

**2. Abteilung**

**A2 2006 66**

Kantonsrichter lic.iur. P. Huber, Vorsitzender  
Kantonsrichter Dr. M. Beglinger  
Kantonsrichter lic.iur. W. Staub  
Gerichtsschreiber lic.iur. P. Stüdli

**Urteil vom 21. Dezember 2009**

in Sachen

X  
vertreten durch RA lic.iur. Peter Kriesi,

**Kläger,**

gegen

A Versicherung  
vertreten durch RA Dr.iur. Gerhard Stoessel,

**Beklagte,**

betreffend

Forderung

## Rechtsbegehren

### Kläger

- 1.a) Es sei festzustellen, dass der Lebensversicherungsvertrag der Parteien (Policen-Nr. 3'127'476 vom 3. Oktober 1989) nach wie vor Gültigkeit hat und nicht rechtsgültig aufgelöst wurde.
- 1.b) Die Beklagte sei zu verpflichten, die seit Januar 2003 eingestellten Versicherungsleistungen zugunsten des Klägers rückwirkend wieder aufzunehmen und dem Kläger sämtliche ihm aus dem Lebensversicherungsvertrag zustehenden Leistungen auszurichten.
- 1.c) Die Beklagte sei insbesondere zu verpflichten, dem Kläger rückwirkend ab 1. Oktober 2003 die Invalidenrente von monatlich CHF 525.-- nebst Zins zu 5 % seit Datum der jeweiligen monatlichen Fälligkeit zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

### Beklagte

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

### Sachverhalt

1. Am 3. Oktober 1989 schlossen der damals 43-jährige X (nachfolgend "Kläger"), Inhaber eines Optikergeschäfts, und die B Versicherung (heute: A Versicherung [nachfolgend "Beklagte"]) eine "kapitalbildende Lebens-Versicherung mit Zusatzversicherungen und Überschussbeteiligung" ab. Der Versicherungsvertrag wies eine Laufzeit vom 1. Januar 1989 bis zum 31. Dezember 2011 (d.h. bis zum 65. Altersjahr des Klägers) auf und umfasste eine "Versicherungssumme zahlbar im Todesfall" bzw. eine "Erlebensfallsumme fällig am 31.2.2011" sowie eine Prämienbefreiung für den Fall der Erwerbsunfähigkeit und eine monatliche Rente bei Erwerbsunfähigkeit. Als monatliche Rente bei Erwerbsunfähigkeit wurde vom 721. Tage an ein Betrag von insgesamt CHF 2'100.-- (= CHF 267.-- + CHF 1'833.--) vereinbart (Policen-Nr. 3'127'476; KB 2).

In der Versicherungspolice wird bei den Zusatzversicherungen für die Rente bei Erwerbsunfähigkeit auf den "Tarif r" verwiesen. Bei diesem "Tarif r" handelt es sich um die "Ergänzenden Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Rentenzahlungen bei Erwerbsunfähigkeit durch Krankheit oder Unfall (Zusatzversicherung), Ausgabe 1988" (KB 6; nachfolgend "AVB"). In diesen AVB wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

## **1. Unsere Leistungen**

### **1.1.**

Wir gewähren nach Ablauf der vereinbarten Wartefrist eine in der Regel vierteljährlich nachschüssig zahlbare Rente, wenn der Versicherte während der vereinbarten Versicherungsdauer vorübergehend oder dauernd ganz oder teilweise erwerbsunfähig wird.

(...)

### **1.2.**

Was gilt als Erwerbsunfähigkeit

#### **1.2.1.**

Erwerbsunfähigkeit liegt vor, wenn der Versicherte infolge medizinisch objektiv feststellbarer Krankheit oder eines Unfalles ausserstande ist, seinen Beruf oder eine andere ihm auf Grund seiner Lebensstellung, seiner Kenntnisse und Fähigkeiten angemessene Tätigkeit auszuüben und er dadurch gleichzeitig einen Erwerbsausfall oder einen diesem entsprechenden finanziellen Nachteil erleidet.

#### **1.2.2.**

Bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit werden die Leistungen dem Grade der Erwerbsunfähigkeit angepasst. Eine Erwerbsunfähigkeit von 66% % und mehr gibt Anspruch auf die vollen Leistungen, während eine solche von weniger als 25 % keinen Anspruch begründet.

(...)

### **1.3.**

Neuprüfung der Erwerbsunfähigkeit

#### **1.3.1.**

Bei Wiederherstellung oder Besserung der Erwerbsfähigkeit erlischt oder ermässigt sich der Anspruch auf die Rentenzahlung. Jede Änderung des Grades der Erwerbsunfähigkeit ist uns unverzüglich mitzuteilen; sie wird von dem Tage an berücksichtigt, an dem sie eingetreten ist. Wir können die Erwerbsunfähigkeit jederzeit neu prüfen und allenfalls erforderliche ärztliche Untersuchungen anordnen.

(...)

## **2. Was ist bei Erwerbsunfähigkeit zu tun**

Bei Erwerbsunfähigkeit des Versicherten sind wir zu benachrichtigen. Zur Abklärung unserer Leistungspflicht ist uns auf vorgedrucktem Formular auf Kosten des Anspruchsberechtigten zuhanden unseres Gesellschaftsarztes ein Bericht des behandelnden Arztes einzureichen. Wir können weitere Auskünfte und Nachweise verlangen oder selbst beibringen und nötigenfalls eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen.

(...)

2. Am 3. Oktober 1995 machte der Kläger bei der B Versicherung eine Schadenanzeige und meldete eine "durch Rückenschmerzen bedingte eingeschränkte Erwerbstätigkeit". Er führte aus, die Unfähigkeit, den Beruf auszuüben, betrage 30 % und dauere seit Jahren (KB 10).
- 2.1 Am 19. März 2001 erstattete Dr.med. M , Spezialarzt FMH für Orthopädische Chirurgie, , im Auftrag der Beklagten ein medizinisches Gutachten über den Gesundheitszustand des Klägers. Im Gutachten hielt Dr. M fest, dass der Kläger an drei verschiedenen Problemkomplexen leide: Einem Augen-, einem Darm- und einem Rückenleiden.

Dr. M attestierte dem Kläger, dass er in seinem Beruf als Optiker und Geschäftsinhaber aus gesundheitlichen Gründen (orthopädische und nicht-orthopädische Gründe) mit überwiegender Wahrscheinlichkeit nur noch in der Grössenordnung von ca. 75 % eingesetzt werden könne bzw. in der Grössenordnung von 25 % arbeitsunfähig sei (KB 11).

- 2.2 Am 13./15. Februar 2002 einigten sich die Parteien auf eine periodische Leistung und eine Prämienbefreiung in Berücksichtigung eines Erwerbsunfähigkeitsgrads des Klägers von 25 % seit dem 1. Januar 1999 (vgl. KB 15–17; Beilage 2, S. 8). Mit Schreiben vom 16. September 2002 ersuchte der Kläger um eine Rentenerhöhung. Am 7. Januar 2003 erfolgte die letzte Leistungsabrechnung der Beklagten an den Kläger für die Periode vom 1. Oktober bis zum 31. Dezember 2002 (BB 2). In der Folge leistete die Beklagte keine Zahlungen mehr und begründete dies damit, dass keine Erwerbseinbusse im Sinne des Versicherungsvertrages nachgewiesen sei (vgl. BB 3; Beilage 1, S. 9 f.).
- 2.3 Mit Schreiben vom 15. September 2004 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie wegen betrügerischer Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vom Vertrag zurücktrete (KB 33).
3. Mit Eingabe vom 23. August 2006 reichte der Kläger gegen die Beklagte beim Kantonsgericht Zug Klage ein und stellte – abgesehen davon, dass die Leistungen rückwirkend ab 1. Januar 2003 geltend gemacht wurden – das eingangs genannte Rechtsbegehren (Beilage 1). Zur Begründung führte der Kläger im Wesentlichen aus, er betreibe seit über 20 Jahren ein Optikergeschäft in . Zur finanziellen Absicherung für sich und seine Familie habe er im Jahre 1989 mit der Beklagten eine kapitalbildende Lebensversicherung mit Zusatzversicherung und Überschussbeteiligung abgeschlossen. Die Versicherung beinhalte für den Fall der Erwerbsunfähigkeit eine monatliche Rente sowie die Prämienbefreiung. Im Gutachten von Dr. M werde festgehalten, dass der Kläger eine Rückenschädigung habe (Wirbelsäulenfehlform, Wirbelsäulendegeneration, Diskushernien usw.) und dass der Kläger mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bleibend in der Grössenordnung von 25 % arbeitsunfähig sei. Mit Schreiben vom 31. Mai 2001 habe die Beklagte die 25 %-ige Arbeitsunfähigkeit des Klägers im angestammten Beruf anerkannt und sich bereit erklärt, auf dieser Basis Versicherungsleistungen zu erbringen. Die Beklagte habe keine weiteren Auskünfte oder Abklärungen verlangt.

Die Renteneinstellung sei ohne jede Rechtsgrundlage erfolgt. Kurz nach der klägerischen Anfrage um eine Rentenerhöhung habe die Beklagte der N den Auftrag erteilt, den Kläger zu observieren. Es seien tagelang Videos aufgezeichnet worden, welche den Kläger an seinem Arbeitsplatz zeigten, und Ermittlungsberichte angefertigt worden. Die Beklagte wolle mit den Videos und den Ermittlungsberichten nachweisen, dass der Kläger in

seiner Erwerbsfähigkeit nicht behindert sei, mithin keinen Erwerbsausfall erleide. Es sei aber zu beachten, dass er selbständig erwerbend sei und alleine ein Optikergeschäft führe. Es bleibe ihm gar nichts anderes übrig, als das Geschäft – so gut es eben irgendwie gehe – weiterzuführen. Er sei gezwungen, sich nach aussen so wenig wie möglich anmerken zu lassen, um die Kunden nicht zu verunsichern. Seine tatsächliche Leistungsfähigkeit lasse sich deshalb durch Beobachtungen von aussen nicht beurteilen. Sodann lasse sich die Frage der Erwerbseinbusse beim Kläger nur schwer aus dessen Buchhaltungsunterlagen ableiten oder durch Observierungen an seinem Arbeitsplatz schlüssig bewerten. Das Geschäftsergebnis des klägerischen Betriebs hänge von verschiedenen familiären und konjunkturellen Faktoren ab, welche nur schwer überblickbar seien. Es sei mitnichten erstellt, dass der Kläger keine Erwerbseinbusse habe und schon gar nicht, dass er eine solche in betrügerischer Weise vorlege (Beilage 1).

4. In der Klageantwort vom 27. November 2006 liess die Beklagte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellen und zusätzlich beantragen, das weitere Verfahren sei einstweilen auf die Frage der Verjährung zu beschränken (Beilage 3). Zur Begründung führte die Beklagte aus, der Kläger sei durch die geltend gemachten Beschwerden in seiner Erwerbsfähigkeit als Optiker in keiner Weise eingeschränkt (eventuell nicht um 25 % oder mehr), womit die Beklagte gemäss Vertrag nicht leistungspflichtig sei. Sodann sei die Beklagte nicht an den Vertrag mit dem Kläger gebunden, weil ihr dieser zum Zwecke der Täuschung falsche Angaben bezüglich der behaupteten Erwerbsunfähigkeit gemacht habe (Art. 40 VVG). Schliesslich seien die behaupteten Ansprüche des Klägers für die Zeit seit 1. Januar 2003 verjährt. Eine Widerklage zur Rückforderung bereits erbrachter Leistungen sowie zur Geltendmachung von Schadenersatz für die Aufwendungen der Beklagten im Zusammenhang mit der Ermittlung der Täuschungshandlungen des Klägers sei nur deshalb nicht erforderlich, weil die Beklagte diese Gegenforderungen mit dem Anspruch des Klägers auf den Rückkaufswert verrechnen könne.

Auch wenn Ärzte dem Kläger die in verschiedenen medizinischen Unterlagen beschriebenen Beschwerden bestätigt hätten, stehe zumindest fest, dass der Kläger dadurch in seiner Berufstätigkeit nicht eingeschränkt sei und keine Erwerbseinbusse erleide. Ungeachtet einer medizinisch objektiv feststellbaren Einschränkung und einer möglichen Behinderung in der Berufstätigkeit liege Erwerbsunfähigkeit im Sinne des Versicherungsvertrages nur vor, wenn der Versicherte dadurch gleichzeitig einen Erwerbsausfall oder einen diesem entsprechenden finanziellen Nachteil erleide. Entscheidend sei somit die wirtschaftliche Auswirkung einer medizinisch objektiv festgestellten Einschränkung. Der Erwerbsausfall könne sowohl ein Lohnausfall wie auch eine Verminderung des Einkommens aus selbständiger Erwerbstätigkeit sein. Der Kläger sei vorliegend einziger Angestellter seiner eigenen AG, somit formell Arbeitnehmer, materiell jedoch selbständig erwerbend. Die Beklagte habe deshalb vom Klä-

ger die Bilanzen und Erfolgsrechnungen der X AG einverlangt, um prüfen zu können, ob und allenfalls in welchem Umfang beim Kläger eine möglicherweise auf gesundheitliche Probleme zurückgehende Einkommenseinbusse hätte entstehen können. Auch nach Prüfung aller vom Kläger gelieferten Unterlagen sei keine Erwerbseinbusse nachgewiesen oder erscheine eine solche auch nur als glaubhaft. Der Kläger habe deshalb keinen Anspruch auf Leistungen wegen Erwerbsunfähigkeit. Die Voraussetzungen zum Bezug von Leistungen wegen Erwerbsunfähigkeit seien damit offensichtlich nicht gegeben und seien es im massgeblichen Zeitraum auch nie gewesen.

5. Mit Verfügung des Referenten vom 13. Dezember 2006 wurde der Prozess einstweilen auf die Frage der Verjährung beschränkt (Beilage 6). Am 9. Februar 2007 bzw. 13. April 2007 reichten die Parteien je einen auf die Frage der Verjährung beschränkten Schriftsatz ein (Beilagen 7 und 8). Mit Verfügung des Referenten vom 16. April 2007 wurde die Frage der Verjährung gestützt auf § 80 GOG zum Gegenstand eines Vorentscheides gemacht (Beilage 9). Mit Urteil vom 11. Juni 2007 wurde festgestellt, dass die Leistungen mit Beginn der Verjährungsfrist am 1. April, 1. Juli und 1. Oktober 2003 verjährt sind; im Übrigen wurde die Verjährungseinrede der Beklagten verworfen (Beilage 12).
6. In der Replik vom 5. November 2007 stellte der Kläger das eingangs erwähnte Rechtsbegehren bzw. machte die Versicherungsleistungen ab dem 1. Oktober 2003 geltend (Beilage 15). Zur Begründung führte er ergänzend aus, gemäss den AVB definiere sich die Erwerbsunfähigkeit als medizinisch bedingte Einschränkung der beruflichen Tätigkeit, welche zu einem Erwerbsausfall bzw. einem diesem entsprechenden finanziellen Nachteil führe. Ab einer Einschränkung von 25 % bestehe ein Anspruch auf Leistungen. Dr. M sei in seinem Gutachten zum Schluss gekommen, dass der Kläger in seinem ausgeübten Beruf als selbständiger Optiker ohne weitere Angestellte zu 25 % eingeschränkt sei. Die gesundheitliche Situation des Klägers habe sich seither jedenfalls nicht gebessert, und das Gegenteil werde nicht bewiesen und nicht behauptet. Den aufgrund eingehender Abklärungen und Untersuchungen durch den ausgewiesenen medizinischen Spezialisten Dr. M gemachten Feststellungen stünden nur die unter rechtswidrigen Umständen zustande gekommenen Observationsberichte einer Privatdetektei gegenüber, deren Beweiswert auch aus tatsächlicher Sicht fragwürdig sei. Die Beobachtungen zeigten höchstens, dass sich der Kläger offensichtlich "durchkämpfe" und sich so wenig wie möglich anmerken lasse. Dass ihn seine körperlichen Beschwerden als selbständiger Optiker aber behinderten, stehe fest. Die Überwachung des Klägers stelle im Übrigen eine widerrechtliche Verletzung der Persönlichkeitsrechte im Sinne von Art. 28 ff. ZGB und des Datenschutzgesetzes (Art. 12 f. DSG) dar. Die damit zusammenhängenden Beweismittel (Videobänder, Protokolle, Zeugen) seien rechtswidrig erlangt worden und keine erlaubten Beweismittel. Sie dürften nicht beachtet werden und seien aus dem Recht zu weisen. Die von der Beklagten in diesem Zusammenhang angerufenen

Gerichtsentscheide seien für den vorliegenden Fall untauglich, da es dort um Fälle gegangen sei, bei denen die Beschwerden des Versicherten zum grössten Teil somatisch nicht objektivierbar gewesen seien und beispielsweise auf psychischer Überlagerung beruht hätten, weshalb die Abklärung des Gesundheitszustandes für Aussenstehende nur schwer möglich gewesen sei. Im vorliegenden Fall seien die körperlichen Beeinträchtigungen ohne Weiteres medizinisch objektivierbar gewesen und sogar gutachterlich festgestellt worden. Es sei lediglich noch darum gegangen abzuklären, inwiefern sich diese Beeinträchtigungen finanziell ausgewirkt hätten. Hierfür seien die Observationen nicht nötig gewesen. Ausserdem seien diese auch viel zu weit gegangen. Die Beklagte habe schlicht und einfach keine höheren Leistungen erbringen wollen und sich vertragswidrig gar nicht mehr auf medizinische Abklärungen eingelassen. Im Weiteren liege auf der Hand, dass bei einer körperlichen Einschränkung von 25 % auch die Erwerbsfähigkeit entsprechend herabgesetzt werde. Der Kläger hätte ohne die körperlichen Beeinträchtigungen ein um ein Viertel höheres Erwerbseinkommen erzielen können. Bei vollständiger Betrachtung der Geschäftszahlen des Klägers zeige sich, dass sich die gesundheitliche Beeinträchtigung des Klägers durchaus in der Buchhaltung niedergeschlagen habe. Insbesondere in den letzten Jahren habe es der Kläger nicht mehr geschafft, sich wie bis anhin "durchzukämpfen". Der Kläger habe in den Jahren 1993 bis 2002 sein Einkommen mit Ach und Krach halten können. Es liege auf der Hand, dass das Einkommen unter normalen Umständen hätte gesteigert werden können; der finanzielle Nachteil in dieser Phase habe somit im entgangenen Gewinn gelegen.

Schliesslich seien die Tatbestandsvoraussetzungen von Art. 40 VVG nicht erfüllt. Die körperliche Beeinträchtigung von mindestens 25 % sei durch ein fachärztliches Gutachten medizinisch ausgewiesen. Wenn die Versicherung gestützt auf dieses Gutachten Leistungen erbringe, ohne weitere Abklärungen zur Frage der finanziellen Auswirkungen zu machen, und später merke, dass – was bestritten werde – gar keine finanziellen Auswirkungen vorlägen, liege noch lange keine betrügerische Anspruchsbegründung vor. Der Kläger habe sich begutachten lassen und die verlangten Unterlagen eingereicht. Die Problematik des vorliegenden Falles liege vor allem darin begründet, dass es sich beim Versicherten um einen selbständig Erwerbenden handle. Die Beurteilung der Erwerbsfähigkeit sei in solchen Fällen schwierig, weshalb der Rechtsvertreter des Klägers auch von Anfang an die Vornahme eines Betätigungsvergleichs angeregt habe. Der Kläger sei auch ohne weiteres bereit gewesen, sich erneut begutachten zu lassen. Eine in Täuschungsabsicht vorgenommene, wahrheitswidrige Darstellung von Fakten durch den Kläger liege nicht vor. Der Kläger habe lediglich der Versicherung angezeigt, dass körperliche Beeinträchtigungen vorlägen und um Prüfung von Rentenleistungen ersucht. Er habe weder aggraviert noch simuliert noch wahrheitswidrige Angaben gemacht oder gar Unterlagen gefälscht. Er habe jederzeit Hand für die entsprechenden Abklärungen geboten. Statt aber die Abklärungen zusammen mit dem Versicherten

anzugehen, habe die Beklagte umfangreiche Observationen durch eine Privatdetektei angeordnet.

7. In der Duplik vom 10. bzw. 11. Dezember 2007 liess die Beklagte das eingangs erwähnte Rechtsbegehren stellen (Beilagen 16 und 17). Ergänzend führte sie aus, die vertragliche Schwelle von 25 %, ab der ein Anspruch auf Leistungen erst entstehe, habe der Kläger zwischen der Schadenanzeige vom 30. Oktober 1995 und dem 30. September 2005 nie auch nur annähernd erreicht. Die Auswertung der Zahlen aus den Jahresabschlüssen des klägerischen Unternehmens zeige, dass der Kläger tatsächlich gar keine nennenswerte Erwerbseinbusse erlitten habe. Der Rückgang von Umsatz und Einkommen des Klägers mit der X AG ab 2002/2003 habe keine gesundheitlichen Ursachen gehabt. Vielmehr falle er zeitlich zusammen mit der Verbreitung von Discountern im Brillengeschäft. Bestritten werde, dass der Kläger ohne den geltend gemachten Gesundheitsschaden sein Einkommen gesteigert hätte. Der Kläger habe weder eine Erwerbseinbusse von mindestens 25 % noch einen anderen krankheitsbedingten wirtschaftlichen Nachteil bewiesen. Sodann seien sämtliche Informationen und Beweismittel rechtmässig beschafft worden. Die Aufnahmen widerlegten jede Einschränkung des Klägers in seinem Beruf als Optiker. Weitere Auskünfte oder Unterlagen des Klägers hätten die Ergebnisse der Überwachung nicht ersetzen können. Da beim Kläger gewisse gesundheitliche Beeinträchtigungen objektivierbar gewesen seien, hätte ihm auch jeder weitere Arzt geglaubt, dass er zu 25 % oder eben auch 35 % in seiner Berufstätigkeit eingeschränkt sei. Indem der Kläger schliesslich den behandelnden Ärzten und dem begutachtenden Dr. M \_ gegenüber offensichtlich unzutreffende Angaben über die behauptete Einschränkung im Beruf wegen seinen gesundheitlichen Problemen gemacht habe, im Bewusstsein, dass die ärztlichen Beurteilungen als Grundlage für die Prüfung seiner Versicherungsansprüche dienen würden, habe er eine Täuschung im Sinne von Art. 40 VVG begangen. Dementsprechend sei die Beklagte zu Recht vom Versicherungsvertrag zurückgetreten.
8. Am 28. März 2008 wurde der Kläger persönlich befragt (Beilage 20).
9. Mit Verfügungen des Referenten vom 27. August bzw. 9. Oktober 2008 wurde eine Expertise zur Bestimmung der Erwerbseinbusse des Klägers bzw. des ihm entgangenen Gewinns angeordnet und lic.oec. O , dipl. Wirtschaftsprüfer, von der P AG zum Experten ernannt (Beilagen 23–25 und 30). Am 23. Dezember 2008 reichte O das Gutachten ein (nachfolgend "Gutachten O ; Beilage 32).

Am 29. Dezember 2008 wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, die Ergänzung des Gutachtens, die Vorladung des Sachverständigen zur mündlichen Befragung an der Hauptverhandlung oder die Anordnung einer Oberexpertise zu verlangen (Beilage 33). Während

die Beklagte auf entsprechende Anträge verzichtete (Beilage 34), stellte der Kläger drei Ergänzungsfragen an den Experten (Beilage 35). Mit Referentenverfügung vom 16. Februar 2009 (Ziff. II.) wurden dem Experten diese drei Fragen des Klägers zur Beantwortung unterbreitet (Beilage 36). Mit Eingabe vom 2. März 2009 erhob die Beklagte Einsprache gegen Ziff. II. der Verfügung vom 16. Februar 2009 und beantragte, es seien die Fragen 1 und 2 dem Experten nicht zu unterbreiten (Beilage 37). In der Folge verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung, wobei der Kläger die Abweisung der Einsprache beantragte (vgl. Beilagen 39 und 41). Mit Beschluss vom 27. April 2009 wies die 2. Abteilung des Kantonsgerichts Zug die Einsprache ab (Beilage 42).

Am 29. Mai 2009 reichte O das Ergänzungsgutachten ein (nachfolgend "Ergänzungsgutachter O"; Beilage 46), welches ihm vom Referenten mit Schreiben vom 6. Mai 2009 in Auftrag gegeben worden war (Beilage 45).

10. An der Hauptverhandlung vom 26. Oktober 2009 bekräftigten die Parteien im Wesentlichen ihre Standpunkte (Beilagen 51–53).

## Erwägungen

1. Das Kantonsgericht Zug ist zur Beurteilung der vorliegenden Streitsache unbestrittenermassen örtlich, sachlich und funktionell zuständig (vgl. Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG; Art. 11.8 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für Lebensversicherungen, Ausgabe 1988 [KB 3]; Walther, in: Kellerhals/von Werdt/Güngerich [Hrsg.], Gerichtsstandsgesetz, 2. A., Bern 2005, N 37 zu Art. 22 GestG; § 10 GOG).
2. Die Parteien haben eine Lebensversicherung mit Leistungen auch im Falle der Erwerbsunfähigkeit abgeschlossen (KB 2). Vorausgesetzt wurde dabei nicht nur eine medizinisch objektiv feststellbare Beeinträchtigung in der Erwerbstätigkeit, sondern "gleichzeitig" ein Erwerbsausfall oder ein diesem entsprechender finanzieller Nachteil. Bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit werden die Leistungen dem Grade der Erwerbsunfähigkeit angepasst; eine Erwerbsunfähigkeit von weniger als 25 % begründet keinen Anspruch (vgl. Ziff. 1.2.1 und 1.2.2 AVB). Der Kläger begründet seinen Anspruch vorliegend mit einer Erwerbsunfähigkeit von 25 %, wofür ihm die Beklagte ab dem 1. Oktober 2003 eine monatliche Rente von CHF 525.-- (= 25 % von CHF 2'100.--) zu entrichten habe. Die am 16. September 2002 vom Kläger beantragte Rentenerhöhung auf 35 %, die von der Beklagten am 8. Oktober 2002 abgelehnt wurde (vgl. KB 18 und 19), ist nicht Gegenstand des vorliegenden Prozesses.

3. Gemäss 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. -hindernden 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 der erwähnten Grundregel hat der Anspruchsberechtigte die Tatsachen zur "Begründung des Versicherungsanspruches" (Marginalie zu Art. 39 VVG) zu beweisen, also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags und den Eintritt des Versicherungsfalls; ebenso hat er den Umfang des Anspruchs darzutun. Den Versicherer trifft die Beweislast für Tatsachen, die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen (z.B. infolge betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 VVG) oder die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen. Da der Beweis für den Eintritt des Versicherungsfalls regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, genießt der beweispflichtige Anspruchsberechtigte insoweit eine Beweiserleichterung und genügt seiner Beweislast, wenn er den Eintritt des Versicherungsfalls überwiegend wahrscheinlich zu machen vermag. Gelingt es dem Versicherer im Rahmen des ihm zustehenden Gegenbeweises, an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis des Anspruchsberechtigten gescheitert (vgl. BGE 4A\_393/2008 E. 4.1; BGE 130 III 321 E. 3, S. 323 ff.; BGE 5C.11/2002 E. 2; Nef, Basler Kommentar, Basel/Genf/München 2001, N 21 und 25 f. zu Art. 39 VVG sowie N 56 zu Art. 40 VVG).

Die anspruchsbegründenden Tatsachen sind vorliegend eine seit dem 1. Oktober 2003 bestehende Erwerbsunfähigkeit von 25 % infolge medizinisch objektiv feststellbarer Krankheit oder eines Unfalls, ein Erwerbsausfall oder ein dem Erwerbsausfall entsprechender finanzieller Nachteil seit dem 1. Oktober 2003 (vgl. BGE 5C.21/2007 E. 2, 3.2 und 3.5, mit Hinweisen) sowie die Kausalität zwischen der Erwerbsunfähigkeit und dem Erwerbsausfall. Für diese Tatsachen ist der Kläger beweispflichtig.

4. Die Beschwerden des Klägers werden von der Beklagten nicht bestritten (vgl. Beilage 3, S. 19) und sind zudem durch das ausführliche ärztliche Gutachten von Dr. M, Spezialarzt FMH für Orthopädische Chirurgie, sowie durch die Arztzeugnisse von Dr. Q, Dr. R und Dr. S auch belegt (vgl. KB 11, 36 und 37). Die Beklagte hat denn auch keine (erneute) medizinische Begutachtung des Klägers verlangt oder veranlasst.

Gestützt auf das Gutachten von Dr. M ist vorliegend davon auszugehen, dass der Kläger seit dem Jahr 1999 infolge medizinisch objektiv feststellbarer Krankheit bzw. Unfalls zu 25 % erwerbsunfähig ist. Dr. M stützte seinen Bericht auf die ihm überlassenen

Akten und Röntgenbilder, die Angaben des Patienten sowie seine eigenen Untersuchungsbe-  
funde. Dr. M führte aus, dass der Kläger an drei verschiedenen Problemkomplexen  
leide, welche seine Arbeitsfähigkeit wesentlich einschränkten: Einem Augen-, einem Darm-  
und einem Rückenleiden. In Bezug auf das Augen- und Darmleiden verwies Dr. M  
auf die entsprechenden Arztzeugnisse von Dr. S und Dr. Q, welche eine Re-  
tinopathia centralis serosa links (H35.7) bzw. einen Imperativen Stuhldrang seit 1998 (K52.9)  
diagnostiziert hatten. In Bezug auf das Rückenleiden diagnostizierte Dr. M im Einzel-  
nen rezidivierende Lumbalgien und Lumboischialgien nach re bei computertomographisch  
nachgewiesener Diskushernie L5/S1 re recessal und L4/5 re recessal (M51.1), lumbospondy-  
logene Schmerzen bei Fehlform und Fehlhaltung von BWS und LWS (M54.5), leichte thora-  
kolumbale Skoliose (M41.2), verstärkte thorakale Kyphose bei Status nach M. Scheuermann  
mit Keilwirbelbildungen (M40.2), Status nach Wirbelsäulenstauchungstrauma 1978 (Auto-  
unfall) und Status nach HWS-Distorsion/-Kontusion 1966 (Autounfall), dem jedoch kein  
Krankheitswert zukomme. Dr. M führte aus, seines Erachtens korrelierten die vom  
Kläger geschilderten Beschwerden recht gut mit den klinischen und radiologischen sowie  
computertomographischen Befunden. Es sei klar, dass die Fehlhaltung und Fehlform der  
Wirbelsäule zu einem verstärkten Stress der tieflumbalen Segmente führten und dort zu  
Segmentdegenerationen, Diskushernien und Diskusprotusionen geführt hätten. Diese  
Diskushernien und Segmentdegenerationen führten zu lumbospondylogenen und lumbo-  
radikulären Schmerzen. Objektivieren liessen sich vor allem gewisse Einschränkungen der  
Erwerbsfähigkeit bedingt durch die Krankheiten aus der Diagnoseliste. Die objektiven Befun-  
de an seiner Wirbelsäule seien doch erheblich. Die entscheidende Frage, ob die Erwerbs-  
unfähigkeit über oder unter 25 % liege, sei eine schwierig zu beantwortende Frage, da der  
Kläger als selbständiger Optiker natürlich mit Ach und Krach immer versucht habe, ohne we-  
sentliche zeitliche Einbussen über die Runden zu kommen. Aufgrund der objektiven Befunde  
und der verschiedenen Problemkomplexe des Patienten sei seines Erachtens eine Ein-  
schränkung der Erwerbsfähigkeit in der Grössenordnung von 25 % durchaus plausibel. Er  
könnte sich vorstellen, dass der Kläger mit einer finanziellen Kompensation in der Grössen-  
ordnung von 25 % seines Einkommens seine berufliche Tätigkeit als allein arbeitender Opti-  
ker derart anpassen könnte, dass er nicht immer am oberen Rand seiner Leistungsfähigkeit,  
was immer auch gerade die Grenze zum Absturz bedeute, arbeiten müsste. Es sei ihm klar,  
dass er sich hier in einem Ermessensspielraum bewege, welcher immer auch eine gewisse  
subjektive Komponente beinhalte. Da es aber für das Gutachten notwendig sei, eine konkre-  
te Angabe zu machen in Bezug auf die Höhe der Erwerbsunfähigkeit, würde er sich hier in  
diesem Falle für eine solche Erwerbsunfähigkeit von 25 % aussprechen. Seines Erachtens  
liege beim Kläger kein aggravatorisches oder simulatorisches Verhalten vor. Die subjektiven  
Angaben seien recht gut mit objektiven Befunden zu korrelieren, zumindest im orthopädi-  
schen Bereich. Im Bereich der Wirbelsäule liege zudem kein Endzustand vor. Es sei mit einer  
weiteren degenerativen Entwicklung der Wirbelsäule zu rechnen. Der Kläger könne mit

überwiegender Wahrscheinlichkeit in seinem Beruf als Optiker und Geschäftsinhaber aus gesundheitlichen Gründen (orthopädische und nicht-orthopädische Gründe) nur noch in der Grössenordnung von ca. 75 % eingesetzt werden. Der Kläger sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit bleibend in der Grössenordnung von 25 % arbeitsunfähig. Mit überwiegender Wahrscheinlichkeit schätze er die bleibende Arbeitsunfähigkeit bezogen auf den bisher ausgeübten Beruf (selbständiger Optiker ohne weitere Angestellte) ab dem Jahr 1999 auf 25 % (KB 11).

5. Sodann setzen die Versicherungsleistungen vorliegend auch den Nachweis einer Erwerbseinbusse voraus. Differenzen zwischen den Parteien bestanden während des Schriftenwechsels im Wesentlichen bezüglich der Frage, ob der Kläger wegen seiner Krankheit einen "Erwerbsausfall oder einen diesem entsprechenden finanziellen Nachteil" im Sinne von Art. 1.2.1 AVB erlitten hat. Die Beklagte stellte sich in der Klageantwort und in der Duplik auf den Standpunkt, der Kläger sei durch die geltend gemachten Beschwerden in seiner Berufstätigkeit als Optiker nicht eingeschränkt und er habe durch die geltend gemachten Beschwerden auch keine Erwerbseinbusse erlitten (vgl. Beilage 3, S. 11 ff.; Beilage 16, S. 2 ff.). In der Folge wurde zur Bestimmung der Erwerbseinbusse des Klägers bzw. des ihm entgangenen Gewinns bei  , dipl. Wirtschaftsprüfer, ein gerichtliches Gutachten in Auftrag gegeben. Nach Vorliegen des Gutachtens und Ergänzungsgutachtens von  räumte die Beklagte an der Hauptverhandlung ein, dass der Kläger seit 2002/03 einen Erwerbsausfall bzw. einen finanziellen Nachteil erlitten hat (vgl. Beilage 53, S. 2 f.).

Mithin sind sich die Parteien aufgrund des Gutachtens und des Ergänzungsgutachtens von  einig, dass der Kläger seit dem 1. Oktober 2003 einen Erwerbsausfall oder einen dem Erwerbsausfall entsprechenden finanziellen Nachteil erlitten hat (zum Erwerbsausfall für die Zeit vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 2002 vgl. hinten Erwägung 8). In seinem Gutachten führte  aus, eine finanzielle Einbusse, welche aufgrund der Invalidität entstanden sein könnte, sei in den Geschäftsbüchern ab dem Geschäftsjahr 2002/03 (das Geschäftsjahr der X AG dauert vom 1. Oktober bis zum 30. September des Folgejahres) ersichtlich. Die teuerungsbereinigten Gesamteinkommen des Klägers hätten sich seit 1995 mit wenigen Ausnahmen stetig rückläufig entwickelt; eine markante Abnahme der Einkommen habe sich vor allem ab 2003 abgezeichnet. Auf die Frage "Lässt sich aufgrund der Zahlen ein Erwerbsausfall bzw. ein diesem entsprechender finanzieller Nachteil (z.B. entgangener Gewinn) von 25 % oder mehr nachweisen? Wenn ja, ab welchem Zeitpunkt?" wurde im Gutachten  Folgendes ausgeführt: "Die negativen Gewinnentwicklungen bewegen sich zwischen 5 % und 72 % [recte: 76 %]. Entgangene Gewinne von mehr als 25 % sind seit dem Geschäftsjahr 2002/03 zu beobachten." Im Weiteren führte  in seinem Gutachten aus, ein finanzieller Nachteil von 25 % und mehr sei seit dem Geschäftsjahr 2002/03 erkennbar. Die Umsatzentwicklung der X AG habe

von 1993/94 bis 1997 noch über dem Branchendurchschnitt gelegen. Danach seien die Zahlen zum Teil überdurchschnittlich gesunken. Zwischen 2003 und 2006 habe die Umsatzentwicklung zwischen 25 % und 44 % unter dem Branchendurchschnitt gelegen. Die Gewinnentwicklung in Prozent zeige sich im Branchenvergleich durchwegs negativ mit einer starken Verschlechterung seit 2003. Seit dem Geschäftsjahr 2002/03 liege die Gewinnentwicklung zwischen 33 % und 72 % unter den Durchschnittswerten der Branche. Das Einkommen des Klägers sei seit dem Geschäftsjahr 2002/03 signifikant (um mindestens 25 %) zurückgegangen (Beilage 32). In seinem Ergänzungsgutachten führte O sodann aus, dass sich das Unternehmen des Klägers von einem überdurchschnittlich erfolgreichen Unternehmen im Jahr 1995 ab dem Jahr 2004 zu einem unterdurchschnittlich erfolgreichen Unternehmen entwickelt habe (Beilage 46). Die Beklagte macht zu Recht nicht geltend, dass O seiner Aufgabe nicht gewachsen gewesen wäre oder diese vernachlässigt hätte. Sie hat denn auch weder die Ergänzung des Gutachtens noch die Anordnung einer Oberexpertise verlangt (Beilage 34). Das Gutachten O befasst sich mit allen gestellten Fragen und ist nachvollziehbar begründet. Dasselbe gilt auch für das Ergänzungsgutachten O. In seinem Gutachten setzte sich der gerichtliche Experte mit der gesamten Buchhaltung der X AG (Jahresabschlüsse [Bilanz und Erfolgsrechnung] sowie Kontoblätter "Wareneinkauf" für die Geschäftsjahre 1993/94 bis 2005/06), den konkreten Verhältnissen des klägerischen Einmannbetriebs und den konjunkturellen Entwicklungen in der Optiker-Branche auseinander, insbesondere mit den Auswirkungen der Konkurrenz durch Optik-Discounter. Dabei prüfte der gerichtliche Experte insbesondere die Umsatzentwicklung der X AG und verglich sie mit Optiker-Unternehmen mit ähnlichen Umsätzen. Ebenso äusserte er sich über die Entwicklung des Gewinns bzw. des Einkommens des Klägers. Die entsprechenden Ausführungen sind klar und verständlich formuliert. Mithin beruht das Gutachten O auf einer gründlichen Abklärung des klägerischen Betriebs, so dass vorliegend darauf abzustellen ist.

6. Im Weiteren ist vorliegend auch die Kausalität zwischen der Erwerbsunfähigkeit und dem Erwerbsausfall zu bejahen. Dr. M führte in seinem Gutachten aus, dass seines Erachtens zwischen der festgestellten invalidisierenden Gesundheitsschädigung infolge Krankheit oder Unfall und der Arbeitsunfähigkeit mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ein kausaler Zusammenhang bestehe. Der festgestellte Kausalzusammenhang sei mit überwiegender Wahrscheinlichkeit für die gesamte Arbeitsunfähigkeit des Klägers verantwortlich. Es seien keine anderen Ursachen mitverantwortlich (KB 11, S. 14 f.).
7. Mithin ist als Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Kläger den Nachweis für die anspruchsbegründenden Tatsachen für seine Erwerbsunfähigkeitsversicherung bei der Beklagten für die Zeit ab 1. Oktober 2003 erbracht hat. Die Höhe der beantragten Rente von CHF 525.-- pro Monat blieb im Übrigen unbestritten. Anzumerken bleibt, dass es der Beklag-

ten durch die Observationen im Rahmen des ihr zustehenden Gegenbeweises nicht gelungen ist, an der Sachdarstellung des Klägers erhebliche Zweifel zu wecken. Weder in Bezug auf die medizinisch objektivierten Beschwerden noch in Bezug auf den Erwerbsausfall oder die Kausalität zwischen der Erwerbsunfähigkeit und dem Erwerbsausfall liefern die Observationsberichte neue Erkenntnisse.

8. Somit bleibt zu klären, ob die Beklagte den Lebensversicherungsvertrag der Parteien mit Schreiben vom 15. September 2004 rechtsgültig aufgelöst hat. In diesem Schreiben teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie wegen betrügerischer Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vom Vertrag zurücktrete. Zur Begründung führte sie unter anderem Folgendes aus: "Bereits im Jahre 2003 hatten wir Gründe, misstrauisch zu sein. Sie verweigerten beispielsweise konkrete Aussagen zu den beruflichen Verhältnissen, um damit die Abklärung der tatsächlichen Verhältnisse zu verhindern oder zumindest zu erschweren. Wir haben auf der einen Seite die Buchhaltungsunterlagen Ihrer Firma analysieren lassen und uns auf der anderen Seite über die konkreten Betriebsverhältnisse in ihrem Geschäft ein Bild gemacht. Der Verdacht, dass wir über den wahren Sachverhalt getäuscht werden und Sie in Ihrer Tätigkeit als selbständiger Augenoptiker uneingeschränkt und ohne Erwerbseinkünfte nachgehen, hat sich nun definitiv bestätigt. So konnten unter anderem keine körperliche Beschwerden oder Einschränkungen festgestellt werden und entgegen Ihren Angaben sind Sie ohne weiteres in der Lage, das Geschäft ohne fremde Hilfe zu betreiben. Dass der Umsatz und auch Ihr Erwerbseinkommen in keiner Weise zurückgegangen ist, erstaunt unter diesen Umständen nicht" (KB 33).
- 8.1 Gemäss Art. 39 VVG muss der Anspruchsberechtigte auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind (Abs. 1). Der Vertrag kann verfügen, dass der Anspruchsberechtigte bestimmte Belege, deren Beschaffung ihm ohne erhebliche Kosten möglich ist, insbesondere auch ärztliche Bescheinigungen, beizubringen hat (Abs. 2 Ziff. 1). Nach Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, oder wenn er die ihm nach Massgabe des Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hat. Die Voraussetzungen der betrügerischen Anspruchsbegründung sind damit die wahrheitswidrige Darstellung von Fakten oder das Verschweigen wichtiger Tatsachen als objektives Element und eine Täuschungsabsicht als subjektives Element, welches besagt, dass der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Die Beweispflicht für die betrügerische Anspruchsbegründung liegt

beim Versicherer. Gegenstand des entsprechenden Beweises bildet nicht der Eintritt (bzw. Nicht-Eintritt) des rechtsbegründenden Versicherungsfalles, sondern die rechtsvernichtende Tatsache des betrügerischen Vorgehens des Versicherungsnehmers (Nef, a.a.O., N 8 ff., 52 und 57 ff. zu Art. 40 VVG, mit weiteren Hinweisen; BGE 5C.11/2002 E. 2a/bb; BGE 5C.146/2000 E. 2a).

- 8.2 Die Beklagte stellt sich auf den Standpunkt, die Voraussetzungen zum Bezug von Leistungen wegen Erwerbsunfähigkeit seien von 1999 bis Ende 2002 nicht gegeben gewesen. Das Gutachten von O bestatige, dass der Kläger bis und mit dem Jahr 2001/02 keine wesentlichen Umsatz- oder Einkommenseinbussen gegenüber 1993/94 erlitten habe. Konkret stehe fest, dass die Einbussen in den Jahren 1999 bis 2002, für die der Kläger Leistungen bezogen habe, nicht annähernd die Schwelle von 25 % erreicht hätten, ab der überhaupt erst ein Anspruch auf Leistungen bestehen würde. Der Kläger habe sich während Jahren von Ärzten eine Arbeitsunfähigkeit bzw. Erwerbsunfähigkeit von 30 % attestieren lassen und gestützt darauf von 1999 bis 2002 Leistungen beansprucht (und auch erhalten), obwohl seine Buchhaltungszahlen belegten, dass seine Umsätze bestenfalls ab 2002/03 um wenigstens 25 % zurückgegangen seien. Der Kläger habe der Beklagten gegenüber falsche Angaben gemacht, um ihm nicht zustehende Versicherungsleistungen zu erhalten. Er habe damit den Tatbestand von Art. 40 VVG erfüllt, so dass die Beklagte an den Vertrag mit ihm nicht gebunden sei (vgl. Beilage 3, S. 20 ff.; Beilage 16, S. 15 ff.; Beilage 51, S. 1; Beilage 53). Der Kläger bestreitet eine betrügerische Anspruchsbegründung (Beilage 15, S. 15 ff.; Beilage 52, S. 4 ff.).
- 8.3 Vorliegend fehlt es schon am objektiven Element einer betrügerischen Anspruchsbegründung durch den Kläger.
- 8.3.1 Zum einen ist aufgrund des Wortlauts der AVB – entgegen der Ansicht der Beklagten (Beilage 16, S. 4; Beilage 53) – nicht erforderlich, dass der Kläger durch die Erwerbsunfähigkeit eine Einbusse von 25 % seines bisherigen Einkommens erleidet. Gemäss Ziffer 1.2.2 AVB werden die Leistungen bei teilweiser Erwerbsunfähigkeit dem Grade der Erwerbsunfähigkeit und nicht dem Grad des Erwerbsausfalls angepasst. Erforderlich ist einzig, dass der Versicherte durch eine Erwerbsunfähigkeit von mindestens 25 % einen Erwerbsausfall oder einen dem Erwerbsausfall entsprechenden finanziellen Nachteil (wie beispielsweise einen entgangenen zusätzlichen Gewinn) erleidet. Es liegt eine Summenversicherung vor, da die Invalidität im medizinisch-theoretischen Sinn massgebend ist und die Rente ohne Rücksicht auf die effektive Erwerbseinbusse bestimmt wird. Die unfreiwillige Vermögenseinbusse ist mithin nur eine Voraussetzung für die Leistungspflicht der Beklagten, sie ist aber kein Kriterium für die Bemessung des Leistungsumfangs. Mit anderen Worten sind die Leistungen wegen Erwerbsunfähigkeit zwar aufgrund einer konkreten Erwerbseinbusse geschuldet, sie werden aber

nach dem Grad der Erwerbsunfähigkeit bemessen. Die betragliche Höhe der Rente ist nicht von der Erwerbseinbusse abhängig, sondern wurde beim Abschluss der Versicherung zahlenmässig bestimmt (vgl. Ziff. 1.2.1 und 1.2.2 AVB; BGE 5C.21/2007 E. 2 und 3, mit Hinweisen; Küng, Basler Kommentar, a.a.O., N 8 zu Art. 76 VVG; Ileri, Basler Kommentar, a.a.O., N 69 zu Art. 88 VVG; Graber, Basler Kommentar, a.a.O., N 11 zu Art. 96 VVG; Keller, Haftpflicht im Privatrecht II, Bern 1998, S. 208; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, S. 438). Auch im Vorentwurf der Expertenkommission zur Totalrevision des VVG vom 31. Juli 2006, in Art. 28 lit. c VE-VVG, wurde in diesem Sinne festgehalten, dass – wenn nicht etwas anderes in Textform vereinbart ist – Leistungen bei Invalidität unabhängig von der konkreten Erwerbseinbusse als geschuldet gelten. Mithin ist für Leistungen bei Invalidität vermutungsweise die abstrakte, generelle Erwerbs- oder Arbeitsunfähigkeit massgebend und nicht der konkrete, vom Beruf der versicherten Person oder sonstigen Umständen abhängige Erwerbsausfall (vgl. [www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01068/index.html?lang=de](http://www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00578/01068/index.html?lang=de); Beck, Nötig sind Vermutungen, in: HAVE 2/2009, S. 207 ff., 208). Im Übrigen sprechen auch Praktikabilitätsgründe dafür, dass in erster Linie auf den ärztlichen Befund abgestellt wird, zumal die Ermittlung des hypothetischen Validengewinns eines Selbständigerwerbenden regelmässig nur mit einem aufwändigen und teuren betriebswirtschaftlichen Gutachten ermittelt werden kann. Wäre entgegen dem Wortlaut der AVB ein Erwerbsausfall von 25 % erforderlich, hätte dies auch insofern stossende Konsequenzen, als ein Selbständigerwerbender, der sich trotz 25 %-iger Invalidität über die gesundheitlich zumutbare Grenze hinaus bemüht, seinen Einkommensverlust so gering wie möglich zu halten, nicht in den Genuss der Versicherungsleistungen kommen würde, nur weil sich sein Einkommen nicht vollumfänglich entsprechend der von einem Arzt festgestellten und objektiv nachweisbaren Erwerbsunfähigkeit reduziert hätte.

Unter diesen Umständen bestanden vorliegend keine Tatsachen, welche die Leistungspflicht der Beklagten ausgeschlossen hätten. Wie erwähnt ist der Kläger gemäss Gutachten von Dr. M seit dem Jahr 1999 infolge medizinisch objektiv feststellbarer Krankheit bzw. Unfalls zu 25 % erwerbsunfähig. Sodann erlitt er auch in den Jahren 1999 bis und mit 2002 einen Erwerbsausfall. Gemäss Gutachten O bewegte sich die Gewinnentwicklung beim Kläger in den Jahren 1999 bis und mit 2002 zwischen -5,1 % und -18,81 %. Im Weiteren führte O in seinem Gutachten aus, die Umsatzentwicklung der X AG habe von 1993/94 bis 1997 noch über dem Branchendurchschnitt gelegen. Danach seien die Zahlen zum Teil überdurchschnittlich gesunken. Die Gewinnentwicklung in Prozent zeige sich im Branchenvergleich durchwegs negativ (vgl. Beilage 32).

8.3.2 Unbestritten ist sodann, dass die Beklagte ihre Leistungen vom 1. Januar 1999 bis 31. Dezember 2002 unabhängig vom konkreten Erwerbsausfall des Klägers und einzig gestützt auf das Gutachten von Dr. M ausrichtete. Die Höhe des Erwerbsausfalls des Klägers

klärte sie nicht näher ab. Insofern ist davon auszugehen, dass die Beklagte selber davon ausging, dass auf die genaue Ermittlung der Einkommenseinbusse des Klägers verzichtet und angenommen werden könne, dass die gesundheitlichen Einschränkungen einen Einkommensausfall bewirken. Dr. M führte in seinem Gutachten sodann aus, dass wenn der Kläger, wie er angebe, einen Gewinn- bzw. Einkommensverlust in der Grössenordnung von 20–30 % erlitten habe, müsste sich dies sicher anhand von Steuer- oder Buchhaltungsunterlagen verifizieren lassen. Im Weiteren führte er aus, es wäre nicht unsinnig, die Leistungsdaten des Klägers in seinem Geschäft (Betriebsgewinn, Erfolgsrechnung, Steueraufkommen) zur Untermauerung dieser Entwicklung [der Arbeitsunfähigkeit seit 1995] heranzuziehen (KB 11, S. 11 und 17). Wenn die Beklagte die Schätzung des Gewinn- bzw. Einkommensverlusts durch den Kläger gegenüber Dr. M nicht anhand von Steuer- oder Buchhaltungsunterlagen überprüfte, als sie sich am 13./15. Februar 2002 mit dem Kläger gestützt auf das Gutachten von Dr. M auf eine periodische Leistung und eine Prämienbefreiung in Berücksichtigung eines Erwerbsunfähigkeitsgrads des Klägers von 25 % seit dem 1. Januar 1999 einigte (vgl. KB 15–17; Beilage 2, S. 8), hat sie sich dies selbst zuzuschreiben. Insbesondere kann sie sich unter diesen Umständen nicht auf eine Täuschung berufen. Dies gilt umso mehr, als sich die Beklagte im vorliegenden Verfahren auf den Standpunkt stellt, ein Gewinn bzw. Einkommensverlust von unter 25 % führe zur Leistungsfreiheit (vgl. Beilage 53, S. 3). Wenn der Kläger gegenüber Dr. M ausführte, sein Gewinn- bzw. Einkommensverlust liege zwischen 20–30 %, d.h. er liege knapp über oder unter der nach Ansicht der Beklagten massgeblichen Schwelle, wäre die Beklagte jedenfalls gehalten gewesen, den Verlust näher abzuklären. Wenn sie dies unterliess, ist dies ein weiteres Indiz, dass die Beklagte selber davon ausging, dass die Höhe des Erwerbsausfalls bzw. Gewinnverlusts für die Höhe der Erwerbsunfähigkeitsrente gar nicht relevant ist, solange jedenfalls ein Erwerbsausfall besteht. Die Aussage des Klägers gegenüber Dr. M, er erleide einen Gewinn- bzw. Einkommensverlust in der Grössenordnung 20–30 %, war mithin objektiv gar nicht geeignet, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht der Beklagten zu beeinflussen (vgl. Nef, a.a.O., N 16 zu Art. 40 VVG).

8.3.3 Ebenso wenig ist ersichtlich, dass der Kläger die ihm nach Massgabe des Art. 39 VVG obliegenden Mitteilungen zum Zwecke der Täuschung zu spät oder gar nicht gemacht hätte. In Ziff. 1.3.1 AVB wurde ausgeführt, dass die Beklagte die Erwerbsunfähigkeit jederzeit neu prüfen und allenfalls erforderliche ärztliche Untersuchungen anordnen kann. In Ziff. 2 AVB wird ausserdem unter dem Titel "Was ist bei Erwerbsunfähigkeit zu tun" Folgendes festgehalten: "Bei Erwerbsunfähigkeit des Versicherten sind wir zu benachrichtigen. Zur Abklärung unserer Leistungspflicht ist uns auf vorgedrucktem Formular auf Kosten des Anspruchsberechtigten zuhause unseres Gesellschaftsarztes ein Bericht des behandelnden Arztes einzureichen. Wir können weitere Auskünfte und Nachweise verlangen oder selbst beibringen und nötigenfalls eine vertrauensärztliche Untersuchung anordnen." Mithin beschränkte sich

die vertragliche Mitteilungspflicht des Klägers im Wesentlichen auf den medizinischen Aspekt der Erwerbsunfähigkeit, indem der Versicherte zuhause des Gesellschaftsarztes einen Bericht des behandelnden Arztes einzureichen hatte; Auskünfte betreffend die wirtschaftlichen Auswirkungen der Erwerbsunfähigkeit – der Erwerbsausfall oder der dem Erwerbsausfall entsprechende finanzielle Nachteil – sind in den AVB nicht explizit vorgesehen. Der Kläger ist seinen Schadenanzeige-, Auskunfts- und Mitwirkungspflichten vorliegend nachgekommen. Ausserdem hat der Anspruchsberechtigte gemäss Art. 39 Abs. 1 VVG die zweckdienlichen Informationen nur auf Begehren des Versicherers beizubringen. Der Anspruchsberechtigte ist nicht verpflichtet, von sich aus detaillierte Angaben über Hergang und schädigende Folgen des Ereignisses zu machen. Nur wenn es der Versicherer verlangt, müssen Selbständig-erwerbende Einblick in die Buchhaltung ihres Betriebs gewähren (vgl. Nef, a.a.O., N 3 und 5 zu Art. 39 VVG). Die Beklagte hat vorliegend nicht substantiiert dargelegt, welche Informationen der Kläger ihr gegenüber konkret verweigert hätte, obschon sie solche von ihm verlangt hätte.

- 8.3.4 Zusammenfassend ist mithin festzuhalten, dass schon der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG nicht erfüllt ist.
- 8.4 Selbst wenn der objektive Tatbestand von Art. 40 VVG gegeben wäre, wäre der Beklagten nicht geholfen, da sie auch den subjektiven Tatbestand von Art. 40 VVG nicht nachgewiesen hat. Die Beklagte hat es unterlassen, die Täuschungsabsicht des Klägers substantiiert zu behaupten und zum Beweis zu verstellen. Es ist nicht ersichtlich, wie der Kläger Dr. M – der sich als Vertrauensarzt der Beklagten bewusst war, dass der Kläger eine Rente bekommen würde, wenn er eine Erwerbsunfähigkeit von 25 % attestiert –, über seine objektivierbaren Beschwerden oder die Höhe des Erwerbsausfalls im Sinne von Art. 40 VVG getäuscht hätte (vgl. dazu Pfister, Versicherungsbruch: zivilrechtliche Aspekte, in: Münch/Geiser [Hrsg.], Schaden – Haftung – Versicherung, Basel/Genf/München 1999, S. 1051 ff., Rz 21.27). Dies gilt umso mehr, als das gerichtliche Gutachten von O ergeben hat, dass der Kläger auch in den Jahren 1999 bis 2002 einen Einkommensverlust erlitten hat.
- 8.5 Der vorliegende Fall ist im Übrigen entgegen der Ansicht der Beklagten (Beilage 17) auch nicht mit dem Sachverhalt in BGE 5C.2/2007 (BB 39) vergleichbar, weil der Kläger nicht wie im erwähnten Entscheid zu 70 %, sondern lediglich zu 25 % erwerbsunfähig ist. Insofern kann die Beklagte aus diesem Entscheid von vornherein nichts zu ihren Gunsten herleiten. Ebenso wenig ist der vorliegende Fall mit demjenigen der selbständigen Zahnärztin vergleichbar, welche ihre Praxis trotz 80–100 %-iger Arbeitsunfähigkeit weiterführte und Honorareinnahmen von rund 70 % des Vorjahres generierte (vgl. Beilage 53, S. 5; BB 40 [Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 27.8.08]; Beilage 16, S. 15). Schliesslich lagen auch dem Entscheid BGE 6B\_188/2007 (BB 37) andere Umstände zugrunde. Der Beschwer-

deführer in diesem Entscheid war in eine Auffahrkollision verwickelt. In der Folge konsultierte er regelmässig seinen Hausarzt, wobei er über die typischen Beschwerden eines Schleudertraumas der Halswirbelsäule (wie Kopfschmerzen, Übelkeit, Appetitlosigkeit, Gedächtnisschwund sowie Schmerzen bei aktiven und passiven Bewegungen der Halswirbelsäule) klagte und jeweils angab, keine Besserung zu verspüren. Aufgrund seiner Schilderungen, wonach er bereits nach kleinsten Anstrengungen völlig erschöpft sei, hatten ihm verschiedene Ärzte eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % attestiert. Observationen durch ein Privatdetektivbüro ergaben dann aber, dass er in erheblichem Ausmass für seine Firma tätig war und insbesondere schwere Kisten und Gegenstände herumschleppte, beim Beladen der Wagen und Ankoppeln der Anhänger an die Fahrzeuge mithalf, die Poulets abholte, wobei es sich jeweils um 40–50 Kisten à 11,5 kg handelte, und auch Pommes Frites in Säcken à 20 kg einkaufte. Im vorliegenden Fall ist der Kläger jedoch nur 25 % arbeitsunfähig, so dass ihm kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er mit seiner verbleibenden Arbeitsfähigkeit von 75 % sein Optiker-Geschäft weiterführt. Unbestritten ist, dass der Kläger keine schweren körperlichen Arbeiten ausführt. Im vorliegenden Fall sagen die Observationsberichte der N im Übrigen insbesondere nichts über die computertomographisch objektivierten Rückenbeschwerden des Klägers aus und beschreiben zusammengefasst lediglich das Stuhlverhalten des Klägers – während der Beobachtungsphasen – nicht als imperativ. Ebenso wenig enthalten sie betriebswirtschaftlich relevante Informationen. Wie der Kläger zu Recht ausführt, sind die Observationsberichte mithin im vorliegenden Fall kein taugliches Beweismittel. Observationen können vor allem bei nicht objektivierbaren Beschwerden (beispielsweise nach einem Schleudertrauma) darüber Aufschluss geben, ob die vom Versicherten geschilderten Beschwerden allenfalls simuliert sind oder der Versicherte aggraviert. Vorliegend konnte die Beklagte die objektivierten ärztlichen Befunde ihres Vertrauensarztes Dr. M durch die Ergebnisse der Observationen des Klägers jedenfalls nicht entkräften (vgl. dazu auch Beilage 52, S. 7; Pfister, a.a.O., Rz. 21.42 ff.).

- 8.6 Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Observationen den Kläger widerrechtlich in seiner Persönlichkeit verletzt haben, zumal der Kläger aus einer allfälligen Persönlichkeitsverletzung keine Ansprüche geltend macht.
- 8.7 Liegt mithin keine betrügerische Anspruchsbegründung durch den Kläger im Sinne Art. 40 VVG vor, hat die Beklagte den Lebensversicherungsvertrag mit der Policen-Nr. 3'127'476 vom 3. Oktober 1989 nicht rechtsgültig aufgelöst, weshalb das entsprechende Feststellungsbegehren des Klägers gutzuheissen ist (zum Feststellungsinteresse vgl. BGE 131 III 319 E. 3.5, S. 324 ff.).
9. Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Kläger die anspruchsbegründenden Tatsachen bewiesen hat, die Beklagte demgegenüber keinen Versicherungsbetrug nachweisen

konnte. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit Erwerbsunfähigkeitsrenten vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2009 in der Höhe von CHF 37'800.-- (= 72 Monate à CHF 525.--). Mit Bezug auf die – künftigen – Renten (die Renten sind vierteljährlich nachschüssig zahlbar), welche noch nicht fällig sind, ist die Klage "zur Zeit" abzuweisen (vgl. Vogel/ Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. A., Bern 2006, 7. Kap., N 16; BGE 4A\_209/2007 E. 2.2.1).

10. Nebst dem Forderungsbetrag verlangt der Kläger die Zusprechung eines Verzugszinses von 5 % seit Datum der jeweiligen monatlichen Fälligkeit. Gemäss Versicherungsvertrag sind die Renten vierteljährlich nachschüssig zahlbar und dementsprechend in diesem Zeitpunkt auch fällig (vgl. Art. 1.1 AVB; Nef, a.a.O., N 24 zu Art. 41 VVG; Beilage 3, S. 3; Beilage 12, S. 12). Leistet der Versicherer nicht, beurteilen sich die Rechtsfolgen nach dem allgemeinen Recht. Grundsätzlich gerät der Versicherer somit erst nach einer Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR). Lehnt er jedoch zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Mahnung treten dann sofort ein (Nef, a.a.O., N 16 und 20 zu Art. 41 VVG; BGE 5C.57/2001 E. 2a). Im vorliegenden Fall stellte die Beklagte die Leistungen an den Kläger per Ende 2002 definitiv ein. Da diese Einstellung – wie dargelegt – zu Unrecht erfolgte, geriet die Beklagte für die geschuldeten Taggelder ohne Mahnung in Verzug. Sie schuldet daher dem Kläger den gesetzlichen Verzugszins von 5 % (Art. 104 Abs. 1 OR) auf dem Betrag von CHF 37'800.-- ab mittlerem Verfall, d.h. ab dem 1. Oktober 2006 (vgl. Weber, Berner Kommentar, Bern 2000, N 45 zu Art. 104 OR).
11. Bei diesem Ausgang des Verfahrens – der Kläger unterliegt lediglich in Bezug auf die verjährten Renten für die Zeit vom 1. Januar bis 30. September 2003 (9 Monate à CHF 525.--) und die noch nicht fälligen Renten für die Zeit vom 1. Oktober 2009 bis 31. Dezember 2011 (27 Monate à CHF 525.--), mithin im Umfang von insgesamt CHF 18'900.-- (= 36 Monate à CHF 525.--) – hat die Beklagte die Gerichtskosten zu tragen (§ 38 Abs. 1 ZPO) und den Kläger für seine Kosten und Umtriebe angemessen zu entschädigen (§ 41 Abs. 3 ZPO). Dabei fällt auch in Betracht, dass die Beklagte während der ganzen Dauer des Prozesses die Abweisung der Klage beantragt hat. Damit hat sie das Verfahren – im Lichte des materiellen Rechts betrachtet – massgeblich veranlasst (zum Veranlassungsprinzip bei der Kostenverlegung vgl. auch BGE 113 II 323 E. 9, S. 341 ff.; ZR 101/2002 Nr. 94, S. 303 f.; GVP 1991/92, S. 210 f., je mit Hinweisen). Zudem ist anzunehmen, dass die Beklagte, sollte das vorliegende Urteil rechtskräftig werden, die künftigen Renten "freiwillig" bezahlen wird.

Der Kläger verlangt einerseits die Feststellung, dass der Lebensversicherungsvertrag der Parteien nach wie vor Gültigkeit hat und nicht rechtsgültig aufgelöst wurde. Unbestritten ist, dass die Versicherungssumme, zahlbar im Todes- bzw. Erlebensfall, CHF 112'810.-- beträgt (Beilage 1, S. 4). Andererseits verlangte der Kläger in der Klage Versicherungsleistungen

aus der Erwerbsunfähigkeitsversicherung in der Höhe von CHF 525.-- pro Monat seit 1. Januar 2003. Da die Versicherung eine Laufzeit bis zum 31. Dezember 2011 aufweist, lagen Erwerbsunfähigkeitsrenten im Umfang von CHF 56'700.-- (= 108 Monate à CHF 525.--) im Streit. Mithin ist vorliegend von einem Streitwert von insgesamt CHF 169'510.-- (= CHF 112'810.-- + CHF 56'700.--) auszugehen. Bei einem solchen Streitwert beträgt die gerichtliche Spruchgebühr rund CHF 5'000.-- (§ 10 Abs. 1 Kostenverordnung), welche aufgrund des Umfangs und der Schwierigkeit des vorliegenden Verfahrens auf CHF 10'000.-- zu verdoppeln ist (vgl. § 5 Kostenverordnung). Im Weiteren ist der Kläger anwaltlich vertreten, so dass die Entschädigung für die prozessualen Umtriebe nach der Verordnung des Obergerichts über den Anwaltstarif (AnwT) festzulegen ist. Bei einem Streitwert von CHF 169'510.-- beträgt das Grundhonorar der Rechtsanwälte und Rechtsanwältinnen CHF 12'085.-- (§ 3 Abs. 1 AnwT). Unter Berücksichtigung der möglichen Zuschläge gemäss § 3 Abs. 3 und § 5 AnwT und der vom klägerischen Rechtsvertreter geltend gemachten Auslagen und Friedensrichterkosten sowie in Anbetracht der Honorarnote des beklaglichen Rechtsvertreters über CHF 57'996.40 ist die Honorarforderung des klägerischen Rechtsvertreters angemessen.

### **Urteilsspruch**

1. Es wird festgestellt, dass der Lebensversicherungsvertrag der Parteien mit der Policen-Nr. 3'127'476 vom 3. Oktober 1989 nach wie vor Gültigkeit hat und nicht rechtsgültig aufgelöst wurde.
- 2.1 Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger den Betrag von CHF 37'800.-- (Erwerbsunfähigkeitsrenten für die Zeit vom 1. Oktober 2003 bis 30. September 2009) nebst Zins zu 5 % seit dem 1. Oktober 2006 zu bezahlen.
- 2.2 In Bezug auf die von der Beklagten für die Zeit ab 1. Oktober 2009 zu erbringenden Leistungen wird die Klage zur Zeit abgewiesen.

3. Die Kosten dieses Verfahrens betragen

CHF 10'000.-- Spruchgebühr  
CHF 16'484.30 Gutachterkosten  
CHF 110.-- Kanzleigeühren  
CHF 305.-- Auslagen  
CHF 26'899.30 Total

und werden der Beklagten auferlegt.

4. Die Beklagte hat den Kläger für die prozessualen Umtriebe mit CHF 24'039.15 (MwSt. und Friedensrichterkosten inbegriffen) zu entschädigen.
5. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach Erhalt mittels schriftlich begründeter Eingabe im Doppel an die Kanzlei des Obergerichts die Berufung gemäss § 201 ZPO an das Obergericht des Kantons Zug erklärt werden.
6. Gegen den Entscheid betreffend Kosten und Entschädigungen kann innert 10 Tagen schriftlich, begründet und im Doppel unter Beilage des angefochtenen Entscheides bei der Justizkommission des Obergerichts des Kantons Zug Beschwerde geführt werden, soweit der Entscheid nicht mit der Hauptsache mittels Berufung weitergezogen wird und die Kosten und Entschädigungen CHF 500.-- übersteigen.
7. Mitteilung an:
- Parteien
  - Bundesamt für Privatversicherungen BPV, Schwanengasse 2, 3003 Bern
  - Gerichtskasse (im Dispositiv)

Kantonsgericht des Kantons Zug

2. Abteilung



lic.iur. P. Huber

Kantonsrichter



lic.iur. P. Stüdli

Gerichtsschreiber

versandt am: 22. Dez. 2009  
spa

