

Rechtskräftig am: 12. MAI 2012  
Bezirksgericht Luzern

UZ55/co

Abteilung 1

Präsident Weingand, Bezirksrichterinnen Fessler und Rüede Schaufelberger, Gerichtsschreiberin Küng

## Urteil vom 19. März 2012

A.  
vertreten durch Rechtsanwalt lic.iur. Claude Béboux,

Kläger und Widerbeklagter

gegen

X. Versicherungen

Beklagte und Widerklägerin

betreffend Forderung aus Versicherungsvertrag

## **Sachverhalt**

1. Mit Teilklage vom 6.7.2011 beantragte der Kläger, die Beklagte habe ihm Taggelder im Betrag von Fr. 40'014.40 zu bezahlen und es sei davon Vormerk zu nehmen, dass ihm gegen die Beklagte aus Versicherungsvertrag das Recht auf Nachforderung zustehe, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.
2. Am 13.9.2011 verlangte die Beklagte die Abweisung der Teilklage und beantragte widerklageweise, der Kläger habe ihr den Betrag von Fr. 10'110.40 nebst Verzugszins zu 5% ab 1.7.2010 zu bezahlen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers. In seiner Widerklageantwort beantragte der Kläger, die Widerklage sei abzuweisen.
3. Am 11.11.2011 wurden die aufgelegten Urkunden zu den Akten genommen und den Parteien mitgeteilt, es werde auf weitere Beweisabnahmen und eine Instruktionsverhandlung verzichtet (amtl. Bel. 10). Beide Parteien verzichteten auf die Durchführung einer Hauptverhandlung. Der Kläger reichte am 9.12.2011 einen schriftlichen Schlussvortrag ein (amtl. Bel. 14); die Beklagte verzichtete darauf.
4. Mit Verfügung vom 10.1.2012 wurde das Verfahren wieder eröffnet und den Parteien mitgeteilt, dass das Gericht eine Anwendung von Art. 9 VVG prüfen werde (amtl. Bel. 16). Am 19.1.2012 nahm die Beklagte (amtl. Bel. 17), am 22.2.2012 der Kläger (amtl. Bel. 18) dazu schriftlich Stellung.
5. Mit Eingabe vom 8.3.2012 reichte der Kläger seine Kostennote ein (amtl. Bel. 23).

## **Erwägungen**

1. Der Kläger war Organ und einziger Angestellter der Ende 2007 gegründeten Firma B. mit Sitz in . Der Zweck dieser GmbH war die Erbringung von Dienstleistungen auf dem Bausektor, insbesondere Gipser- und Malerarbeiten. Zwischen der Gesellschaft und der Beklagten wurde eine Krankentaggeldversicherung für Kleinunternehmen abgeschlossen, gültig ab 1.3.2008 bis 31.12.2011, mit einer Karenzfrist von sieben Tagen und 80%-iger Versicherungsdeckung bei Krankheit. Dem Versicherungsvertrag lag der

schriftliche Antrag des Klägers vom 28.2.2008 mit Fragen u.a. zum früheren Gesundheitszustand zugrunde. Mit Schreiben vom 16.1.2009 meldete sich der Kläger bei der Beklagten zum Bezug von Taggelderleistungen wegen Krankheit ab 13.1.2009. Die Beklagte bezahlte dem Kläger in der Folge Taggelder von Fr. 10'110.40 für die Zeit vom 13.1.2009 bis 31.3.2009.

2. Der Kläger führt zur Begründung seiner Forderung im Wesentlichen aus, die Beklagte habe am 20.3.2009 mittels von Dr. med. C. , Psychiaterin, ausgefülltem Fragebogen erfahren, dass er seit mehreren Jahren an psychischen Problemen leide, während mehreren Jahren eine Behandlung durch einen Psychiater in St. Gallen erfahren habe und seit dem Jahr 2000 (bis heute) unter einer medikamentösen Behandlung mit Psychopharmaka stehe. Zudem sei die Beklagte auch darüber orientiert worden, dass der Kläger seit Oktober 1997 bis April 2007 eine ganze Invalidenrente bezogen habe. Nach Zugang dieses Berichts habe die Beklagte ihre Taggelderleistungen per 31.3.2009 eingestellt, jedoch erst mit Schreiben vom 14.7.2009 den Versicherungsvertrag mit der Firma B.

infolge Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG aufgelöst. Diese Auflösung sei zu spät erfolgt und zeige deshalb keine rechtliche Wirkung. Weiter brachte der Kläger vor, für die Zeit vom 1.4.2009 bis 7.1.2010 sei eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit ausgewiesen, weshalb die Beklagte im Sinne einer Teilklage für weitere 281 Tage à Fr. 142.40 Taggelderleistungen erbringen müsse, was einem Betrag von Fr. 40'014.40 entspreche.

3. Die Beklagte wendet gegen die behauptete Forderung im Wesentlichen ein, sie habe erst anhand der Unterlagen der IV genügend Kenntnis von der Anzeigepflichtverletzung erhalten, weshalb die Auflösung des Versicherungsvertrags innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen vier Wochen erfolgt sei. Auch anlässlich durch die IV veranlasste Begutachtung durch den Psychiater Dr. med. D. am 8.6.2006 habe sich nach wie vor eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ (F 60.30) mit Auswirkung auf die Arbeitsfähigkeit gezeigt. Die Arbeitsfähigkeit sei von Dr. D. auf 80% bei einer verminderten Leistungsfähigkeit von 20% beurteilt worden, weshalb die IV bei der Rentenaufhebungsverfügung vom 26.4.2007 von einem errechneten Invaliditätsgrad von 36% ausgegangen sei. Es bestünden keine Hinweise darauf, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers bis zum Zeitpunkt des Ausfüllens des Fragebogens am 28.2.2008 verbessert hätte und es handle sich bei der aktuellen Krankheit um die gleiche, bereits diagnostizierte Persönlichkeitsstörung. Weiter machte die Beklagte geltend, der Kläger habe vor Eintritt des von ihm geltend gemachten Gesundheitsschadens gar kein Erwerbseinkommen von

Fr. 5'000.-- pro Monat erzielt, da seine GmbH keine Einnahmen habe verbuchen können. Es fehle deshalb bereits am nachgewiesenen Erwerbsausfall. Widerklageweise verlangte die Beklagte vom Kläger die Rückerstattung bereits bezahlter Taggelder von Fr. 10'110.40 nebst Verzugszins ab 1.7.2010 aufgrund Art. 6 Abs. 3 VVG.

4. Der Kläger brachte in seiner Widerklageantwort vom 26.10.2011 vor, sofern er überhaupt rückerstattungspflichtig wäre, was er bestreite, sei er nicht mehr bereichert. Er sei bezüglich der Taggeldzahlungen im guten Glauben gewesen. Zudem machte der Kläger die Verjährung gemäss Art. 67 Abs. 1 OR geltend. Zum Verbot der Rückversicherung im Sinne von Art. 9 VVG führte der Kläger in seiner Stellungnahme vom 22.2.2012 aus, er sei seit dem Jahr 2000 nicht mehr in psychiatrischer oder psychologischer Behandlung gewesen. Nach Einstellung der IV aufgrund einer nur noch 36% attestierten Erwerbsunfähigkeit habe er sich im Mai 2007 bei der Arbeitslosenkasse angemeldet und sei von September bis Dezember 2007 unselbstständig erwerbstätig gewesen. Im Januar 2008 habe er sich selbstständig gemacht und bis zum Ausbruch der vorliegend massgebenden Krankheit am 13.1.2009 vollumfänglich und ohne Einschränkungen gearbeitet. Bei Abschluss der Taggeldversicherung mit der Beklagten sei er daher voll arbeitsfähig und absolut symptomfrei und gesund gewesen. Seine Krankheit sei deshalb ein neuer Leistungsfall und kein Rückfall. Zum Verdienst führte der Kläger aus, man könne davon ausgehen, dass er einen Lohn von monatlich brutto Fr. 5'115.05 verdient habe, ansonsten er seinen Lebensunterhalt nicht hätte bestreiten können.

5. Der Versicherungsvertrag ist unter Vorbehalt der Fälle nach Art. 100 Abs. 2 nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung die Gefahr bereits weggefallen oder das befürchtete Ereignis schon eingetreten war (Art. 9 VVG). Unter dem Begriff Ereignis ist das Eintreten des versicherten Risikos zu verstehen; das Ereignis ist der Eintritt des befürchteten Vorfalles, der beim Abschluss des Versicherungsvertrages im Blickfeld lag. Gemäss Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag nichtig, wenn das befürchtete Ereignis, das versichert werden soll, bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingetreten ist (BGE 136 III 334 = Pra 100 [2011] Nr. 20, E. 3, mit Hinweis auf Urteil Bundesgericht 8C\_324/2007 vom 12.2.2008, E. 4.1). Dieser Tatbestand darf nicht mit demjenigen der Anzeigepflichtverletzung vermischt werden; er bewirkt die Nichtigkeit des Vertrages auch dann, wenn die Vertragsparteien beim Abschluss des Vertrages keine Kenntnis davon hatten, dass das Ereignis bereits im Zeitpunkt des Vertragsschlusses eingetreten war (BGE 136 III 334 E. 3 mit Hinweis auf BGE 127 III 21 E. 2b/aa S. 23 und Urteil 5C.45/2004 vom 9.7.2004 E. 2.1.2). Das Verbot

der Rückwärtsversicherung gilt auch unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt (BGE 127 III E. 2b/aa). Wenn ein Teilereignis bereits eingetreten ist, ist es möglich, sich gegen das Risiko betreffend den anderen Teil zu versichern, wenn dessen Eintritt aleatorisch ist (BGE 136 III 334 E. 3 mit Hinweis auf BGE 127 III 21 E. 2b/aa S. 24; Urteil B 101/02 des Eidg. Versicherungsgerichts vom 22.8.2003 E. 4.5). Als nur teilweise eingetreten gilt die Gefahr bei einzelnen Krankheitsfällen; insoweit schliessen Erkrankungen vor Abschluss des Versicherungsvertrages die Deckung künftiger Erkrankungen nicht ohne Weiteres aus, handle es sich um gleichartige Erkrankungen oder um andersartige (BGE 127 III E. 2a/bb). Ist aber eine Diagnose bereits gestellt, so kann man sich nicht mehr gegen diese Krankheit versichern, selbst wenn sie im Augenblick des Vertragsschlusses nicht sichtbar zu Tage tritt, sofern gemäss dem normalen Krankheitsverlauf mit einem späteren Rückfall gerechnet werden muss (BGE 136 III 334 E. 3 mit Hinweis auf BGE 127 III 21 2b/aa S. 24 f.; Urteil 5C.45/2004 a.a.O.), das heisst deren Eintritt nicht als aleatorisch bezeichnet werden kann. Das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit ist also nicht als selbstständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG. Nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache steht für die Definition des Krankheitsbegriffs im Vordergrund (BGE 127 III E. 2a/bb).

5.1 Am 29.7.1998 wurde im Rahmen der Abklärung um eine IV-Rente beim Kläger eine emotional-instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ diagnostiziert und der Kläger bis auf Weiteres zu 100% arbeitsunfähig erklärt. Am 21.11.1997 verfügte die IV gegenüber den Kläger ab 1.10.1997 wegen langdauernder Krankheit eine ganze IV-Rente. Im Rahmen der Rentenüberprüfung diagnostizierte der Psychiater Dr. med. D. am 13.6.2006 beim Kläger erneut eine emotional instabile Persönlichkeitsstörung vom impulsiven Typ, mit dem Code ICD-10 F60.30 (befürwortete jedoch eine angepasste berufliche Tätigkeit bis 80% bei einer gleichzeitigen verminderten Leistungsfähigkeit von 20%: Invaliditätsgrad 36%). Die IV-Rente wurde deshalb mit Verfügung vom 26.4.2007 per Ende Mai 2007 aufgehoben. Die den Kläger seit 13.1.2009 behandelnde Psychiaterin Dr. med. C. erklärte im Fragebogen der Beklagten am 16.3.2009, der Kläger leide an einer kombinierten Persönlichkeitsstörung ICD-10 F61 (kläg. Bel. 13). Die spezifischen Persönlichkeitsstörungen (F60), die kombinierten und anderen Persönlichkeitsstörungen (F61) und die Persönlichkeitsänderungen (F62) sind tief verwurzelte, anhaltende Verhaltensmuster, die sich in starren Reaktionen auf unterschiedliche persönliche und soziale Lebenslagen zeigen. Die Verhaltensmuster

sind meistens stabil. Die kombinierte Persönlichkeitsstörung F61 kann Merkmale aus verschiedenen der unter F60 beschriebenen Störungen aufweisen (vgl. kläg. Bel. 17: [www.icd-code.de](http://www.icd-code.de)). Damit ist davon auszugehen, dass es sich bei der vom Kläger am 16.1.2009 gemeldeten Krankheit um eine vorbestandene, bereits diagnostizierte und typisch rückfallgefährdete Krankheit handelt. Auch wenn man mit dem Kläger annehmen wollte, er habe im Februar 2008 keine Krankheitssymptome gehabt (auch wenn er gemäss eigenen Angaben seit 2000 dauernd Psychopharmaka eingenommen hat), war diese Krankheit, da bereits eingetreten, nicht mehr versicherbar. Ob dem Kläger dies bewusst war oder nicht, ist irrelevant. Der Versicherungsvertrag ist nichtig und dessen Nichtigkeit von Amtes wegen zu berücksichtigen. Bei diesem Ergebnis können die Frage, ob die Beklagte ihr Rücktrittsrecht im Sinne von Art. 6 VVG rechtzeitig ausgeübt hat und die Behauptung der Beklagten, es fehle mangels Erwerbseinkommen des Klägers am Eintritt eines Schadens, offen bleiben.

5.2 Die Nichtigkeit hat zur Folge, dass dem Kläger kein Taggeldanspruch gegenüber der Beklagten zusteht; seine Klage ist demzufolge abzuweisen. Gegen die von der Beklagten widerklageweise geltend gemachte Rückforderung der bereits geleisteten Taggelder in der Höhe von Fr. 10'110.40 wendet der Kläger unter anderem ein, diese sei im Sinne von Art. 67 Abs. 1 OR verjährt, was im Folgenden zu prüfen ist.

6. Vorliegend handelt es sich bei der Widerklageforderung der Beklagten aufgrund Nichtigkeit des Versicherungsvertrags ex tunc um eine bereicherungsrechtliche Forderung (vgl. zur Abgrenzung zur vertragsrechtlichen Verjährung nach Art. 127 OR bei Rücktritt infolge Nichterfüllung BGE 137 III 243 [= 4A\_562/2010 vom 3.5.2011] und dazu die Besprechung dieses Urteils durch Monferrini/von der Crone, Die Rückabwicklung mangelhafter Verträge in: SZW 2011, S. 485). Der Bereicherungsanspruch verjährt mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis erhalten hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs (Art. 67 Abs. 1 OR).

6.1 Der Kläger behauptet, die Beklagte habe mit der schriftlichen Auflösung des Versicherungsvertrags nach Art. 6 VVG am 14.7.2009 Kenntnis von ihrem (vermeintlichen) Anspruch auf Rückerstattung der ausbezahlten Taggelder erhalten. Die Forderung sei daher mangels Unterbruch bis 14.7.2010 verjährt. Der betreffende Zahlungsbefehl datiere vom 2.8.2010; und auch danach sei bis 2.8.2011 keine verjährungsunterbrechende Handlung der Beklagten erfolgt.

6.2 Der Zahlungsbefehl der Beklagten gegen den Kläger über Fr. 10'500.-- datiert vom 2.8.2010. Darin beruft sich die Beklagte auf ihr Schreiben an den Kläger vom 4.6.2010 (bekl. Bel. 4), weshalb bei der Beklagten von einer Kenntnis des Anspruchs spätestens seit 4.6.2010 auszugehen ist. Die am 4.6.2010 beginnende Verjährungsfrist wurde mit Zahlungsbefehl vom 2.8.2010 unterbrochen (Art. 130 Abs. 1 und 135 Ziff. 2 OR) und hat damit neu zu laufen begonnen (Art. 137 Abs. 1 OR). Bis 2.8.2011 ist keine weitere Unterbrechungshandlung der Beklagten im Sinne des Gesetzes bewiesen (Widerklage erst am 13.9.2011), weshalb der widerklageweise Anspruch der Beklagten über Fr. 10'110.40 verjährt ist. Die Widerklage ist abzuweisen.

7. Im Verfahren der Zusatzversicherung nach VVG werden keine Gerichtskosten erhoben (Art. 114 lit. e ZPO). Im vorliegenden Klageverfahren werden daher keine Gerichtskosten festgesetzt. Der widerklageweise geltend gemachte Anspruch beruht nicht auf Zusatzversicherungsrecht, sondern - infolge Nichtbestehens eines Versicherungsverhältnisses *extunc* - eben gerade auf Bereicherungsrecht nach Art. 62 ff. OR, weshalb für eine Befreiung von Gerichtskosten im Widerklageverfahren keine Rechtsgrundlage vorhanden ist. Die Beklagte wurde denn auch nach Eingang der Widerklage zur Leistung eines Kostenvorschusses aufgefordert (amtl. Bel. 4). Da die Widerklage abgewiesen wird, hat die Beklagte die auf Fr. 1'600.-- festgesetzte Gerichtsgebühr zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung befreit die Kostenlosigkeit des Verfahrens bei Zusatzversicherungsstreitigkeiten die Parteien nur von Gerichtskosten; eine Parteientschädigung an die obsiegende Gegenpartei bleibt grundsätzlich geschuldet (Urteil Bger 5C.244/2000 vom 9.1.2001 E. 5 zu Art. 47 Abs. 2 und 3 aVAG). Angesichts der eingeklagten Forderungen (Kläger rund Fr. 40'000.--/Beklagte rund Fr. 10'000.--), dem Verhältnis des geschätzten Aufwands der Parteien für Klage/Klageantwort einerseits und Widerklage/Widerklageantwort andererseits und dem Prozessausgang rechtfertigt es sich, den Kläger die eigenen Parteikosten tragen zu lassen und ihn zu verpflichten, der Beklagten den Betrag von Fr. 1'000.-- an deren Parteikosten zu bezahlen.

8. Der Streitwert beträgt Fr. 40'014.40 (Art. 94 Abs. 1 ZPO).

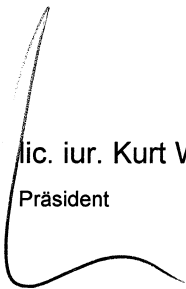
## Rechtsspruch

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird abgewiesen.
3. Für das Klageverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Beklagte hat die Gerichtskosten des Widerklageverfahrens zu bezahlen. Diese betragen Fr. 1'600.-- und werden ihrem Gerichtskostenvorschuss in derselben Höhe entnommen.
5. Der Kläger hat der Beklagten an deren Parteikosten Fr. 1'000.-- zu bezahlen.
6. Gegen dieses Urteil ist die Berufung zulässig (Art. 308 ff. ZPO). Die Berufung ist innert 30 Tagen seit Zustellung des Urteils schriftlich mit Anträgen und Begründung beim Obergericht des Kantons Luzern einzureichen (in je einem Exemplar für das Gericht und jede Gegenpartei). Das angefochtene Urteil ist beizulegen.
7. Dieses Urteil wird den Parteien, und nach Rechtskraft der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht FINMA, Einsteinstrasse 2, 3003 Bern, zugestellt.

### Bezirksgericht Luzern

#### Abteilung 1

lic. iur. Kurt Weingand  
Präsident



MLaw Sibylle Küng  
Gerichtsschreiberin

