

Abteilung 1 in Zivilsachen
Präsident Meier, Bezirksrichter Galli und Bezirksrichterin Meyer, Gerichtsschreiberin Hurni

Urteil vom 3. November 2011

■
vertreten durch Fürsprecher ■,

Kläger und Widerbeklagter

gegen

X. Versicherungen,
vertreten durch Rechtsanwalt ■,

Beklagte und Widerklägerin

betreffend Forderung (Versicherung)

Sachverhalt

1. Die Beklagte schloss mit dem Kläger per 1. April 1985 unter der Policen-Nr. ■ eine Todesfallversicherung ab. Diese sah für den Eintritt der Erwerbsunfähigkeit des Klägers eine jährliche Rente von Fr. 24'000.-- mit einer Befristung der Rente bis 1. April 2015 bei einem Eintritt der Erwerbsunfähigkeit vor diesem Datum sowie unter Berücksichtigung einer Wartezeit von 24 Monaten vor. Ebenfalls darin geregelt war die Prämienbefreiung bei Erwerbsunfähigkeit (kläg. Bel. 20). In der Zeit vom 14. März 2002 bis 31. März 2008 richtete die Beklagte dem Kläger Rentenzahlungen im Betrag von insgesamt Fr. 90'615.30 aus. Mit Schreiben vom 22. April 2008 teilte die Beklagte dem Kläger mit, die jährlichen Rentenzahlungen einzustellen und forderte vom Kläger unter Auflösung des Versicherungsvertrages ex tunc die Rückzahlung der bis dahin ausgerichteten Leistungen von Fr. 90'615.30 (bekl. Bel. 5). Der Kläger verlangt nun die weitere Ausrichtung der Rente durch die Beklagte.

2. Nach unvermittelt durchgeführtem Sühneversuch vor dem Friedensrichter in Hitzkirch reichte der Kläger am 10. August 2009 beim Amtsgericht Hochdorf Klage ein und stellte folgende Anträge:

1. Die Beklagte sei zu verurteilen, dem Kläger Fr. 36'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 1. Juni 2008 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

3. Mit Klageantwort vom 13. Oktober 2009 stellte die Beklagte folgende Anträge:

1. Die Klage sei, soweit darauf einzutreten ist, vollumfänglich abzuweisen.
2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten aus dem Vertragsrücktritt vom 22. April 2008 den Betrag von Fr. 90'615.30 nebst Zins zu 5 % seit mittlerem Verfall zu bezahlen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers.

4. Der Kläger reichte am 11. Januar 2010 beim Amtsgericht Hochdorf eine Replik und Widerklageantwort mit folgenden Anträgen ein:

1. Festhalten an den Klagebegehren.
2. Die Widerklage sei abzuweisen.
3. Der Detektivbericht und die Videoaufzeichnungen seien aus den Akten zu entfernen.
4. Eventualiter, falls die Videos nicht aus den Akten entfernt werden sollten: es seien die vollständigen und ungeschnittenen Videoaufzeichnungen zu edieren.
5. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten.

5. In der Duplik und Widerklagereplik vom 12. Februar 2010 hielt die Beklagte vollumfänglich an ihren Anträgen gemäss Klageantwort vom 13. Oktober 2009 fest.

6. Mit Beweisentscheid vom 2. März 2010 wurden die aufgelegten Urkunden (inkl. Ermittlungsbericht vom 30. Januar 2008) zu den Akten genommen, die SUVA- und IV-Akten bei den zuständigen Sozialversicherungsbehörden ediert und weitere Beweisabnahmen vorbehalten (amtl. Bel. 14).

7. In einem weiteren Beweisentscheid vom 18. März 2010 wurde die Einholung einer medizinischen Expertise in Aussicht gestellt und die Parteien erhielten Gelegenheit, innert Frist Gutachternvorschläge zu machen sowie Gutachterfragen zu stellen (amtl. Bel. 19).

8. Mit Eingabe vom 9. April 2010 schlug der Kläger drei Experten für ein polydisziplinäres Gutachten (unter Beizug insbesondere der Orthopädie, Rheumatologie und Psychiatrie) vor und legte einen Katalog mit Expertenfragen auf (amtl. Bel. 21). Mit Schreiben vom 12. April 2010 reichte die Beklagte fünf Expertenvorschläge für das medizinische Gutachten sowie diverse Gutachterfragen ein (amtl. Bel. 22).

9. Mit Beweisentscheid vom 15. April 2010 wurde Dr. med. A., Chefarzt MEDAS Zentralschweiz zusammen mit weiteren Fachexperten der MEDAS Zentralschweiz als Experte ernannt. Die Parteien wurden zur Bezahlung eines Expertenkostenvorschusses von je Fr. 5'000.-- aufgefordert. Zudem wurde beiden Parteien die Gelegenheit eingeräumt, schriftlich und begründet bis 26. April 2010 allfällige Einwendungen gegen die Wahl des Experten zu erheben (amtl. Bel. 23). Mit Eingabe vom 22. April 2010 erhob der Kläger Einwendungen gegen den ernannten Experten und verlangte die gerichtliche Ernennung von Dr. med. B. und Dr. med. C., Kantonsspital _____ oder die Suva, Rehaklinik Bellikon als Experten (amtl. Bel. 24).

10. Mit Entscheid vom 23. April 2010 wies der zuständige Instruktionsrichter den Antrag des Klägers ab und hielt an der Gutachterernennung vom 15. April 2010 fest (amtl. Bel. 25).

11. Am 6. Mai 2010 wurde Dr. med. A. mit der Erstellung des gerichtlichen Gutachtens beauftragt und mit einem Katalog an Expertenfragen bedient (amtl. Bel. 27 f.). Am 15. Dezember 2010 reichte Dr. med. A. das polydisziplinäre Gutachten ein (amtl. Bel. 34).

12. Mit Schreiben vom 21. Dezember 2010 wurden die Parteien aufgefordert, zu den medizinischen Gutachten vom 15. Dezember 2010 innert Frist Stellung zu nehmen (amtl. Bel. 35). Der Kläger und die Beklagte nahmen mit Eingaben vom 30. Dezember 2010 bzw.

17. Januar 2011 Stellung zum medizinischen Gutachten vom 15. Dezember 2010 (amtl. Bel. 37 und 38).

13. Anlässlich einer Referentenaudienz am 31. März 2011 führten die Parteien Vergleichsgespräche (Protokoll Referentenaudienz [RP]).

14. Mit Schreiben vom 28. April 2011 teilte der Kläger mit, dass die Vergleichsgespräche gescheitert seien, bezog Stellung zu den Ausführungen an der Referentenaudienz und legte weitere Urkunden zu den Akten (amtl. Bel. 43).

15. Mit Verfügung vom 29. Juli 2011 wurde das Beweisverfahren geschlossen und den Parteien Frist angesetzt, um eine Hauptverhandlung zu verlangen bzw. um eine Stellungnahme zum Beweisergebnis sowie eine detaillierte Kostennote einzureichen (amtl. Bel. 46).

16. Keine der Parteien hat innert Frist eine Hauptverhandlung verlangt. Mit Eingaben vom 29. August 2011 und 8. September 2011 nahmen die Parteien Stellung zum Beweisergebnis und verlangten die Festsetzung der Parteikosten nach gerichtlichem Ermessen (amtl. Bel. 47 f.).

E r w ä g u n g e n

I. Formelles

1. Anwendbares Recht

Am 1. Januar 2011 ist die schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gestützt auf Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für den vorliegenden Prozess bis zu dessen Abschluss vor Bezirksgericht das bisherige Verfahrensrecht, mithin die Zivilprozessordnung des Kantons Luzern (ZPO-LU). Für das zulässige Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren gilt jedoch das neue Recht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Zuständigkeit

Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten sehen in Ziff. 14 den Wohnsitz des Anspruchsberechtigten als Gerichtsstand für Streitigkeiten aus dem Versicherungsvertrag vor (kläg. Bel. 20), was den zwingenden gesetzlichen Vorschriften entspricht (Art. 2 i.V.m. Art. 22 GestG). Somit liegt eine rechtsgültige Gerichtsstandsvereinbarung vor (Art. 9

GestG) und das angerufene Gericht ist örtlich zuständig. Darüber hinaus ist das angerufene Bezirksgericht gemäss §§ 9 lit. a und 5 sowie 195 Abs. 2 ZPO-LU auch sachlich und funktionell zuständig, nachdem vorliegend der Streitwert gemäss §§ 18 ff. ZPO-LU mehr als Fr. 8'000.-- beträgt und am 16. Juni 2009 vor dem Friedensrichteramt Hitzkirch ergebnislos ein Sühneversuch durchgeführt worden ist (kläg. Bel. 2). Die Rechtsvertreter der Parteien sind gehörig bevollmächtigt (kläg. Bel. 1, bekl. Bel. 1).

II. Aktivlegitimation

3. Die Beklagte bestreitet die Aktivlegitimation des Klägers. Die Ansprüche aus der angerufenen Lebensversicherung des Jahres 1985 seien zugunsten des damaligen Bankinstituts (Bank D.) verpfändet worden (Klageantwort S. 3 ad Ziff. 3; bekl. Bel. 2 f.).

4. Der Kläger bringt vor, dass die Aktivlegitimation gegeben sei, da lediglich eine Verpfändung, nicht aber eine Zession vorliege, womit die Aktivlegitimation beim Verpfänder und Versicherungsnehmer verbleibe. Gemäss Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 64 II 418 und 128 III 366 erhalte der Pfandgläubiger lediglich ein Sicherungsrecht an der verpfändeten Forderung; ihr Inhaber bleibe der Verpfänder. Dieser könne die Forderung kraft seines Einziehungsrechts auf dem Klageweg geltend machen, ohne dass es hierfür der Zustimmung des Pfandgläubigers bedürfe. Im Übrigen habe die Pfandgläubigerin ausdrücklich das Einverständnis zum Prozess erklärt, wobei lediglich spätere Zahlungen auf das Konto des Klägers bei der Bank D. zu erfolgen hätten (Klageantwort S. 2 Ziff. 3; kläg. Bel. 8). Bei diesem Konto handle es sich um das Konto, auf das die Leistungen der Beklagten bisher schon immer erbracht worden seien (Klageantwort S. 2 Ziff. 3).

5. Bei der Verpfändung einer Forderung findet kein Wechsel in der Person des Gläubigers statt; vielmehr bleibt der Verpfänder Inhaber der Forderung und als solcher ist er weiterhin Träger aller Rechte und Befugnisse, die sie ihm verleiht. Umgekehrt erhält der Pfandgläubiger mit seinem Pfandrecht lediglich ein Sicherungsrecht am Pfandgegenstand. Dieses aktualisiert sich nur und erst, wenn der Verpfänder die gesicherte Forderung bei Fälligkeit nicht bezahlt. Art. 906 Abs. 1 ZGB regelt die Verwaltung der verpfändeten Forderung. Diese obliegt dem Verpfänder als Forderungsinhaber. Diesbezüglich steht ihm das Einziehungsrecht zur Verfügung, welches ihm namentlich erlaubt, seine Forderung ohne Zustimmung der Pfandgläubiger auf dem Klageweg geltend zu machen (BGE 128 III 366 E. 2b). Somit wäre der Kläger vorliegend berechtigt, seinen Anspruch gegenüber der Beklagten selbständig durchzusetzen. Indem er zusätzlich eine Zustimmung der Pfandgläubigerin auf-

legt, ist seine Aktivlegitimation ohne Weiteres zu bejahen (kläg. Bel. 8), was von der Beklagten denn auch nicht weiter bestritten wird (Duplik/Widerklagereplik S. 2 Ziff. ad 3).

III. Anspruch aus Lebensversicherung

6. Ausgangslage

6.1 Aufgrund diverser Unfälle des Klägers in der Zeit zwischen 1970 und 1983 verfügte die SUVA am 31. Oktober 2007 eine Rente bei einer Erwerbsunfähigkeit von 38 % bei einem versicherten Jahresverdienst von Fr. 72'967.-- sowie eine Integritätseinbusse von 24.7 %. Von der Invalidenversicherung erhält der Kläger seit 1. Mai 2003 gestützt auf einen Invaliditätsgrad von 82 % eine ganze Rente (amtl. Bel. 34, S. 22 f.; ed. Bel. 2).

6.2 Gestützt auf die Versicherungspolice vom 31. Mai 1985 bezahlte die Beklagte dem Kläger seit 14. März 2002 eine jährliche Rente von Fr. 24'000.-- wegen Erwerbsunfähigkeit infolge Unfalles (kläg. Bel. 20). Im Jahre 2007 beauftragte die Beklagte das Detektivbüro ■ mit der Videoüberwachung des Klägers im Zeitraum vom 3. Juli bis 28. November 2007 (bekl. Bel. 4). Gestützt auf die Observationsergebnisse teilte die Beklagte dem Kläger mit Schreiben vom 22. April 2008 mit, dass sie gestützt auf Art. 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) rückwirkend per Inkraftsetzung vom Vertrag zurücktrete und die Rückzahlung bereits erbrachter Leistungen vom 14. März 2002 bis 31. März 2008 von Fr. 90'615.30 verlange (bekl. Bel. 5). Der Kläger verlangt nun von der Beklagten die weitere Auszahlung der jährlichen Rente von Fr. 24'000.--.

7. Beweis

7.1 Videoüberwachung Privatdetektei

7.1.1 Die Beklagte verneint die Erwerbsunfähigkeit des Klägers und stützt sich hierbei auf die Ergebnisse einer Videoüberwachung des Klägers im Sommer und Herbst 2007 durch im Auftrag der Beklagten tätige Privatdetektive (bekl. Bel. 4).

7.1.2 Der Kläger bestreitet unter Hinweis auf das Persönlichkeitsrecht die Verwertbarkeit der Ergebnisse aus den Videoüberwachungen der ■ vom 3. Juli bis 28. November 2007 und beantragt deren Entfernung aus den Akten bzw. eventualiter den Beizug der ungeschnittenen Aufzeichnungen (Replik / Widerklageantwort, S. 3).

7.1.3 Gemäss § 143 ZPO-LU würdigt der Richter die Beweise nach freier Überzeugung. Er berücksichtigt dabei das Verhalten der Parteien im Verfahren, namentlich die Verweige-

rung der Mitwirkung bei der Beweiserhebung. Nach § 149 ZPO-LU stellen Urkunden Gegenstände dar, die eine Tatsache in Schrift, Bild, Plan oder in ähnlicher Weise kundtun. Unter den Urkundenbegriff fallen somit Schriftstücke, Pläne, Fotografien, Zeichnungen und andere Gegenstände, die dem Betrachter bestimmte Tatsachen unmittelbar, d.h. ohne Vermittlung durch Wiedergabegeräte kundtun. Andere Datenträger wie Filme und Disketten aller Art benötigen zur Kundgabe ein Wiedergabegerät, weshalb sie keine Urkunden, sondern Augenscheinsobjekte darstellen. Diese Unterscheidung ist prozessual jedoch ohne Belang, da Urkunden wie Augenscheinsobjekte als Beweismittel gleichermaßen tauglich sind (Studer/Ruegg/Eiholzer, Der Luzerner Zivilprozess, Kriens 1994, N 1 zu § 149 ZPO).

7.1.4 Der privatrechtliche Schutz der Persönlichkeit gegen Verletzungen ist in Art. 28 ZGB geregelt. Wer danach in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen (Abs. 1), und widerrechtlich ist eine Verletzung, wenn sie nicht durch Einwilligung des Verletzten, durch ein überwiegendes privates oder öffentliches Interesse oder durch Gesetz gerechtfertigt ist (Abs. 2). Eine Persönlichkeitsverletzung durch privatdetektivliche Observation der versicherten Person kann im überwiegenden privaten und öffentlichen Interesse liegen, d.h. dadurch gerechtfertigt sein, dass weder die Versicherung noch die dahinter stehende Versichertengemeinschaft zu Unrecht Leistungen erbringen müssen (Urteil 5C.187/1997 E. 2b; BGE 129 V 323 E. 3.3.3 S. 325). Dieses Interesse an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung und der Aufdeckung bzw. Verhinderung von Versicherungsbetrug (vgl. BGE 135 I 169 E. 5.5 S. 174) ist gegen das Interesse des von der Observation Betroffenen auf Unversehrtheit seiner Persönlichkeit abzuwägen (vgl. BGE 127 III 481 E. 3a/bb S. 493; 132 III 641 E. 5.2 S. 648). Die Interessenabwägung beruht auf gerichtlichem Ermessen (BGE 129 III 529 E. 3.1 S. 531). 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 (zit. Urteil 5C.187/1997 E. 2b; vgl. BGE 129 V 323 E. 3.3.3 S. 324 f.; 135 I 169 E. 5.1 S. 172). Die Zulässigkeit der Observation hängt weiter davon ab, wie schwer und in welche Persönlichkeitsrechte eingegriffen wird. Dafür entscheidend kann insbesondere sein, inwiefern die Observation durch die Art der Versicherungsleistungen gerechtfertigt ist (z.B. Höhe der Forderung, Pilot- oder Bagatellfall usw.), wo die Observation stattfindet (z.B. in der Öffentlichkeit), wie lange die Observation dauert (z.B. nur tagsüber, befristet auf eine Woche), welchen Inhalt die Observation hat (z.B. von jedermann wahrnehmbare Vorgänge)

und ob die zur Observation eingesetzten Mittel (z.B. Film usw.) zur Erreichung ihres Zwecks geeignet und notwendig sind (vgl. zit. Urteil 5C.187/1997 E. 2c sowie zu einzelnen Kriterien: BGE 129 V 323 E. 3.3.3 S. 324 f. und BGE 132 V 241 E. 2.5.1 S. 242 f.; 5A_57/2010, E. 2).

7.1.5 Die Videoüberwachungen des Klägers durch die ■ erfolgten lediglich in öffentlichen Bereichen sowie während zeitlich begrenzten Perioden. Die Forderungshöhe ist im konkreten Fall beträchtlich. Die Beklagte hatte somit ein wesentliches Interesse daran, abzuklären, ob die vom Kläger geltend gemachte Erwerbsunfähigkeit den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht. Eine weniger eingreifende Massnahme war für die Beklagte zu diesem Zeitpunkt gar nicht möglich. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die von der Beklagten ins Recht gelegten Videoüberwachungsakten (Bericht inkl. CD) im vorliegenden Zivilprozess zuzulassen sind, weshalb der Antrag des Klägers auf Entfernung der Videoüberwachungen abgewiesen wird. Ein Beizug der vollständigen ungeschnittenen Videoaufzeichnungen vermag am Beweisergebnis nichts zu ändern, weshalb dieser Antrag ebenfalls abzuweisen ist.

7.2 Polydisziplinäres Gutachten (Rheumatologie, Neurologie, Psychiatrie)

7.2.1 Im Auftrag des Amtsgerichts Hochdorf erstatteten die Ärzte der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) über die Frage der Arbeitsfähigkeit des Klägers am 15. Dezember 2010 ein polydisziplinäres Gutachten (amtl. Bel. 34), basierend auf den vorhandenen Akten und einer rheumatologischen, neurologischen und psychiatrischen Untersuchung.

7.2.2 Bestandteil des Gutachtens bildet zudem die Krankengeschichte des Klägers, welche bis ins Jahr 1970 zurückgreift und welche nachfolgend kurz skizziert werden soll. Im Jahre 1970 musste die linke Schulter des Klägers aufgrund einer traumatisch bedingten rezidivierenden Schulterluxation operativ versorgt werden. Im Februar 1983 erlitt der Kläger einen Sturz auf Glatteis, wobei es zu einer komplexen Kniebinnenläsion links mit Ruptur des vorderen Kreuzbandes, des medialen Seitenbandes und einer Läsion des inneren Meniskus kam. Darauf folgten zwei orthopädische Eingriffe im Jahre 1983. Im November 1996 erlitt der Kläger im Rahmen eines unfallartigen Ereignisses eine Exazerbation der Kniebeschwerden mit insgesamt drei weiteren chirurgischen Eingriffen bis 1998. Anfangs 2002 kam es zur psychischen Dekompensation als Reaktion auf die chronischen Schmerzen und weiteren Unfallfolgen. Gestützt auf eine stationäre schlafmedizinische Abklärung wurden beim Kläger im Mai 2002 eine Schlafstörung sowie ein leichtes restless-legs-Syndrom und ein höchstens leichtgradiges obstruktives Schlafapnoesyndrom diagnostiziert. Im Juni 2002 erfolgte die operative Sanierung eines symptomatischen Karpaltunnelsyndroms links. Im Dezember

2002 erlitt der Kläger einen zerebrovaskulären Insult aufgrund einer Emolisation durch ein offenes Foramen ovale hindurch. Seither persistierte eine leichte Störung der Feinmotorik und der Sensibilität der linken Hand. Anfangs 2003 kamen Schmerzen in der linken Schulter – wo sich in der Zwischenzeit eine Omarthrose entwickelt hatte – wie auch Schmerzen an der rechten Schulter, am rechten Knie, an beiden Ellbogen, den Handgelenken und im Bereich der unteren Lendenwirbelsäule dazu. Die Rheumatologen des Kantonspitals Luzern gingen ab Herbst 2003 von einer Polyarthrose mit lumbal deutlichen degenerativen Veränderungen aus. Zudem zeigte sich eine entzündlich aktivierte Polyarthrose. Im Jahre 2004 folgte im Sinne einer Arthroskopie der zweite Eingriff an der linken Schulter, welcher in Ergänzung zum Computertomogramm eine fortgeschrittene Omarthrose bestätigte. Anfangs 2007 manifestierte sich ein relevantes, intermittierendes, tachykardes Vorhofflimmern. Im Oktober 2007 erlitt der Kläger zudem eine beidseitige Bronchopneumonie. Im Jahre 2008 erfolgten zahlreiche kardiologische und radiologische Abklärungen des Bewegungsapparates sowie die Einnahme von Oxycontin (Morphinpräparat) vom August bis November 2008. Das Jahr 2009 war von rheumatologischen, orthopädischen, neurologischen und kardiologischen Abklärungen geprägt. Im Januar 2010 wurde dem Kläger an der linken Schulter eine Teilprothese eingesetzt (amtl. Bel. 34, S. 37 f.).

7.2.3 Im Rahmen des gerichtlichen Gutachterauftrages diagnostizierte der rheumatologische Experte am 13. Oktober 2010 unter anderem eine schwerste, dekompensierte Varus-Pangonarthrose links bei Status nach Unfall 1983 und Re-Trauma im November 1996, eine aktivierte, posttraumatische Gonarthrose, eine aktivierte, fortgeschrittene Varusgonarthrose rechts, einen schmerzhaften Residualzustand der Schulter links mit erheblicher Bewegungseinschränkung nach diversen operativen Eingriffen, eine schwere Omarthrose rechts, ein chronisches lumbo-vertebragenes und lumbo-spondylogenes Syndrom sowie eine Coxarthrose beidseits rechts betont (rheumatologisches Konsilium vom 16. November 2010 [Anhang des amtl. Bel. 34]).

Die psychiatrische Abklärung des Klägers ergab eine rezidivierende depressive Störung (gegenwärtig leichte depressive Episode ohne somatisches Syndrom) sowie psychologische Faktoren oder Verhaltensfaktoren bei andernorts klassifizierten Erkrankungen, wobei keine Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit des Klägers diagnostiziert wurden (psychologisches Konsilium vom 18. Oktober 2010 [Anhang des amtl. Bel. 34]).

Das neurologische Konsilium vom 14. Oktober 2010 kam zum Schluss, dass beim Kläger Gefühlsminderungen bei den Schwurfingern an der rechten Hand sowie im Bereich des Klein- und Ringfingers an der linken Hand sowie Sensibilitätsstörungen am rechten Arm late-

ralseits bestehen (Neurologisches Konsilium vom 16. November 2010 [Anhang des amtl. Bel. 34]).

7.2.4 Der Kläger erachtet das polydisziplinäre Gutachten der MEDAS vom 15. Dezember 2010 grundsätzlich als richtig, bringt jedoch vor, dass er zwar noch eine geringe Restarbeitsfähigkeit in zeitlich beschränktem Umfang und unter bestimmten Einschränkungen (wie häufigen Pausen) aufweise, diese jedoch auf dem freien Arbeitsmarkt faktisch nicht verwertbar sei und ihm allenfalls ermögliche, ein Einkommen von höchstens Fr. 4'000.-- bis Fr. 5'000.-- pro Jahr zu generieren (amtl. Bel. 37).

7.2.5 Die Beklagte führt in ihrer Stellungnahme zum polydisziplinären Gutachten aus, dass es teilweise Ausführungen enthalte, welche aufgrund fehlender Objektivität und Relevanz nicht in ein medizinisches Gutachten gehören würden. Das Gutachten sei in auffälliger Weise patientenfreundlich abgefasst, dessen Schlüssigkeit werde vorsorglich bestritten (amtl. Bel. 38). Die Parteistellung der Gutachter (für den Kläger und gegen den Versicherer) sei ganz offensichtlich. Es werde eine Verschlechterung des Gesundheitszustandes des Klägers ab 1. Januar 2008 begutachtet, was jedoch nicht relevant sei, da die Beklagte gestützt auf die bereits im Jahre 2007 erfolgten Observationen in begründeter Weise vom Versicherungsvertrag zurückgetreten sei (amtl. Bel. 48).

7.2.6 Hinsichtlich des Beweiswertes eines ärztlichen Berichtes ist entscheidend, ob der Bericht für die streitigen Belange umfassend ist, auf allseitigen Untersuchungen beruht, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigt, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden ist, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtet und ob die Schlussfolgerungen in der Expertise begründet sind (BGE 125 V 352, E. 3a, 122 V 160, E. 1c). Diese vom Bundesgericht für das Sozialversicherungsverfahren aufgestellten Anforderungen gelten grundsätzlich auch in privatrechtlichen Verfahren (Massimo Pergolis, Medizinische Privat- und Gerichtsgutachten, in: Der Haftpflichtprozess, Beiträge zur Tagung vom 19. Mai 2006, S. 130). Das Gutachten der MEDAS genügt diesen praxisgemässen Anforderungen an einen Arztbericht. Das Gutachten ist für die streitigen Belange – insbesondere die Arbeitsfähigkeit des Klägers – umfassend, beruht auf allseitigen Untersuchungen, wurde in Kenntnis der Vorakten abgegeben, ist in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchtend und hinsichtlich der Schlussfolgerungen begründet. Die Gutachter kamen zum Schluss, dass der Kläger ab März 2004 bis zur Erstellung des Gutachtens im

Dezember 2010 in seiner angestammten Tätigkeit als Automechaniker im Bereich von Oldtimern überhaupt nicht mehr und in einer behinderungsangepassten Tätigkeit zu 50 % arbeitsfähig ist (amtl. Bel. 34). Auch hat keine der Parteien den Beizug eines neuen Sachverständigen im Sinne von § 183 Abs. 3 lit. b ZPO-LU beantragt. Es sind denn auch keine wichtigen Gründe ersichtlich, weshalb das Gericht vorliegend von der Einschätzung der medizinischen Experten abweichen sollte. Insbesondere vermögen die von der Beklagten gegen das Gutachten vorgebrachten Einwände nicht zu überzeugen. Insgesamt kann somit auf das polydisziplinäre Gutachten vom 15. Dezember 2010 abgestellt werden.

8. Erwerbsunfähigkeit

8.1 Der Kläger macht geltend, invalid zu sein und Anspruch auf Rentenleistungen seitens der Beklagten zu haben (Klage S. 3; Replik/Widerklageantwort S. 5 und 14). Die Aussage der Beklagten, dass der Kläger von Privatdetektiven dabei beobachtet worden sei, wie er stundenlang gearbeitet habe, sei objektiv falsch. Der Kläger habe während der ganzen Beobachtungszeit effektiv nicht gearbeitet. Vielmehr habe er in der Zeit der Videoüberwachungen sein Geschäft aufgrund der gesundheitlichen Beschwerden aufgeben müssen und sei im Spital gewesen. Er führt weiter aus, dass die Beobachtungsvideos keine Basis für ein Urteil bilden könnten, da der Kläger nicht lückenlos, sondern nur sporadisch und zeitlich beschränkt beobachtet worden sei. Aus dieser zeitlich beschränkten Observation könne nicht auf eine Leistungsfähigkeit während des ganzen Tages geschlossen werden. Der Observationsbericht sei unvollständig und falsch und bestenfalls ein Gefälligkeitsbericht ohne jeden Beweiswert (Klage S. 4 ff.; Replik und Widerklageantwort S. 3 ff. und 8 f.) Der Kläger macht zudem geltend, dass er aufgrund seiner Krankheit für die anstrengenden Arbeiten immer mehr auf Hilfe von Bekannten und Verwandten angewiesen gewesen sei. Auch die Umsätze seien während den Jahren immer kleiner geworden. Er habe seine Kunden an andere Garagen verweisen müssen. Dies hätte er sicherlich nicht getan, wenn er arbeitsfähig gewesen wäre und seine Garage hätte weiter betreiben wollen. Selber habe er nur noch Kunden beraten und Ratschläge erteilt. Er habe keine Reparaturen an Fahrzeugen mehr vorgenommen. So sei er von den Privatdetektiven auch nie mit Werkzeug oder bei körperlich anstrengenden Arbeiten gefilmt worden. In ungünstigen Stellen sei er nur einige wenige Male gefilmt worden. Daraus könne nicht geschlossen werden, dass er regelmässig solche Stellungen einnehmen könne. Der Kläger macht weiter geltend, dass er aufgrund seiner Leiden nicht als Angestellter ein Erwerbseinkommen erzielen könne. Er müsse täglich starke Medikamente nehmen, deren Wirkung nach einiger Zeit wieder nachlasse. Er könne somit nur einige wenige Stunden vormittags arbeiten. Alles in allem sei er objektiv und erwiesenermassen nicht in

der Lage, eine Erwerbstätigkeit von mehr als einigen wenigen Prozenten auszuüben, was auch von den Sozialversicherungen akzeptiert worden sei (Replik/Widerklageantwort S. 4 und 10 ff.).

8.2 Die Beklagte führt aus, dass der Kläger noch in der Lage sei, einen Garagenbetrieb zu führen oder als angestellter Geschäftsführer eines Garagenbetriebes tätig zu sein. Vorliegend relevant sei die Erwerbsfähigkeit und nicht etwa die Arbeitsfähigkeit. Die medizinischen Berichte der Invaliden- und Unfallversicherung seien irrelevant, weil nicht medizinische Annahmen, sondern die effektiven Auswirkungen eines Leidens auf die bisherige berufliche Tätigkeit oder eine andere zumutbare Tätigkeit massgebend seien (Klageantwort/Duplik S. 3 f.). Der Kläger habe stets erklärt, dass es ihm sehr schlecht ginge. Auf der anderen Seite habe er jedoch die Telefonanrufe mit „Garage ■■■“ entgegengenommen. Gestützt auf dieses Verdachtsmoment habe die Beklagte eine Überwachung durch Privatdetektive in Auftrag gegeben. Der Kläger habe sodann unter Beweis gestellt, dass er jegliche Tätigkeiten eines Mechanikers weiterhin ausführen könne und auch ausführe; und zwar auch jene Tätigkeiten, die er zuvor als nicht mehr ausführbar bezeichnet habe. In den Tagen, in denen der Kläger beobachtet worden sei, habe er immer seine Werkstätte aufgesucht und während zwei bis sieben Stunden darin gearbeitet. Er habe nicht nur Kunden bedient, sondern auch Arbeiten an Fahrzeugen ausgeführt, welche namhafte körperliche Anstrengungen erfordert hätten (Klageantwort/Widerklage S. 5 f.). Gestützt auf die Videoüberwachungen habe die Beklagte dem Kläger am 22. April 2008 mitgeteilt, dass dieser einer namhaften selbständigen Erwerbstätigkeit nachgehe, weshalb sie sich gezwungen sehe, vom Versicherungsvertrag zurückzutreten und bisher erbrachte Leistungen von Fr. 90'615.30 zurückzufordern (Klageantwort/Widerklage S. 7; Duplik/Widerklagereplik S. 10). Der Kläger verkenne im Übrigen die Rechtsprechung, wenn er geltend mache, ein Detektivbericht sei kein aussagekräftiges Beweismittel. Die nicht lückenlose Observation sei darauf zurückzuführen, dass einzig die Frage massgebend gewesen sei, ob der Kläger seiner angestammten Tätigkeit noch nachgehe, was durch die Observation nun bestätigt worden sei (Duplik/Widerklagereplik S. 3 und 8). Die vom Kläger geltend gemachten Umsatzeinbussen seien auf andere Gründe (z.B. wirtschaftliche) zurückzuführen (Duplik/Widerklagereplik S. 5). Betreffend die vom Kläger aufgelegten Arztzeugnisse sei darauf hingewiesen, dass die Angaben des Klägers gegenüber den Ärzten nicht mit den effektiven Beeinträchtigungen und Beschränkungen in der Arbeitsfähigkeit übereinstimmen würden (Duplik/Widerklagereplik S. 6). Der Kläger sei von den Privatdetektiven liegend, kniend, stehend, gehend sowie in komplett gebückter Stellung, somit in allen nur erdenklichen Körperhaltungen und Verrenkungen beobachtet worden. All diese Kör-

perhaltungen seien nicht mit einem schweren, die Arbeitsfähigkeit massiv einschränkenden Rückenleiden in Einklang zu bringen. Wenn der Kläger tatsächlich unter den von ihm geltend gemachten Beschwerden leiden würde, dann könne er gar nicht mehr in solchen Körperpositionen gefilmt werden. Tatsache sei, dass der Kläger bis zur Klageeinreichung problemlos seine Tätigkeit als selbständiger Garagist hätte weiterführen können, weshalb er keinen Anspruch gegenüber der Beklagten auf Versicherungsleistungen habe (Duplik/Widerklagereplik S. 9 ff.).

8.3 Zwischen den Parteien streitig ist vorliegend die Frage, ob der Kläger im eingeklagten Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis Juni 2009 gegenüber der Beklagten Anspruch auf Rentenleistungen hatte bzw. er eine Erwerbsunfähigkeit von mindestens 25 % aufwies (kläg. Bel. 20, ZAB Nr. 4004 Ziff. 2.2). Der zwischen den Parteien vereinbarte Versicherungsvertrag Nr. ■ vom 31. Mai 1985 sieht bei Erwerbsunfähigkeit des Klägers eine jährliche Rente von Fr. 24'000.-- bei einer Wartezeit von 24 Monaten vor (kläg. Bel. 20). Gemäss Versicherungspolice sind die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (1.85.253/Ausgabe 6.1983 [Rev. 6.1984]) sowie die Zusatzbedingungen Nr. 4004, 4005 und 4006 – alle Ausgabe 6.1983 – anwendbar (kläg. Bel. 20). Darüber hinaus gelangt die Schweizerische Gesetzgebung, insbesondere das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) zur Anwendung. Der Anhang ZAB Nr. 4004 zu den Allgemeinen Versicherungsbedingungen umschreibt in Ziff. 1.1 den Begriff der Erwerbsunfähigkeit. Danach liegt eine Erwerbsunfähigkeit vor, wenn der Versicherte infolge medizinisch objektiv feststellbarer Krankheit oder eines Unfalls ausserstande ist, seinen Beruf oder eine andere ihm aufgrund seiner Lebensstellung, seinen Kenntnissen und Fähigkeiten angemessene Tätigkeit auszuüben und er dadurch gleichzeitig einen Erwerbsausfall oder einen diesem entsprechenden finanziellen Nachteil erleidet.

8.4 Nicht identisch ist der Begriff der Arbeits- mit derjenigen der Erwerbsunfähigkeit. Die Erwerbsunfähigkeit bezieht sich auf ökonomisch messbare Beeinträchtigungen der Wertschöpfungsfähigkeit des Versicherten. Wird der Versicherte durch einen Unfall beeinträchtigt, spricht man von Arbeitsunfähigkeit, soweit die Folgen vorübergehend sind, und von Invalidität, wenn der Gesundheitsschaden voraussichtlich als bleibend angesehen werden muss. Die Arbeitsunfähigkeit bezieht sich als terminus technicus auf die vorübergehende Beeinträchtigung der Wertschöpfungstätigkeit, wobei diese Arbeitstätigkeit nicht unbedingt auf Erwerb ausgerichtet sein muss. Insofern ist nicht die medizinisch-theoretische Schätzung der Arbeitsfähigkeit durch den Arzt ausschlaggebend, sondern vielmehr die durch die gesundheitlichen Beschwerden bedingte Einschränkung der Erwerbsmöglichkeiten auf dem gesam-

ten für den Versicherten in Betracht fallenden ausgeglichenen Arbeitsmarkt (Atilay Ileri, Kommentar zum VVG, Basel/Zürich 2010, N 26 ff. und 54 ff. zu Art. 88 VVG; BGE 110 V 276 f.).

8.5 Die medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit stellt eine wichtige Grundlage für die Ermittlung des Erwerbsunfähigkeitsgrades dar. Kann der Versicherte durch einen Gesundheitsschaden seinen Beruf nicht mehr ausüben, ist aber anzunehmen, dass er einer anderen Erwerbstätigkeit nachgehen kann, dann muss zunächst abgeklärt werden, ob und welche anderen Erwerbsmöglichkeiten dem Versicherten offen stehen. Dabei müssen seine Kenntnisse, Fähigkeiten und Lebensstellung angemessen berücksichtigt werden und die Ausübung der konkret ins Auge gefassten Erwerbstätigkeit muss ihm zumutbar sein. Um anschliessend den Grad der Erwerbsunfähigkeit zu ermitteln, ist ein Vergleich des Einkommens vor dem Unfall (sog. Valideneinkommen) und demjenigen Einkommen in der neuen – zumutbaren – Erwerbstätigkeit (sog. Invalideneinkommen) anzustellen (Atilay Ileri, a.a.O., N 30 zu Art. 88 VVG). Da sich vorliegend die im Versicherungsvertrag vom 31. Mai 1985 enthaltene Definition der Erwerbsfähigkeit mit derjenigen im Sozialversicherungsrecht (Art. 7 ATSG) deckt, wird die Rente auch bei Lebensversicherungen auf der Grundlage des abstrakten Erwerbsunfähigkeitsgrades bestimmt, wobei die sozialversicherungsrechtliche Rechtsprechung dazu beigezogen werden kann (Atilay Ileri, a.a.O., N 57 zu Art. 88 VVG).

8.6 Die Ärzte der MEDAS kamen im Gutachten vom 15. Dezember 2010 zum Schluss, dass beim Kläger ab März 2004 eine Arbeitsunfähigkeit von 100 % in seiner angestammten und eine solche von 50 % in einer adaptierten Tätigkeit vorliegen (amtl. Bel. 34 S. 42). Wie bereits in Erwägung Ziff. 7.2.6 ausgeführt, erging das medizinische Gutachten in Kenntnis sämtlicher Vorakten, insbesondere in Kenntnis der medizinischen Berichte wie auch des Überwachungsberichtes (inkl. Überwachungsvideos) der ■■■ vom 30. Januar 2008 (amtl. Bel. 34). Unter Beachtung sämtlicher Aspekte stuften die Ärzte der MEDAS die Arbeitsfähigkeit des Klägers in einer adaptierten Tätigkeit bei 50 % ein. An dieser Tatsache vermögen auch der Videoüberwachungsbericht bzw. die Überwachungsvideos, in welchen der Kläger teilweise bei der Verrichtung von leichteren Arbeiten wie dem Reinigen eines Anhängers, dem Tragen unterschiedlicher Materialien, dem Probefahren von Fahrzeugen, der Betreuung von Kunden und dem Arbeiten im Motorraum zu sehen ist, nichts zu ändern (bekl. Bel. 4). Zum Einen erfolgten die Überwachungen zwar über eine längere Zeit, insbesondere vom 3. Juli bis 28. November 2007, jedoch nur sporadisch (8 Observationstage insgesamt) und zum Teil auch nur während kurzen Phasen (insbesondere am 13. Juli 2008; 23., 26. und 31. Ok-

tober 2007). Zum Anderen ist anhand der Überwachungsvideos deutlich erkennbar, dass der Kläger in seinen Bewegungsabläufen eingeschränkt ist. Insgesamt sind die Videoüberwachungsberichte (inkl. Videos) nicht geeignet, eine Arbeitsfähigkeit in einem grösseren Umfang zu beweisen. Da keine konkreten Anhaltspunkte bzw. triftigen Gründe vorliegen, welche ein Abweichen vom gerichtlich angeordneten polydisziplinären Gutachten rechtfertigen würden, ist in medizinischer Hinsicht von einer Arbeitsunfähigkeit von 50 % in einer adaptierten Tätigkeit seit März 2004 auszugehen (amtl. Bel. 34 S. 42). Entsprechend dem unter Erwägung Ziff. 8.7 Ausgeführten ist nachfolgend gestützt auf diesen medizinisch-theoretischen Arbeitsunfähigkeitsgrad der entsprechende Erwerbsunfähigkeitsgrad zu berechnen, was einen Vergleich des Validen- mit dem Invalideneinkommen notwendig macht.

8.7 Für die Ermittlung des **Valideneinkommens** stellt sich die Frage, was der Kläger aufgrund seiner beruflichen Fähigkeiten und persönlichen Umstände zu erwarten gehabt hätte, wenn er nicht invalid geworden wäre. Dabei entspricht es empirischer Erfahrung, dass die bisherige Tätigkeit im Gesundheitsfall weitergeführt worden wäre, weshalb Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Valideneinkommens häufig der zuletzt erzielte, der Teuerung sowie der realen Einkommensentwicklung angepasste Verdienst ist (Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 18. September 2007, UV.2006.00009; RKUV 1993 Nr. U 168, S. 100 f., Erw. 3b).

Das Bundesgericht ist in seinem Entscheid vom 30. Mai 2003 (BGE 129 V 408, E. 3.1.1; ed. Bel. 2) davon ausgegangen, dass das Valideneinkommen des Klägers Fr. 75'400.-- beträgt (Stand 1998). Auch die Invalidenversicherung ist bei der Rentenberechnung im Jahre 2004 von diesem Valideneinkommen des Klägers ausgegangen (kläg. Bel. 3, S. 4, Ziff. 8.1). Es rechtfertigt sich somit, vorliegend ebenfalls auf das vom Bundesgericht bestätigte Valideneinkommen von Fr. 75'400.-- abzustellen. Dieses Einkommen stützt sich auf bei sechs regionalen Garagenbetrieben eingeholte schriftliche Lohnauskünfte und werden auch vom Autogewerbe-Verband der Schweiz sowie der Schweizerischen Lohnstatistik geschützt (BGE 129 V 408, E. 3.1.1). Für die Anpassung des Valideneinkommens an die Lohnentwicklung ist auf den Nominallohnindex für Männerlöhne abzustellen, wobei es sich aufgrund der Arbeitstätigkeit des Klägers rechtfertigt, auf den Bereich Handel, Reparatur und Gastgewerbe abzustellen. In diesem Bereich betrug die Teuerung vom Jahre 1998 bis 2008 insgesamt rund 14 % (1993 = 100; Bundesamt für Statistik, Lohnentwicklung 2008, Tabelle T1.1.93, Handel/Reparatur/Gastgewerbe). Somit müsste unter Berücksichtigung der Teuerung sogar von einem Valideneinkommen von Fr. 85'956.-- ausgegangen werden (Fr. 75'400.-- x 1.14).

8.8 Für die Bestimmung des **Invalideneinkommens** ist primär von der beruflich-erwerblichen Situation auszugehen, in welcher die versicherte Person konkret steht. Ist kein solches tatsächlich erzieltetes Erwerbseinkommen gegeben, namentlich weil die versicherte Person nach Eintritt des Gesundheitsschadens keine oder jedenfalls keine ihr an sich zumutbare neue Erwerbstätigkeit aufgenommen hat, so können nach der Rechtsprechung Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturserhebungen (LSE) herangezogen werden (BGE 126 V 76 f., E. 3b/aa und bb; vgl. auch BGE 129 V 475, E. 4.2.1; Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 18. September 2007, UV.2006.00009).

Der Kläger ist auf die Reparatur von Oldtimerfahrzeugen, vorwiegend amerikanischer Herkunft (vgl. auch bekl. Bel. 4, S. 9 Ziff. 4), spezialisiert. Hierbei handelt es sich um eine Nischentätigkeit, für welche heute in der Schweiz nur noch ein kleines Bedürfnis besteht. Die Reparatur von Oldtimerfahrzeugen ist in keiner Weise vergleichbar mit der heutigen, stark von der modernen Technik geprägten Reparatur von gewöhnlichen Fahrzeugen. Da dem Kläger die Weiterbildung bzw. Weiterentwicklung im technischen Bereich, wie sie eine Anstellung in einem modernen Garagenbetrieb voraussetzt, wohl grösstenteils fehlen dürfte, kann vorliegend nicht einfach auf den Lohn eines Werkstattleiters als Invalideneinkommen abgestellt werden. Vielmehr ist gestützt auf die oben gemachten Ausführungen auf die Tabellenlöhne gemäss den vom Bundesamt für Statistik periodisch herausgegebenen Lohnstrukturserhebungen (LSE) abzustellen. Angesichts der ärztlich begutachteten Zumutbarkeit einer behinderungsangepassten Arbeitsfähigkeit von 50 % steht dem Kläger eine breite Palette von Tätigkeiten offen. Es rechtfertigt sich daher, für die Bemessung des Invalideneinkommens auf den standardisierten Durchschnittslohn für einfache und repetitive Tätigkeiten in sämtlichen Wirtschaftszweigen des privaten Sektors abzustellen (LSE 2008 S. 11, Tabellenengruppe A, Niveau 4). Das im Jahr 2008 von Männern im Durchschnitt aller einfachen und repetitiven Tätigkeiten erzielte Einkommen betrug Fr. 4'806.-- pro Monat, mithin Fr. 57'672.-- pro Jahr. Der durchschnittlichen wöchentlichen Arbeitszeit von 42 Stunden angepasst, ergibt dies einen Betrag von Fr. 60'555.60 (Fr. 57'672.00 : 40 x 42). Bei einer Arbeitsfähigkeit von 50 % resultiert somit ein Invalideneinkommen von Fr. 30'277.80 (Fr. 60'555.60 x 0.5). Gemäss den Berechnungen des Bundesamtes für Statistik (BFS) stieg der Nominallohnindex der Schweiz im Jahr 2009 gegenüber dem Vorjahr durchschnittlich um 2.1 Prozent. Dies führt zu einer Erhöhung des Invalideneinkommens für das Jahr 2009 auf Fr. 30'913.65 (Fr. 30'277.80 x 1.021).

8.9 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist beim Einkommensvergleich unter Verwendung statistischer Tabellenlöhne zu berücksichtigen, dass gesundheitlich beeinträchtigte Personen, die selbst bei leichten Hilfsarbeitertätigkeiten behindert sind, im Vergleich zu voll leistungsfähigen und entsprechend einsetzbaren Arbeitnehmern und Arbeitnehmerinnen lohnmässig benachteiligt sind und deshalb in der Regel mit unterdurchschnittlichen Lohnansätzen rechnen müssen. Sodann ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass weitere persönliche und berufliche Merkmale einer versicherten Person, wie Alter, Dauer der Betriebszugehörigkeit, Nationalität oder Aufenthaltskategorie sowie Beschäftigungsgrad Auswirkungen auf die Lohnhöhe haben können. In BGE 126 V 75 ff. hat das Eidgenössische Versicherungsgericht die bisherige Praxis dahin gehend präzisiert, dass die Frage, ob und in welchem Ausmass Tabellenlöhne herabzusetzen sind, von sämtlichen persönlichen und beruflichen Umständen des konkreten Einzelfalls (leidensbedingte Einschränkung, Alter, Dienstjahre, Nationalität/Aufenthaltskategorie und Beschäftigungsgrad) abhängig ist. Der Einfluss sämtlicher Merkmale auf das Invalideneinkommen ist nach pflichtgemäßem Ermessen gesamthaft zu schätzen, wobei der Abzug auf höchstens 25% zu begrenzen ist (BGE 129 V 481 Erw. 4.2.3 mit Hinweisen; Urteil des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 18. September 2007, UV.2006.00009).

8.10 Die Ärzte der Medizinischen Abklärungsstelle (MEDAS) kamen in ihrem polydisziplinären Gutachten vom 15. Dezember 2010 überein, dass der Kläger körperlich wenig anstrengende, wechselbelastende Tätigkeiten ausführen sollte (amtl. Bel. 34). Aus diesem Grund gilt er im Vergleich nicht als voll einsetzbar. Andererseits wirkt sich die Teilzeitarbeit bei Männern erfahrungsgemäss lohnverringern aus (vgl. LSE 2004, S. 29). Zudem sind das Alter des Klägers sowie seine spezifische Berufstätigkeit mit Spezialisierung auf Oldtimer zu berücksichtigen. Eine Verbesserung des Gesundheitszustandes ist nach den Ausführungen der Fachärzte nicht zu erwarten (amtl. Bel. 34). Es ist somit gerechtfertigt, dem Kläger auf dem Tabellenlohn einen leidensbedingten Abzug von 25 % zu gewähren. Damit resultiert für das Jahr 2008 ein hypothetisches Invalideneinkommen von Fr. 22'708.35 (Fr. 30'277.80 x 0.75); für das Jahr 2009 ein solches von Fr. 23'185.25 (Fr. 30'913.65 x 0.75).

8.11 Der Vergleich des hypothetischen Valideneinkommens von Fr. 75'400.-- mit dem hypothetischen Invalideneinkommen von Fr. 22'708.35 ergibt im Jahre 2008 einen Erwerbsunfähigkeitsgrad von 69.9 % bzw. gerundet 70 % (BGE 130 V 121). Unter Berücksichtigung der vom Jahre 1998 bis 2008 eingetretenen Einkommensteuerung und dem daraus resultierenden teuerungsangepassten Valideneinkommen von Fr. 85'956.-- ergibt dies sogar einen

Erwerbsunfähigkeitsgrad von 73.6 % bzw. gerundet 74 %. Im Jahre 2009 betrug der Erwerbsunfähigkeitsgrad des Klägers 69.3 % bzw. gerundet 70 %; bei einem der Teuerung angepassten Valideneinkommen sogar 73 %. Die Versicherungspolice vom 31. Mai 1985 sieht bei einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von $66 \frac{2}{3}$ % einen Anspruch auf die volle Jahresrente von Fr. 24'000.-- vor (kläg. Bel. 20). Damit hat der Kläger Anspruch auf eine volle Rente basierend auf einem Erwerbsunfähigkeitsgrad von mindestens 70 %.

Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass selbst bei der Annahme eines leidensbedingten Abzuges von lediglich 19 % ein Erwerbsunfähigkeitsgrad von 67.5 % für das Jahr 2008 (Fr. 30'277.80 x 0.81 = Fr. 24'525.02 / Fr. 75'400.--) bzw. ein solcher von 66.8 % für das Jahr 2009 (Fr. 30'913.65 x 0.81 = Fr. 25'040.06 / Fr. 75'400.--) und somit ein Anspruch auf eine ganze Rente resultiert. Dies gilt umso mehr, wenn bei der Berechnung das teuerungsangepasste Valideneinkommen von Fr. 85'956.-- berücksichtigt wird.

9. Höhe des Anspruches

9.1 Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte ihre Zahlungen per Ende Dezember 2007 eingestellt habe und verlangt für die Zeitspanne vom 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 Rentenleistungen im Umfang von Fr. 36'000.-- (Klageschrift S. 5 Ziff. 6). Die Beklagte bestreitet diese Ausführungen in allgemeiner Weise (Klageantwort S. 9 ad Ziff. 6). Im Rahmen der Widerklage macht sie zudem geltend, vom 14. März 2002 bis 31. März 2008 insgesamt Fr. 90'615.30 an den Kläger geleistet zu haben (Duplik/Widerklagerепlik S. 15 Ziff. ad 8).

9.2 Es stellt sich somit die Frage, ob die Beklagte ihre Leistungspflicht tatsächlich erst – wie geltend gemacht – per Ende März 2008 eingestellt hat, was eine Reduktion des klägerischen Anspruches um Fr. 6'000.-- zur Folge hätte. Die jährliche Rente beträgt Fr. 24'000.--, was eine monatliche Rente von Fr. 2'000.-- ergibt. Unter Berücksichtigung der in der Versicherungspolice geregelten Wartefrist von 24 Monaten (vgl. kläg. Bel. 20) ergibt dies vom 14. März 2002 bis 31. März 2008 insgesamt 48.5 Monate, während der gemäss den Ausführungen der Beklagten die Rentenleistungen an den Kläger erfolgt sein sollen. Während diesen 48.5 Monaten hätte jedoch ein Betrag von rund Fr. 97'000.-- ausbezahlt werden sollen (48.5 Mte. x Fr. 2'000.--). Insofern ist vorliegend davon auszugehen, dass die Beklagte ihre Leistungen bereits drei Monate früher – nämlich per Ende Dezember 2007 – eingestellt hat, was sich mit den Ausführungen des Klägers wie auch mit dem von der Beklagten widerklageweise geltend gemachten Betrag von Fr. 90'615.30 deckt (45.5 x Fr. 2'000.--).

9.3 Gestützt auf die vorangehenden Erwägungen hat der Kläger vom 1. Januar 2008 bis 30. Juni 2009 einen Anspruch auf eine volle Rente von insgesamt Fr. 36'000.--.

9.4 Der Kläger verlangt weiter Verzugszins von 5 % seit 1. Juni 2008 (mittlerer Verfall) auf Fr. 36'000.--. (Klageschrift S. 5 Ziff. 6). Die Beklagte bestreitet dies (Klageantwort S. 9 ad Ziff. 6). Gemäss Versicherungspolice werden die Renten vierteljährlich nachschüssig ausbezahlt (kläg. Bel. 20). Entsprechend den vorstehenden Erwägungen erfolgten Rentenzahlungen seitens der Beklagten bis Ende Dezember 2007. Die vom Kläger geltend gemachte Rente für die Monate Januar bis März 2008 wurde somit per 1. April 2008 und die letzte den eingeklagten Zeitraum betreffend Rente (April bis Juni 2009) per 1. Juli 2009 fällig. Die Beklagte schuldet dem Kläger somit Verzugszins von 5 % seit 15. November 2008 (mittlerer Verfall) auf Fr. 36'000.--.

9.5 Nach dem Gesagten ist die Klage im Umfang von Fr. 36'000.-- zuzüglich Zins von 5 % seit 15. November 2008 (mittlerer Verfall) gutzuheissen. Das weitergehende Zinsbegehren wird abgewiesen.

VI. Widerklage / Widerruf Lebensversicherung

10. Die Widerklägerin führt aus, dass sie dem Widerbeklagten mit Schreiben vom 22. April 2008 bereits mitgeteilt habe, dass sie in Anwendung von Art. 40 VVG vom Versicherungsvertrag zurücktrete und Leistungen in der Höhe von Fr. 90'615.30 zurückfordere, welche sie vom 14. März 2002 bis 31. März 2008 ausgerichtet habe. Die Vermutung habe sich anhand von Observationen im Zeitraum vom 14. August bis 28. November 2007 erhärtet, dass der Widerbeklagte trotz einer 82 %-igen Invalidität einer weit grösseren selbständigen Erwerbstätigkeit nahegehe (Klageantwort S. 9 f.). Wenn der Kläger zwischen zwei bis sieben Stunden pro Tag im Werkstattbetrieb arbeitend gesehen worden sei, so sei der Nachweis dafür erbracht, dass der Kläger nicht bloss für ein paar Minuten, sondern effektiv ganztags seiner beruflichen Tätigkeit als Werkstattleiter habe nachgehen können. Als Werkstattleiter müsse er nicht primär als Mechaniker tätig sein, sondern die Fahrzeuge von den Kunden entgegennehmen, Ursachen von geltend gemachten Fahrzeugmängeln rasch überprüfen, Kundengespräche führen, Fahrzeuge verschieben usw. Genau bei diesen Tätigkeiten sei er mit absolut keinen nennenswerten Einschränkungen beobachtet worden. Es könne auch nicht von grossen zeitlichen Sprüngen im Film gesprochen werden. Die Observationen seien vor der gemäss MEDAS-Gutachten eingetretenen Verschlechterung ab 1. Januar 2008 gemacht worden und der Vertragsrücktritt sei somit zu jenem Zeitpunkt absolut berechtigt

ausgesprochen worden. Es könne nicht angehen, dass ein solches Verhalten einer versicherten Person gegenüber der grossen Allgemeinheit, d.h. den unzähligen ehrlichen Prämienzahlern geschützt werde. Der Kläger hätte sich als noch zu 50- oder 70 %-Berufstätiger bezeichnen müssen, während seine Geltendmachung, zu 100 % arbeits- und erwerbsunfähig zu sein, eine krasse unrichtige Behauptung gewesen sei und zwar milde ausgedrückt (amtl. Bel. 48).

11. Der Widerbeklagte führt aus, dass er mehr als nur zu 75 % erwerbsunfähig sei und er die Widerklägerin nie getäuscht oder zu täuschen versucht habe. Die Widerklage sei abzuweisen. Die Rückerstattungsforderung beruhe auf falschen Annahmen und Behauptungen und sei unbegründet.

12. Die Ärzte der MEDAS kommen in ihrem Gutachten zum Schluss, dass der Kläger bzw. Widerbeklagte ab März 2004 bis zur Erstellung des Gutachtens (15. Dezember 2010) in seiner angestammten Tätigkeit zu 100 % und in einer adaptierten Tätigkeit zu 50 % arbeitsunfähig ist (amtl. Bel. 34, S. 42). Gestützt auf die von den Ärzten der MEDAS begutachtete Arbeitsfähigkeit von 50 % seit März 2004 erfolgte die Berechnung des Erwerbsunfähigkeitsgrades (vgl. Erwägung unter Ziff. 8.13), welche einen solchen von mindestens 70 % ergeben hat. Im Übrigen sei nochmals darauf hinzuweisen, dass die Arbeitsfähigkeit nicht mit der Erwerbsfähigkeit übereinstimmt. Auch wenn der Kläger im Jahre 2007 bei gewissen Tätigkeiten in seinem Garagenbetrieb observiert werden konnte, so ist der Observationsbericht nicht geeignet, ein Arbeitspensum von mehr als 50 % zu beweisen (bekl. Bel. 4). Der Anspruch des Klägers bzw. Widerbeklagten auf eine volle Rente bestand somit zu Recht, weshalb die Widerklage abzuweisen ist.

V. Kosten

13. Entsprechend dem Ausgang des Verfahrens – der Kläger konnte gemäss § 119 ZPO-LU mit seinen Anträgen grossmehrheitlich durchdringen, während die Widerklage der Beklagten vollumfänglich abzuweisen ist – wird die unterliegende Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig. Gemäss § 39 Abs. 2 KoV (SRL 265) gelangt bezüglich der Kosten die alte Kostenverordnung (aKoV) zur Anwendung.

14. Gemäss § 2 Abs. 2 aKoV beträgt der Streitwert vorliegend Fr. 126'615.30 (Klage: Fr. 36'000.--; Widerklage: Fr. 90'615.30. Unter Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zu § 3 aKoV ist vorliegend nicht auf einen allfälligen Interessenswert von Fr. 162'450.-- abzustellen (Bundesgerichtsentscheid 4A_43/2008 E. 3 vom 4. März 2008). Die Gerichtgebühr vor Bezirksgericht beträgt bei diesem Streitwert zwischen Fr. 2'532.-- bis Fr. 5'065.-- (§ 7 lit. a aKoV). Massgebend für die Bemessung der Gebühr innerhalb der geltenden Mindest- und Höchstansätze sind neben dem Streitwert die Anzahl und der Umfang der Rechtsschriften, die Anzahl der Verhandlungen, der Umfang der Beweisvorkehren sowie die Schwierigkeit der zu beurteilenden Rechtsfragen (§ 15 aKoV). Im vorliegenden Klage- und Widerklageverfahren gab es einen doppelten Rechtsschriftenwechsel sowie eine Referentenaudienz. Zudem haben die Parteien verschiedene Eingaben eingereicht. Die Rechtsfragen selbst erwiesen sich als komplex. Dementsprechend wird die Gerichtsgebühr auf Fr. 3'500.-- festgesetzt. Hinzu kommen die Gutachterkosten von Fr. 15'927.90. Insgesamt betragen die Gerichtskosten somit Fr. 19'427.90.

15. Dieser Betrag wird dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss von Fr. 3'300.-- sowie dem von der Beklagten geleisteten Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'800.-- entnommen. Weiter haben die Parteien einen Beweiskostenvorschuss von je Fr. 5'000.-- bezahlt, welche ebenfalls an die Gerichtskosten angerechnet werden.

16. Die ordentliche Anwaltsgebühr beträgt zwischen Fr. 6'500.-- bis Fr. 21'000.-- (§ 55 Abs. 1 aKoV). Massgebend sind die Bedeutung der Sache für die Partei, die Schwierigkeit der Sache, der Umfang und die Art der Bemühungen sowie der Zeitaufwand (§ 51 Abs. 1 aKoV). Der Rechtsvertreter des Klägers hat keine Kostennote eingereicht, weshalb die Parteikosten nach Ermessen festgesetzt werden. In Anbetracht der Komplexität des Streitgegenstandes ist eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 10'000.-- (inkl. Auslagen) angemessen. Bezüglich der darauf zu erhebenden Mehrwertsteuer ist zu berücksichtigen, dass diese per 1. Januar 2011 von 7.6 % auf 8 % angehoben wurde. Im Jahre 2011 erfolgten eine

Referentenaudienz sowie diverse Eingaben ans Gericht, weshalb es sich rechtfertigt, auf dem Betrag von Fr. 8'000.-- einen Mehrwertsteuersatz von 7.6 % und auf dem Betrag von Fr. 2'000.-- einen solchen von 8 % zu erheben, was eine Anwaltskostenentschädigung von insgesamt Fr. 10'768.-- ergibt. Die Beklagte hat dem Kläger demnach eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 10'768.-- zu bezahlen.

R e c h t s s p r u c h

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 36'000.-- nebst 5 % Zins seit 15. November 2008 zu bezahlen.
2. Weitere Begehren des Klägers werden abgewiesen.
3. Die Widerklage wird abgewiesen.
4. Die Prozesskosten werden der Beklagten überbunden.

Die Gerichtskosten betragen Fr. 19'427.90 (inkl. Gutachteraufwendungen) und werden den vom Kläger geleisteten Kostenvorschüssen von Fr. 8'300.-- sowie den beklagti-schen Kostenvorschüssen von Fr. 6'800.-- entnommen.

Die Beklagte hat dem Kläger die von ihm bevorschussten Gerichtskosten von Fr. 8'300.-- sowie eine Anwaltskostenentschädigung von Fr. 10'768.-- (Fr. 10'000.-- Honorar und Aufwendungen und Fr. 768.-- Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Die Beklagte hat der Bezirksgerichtskasse Hochdorf Gerichtskosten in der Höhe von Fr. 4'327.90 zu bezahlen.

5. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich und begründet beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
6. Dieses Urteil wird den Parteien zugestellt.

Bezirksgericht Hochdorf

Dr. K. Meier
Präsident 1

MLaw N. Hurni
Gerichtsschreiberin

Zur Vollstreckung dieses Urteils ist eine Vollstreckbarkeitsbescheinigung erforderlich. Diese Bescheinigung kann nach Ablauf der im Urteil angeführten Rechtsmittelfrist schriftlich beim Bezirksgericht Hochdorf, Bellevuestrasse 6, Postfach, 6281 Hochdorf, verlangt werden. Das Urteil ist beizulegen. Da für die Ausstellung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung Abklärungen erforderlich sind, muss mit einer gewissen Zeit gerechnet werden, bis die Bescheinigung zugestellt werden kann. Es wird daher empfohlen, das Gesuch um Erteilung der Vollstreckbarkeitsbescheinigung rechtzeitig einzureichen.