

# Verwaltungsgericht des Kantons Schwyz Kammer I



---

12013 47

## Urteil vom 4. Dezember 2013

---

Besetzung

lic.iur. Gion Tomaschett, Vizepräsident  
Dr.med. Mark Weber und Dr.med. Bernhard Zumsteg, Richter  
MLaw Natascha Venetz, Gerichtsschreiberin

---

Parteien

**A.**  
Kläger,  
vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Matthias Kessler,

**gegen**

**X. Versicherungen**  
Beklagte,

---

Gegenstand

Krankenversicherung (Aufhebung von Zusatzversicherungen  
nach VVG infolge geltend gemachter Verletzung der  
Anzeigepflicht)

## Sachverhalt:

A. A., geb. am 17. Oktober 1952, führt in \_\_\_\_\_ ein Malergeschäft. Er zog sich im März 2007 beim Skifahren eine proximale Humerusfraktur rechts zu, welche zunächst im Spital \_\_\_\_\_ konservativ versorgt und nach unbefriedigendem Verlauf am 6. August 2008 mit einem operativen Eingriff behandelt wurde (während eines stationären Aufenthalts in der Klinik B. in \_\_\_\_\_ vom 5. bis 8. August 2008 durch den Operateur Dr. C. und Dr. D. als Assistent, siehe KB 33 i.V.m. BB 13: Arthroskopie, partielle Synovectomie, Knorpelshaving, Bursoskopie, Bursektomie, Acromeoplastik rechte Schulter).

B. Per 1. Januar 2011 hat A. nebst der obligatorischen Krankenpflegeversicherung bei der Y. Versicherungen (nachfolgend X.) Zusatzversicherungen nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) abgeschlossen. Vor Abschluss dieser Zusatzversicherungen fand am 29. Oktober 2010 eine Besprechung mit dem Leiter der Agentur \_\_\_\_\_ statt, anlässlich welcher die auf dem Formular "Gesundheitserklärung" enthaltenen Fragen Ziffer 1 bis 16 beantwortet wurden (vgl. KB 9). Ein weiteres Formular "Gesundheitserklärung" wurde von A. - nachdem der in der ersten Gesundheitserklärung deklarierte "Wespenstich 2009" zu Rückfragen geführt hatte - am 4. Januar 2011 (ohne Mitwirkung des Agenturleiters) ausgefüllt und unterzeichnet. In beiden Erklärungen wurden weder die Humerusfraktur rechts aus dem Jahre 2007 noch der operative Eingriff vom 6. August 2008 (mit Acromeoplastik etc. siehe oben) erwähnt.

C. Nach eigenen Angaben suchte A. im August 2012 die Praxis E. wegen Krampferscheinungen in der Hand auf, worauf eine Zuweisung an Dr.med. F. (FMH Chirurgie, spez. Handchirurgie) erfolgte. Im Bericht vom 31. Oktober 2012 an den Hausarzt diagnostizierte der Handchirurg u.a. einen Morbus Dupuytren Grad 1 an den Langfingern der rechten Hand und krampfartige Erscheinungen der Finger unklarer Ätiologie (DD Dystonie, Tendovaginitis stenosans, vgl. KB 17). Zuvor hatte der Hausarzt Dr.med. G. am 8. Oktober 2012 eine Meldung an die X. unterzeichnet, wonach A. an einem Morbus Dupuytren und an einer posttraumatischen Omarthrose bei Status nach part. Humeruskopfnekrose leide (vgl. KB 16).

D. Am 21. November 2011 gingen bei der X. (per FAX) die Berichte des assistierenden Operateurs Dr.med. D. vom 12. August 2008 und vom 3. Oktober 2008 (an den Hausarzt Dr.med. G.) sowie der Operationsbericht vom 6. August 2008 ein (vgl. BB 11 bis 14).

E Mit Schreiben vom 26. November 2012 hat die X. die von A. abgeschlossenen Zusatzversicherungen per 4. Dezember 2012 gekündigt (vgl. KB 18). Mit Eingaben vom 10. und 27. Dezember 2012 ersuchte A. um Weiterführung der Zusatzversicherungen (vgl. KB 20 und 22).

F. Am 23. April 2013 liess A. beim Verwaltungsgericht Klage gegen die X. einreichen mit den folgenden Rechtsbegehren:

1. Es sei festzustellen, dass die Kündigung vom 26. November 2012 nichtig sei und es seien
  - a dem Kläger rückwirkend ab September 2012 Taggelder auszurichten und
  - b es seien dem Kläger rückwirkend ab September 2012 Leistungen aus folgenden bei der Beklagten abgeschlossenen Zusatzversicherungen
    - i \_\_\_\_\_ (A1)
    - i \_\_\_\_\_ (A2)
    - i Spitalversicherungen \_\_\_\_\_: halbprivate Abteilung im Spital mit Unfaldeckung
    - iv. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Krankheit (EK)
    - v. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Unfall (EU)

auszurichten.

2. *Eventualiter* sei die Kündigung vom 26. November 2012 aufzuheben und es seien
  - a dem Kläger rückwirkend ab September 2012 Taggelder auszurichten und
  - b es seien dem Kläger rückwirkend ab September 2012 Leistungen aus folgenden bei der Beklagten abgeschlossenen Zusatzversicherungen
    - i \_\_\_\_\_ (A1)
    - i \_\_\_\_\_ (A2)
    - i Spitalversicherungen \_\_\_\_\_: halbprivate Abteilung im Spital mit Unfaldeckung
    - iv. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Krankheit (EK)
    - v. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Unfall (EU)

auszurichten.

3. *Subeventualiter* seien dem Kläger für die schon eingetretenen Versicherungsfälle rückwirkend ab September 2012 Taggelder und Leistungen aus den Zusatzversicherungen
  - i \_\_\_\_\_ (A1)
  - i \_\_\_\_\_ (A2)
  - i Spitalversicherungen \_\_\_\_\_: halbprivate Abteilung im Spital mit Unfaldeckung
  - iv. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Krankheit (EK)
  - v. Einzel-Taggeldversicherung \_\_\_\_\_ bei Unfall (EU)

auszurichten.

4. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

G. Mit Klageantwort vom 14. August 2013 beantragte die Y., die Klage vom 23. April 2013 sei abzuweisen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers.

H. Am 16. Oktober 2013 fand die vom Kläger beantragte mündliche Verhandlung statt. Zum Ergebnis der Partei- und Zeugenbefragung konnten sich die Parteien im Rahmen der mündlichen Replik bzw. Duplik äussern.

### **Das Verwaltungsgericht zieht in Erwägung:**

**1.1** Nach Art. 12 Abs. 2 und 3 des Bundesgesetzes vom 18. März 1994 über die Krankenversicherung (KVG, SR 832.10) unterliegen Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung dem Versicherungsvertragsgesetz (Bundesgesetz vom 2.4.1908 über den Versicherungsvertrag [VVG, SR 221.229.1]). Streitigkeiten aus solchen Versicherungen sind privatrechtlicher Natur (BGE 124 III 44 Erw. 1a/aa, 229 Erw. 2 b).

**1.2** Gemäss Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (ZPO, SR 272) können die Kantone ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung zuständig ist.

Das Verfahren vor der einzigen kantonalen Instanz ist als vereinfachtes Verfahren auszugestalten (Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO), wobei der Sachverhalt von Amtes wegen zu klären ist (Art. 247 Abs. 2 lit. a i.V.m. Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Das Verfahren muss zudem kostenlos sein (Art. 113 Abs. 2 lit. f ZPO; vgl. Härtsch, Schweizerische ZPO, Art. 7 Rz 9).

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

**1.3** Zusammenfassend ist das Verwaltungsgericht zur Beurteilung der vorliegenden Klage, welche Ansprüche aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung des im Kanton Schwyz wohnhaften Klägers betrifft, örtlich und sachlich zuständig. Dies wird von keiner Partei in Frage gestellt. Ferner wird die von der Beklagten in der Klageantwort enthaltene Sachdarlegung, wonach sämtliche Rechte und Pflichten aus den Versicherungsverträgen nach VVG der

Y. Versicherungen auf die X. Versicherungen AG übergegangen sind, vom Kläger konkludent anerkannt.

**2** Streitig und zu prüfen ist hauptsächlich, ob die Beklagte befugt war, die vom Kläger bei der Beklagten abgeschlossenen Zusatzversicherungen nach VVG am 26. November 2012 per 4. Dezember 2012 zu kündigen.

**3.1** Hat nach Art. 6 Abs. 1 VVG der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam. Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (Art. 6 Abs. 2 VVG).

Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung (vgl. Art. 6 Abs. 3 VVG).

**3.2.1** Im konkreten Fall ist unbestritten, dass der Kläger vor dem Abschluss der vorliegend zu beurteilenden, per 1. Januar 2011 abgeschlossenen Zusatzversicherungen in den Jahren 2007 und 2008 gesundheitliche Probleme mit der rechten Schulter hatte, welche u.a. einen stationären Klinikaufenthalt (mit Operationen) vom 5. bis 8. August 2008 nötig machten (vgl. auch Ingress, lit. A).

**3.2.2** Unbestritten und aktenmässig erstellt ist einerseits, dass im (von der Beklagten erstellten) Formular "Gesundheitserklärung" der Kläger unter Ziffer 14 folgende Fragestellung zu beantworten hatte:

Hatten/ haben Krankheiten/ Unfälle eine ambulante stationäre, ärztliche/ naturärztliche/therapeutische Behandlung oder Untersuchung notwendig gemacht?

Wenn ja, bitte genau beschreiben:

Krankheit/ Unfall	Wann? Wie lange?	Arzt, Spital, Therapeut usw.:	Folgen?
			nein ja
			nein ja

**3.2.3** Andererseits ist sodann unbestritten und aktenmässig erstellt, dass in den beiden Gesundheitserklärungen, welche der Kläger am 29. Oktober 2010 sowie am 4. Januar 2011 unterzeichnete, weder ein Hinweis auf die gesundheitlichen Probleme in den Jahren 2007 und 2008 im Bereich der rechten Schulter, noch

ein solcher auf den Klinikaufenthalt vom 5. bis 8. August 2008 (inkl. operativen Eingriff) enthalten ist.

**3.3** Nachdem der erwähnte Klinikaufenthalt im August 2008 bei der Beantwortung der Gesundheitserklärung Ende 2010 lediglich etwas mehr als 2 Jahre zurücklag, hätte der Kläger bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit im Rahmen der Beantwortung der im Formular unter Ziffer 14 enthaltenen Fragen offenkundig auf die damaligen gesundheitlichen Probleme und den operativen Eingriff hinweisen müssen. Dies gilt erst recht, als der Beschwerdeführer einen Beruf (als Maler) ausübt, bei welchem der Schulter-Armbereich erfahrungsgemäss stark belastet wird (es sei denn, dass der Betroffene nicht mehr als Maler tätig wäre und sich in einem grossen Malerbetrieb auf Akquisition bzw. rein administrative Tätigkeiten beschränken könnte, was nach der Aktenlage nicht der Fall ist).

**3.4** Der Kläger argumentiert sinngemäss, dass er die vorerwähnten Schulterprobleme sowie den Klinikaufenthalt dem damals beratenden Agenturleiter auch tatsächlich erwähnt habe, letzterer aber eine Deklaration als nicht nötig erachtet habe mit der sinngemässen Argumentation, dass im Zeitpunkt der Stellung des Versicherungsantrages keine gesundheitlichen Probleme und namentlich keine Einschränkung der Arbeitsfähigkeit bestanden haben.

**3.5** Demgegenüber bestritt die Beklagte in der Klageantwort, dass der Kläger vor dem Vertragsabschluss dem Agenturleiter den Skiunfall von März 2007 sowie die Schulteroperation (vom August 2008) erwähnt habe. Abgesehen von einem Wespenstich habe der Kläger "anlässlich der Besprechung vom 29. Oktober 2010 von üblichen Blessuren und arbeitsbedingten Wehleiden geredet" (vgl. Klageantwort, S. 5).

**4.** Zur Klärung des Sachverhaltes in der vorliegenden Angelegenheit wurde anlässlich der mündlichen Verhandlung vom 16. Oktober 2013 einerseits eine Befragung des betreffenden Agenturleiters der Beklagten und andererseits eine Befragung des Klägers und seiner Ehefrau durchgeführt.

**4.1.1** Die Antworten stimmen insofern überein, als am 29. Oktober 2010 in der betreffenden Agentur der Beklagten die Gesundheitserklärung ausgefüllt wurde und der Agenturleiter daran mitwirkte. Allerdings fällt auf, dass der Agenturleiter die Modalitäten, wie der Versicherungsantrag (inkl. Ausfüllen der Gesundheitserklärung) zustande kam, anlässlich der gerichtlichen Befragung wie folgt beantwortete:

*Wie lief das mit dem Versicherungsantrag ab?*

- Nach einem Schema, wie wir es immer etwa machen. Der Kunde kommt zu uns, wir stellen ihm eine Offerte auf, aufgrund welcher er dann entscheiden kann. Danach machen wir eine Beratung, für welche wir ein sehr dickes Zeigebuch haben, in welchem die verschiedenen Leistungen definiert werden. Zuletzt kann der Kunde dann entscheiden, ob er die Versicherung will oder nicht.

*Wie verhält es sich mit der Gesundheitserklärung?*

- In der Regel füllt diese der Kunde aus.

*Und im konkreten Fall?*

- Ich weiss es nicht mehr ganz genau weshalb, evtl. weil Herr A. seine Brille vergessen hatte, aber wir haben die Gesundheitserklärung gemeinsam ausgefüllt.

*Und was für Angaben hat Herr A. in diesem Kontext gemacht?*

- Das einzige, was wir dort aufgenommen haben, war ein Wespenstich.

*Hat er nur einen Wespenstich genannt?*

- Ja.

*Und sonst nichts?*

- Nein.

*Frühere Vorkommnisse?*

- Nein.

*Etwas zum Blinddarm?*

- Nein.

*Dass er früher mal ein Problem gehabt habe?*

- Ja, wir haben von den üblichen Gebrechen geredet, die man so hat, aber von Krankheiten haben wir nicht gesprochen.

*Wie sah es beim Thema Schulter aus?*

- Nein, Thema Schulter definitiv nicht. Es wurde auch keine Operation erwähnt, ansonsten hätten wir das hineingenommen.

**4.1.2** Demgegenüber führte der Agenturleiter in einem Schreiben vom 13. Dezember 2012 an die zuständige Stelle der Beklagten was folgt aus (vgl. BB 3):

An diesen Fall können sich H. und ich wirklich sehr genau erinnern. Schon vor der Weisung, dass die Berater die Gesundheitserklärung nicht selber ankreuzen dürfen, haben wir das sehr selten gemacht, ausser in Ausnahmefällen. So wie das bei Herrn A. der Fall war.

(...)

Laut seinen Angaben war er 100% gesund und hat lediglich den Wespenstich erwähnt, den ich zusammen mit H. abgeklärt habe am Hauptsitz. Der Gesundheitsfragebogen wurde seitenverkehrt ausgefüllt und ich habe die Fragen ihm vorgelesen und dann angekreuzt. Da war nichts von Schulteroperation oder wie sich später herausstellte auch noch Diabetes, wir machen unsere Arbeit pflichtbewusst und würden Operationen sicher nicht verschweigen. Er hat von üblichen

Blessuren und arbeitsbedingten Wehleidern geredet und zwar so, dass ich das gut nachvollziehen konnte, es ist durchaus so, dass mit zunehmendem Alter halt eher mal etwas schmerzt, vor allem, wenn man auf Baustellen arbeiten muss(...).

Mithin verhält es sich nach den Angaben im Schreiben vom 13. Dezember 2012 eindeutig so, dass die Antworten auf der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 vom Agenturleiter niedergeschrieben bzw. angekreuzt wurden, auch wenn er anlässlich der gerichtlichen Befragung angab, sich daran nicht mehr genau erinnern zu können ("ich weiss es nicht mehr ganz genau ...": immerhin anerkannte der Agenturleiter anlässlich der gerichtlichen Befragung, beim Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 mitgewirkt zu haben: "gemeinsam ausgefüllt").

**4.1.3** Als Zwischenergebnis ist darauf abzustellen, dass der Agenturleiter in der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 die Antworten niedergeschrieben bzw. angekreuzt hat. Im Einklang damit stehen auch die diesbezüglich übereinstimmenden Antworten des Klägers und seiner Gattin anlässlich der gerichtlichen Befragung vom 16. Oktober 2013.

**4.2** Eine andere und im vorliegenden Kontext besonders bedeutsame Fragestellung ist, ob und inwieweit der Kläger vor der Unterzeichnung des Versicherungsantrages beim (gemeinsamen) Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2013 (welche nach dem Gesagten vom Agenturleiter ausgefüllt und anschliessend vom Kläger unterzeichnet wurde) tatsächlich auf die gesundheitlichen Probleme bzw. "Schulterproblematik" (Skiunfall 2007/ Schulteroperation August 2008) hingewiesen hat, welche in der Folge der Beklagten Anlass gaben, am 26. November 2012 die Zusatzversicherungen per 4. Dezember 2012 zu kündigen (vgl. KB 18).

**4.2.1** Der Agenturleiter bestritt anlässlich der gerichtlichen Befragung, dass der Kläger beim gemeinsamen Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 den Skiunfall von 2007 sowie die Schulteroperation von August 2008 (nachfolgend als "Schulterproblematik" bezeichnet) erwähnt habe (vgl. oben Erw. 4.1.1 i.V.m. dem Verhandlungsprotokoll, S. 7).

**4.2.2** Demgegenüber machte der Kläger vor Gericht geltend, dass er diese "Schulterproblematik" dem Agenturleiter beim gemeinsamen Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 ausdrücklich erwähnt habe.

**4.2.3** Aus der Gegenüberstellung dieser (sich widersprechenden) Antworten ergibt sich unmissverständlich, dass eine der beiden Aussagen - entweder diejenige des Agenturleiters (Erw. 4.2.1) oder dann diejenige des Klägers (Erw.

4.2.2) - wahrheitswidrig ist, mit anderen Worten entweder der Agenturleiter oder der Kläger lügt (tertium non datur).

**4.2.4** Eine Abwägung aller Aspekte (inkl. des unmittelbaren Eindrucks anlässlich der Befragungen bei der mündlichen Verhandlung) führt - wie nachfolgend dargelegt wird - zum Ergebnis, dass sich die Angaben des Klägers als glaubhaft erweisen bzw. der Kläger glaubhaft dem Agenturleiter beim gemeinsamen Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 auch die vorgenannte "Schulterproblematik" erwähnte, indes der Agenturleiter (möglicherweise im Bestreben, einen zusätzlichen Versicherungsabschluss generieren zu können) dennoch die Fragen 13 und 14 im Fragebogen mit "nein" ankreuzte. Dafür spricht nicht nur, dass der Agenturleiter vor Gericht vorbrachte "ich weiss es nicht mehr ganz genau ..." und mithin seine Mitwirkung am Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 abzuschwächen versuchte, obwohl er noch im Schreiben vom 13. Dezember 2012 an die zuständige Stelle der Beklagten zugegeben hatte, ausnahmsweise die Gesundheitserklärung des Klägers ausgefüllt zu haben (vgl. oben Erw. 4.1.2 i.V.m. BB 3).

Zudem ist zu beachten, dass die Sachdarstellung in der Klageschrift (wonach beim Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29.10.2010 nebst dem Agenturleiter und dem Kläger auch die Ehefrau des Klägers anwesend gewesen sei, siehe Klageschrift, S. 5 oben), von der Beklagten in der Klageantwort nicht in Frage gestellt wird, jedenfalls macht die Beklagte vor Verwaltungsgericht nicht geltend, die Ehefrau des Klägers sei damals nicht dabei gewesen, sondern sie bringt im Wesentlichen sinngemäss vor, "dass auch die Ehefrau keine wahrheitsgemässe Aussage machen würde" (vgl. Klageantwort, S. 3 oben und S. 9 ad 6.). Demgegenüber beantwortete der Agenturleiter die Fragen an der mündlichen Verhandlung, wer damals beim Ausfüllen der ersten Gesundheitserklärung dabei gewesen sei, mit "das war ich" "und Herr A., ja", während er die Ehefrau des Klägers unerwähnt liess. Auf die Nachfrage, ob "sonst noch jemand" anwesend gewesen sei, antwortete der Agenturleiter: "ja, wir hatten im Büro um die Ecke noch drei Leute, aber die waren nicht bei der Unterzeichnung dabei" (vgl. zit. Verhandlungsprotokoll, S. 9 oben), aber die Ehefrau des Klägers (welche gemäss der Befragung anlässlich der mündlichen Verhandlung den Versicherungswechsel zur Beklagten initiiert hatte, vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 11 oben: "Das ist eigentlich auf meinem Mist gewachsen ... ") wurde vom Agenturleiter weiterhin nicht erwähnt. Damit offenbart der Agenturleiter ein lückenhaftes Erinnerungsvermögen, welches den Schluss nahelegt, dass er "sich auch an andere Aspekte des damaligen Ausfüllens der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010" nicht mehr erinnern kann bzw. will.

Abgesehen davon ist nicht ersichtlich, weshalb die Sachdarstellung des Klägers und seiner Ehefrau, wonach beide beim damaligen Beratungsgespräch mit dem Agenturleiter anwesend waren, zweifelhaft sein sollte, zumal der unbestritten gebliebene Umstand, wonach die Ehefrau des Klägers den Versicherungswechsel zur Beklagten initiierte, nachvollziehbar dafür spricht, dass die Ehefrau am Beratungsgespräch dabei sein wollte bzw. auch anwesend war.

Sodann fällt noch insbesondere folgendes Verhalten des Agenturleiters ins Gewicht. Auf die gerichtliche Frage, "werden beim Ausfüllen dieser Gesundheitserklärung Erläuterungen abgegeben" antwortete der Agenturleiter zunächst, dass "eigentlich keine Erläuterungen abgegeben werden", bzw. dass der Kunde "selber definieren" müsse ("wir geben da keine Erklärungen ab"; "grundsätzlich geben wir auch keine Tipps"). Aber anschliessend kam er auf "die üblichen Gebrechen" zu sprechen und sagte, "das müsse man nicht erwähnen; das habe ich sicher so gesagt" (vgl. Verhandlungsprotokoll, S. 8/ Mitte). Damit hat der Agenturleiter anlässlich der gerichtlichen Befragung zum einen geltend gemacht, dass "eigentlich keine Erläuterungen abgegeben werden". Zum andern hat er aber dennoch zugegeben, dass er gewisse Erklärungen abgegeben und sich dazu geäußert hat, "was in der Gesundheitserklärung nicht deklariert werden müsse" (allerdings mit der Einschränkung, dass diese Antwort sich nur auf "übliche Gebrechen" bezogen habe). Nachdem vom Agenturleiter (vor Verwaltungsgericht) nicht substantiiert dargelegt wurde, was nach Praxis der Beklagten (bzw. allenfalls der Agentur des befragten Leiters) noch zu den "üblichen Gebrechen" gehöre und in der Gesundheitserklärung nicht zu deklarieren sei (und was nicht dazu gehöre und dementsprechend zu deklarieren sei), ist es insgesamt glaubhaft, dass der Kläger anlässlich des Beratungsgesprächs vom 29. Oktober 2010 mit dem Agenturleiter auf diese "Schulterproblematik" zu sprechen kam (um in Erfahrung zu bringen, wie die Abgrenzung bei solchen "üblichen Gebrechen" nach der Praxis der Beklagten vorgenommen wird).

**4.2.5** Im Lichte dieser konkreten Aspekte erweist sich die Darstellung des Klägers (und seiner Ehegattin), wonach er dem Agenturleiter die "Schulterproblematik" erwähnt hat, als glaubhaft, derweil die gegenteilige Argumentation des Agenturleiters, dass der Kläger beim Beratungsgespräch vom 29. Oktober 2010 die "Schulterproblematik" mit keinem Wort erwähnt habe, als unglaubwürdig zu qualifizieren ist.

4.3 An diesem Ergebnis vermögen die weiteren Vorbringen der Beklagten nichts zu ändern. Unbehelflich ist namentlich auch die Argumentation in der Klageantwort (S. 7 unten, S. 8 oben), wonach dann, wenn die "Version des Klägers über die Falschberatung durch den Agenturleiter am 29. Oktober 2010 tatsäch-

lieh stimmen" würde, der Kläger in seinem Schreiben vom 23. März 2011 sicherlich erwähnt hätte, "dass der Agenturleiter ihm gesagt habe, die Diabetes müsse in der Gesundheitserklärung gar nicht aufgeführt werden". Denn als Grund, weshalb er in der Gesundheitserklärung kein "Diabetes-Problem" deklarierte, brachte der Kläger vor: "Herr Dr. G. hat auch klar bestätigt, dass ich bei einem Blutzucker Wert von 5.3 weder Tabletten noch Behandlungen brauche und was noch wichtiger ist, dass ich kein Diabetiker bin" (vgl. BB 6). In Anbetracht dieser Antwort hatte der Kläger grundsätzlich gar keinen Anlass, auf die damaligen Erläuterungen des Agenturleiters näher einzugehen. Die Aussage (und Einschätzung) des Klägers, wonach er (damals) bis auf den Wespenstich bzw. Wespengiftallergie ein gesunder Mensch gewesen sei, ist nicht als wahrheitswidrig zu betrachten, weil damals (abgesehen von der Wespenstich-Thematik) keine behandlungsbedürftigen Beschwerden bestanden (siehe auch Replik-Plädoyer, S. 6).

4.4 Als weiteres Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass nach Auswertung der vorliegenden Unterlagen und der gerichtlichen Befragungsergebnisse der Kläger die betreffende "Schulterproblematik" erwähnt hat, indes der Agenturleiter beim Ausfüllen der Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 diese vom Kläger angesprochene "Schulterproblematik" weder angekreuzt, noch stichwortartig umschrieben, sondern faktisch (angesichts aktuell fehlender behandlungsbedürftiger Beschwerden) als "nicht deklarationswürdig" bezeichnet bzw. behandelt hat. Bei dieser Sachlage muss sich die Beklagte grundsätzlich anrechnen lassen, dass der das Beratungsgespräch führende und die Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 ausfüllende Agenturleiter die vom Kläger angesprochene "Schulterproblematik" weggelassen hat. Der Kläger durfte grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Art und Weise, wie der Agenturleiter die Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 ausfüllte, der von der Beklagten akzeptierten Praxis entsprach. In diesem Sinne schadet dem Kläger auch nicht, dass er die zweite Gesundheitserklärung vom 4. Januar 2011 hinsichtlich der "Schulterproblematik" analog ausgefüllt hat wie der erwähnte Agenturleiter. Wenn schon der Agenturleiter diese vom Kläger am Beratungsgespräch vom 29.10.2010 angesprochene "Schulterproblematik" nicht deklariert hat, durfte der Kläger grundsätzlich davon ausgehen, dass das Gleiche auch für die rund 2 Monate später ausgefüllte zweite Gesundheitserklärung gilt, zumal in dieser Zwischenzeit nach der Aktenlage keine gesundheitliche Verschlechterung aufgetreten ist.

4.5 Ist nach dem Gesagten dem Funktionär der Beklagten seit dem Beratungsgespräch vom 29. Oktober 2010 Kenntnis über die erwähnte "Schulterproblematik", d.h. Kenntnis hinsichtlich des Skiunfalles vom März 2007 und der Schulteroperation vom August 2008 zuzurechnen, kann sich die Beklagte nicht darauf

berufen, gemäss ihrer (sinngemässen) Argumentation erst am 21. November 2012 Kenntnis von einer Anzeigepflichtverletzung erhalten zu haben. Der Umstand, wonach der betreffende Funktionär der Beklagten die am Beratungsgespräch mitgeteilte "Schulterproblematik" in der von ihm ausgefüllten Gesundheitserklärung vom 29. Oktober 2010 wegliess und damit damals Zusatzabklärungen der Beklagten verhinderte, rechtfertigt es nicht, die von der Beklagten am 26. November 2012 erklärte Kündigung als noch rechtzeitig innert der Frist von Art. 6 Abs. 2 VVG zu qualifizieren. Vielmehr ist dazu auf Art. 8 Ziff. 2 VVG zu verweisen, wonach trotz Anzeigepflichtverletzung der Versicherer den Vertrag nicht kündigen kann, wenn der Versicherer (bzw. ein ihr zuzurechnender Funktionär) die Verschweigung oder unrichtige Angabe - wie oben dargelegt - veranlasst hat. Analoges gilt auch, wenn der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss (vgl. Art. 8 Ziff. 3 VVG).

5. Selbst wenn entgegen den vorstehenden Ausführungen, an welchen weiterhin festzuhalten ist, davon auszugehen wäre, dass dem Agenturleiter vor dem Abschluss des betreffenden Versicherungsvertrages (inkl. Ausfüllen der Gesundheitserklärung) keine Kenntnisse hinsichtlich der "Schulterproblematik" anzurechnen wären, bliebe es dabei, dass das Kündigungsrecht (gemäss Art. 6 Abs. 2 VVG) mit dem Kündigungsschreiben vom 26. November 2012 nicht rechtzeitig ausgeübt worden ist. Denn es ist aktenkundig, dass die Beklagte am 17. Oktober 2012 von einer im Jahre 2008 aufgetretenen "posttraumatischen Omarthrose bei Status nach partieller Humeruskopfnekrose" Kenntnis hatte (vgl. den FAX-Vermerk der Beklagten in KB 16 oben: "17.10 2012 14.36 FAX \_\_\_\_\_"), welche gemäss Angaben des Hausarztes Dr.med. St. G. vom 8. Oktober 2012 - zusammen mit einem Morbus Dupuytren - als Diagnosen mit Auswirkungen auf die Arbeitsfähigkeit gestellt wurden. Unterlässt es der Versicherer, nachdem er bereits am 17. Oktober 2012 erkennen konnte, dass eine Anzeigepflichtverletzung vorliegt, den Versicherungsvertrag rechtzeitig innert der Frist von vier Wochen nach Art. 6 Abs. 2 VVG zu kündigen, so dauert der Vertrag grundsätzlich mit dem bisherigen Inhalt fort (vgl. Urs Ch. Nef/Clemens von Zedtwitz, in: Basler Kommentar, Nachführungsband zum Versicherungsvertragsgesetz, Basel 2012, herausgegeben von Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund, S. 63, ad N 16, 3. Abs. mit Hinweisen).

6. Sodann kann - entgegen der Argumentation in der Klageantwort (S. 10) - aus dem Bericht des Handchirurgen Dr.med. F. vom 31. Oktober 2012, welcher den Versicherten gleichentags erstmals untersuchte, nicht schlüssig abgeleitet werden, dass der Kläger bei der am 29. Oktober 2010 und am 4. Januar 2011 erfolgten Beantwortung der Fragen zum Gesundheitszustand auf einen di-

agnostizierten Morbus Dupuytren hätte hinweisen müssen. Zudem erklärt Dr.med F. in seinem Bericht ausdrücklich, dass der Morbus Dupuytren nicht Ursache der geklagten Beschwerden sei (vgl. KB 17).

7. Aus all diesen Gründen ist in Gutheissung der Klage festzuhalten, dass die Kündigung der Zusatzversicherungen vom 26. November 2012 nichtig ist und dementsprechend der Kläger auf die in den (weiter geltenden) Zusatzversicherungen vereinbarten Leistungen Anspruch hat. Es wird Sache der Beklagten sein, die infolge der nichtigen Kündigung anfallenden Taggeld- und sonstigen Zusatzversicherungsleistungen ( \_\_\_\_\_ / \_\_\_\_\_ / Spitalversicherungen \_\_\_\_\_ ) zu ermitteln und nachzuzahlen. Soweit diesbezüglich noch Divergenzen hinsichtlich der Höhe der geschuldeten Leistungen auftreten sollten, wird dem Kläger dannzumal erneut der Rechtsweg offen stehen.

8.1 Für das vorliegende Klageverfahren werden keine Verfahrenskosten erhoben (vgl. oben Erw. 1.2 i.V.m. Art. 113 Abs. 2 lit. f ZPO).

8.2.1 Dem vorliegenden Obsiegen entsprechend hat der Kläger Anspruch auf eine Parteientschädigung zu lasten der Beklagten. Gemäss § 14 des kantonalen Gebührentarifs für Rechtsanwälte (GebT, SRSZ 280.411) beträgt das Honorar im Verfahren vor Verwaltungsgericht Fr. 300.-- bis Fr. 8'400.--. Im Rahmen der in diesem Tarif festgesetzten Mindest- und Höchstansätze ist die Vergütung nach der Wichtigkeit der Streitsache, ihrer Schwierigkeit, dem Umfang und der Art der Arbeitsleistung sowie dem notwendigen Zeitaufwand zu bemessen (§ 2 Abs. 1 GebT). Nach § 6 Abs. 1 GebT kann eine Partei eine spezifizierete Kostennote über ihre Tätigkeit und ihre Auslagen einreichen. Erscheint sie angemessen, ist sie der Festsetzung der Vergütung zugrunde zu legen. Andernfalls wird die Vergütung nach pflichtgemäsem Ermessen festgesetzt.

8.2.2 Der Rechtsvertreter des Klägers hat anlässlich der mündlichen Verhandlung eine Kostennote eingereicht, welche für den Zeitraum bis zum 4. September 2013 (und mithin ohne die Vorbereitung und Durchführung der mündlichen Verhandlung vom 16.10.2013) einen Zeitaufwand von 10.49 Stunden für den Rechtsvertreter und 21.3 Stunden für die Praktikantin ausweist und einen Betrag von Fr. 7'093.30 erreicht. Dieser geltend gemachte Aufwand von 32.19 Stunden (ohne mündliche Verhandlung) erweist sich als übersetzt. Auch der geltend gemachte Stundenansatz für den Rechtsvertreter (Fr. 230.--/h zuzüglich MwSt) übersteigt den nach ständiger verwaltungsgerichtlicher Praxis in Frage kommenden Höchstansatz von Fr. 220.--/h (inkl. MwSt). zusammenfassend ist das Honorar unter Einbezug der vorstehend dargelegten Aspekte ermessensweise auf Fr. 5'050.-- festzulegen (22 x 220.--, zuzüglich Barauslagen von 210.--). Dafür

spricht schliesslich auch, dass damit im Hinblick auf den vom Gesetzgeber in § 14 GebT festgelegten Honorarraumen (bis 8'400.--) noch Spielraum für komplexere und aufwändigere Verfahren verbleibt.

### **Demnach erkennt das Verwaltungsgericht:**

1. Die Klage wird im Sinne der Erwägungen gutgeheissen. Es wird festgehalten, dass die Kündigung vom 26. November 2012 nichtig ist und der Kläger Anspruch auf die entsprechenden Leistungen gemäss den weiterlaufenden Zusatzversicherungen hat.
2. Es werden keine Verfahrenskosten erhoben.
3. Dem obsiegenden Kläger wird zu lasten der unterliegenden Beklagten eine Parteientschädigung von Fr. 5'050.-- zugesprochen.
4. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit Zustellung Beschwerde\* in Zivilsachen beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden (Art. 42 und 72ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG, SR 173.110).  
  
Soweit die Beschwerde in Zivilsachen nicht zulässig ist, kann in derselben Rechtschrift subsidiäre Verfassungsbeschwerde\* erhoben und die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden (Art. 113ff. BGG).
5. Zustellung an:
  - den Vertreter des Klägers (2/R)
  - die Beklagte (R)
  - und an die Eidg. Finanzmarktaufsicht FINMA, 3003 Bern (A).

Im Namen des Verwaltungsgerichts

### **\*Anforderungen an die Beschwerdeschrift**

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