoch ausdrücklich auf die Lehrmeinung von Nef (Zugang des Rücktrittsschreibens an den Versicherungsnehmer innert Frist als Gültigkeitsvoraussetzung; Nef, a.a.O., N 16 zu Art. 6 VVG) gestützt. Der von Pouget-Hänseler zitierte BGE 129 III 713 ist nicht einschlägig, weil in diesem konkreten Fall die Rücktrittserklärung erst nach Ablauf der vierwöchigen Frist verfasst worden war. Im ebenfalls herangezogenen Urteil des Bundesgerichts 5C.5/2005 vom 23.6.2005 war der Zugangszeitpunkt - weil offenbar unbestritten innerhalb der Frist - überhaupt nicht Thema. Es stellt sich demnach die Frage, was unter dem Zugang einer Erklärung in Rechtsprechung und Lehre verstanden wird.

6.3 Tobias Bartels gibt in seinem Aufsatz aus dem Jahre 2002 (Die Fristwahrung im Mietrecht - insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, in: MRA 2002 S. 1 ff.) eine gute Zusammenfassung des Zugangsprinzips bzw. der von Lehre und Rechtsprechung entwickelten Empfangstheorie, und zwar nicht nur bei mietrechtlichen, sondern auch allgemein bei rechtsgeschäftlichen empfangsbedürftigen Willenserklärungen. Nach diesem Aufsatz ist zwischen der uneingeschränkten und der eingeschränkten Empfangstheorie zu unterscheiden: „In all denjenigen Fällen, wo die Parteien für Willenserklärungen untereinander nichts anderes vereinbart haben, gilt für Beginn und Wahrung von Fristen die Empfangstheorie (auch Zugangstheorie genannt). Danach muss eine empfangsbedürftige Erklärung zumindest in den so genannten Herrschafts-, Zugriffs- oder Machtbereich des Adressaten gelangt sein, um als „empfangen“ zu gelten. Für mittelbare Erklärungen jedoch, welche über einen Erklärungsträger, wie z.B. einen Brief, erfolgen, habe Lehre und Rechtsprechung die uneingeschränkte und die eingeschränkte Empfangstheorie entwickelt. Grundsätzlich gilt die Empfangstheorie im Mietrecht wie im übrigen Privatrecht ohne Einschränkung. Nach dieser sogenannte „uneingeschränkten Empfangstheorie“ gilt eine emp-

fangsbedürftige Willenserklärung bereits dann als zugegangen, wenn sie erstmals in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist. Dies ist bei einer eingeschriebenen Sendung, welche beim ersten Zustellversuch nicht hat übergeben werden können, dann der Fall, sobald der Adressat das Schreiben mit der im Briefkasten vorgefundenen Abholeinladung erstmals bei der Poststelle abholen kann, also mit Beginn der Abholfrist. Ob der Empfänger seinen Briefkasten rechtzeitig leert, wie er dessen Leerung bei längeren Abwesenheiten organisiert und wie viel Zeit er verstreichen lässt, bis er eine avisierte Postsendung auf dem Postbüro abholt (falls überhaupt), darf dem Absender nicht zum Nachteil gereichen. Dieser darf vielmehr davon ausgehen, dass die Erklärung beim Vertragspartner innert der üblichen postalischen Übermittlungsfrist eingeht und muss hierbei lediglich die Wochenenden und Feiertage, an welchen Einschreiben nicht zugestellt werden, als zusätzliche Reserve vor dem Ablauf der zu wählenden Frist einberechnen, sowie allenfalls ein oder zwei Tage für Verzögerungen des eigentlichen postalischen Übermittlungsvorgangs. In einzelnen mietrechtlichen Belangen, wo die Folgen einer verpassten Frist nicht sehr einschneidend sind, wo der Zugang der Erklärung die Frist erst auslöst oder wo einer Partei die Frist zum Ergreifen eines Rechtsmittels nicht deshalb verkürzt werden soll, weil sie ihre Post nicht zeitig oder gar nicht abgeholt hat, gilt die Empfangstheorie nur in einer eingeschränkten Form (z.B. 30-tägige Zahlungsfrist nach Art. 257d Abs. 1 OR oder Beginn der Anfechtungsfrist von Mietzinserhöhungen und Kündigungen nach Art. 270b und 273 OR). Scheitert der erste Zustellversuch des Postboten, gilt die Erklärung daher erst in demjenigen Zeitpunkt als zugestellt, in welchem sie der Empfänger auch tatsächlich bei der Poststelle abholt. Nur wenn er dies nicht tut, wird der Empfang fingiert, und zwar mit dem Ablauf der Abholfrist, welche regelmässig sieben Tage beträgt. Die Fiktion der Zustellung nach beiden Theorien greift nur dann, wenn der Absender grundsätzlich damit rechnen darf, dass der Adressat die Sendung abholen oder abholen lassen wird. Dies ist dann nicht der Fall, wenn der Absender weiss, dass sein Vertragspartner (z.B. wegen eines Spitalaufenthalts) verhindert ist, ohne dass er die Entgegennahme seiner Postsendungen hat anderweitig organisieren können. Letzteres darf indessen von jemandem, welcher für längere Zeit in die Ferien reist, erwartet werden“ (Tobias Bartels, Die Fristwahrung im Mietrecht - insbesondere bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, in: MRA 2002 S. 1 ff.). Der Meinung, dass für privatrechtliche empfangsbedürftige Willenserklärungen grundsätzlich die uneingeschränkte Empfangstheorie gelten soll, schliessen sich z.B. auch Kramer und Bucher an (vgl. Kramer, in: Berner Kommentar, 1986, N 87 f. zu Art. 1 OR; vgl. Bucher, in: Basler Kommentar, 2007, N 25 f. zu Art. 5 OR) Davon geht auch das Gericht aus. Die vom Bundesgericht publizierten Entscheide betreffen entweder die Zustellung der erwähnten mietrechtlichen Erklärungen oder die Zustellung eines be-

hördlichen Aktes, für welche grundsätzlich ebenfalls die Zustellungsfiktion am letzten Tag der siebentägigen Abholfrist gilt (vgl. z.B. BGE 130 III 396 S. 399, 1P.404/2006 E. 3.2 vom 12.9.2006; BGE 119 II 149 f.; BGE 127 I 31 E. 2a/aa; BGE 123 III 492 E. 1 S. 493; BGE 119 V 89 E. 4b S. 94; vgl. auch LGVE 1998 I Nr. 22).

6.4 Am 17.6.2008 zeigte der Kläger der Beklagten unter Beilage zweier ärztlicher Bescheinigungen seine Arbeitsunfähigkeit an (bekl. Bel. 4). Mit Schreiben vom 25.6.2008 verlangte die Beklagte vom Kläger das Ausfüllen eines Fragebogens (bekl. Bel. 5) und holte bei Dr. med. C. und Dr. med. B. schriftliche Berichte ein (bekl. Bel. 6). Am 30.6.2008 traf der vom Kläger ausgefüllte Fragebogen bei der Beklagten ein (bekl. Bel. 7). Mit Schreiben vom 1.7.2008 verlangte die Beklagte bei der Krankenkasse des Klägers eine Übersicht der Pflegeleistungsrechnungen der Jahre 1997 bis 2002 und erhielt diese am Montag, den 7.7.2008 (bekl. Bel. 8). Der betreffenden Zusammenstellung konnte die Beklagte entnehmen, dass die Krankenkasse zugunsten des Klägers Physiotherapiekosten im Oktober 2000 und Chiropraktorkosten von Januar bis Februar 2001 übernommen hatte (bekl. Bel. 8, Seite 2). Am 8.7.2008 holte die Beklagte beim damals zuständigen Hausarzt Dr. med. D. einen schriftlichen Bericht ein (bekl. Bel. 9). Am 1. bzw. 14.7.2008 traf der Arztbericht von Dr. med. B. bei der Beklagten ein (bekl. Bel. 10). Dem Bericht ist zu entnehmen, dass der Kläger offenbar erst seit 12.1.2008 in Behandlung bei Dr. B. ist; zu den Jahren 1997 bis 2002 konnte der Arzt nichts sagen. Sein damaliger Hausarzt Dr. med. D. stellte in seinem Schreiben vom 16.7.2008 (Eingang bei der Beklagten am 18.7.2008) fest, abgesehen von banalen Erkrankungen oder Unfällen seien bis ca. März 2005 keine wesentlichen Probleme aufgetaucht (bekl. Bel. 11). Am 30.7.2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit eingeschriebenem Brief mit, sie kündige den Versicherungsvertrag, weil der Kläger eine Anzeigepflichtverletzung (Nichtangabe von Physiotherapie und chiropraktischer Behandlung im Jahr 2000/2001) im Sinne von Art. 6 VVG begangen habe (bekl. Bel. 12). Es ist unbestritten, dass dieses Schreiben dem Kläger am 31.7.2008 durch den Postbeamten nicht hat zugestellt werden können und es danach sieben Tage zur Abholung bei der Poststelle hinterlegt war. Am 1.8.2008 dürfte die Poststelle infolge eidgenössischen Feiertags geschlossen gewesen sein. Jedoch hätte das Schreiben am Samstagmorgen, 2.8.2008, oder auch noch am Montag, 4.8.2008 bei der Poststelle entgegengenommen werden können. Auch der Kläger geht davon aus, dass die Beklagte sicher nicht vor Montag, 7.7.2008 (Erhalt des Auszugs der Krankenkasse) Kenntnis einer Anzeigepflichtverletzung erhalten hat. Rechnet man von diesem Datum aus, so hat die vierwöchige Frist von Art. 6 aVVG bis und mit Montag, 4.8.2008 gedauert und wurde somit von der Beklagten eingehalten. Dass die Rücktrittserklärung aus

materiellen Gründen nicht gültig sein sollte, z.B. wegen fehlender Anzeigepflichtverletzung - macht der Kläger nicht - auch nicht ansatzweise - geltend. Aufgrund der Dispositionsmaxime muss deshalb vorliegend von einer gültigen Kündigung und damit einer Aufhebung des Versicherungsvertrags ex tunc nach Art. 6 aVVG ausgegangen werden. Mit der Feststellung der Gültigkeit der Kündigung ist auch das Leistungsbegehren auf Prämienbefreiung erledigt.

7. Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kläger sämtliche Prozesskosten zu tragen (§ 119 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten betragen bei einem Streitwert von Fr. 38'697.-- Fr. 2'800.--. Die Beklagte verlangt eine Parteientschädigung von Fr. 3'657.30 (Fr. 3'300.-- Honorar, Spesenpauschale von Fr. 99.-- [3% des Honorars] und Fr. 258.30 MWST; vgl. amtl. Bel. 8). Gemäss § 47 Abs. 3 KoV (Verordnung des Obergerichts über die Kosten in Zivil- und Strafverfahren vom 6.11.2003 [SRL Nr. 265]) hat eine Partei Anspruch auf eine nach Ermessen festzusetzende Entschädigung, wenn sie ihre Sache selbst vertritt. Handelt ein Anwalt in eigener Sache oder für seinen Arbeitgeber, so hat er für seine Bemühungen Anspruch auf höchstens 70% des Honorars, das er als Parteivertreter beanspruchen könnte (§ 47 Abs. 4 KoV). Die Klageantwort ist ausdrücklich von zwei „Juristinnen“ unterzeichnet. Die Honorarnote spricht von „juristischen Bemühungen“ (amtliche Bel. 8). Es darf also davon ausgegangen werden, dass es sich dabei nicht um zwei Rechtsanwältinnen handelt. Somit hat die Beklagte Anspruch auf eine nach Ermessen festzusetzende Entschädigung im Sinne von § 47 Abs. 3 KoV. § 47 Abs. 4 KoV kommt nicht zur Anwendung. Vorliegend handelt es sich weder rechtlich noch beweismässig um eine schwierige bzw. aufwändige Angelegenheit. Eine Verhandlung hat nicht stattgefunden. Ferner ist zu beachten, dass die Kosten für den Aussöhnungsversuch, welche der Beklagten infolge Säumnis auferlegt worden sind, nicht dem Kläger überbunden werden dürfen (vgl. § 192 Abs. 2 ZPO) und dass kein Honorar für die Rechnungsstellung an das Gericht beansprucht werden kann (§ 50 Abs. 3 KoV). Spesen werden nicht prozentual zum Honorar berechnet, sondern konkret (vgl. dazu §§ 69 Abs. 1 und 70 Abs. 1 KoV). Zusammengefasst ist eine Parteientschädigung von Fr. 850.-- inkl. Fr. 50.-- geschätzte Auslagen (Telefonate, Schreiben, Kopien) gerechtfertigt. Ein Anspruch auf Mehrwertsteuer besteht nicht.

## Rechtsspruch

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Prozesskosten zu bezahlen.

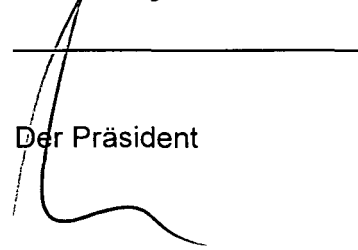
Die Gerichtskosten betragen Fr. 2'800.-- und sind mit dem vom Kläger geleisteten Gerichtskostenvorschuss gedeckt. Der Kläger hat der Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 850.-- zu bezahlen.

3. Gegen dieses Urteil ist die Appellation zulässig (§§ 245 ff. ZPO). Die Appellationserklärung ist innert 20 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Sie muss die Anträge auf Änderung des erstinstanzlichen Rechtspruchs enthalten. Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
4. Dieses Urteil wird den Parteien, und nach Rechtskraft dem Bundesamt für Privatversicherungen, Schwanengasse 2, 3003 Bern zugestellt.



Amtsgericht Luzern-Stadt

I. Abteilung



Der Präsident

Die Gerichtsschreiberin



---

Zur Vollstreckung dieses Urteils ist eine Rechtskraftbescheinigung des Obergerichts erforderlich. Diese Bescheinigung kann nach Ablauf der im Urteil angeführten Rechtsmittelfrist schriftlich beim Obergericht des Kantons Luzern, Hirschengraben 16, 6002 Luzern, verlangt werden. Das Urteil ist beizulegen. Da für die Ausstellung der Rechtskraftbescheinigung Abklärungen erforderlich sind, muss mit gewisser Zeit gerechnet werden, bis die Bescheinigung zugestellt werden kann. Es wird daher empfohlen, das Gesuch um Erteilung der Rechtskraftbescheinigung rechtzeitig einzureichen.