

II. Kammer
Sozialversicherungsrichter Mosimann, Vorsitzender
Sozialversicherungsrichter Gräub
Ersatzrichterin Lienhard
Gerichtsschreiberin Ryf
Urteil vom 20. Mai 2014
in Sachen
X.____, geb. 2002
Klägerin

gesetzlich vertreten durch den Vater Y.____

dieser vertreten durch Rechtsanwalt Thomas Laube
Anwaltskanzlei Kieser Senn Partner
Ulrichstrasse 14, 8032 Zürich

gegen

Helsana Zusatzversicherungen AG
Zürichstrasse 130, 8600 Dübendorf
Beklagte

vertreten durch Helsana Versicherungen AG
Versicherungsrecht
Postfach, 8081 Zürich Helsana

Sachverhalt:

1.

1.1 Am 28. Juni 2011 stellten Y.____ und Z.____ bei der Helsana Zusatzversicherungen AG (nachfolgend: Helsana) unter anderem den Antrag auf Abschluss der Krankenpflege-Zusatzversicherung TOP (nachfolgend: TOP) mit Versicherungsbeginn ab 1. Januar 2012 für ihre Tochter X.____, geboren 2002 (Urk. 7/2). Die Antragsunterzeichnung sowie das Ausfüllen und die Unterzeichnung des zugehörigen Fragebogens zum Gesundheitszustand von X.____ (Urk. 7/3) erfolgten im Rahmen eines Versicherungsberatungsgesprächs vom 28. Juni 2011 mit einem für die Helsana tätigen Versicherungsberater (vgl. Urk. 7/4). Bei der TOP handelt es sich um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG).

Im Oktober 2011 wurde den Eltern die ab 1. Januar 2012 gültige Versicherungspolice für ihre Tochter X.____ zugestellt, welche unter anderem die beantragte Versicherungsdeckung durch die TOP bei einer monatlichen Prämie von Fr. 4.10 vorsah (Urk. 7/6).

1.2 Im Frühjahr 2012 liessen die Eltern von X.____ der Helsana zwei Rechnungen von Dr. med. dent. A.____ für kieferorthopädische Behandlungen ihrer Tochter in der Zeit vom 27. September 2011 bis 6. März 2012 (Urk. 7/9-10) zugehen. Daraufhin holte die Helsana einen Bericht von Dr. A.____ (Urk. 7/12) sowie einen Bericht vom behandelnden Zahnarzt, Dr. med. dent. B.____ (Urk. 7/14), ein.

Mit Schreiben vom 5. Juni 2012 (Urk. 7/15) teilte die Helsana den Eltern mit, dass sie die für X.____ abgeschlossene TOP zufolge einer Anzeigepflichtverletzung anlässlich des Versicherungsabschlusses per 30. Juni 2012 kündige. Zudem verneinte sie ihre Leistungspflicht für die in der Zeit vom 1. Januar bis 30. Juni 2012 im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Beschwerdebild durchgeführten Behandlungen und bot an, X.____ ab 1. Juli 2012 im Rahmen der TOP unter Ausschluss kieferorthopädischer und/oder kiefer-/oralchirurgischer Behandlungen zu versichern.

Nachdem sich die Eltern von X.____ am 17. Juli 2012 gegen die von der Helsana ausgesprochene Sanktion gewandt hatten (Urk. 7/17), hielt Letztere mit Schreiben vom 26. Juli 2012 (Urk. 7/18) daran fest.

2.

2.1 Am 12. Oktober 2012 erhob die Versicherte Klage gegen die Helsana und stellte folgende Anträge (Urk. 1 S. 2 oben):
„1. Die Beklagte hat der Versicherten die Kosten für die laufende kieferorthopädische und/oder kiefer-/oralchirurgische Behandlung zu ersetzen.“

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Versicherungsdeckung der TOP Krankenpflege-Zusatzversicherung ab 1. Juli 2012 zu gewähren, mit Einschluss der kieferorthopädischen und/oder kiefer-/oralchirurgischen Behandlungen und ihr die entsprechende Police auszustellen, mit der ursprünglich vereinbarten Prämie von Fr. 4.10 pro Monat.“ Mit Klageantwort vom 16. November 2012 beantragte die Helsana die Abweisung der Klage, soweit darauf einzutreten sei (Urk. 6 S. 2 oben).

2.2 Im Oktober 2012 liess die Helsana den Eltern der Klägerin die ab 1. Januar 2013 gültigen Versicherungspolice (Grund- und Zusatzversicherung) für die bei ihr versicherten Mitglieder der Familie C.____ zukommen (vgl. Urk. 9/1-2), darunter die Versicherungspolice für die Klägerin, welche unter anderem eine (uneingeschränkte) Versicherungsdeckung durch die TOP bei einer monatlichen Prämie von Fr. 11.00 vorsah. Mit Schreiben vom 14. November 2012 (Urk. 9/3) informierte die Helsana die Eltern unter Hinweis auf das Kündigungsschreiben vom 5. Juni 2012 sowie das vorliegende Verfahren dahingehend, dass die im Oktober 2012 versandte Police als gegenstandslos zu betrachten sei.

Mit Eingabe vom 20. November 2012 beantragte die Klägerin zusätzlich zu den mit Klage vom 12. Oktober 2012 gestellten Anträgen, es sei festzustellen, dass die ihr von der Beklagten zugestellte Krankenversicherungspolice vom Oktober 2012 ab 1. Januar 2013 inklusive die TOP ohne Vorbehalt für sie (die Klägerin) nicht gegenstandslos, sondern rechtlich verbindlich sei (Urk. 8 S. 2 Ziff. 6).

Die Beklagte beantragte am 13. Dezember 2012, der zusätzlich gestellte Antrag der Klägerin sei abzuweisen. Eventuell sei er bezüglich der TOP sowie der damit verbundenen Helsana-advocare PLUS Rechtsschutzversicherung abzuweisen (Urk. 14 S. 2 oben).

2.3 Am 14. Dezember 2012 wurden eine Instruktionsverhandlung mit persönlicher Befragung der Eltern der Klägerin sowie eine Einvernahme des am Versicherungsabschluss beteiligten Versicherungsberaters als Zeugen durchgeführt (Urk. 10-11, Protokoll S. 2 ff.). Anlässlich der Verhandlung reichten die Eltern eine weitere Rechnung von Dr. A.____ für die Behandlung der Klägerin in der Zeit vom 17. April bis 8. November 2012 (Urk. 13) ein. Mit Gerichtsverfügung vom 14. Dezember 2012 (Urk. 16) wurde den Parteien das Protokoll der Verhandlung zugestellt und ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet.

Mit Replik vom 11. Januar 2013 stellte die Klägerin folgende Anträge (Urk. 20 S. 2):

„1. Die Beklagte habe der Versicherten die Kosten für die laufende kieferorthopädische und/oder kiefer-/oralchirurgische Behandlung, bisher Fr. 2'178.75, zuzüglich Zins zu 5 % ab Eingabe dieser Replik, zu ersetzen.

2. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin die Versicherungsdeckung der TOP Krankenpflege-Zusatzversicherung ab 1. Juli 2012 zu gewähren, mit Einschluss der kieferorthopädischen und/oder kiefer-/oralchirurgischen Behandlungen und ihr die entsprechende Police auszustellen, mit der ursprünglich vereinbarten Prämie von Fr. 4.10 pro Monat.

3. Eventuell sei festzustellen, dass die von der Beklagten der Klägerin bzw. ihrer Familie zugestellte Krankenversicherungspolice vom Oktober 2012 ab 1.1.2013 inklusive die TOP Krankenpflege-Zusatzversicherung samt kieferorthopädischen und/oder kiefer-/oralchirurgischen Behandlungen ohne Vorbehalt für X.____ gilt, zu einer Prämie von Fr. 11.00 pro Monat.“

Die Beklagte hielt mit Duplik vom 12. Februar 2013 an ihren Anträgen gemäss Klageantwort vom 16. November 2012 sowie gemäss Eingabe vom 13. Dezember 2012 vollumfänglich fest (Urk. 24 S. 2 oben), was der Klägerin am 14. Februar 2013 zur Kenntnis gebracht wurde (Urk. 26).

Mit Eingabe vom 28. März 2013 (Urk. 27) reichte die Klägerin eine weitere Rechnung von Dr. A.____ für ihre Behandlung vom 14. März 2013 (Urk. 28) ein.

Das Gericht zieht in Erwägung:

1.

1.1 Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) unterstehen nach Art. 12 Abs. 3 KVG dem VVG. Die Kantone können ein Gericht bezeichnen, welches als einzige kantonale Instanz für solche Streitigkeiten zuständig ist (Art. 7 der Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO). Im Kanton Zürich liegt die Zuständigkeit beim Sozialversicherungsgericht (§ 2 Abs. 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach Art. 244 bis 247 ZPO (einfaches Verfahren; Art. 243 Abs. 2 lit. f ZPO). Die Klage wird direkt beim Gericht anhängig gemacht (BGE 138 III 558 E. 3.2 und 4.6). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des hiesigen Gerichts zur Beurteilung der eingereichten Klage ist gegeben (vgl.

Urk. 7/7 Ziff. 31).

1.2 Streitigkeiten aus den Zusatzversicherungen gemäss VVG sind privatrechtlicher Natur (BGE 133 III 439 E.

2.1 mit Hinweisen). Als Teil des Privatrechts räumt das VVG den Parteien weitgehende Vertragsfreiheit ein, solange sie die Schranken der Rechtsordnung beachten, wobei sich der Vertragsinhalt betreffend die Zusatzversicherungen regelmässig nach den vorformulierten AVB richtet (Iten, Der private Versicherungsvertrag: Der Antrag und das Antragsverhältnis unter Ausschluss der Anzeigepflicht, Freiburg 1999, S. 23). Art. 100 Abs. 1 VVG erklärt sodann die Bestimmungen des Obligationenrechts (OR) als anwendbar, soweit das VVG keine Vorschriften enthält.

1.3 Gemäss Art. 8 des Zivilgesetzbuches (ZGB) hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden beziehungsweise rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung müssen im Privatversicherungsrecht die anspruchsbegründenden Tatsachen lediglich mit dem Beweisgrad der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erwiesen sein (BGE 130 III 321 E. 3.1 und 3.5). Das gilt auch für den Beweis von anspruchshindernden Tatsachen (Die Praxis 80/1991, Nr. 230, S. 964 f. E. 3b [Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990]).

2.

2.1 Die Klägerin machte in ihrer Klage (Urk. 1) geltend, ihre Eltern hätten den für die Beklagte tätigen Versicherungsberater anlässlich des Versicherungsberatungsgesprächs vom 28. Juni 2011 orientiert darüber, dass im Januar 2012 eine Untersuchung ihrer Tochter beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ geplant sei, welche zeigen werde, ob ein kieferorthopädisches Vorgehen angezeigt sei oder nicht. Der Versicherungsberater habe erklärt, dass dies für die Versicherungsdeckung kein Problem sei, und deshalb sowohl die Frage 2a der Gesundheitsdeklaration, ob eine Behandlung beziehungsweise Kontrolle bei einem Zahnarzt laufe oder eine solche bevorstehe, als auch die Frage 2b, ob eine Untersuchung empfohlen, jedoch noch nicht durchgeführt worden sei, mit „nein“ beantwortet. Ihre im Gesundheits- und Versicherungswesen unerfahrenen und beratungsbedürftigen Eltern hätten der Auskunft des Versicherungsspezialisten vertraut (S. 4 Ziff. 7, S. 8 Ziff. 13).

Auch die Frage 5, ob eine Fehlstellung der Zähne oder des Kiefers bestehe, habe der Versicherungsberater zweimal mit „nein“ angekreuzt. Im Zeitpunkt der Antragsunterzeichnung hätten ihre Eltern noch nicht gewusst, dass eine Zahn-/Kieferfehlstellung bestehe. Der Zahnarzt Dr. B. ___ habe sie am 2. März 2011 lediglich darüber orientiert, dass ein frontal offener Biss bestehe. Es habe nicht festgestanden, ob dies eine Fehlstellung der Zähne/des Kiefers darstelle, welche behandelt werden müsse. Erst am 27. September 2011 seien sie von Dr. A. ___ informiert worden, dass tatsächlich eine Zahn-/Kieferfehlstellung (Distalbiss, Engstand) bestehe. Die Untersuchung bei Dr. A. ___ vom 12. Januar 2012 habe sodann gezeigt, dass eine kieferorthopädische Behandlung notwendig sei. Die Frage 5 sei deshalb im Zeitpunkt des Antrags am 28. Juni 2011 richtig beantwortet worden (S. 4 f. Ziff. 8-9, S. 6 Ziff. 11.2).

Abgesehen davon habe für ihre Eltern keine Notwendigkeit bestanden, die bereits seit mehreren Jahren bei einem anderen Versicherungsanbieter bestehende Zahnpflegeversicherung, welche auch die Orthodontie abgedeckt habe und welche erst am 31. Dezember 2013, mit Verlängerungsoption, abgelaufen wäre, vorzeitig zu erneuern. Das Interesse habe beim Versicherungsberater der Beklagten gelegen, welcher für einen Grossteil der Familie für die Beklagte einen Neuabschluss der Krankenversicherung habe tätigen können, mit Provisionsfolge (S. 3 Ziff. 5-6, S. 6 Ziff. 11.1).

Ihre Eltern seien vom Versicherungsberater falsch beraten worden. Die Beklagte habe sich die falsche Beratung und falsche Aufklärung kraft Art. 101 OR anrechnen zu lassen. Der Versicherungsberater habe seine Pflicht, allfällige Auskünfte und Ratschläge im Hinblick auf den möglichen Vertragsabschluss nach bestem Wissen und Gewissen zu erteilen, verletzt. Dies ziehe eine Haftung aus „culpa in contrahendo“ nach sich (S. 6 f. Ziff. 11.3-4), deren Rechtsfolge eine vertragliche Haftung auf das positive Vertragsinteresse sei (S. 7 Ziff. 12). Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung habe auch die Verletzung der Informations- beziehungsweise Beratungspflicht eine vertragliche Haftung zur Folge (S. 8 Ziff. 14).

2.2 Die Beklagte bestritt in ihrer Klageantwort (Urk. 6) demgegenüber, dass die Eltern der Klägerin dem Versicherungsberater mitgeteilt hätten, dass im Januar 2012 eine Untersuchung der Klägerin beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ stattfinden werde. Der Vater der Klägerin habe dem Versicherungsberater gegenüber leidgegen erwähnt, „es könne eventuell mal etwas kommen“. Der Versicherungsberater habe bezüglich dieser unkonkreten Information erklärt, dass dies für die Versicherungsdeckung kein Problem sei. Wäre er über die bereits gestellte Diagnose sowie darüber, dass eine Behandlung konkret in Aussicht stehe, informiert worden, hätte er den Eltern der Klägerin mit Sicherheit nicht gesagt, sie könnten sämtliche Fragen, insbesondere die Fragen 2a, 2b und 5, mit „nein“ beantworten, zumal er nicht in den Genuss einer Provision komme, wenn das Vertragsverhältnis zufolge einer Anzeigepflichtverletzung aufgelöst werde (S. 6 f. Ziff. 11, S. 11 Ziff. 9, S. 11 f. Ziff. 12).

Sodann habe Dr. B. ___ die Eltern der Klägerin bereits am 2. März 2011 über die bestehende Zahn-/Kieferfehlstellung informiert und die Klägerin am 4. März 2011 an Dr. A. ___ überwiesen. Im Zeitpunkt der Überweisung sei den Eltern der Klägerin klar gewesen, dass bei der Klägerin eine Fehlstellung der Zähne/des Kiefers bestehe (S. 7 f. Ziff. 12-13). Bezüglich der korrekten und wahrheitsgemässen Beantwortung der Frage 5 der Gesundheitsdeklaration sei nicht relevant, ob die Fehlstellung behandlungsbedürftig gewesen sei oder nicht (S. 8 Ziff. 15, S. 11 Ziff. 10).

Da die Eltern der Klägerin die Fragen 2a, 2b und 5 der Gesundheitsdeklaration wahrheitswidrig mit „nein“ beantwortet hätten, liege bezüglich dieser Fragen eine zur Kündigung berechtigte Anzeigepflichtverletzung vor (S. 9 f. Ziff. 25). Der Versicherungsberater habe die Eltern der Klägerin nicht falsch beraten (S. 10 Ziff. 6, S. 12 Ziff. 15-16) und diese hätten mit ihrer Unterschrift auf der Gesundheitsdeklaration am 28. Juni 2011 bestätigt, dass die Fragen vollständig und wahrgemäss beantwortet worden seien (S. 10 Ziff. 7).

2.3 Am 14. Dezember 2012 wurde der Versicherungsberater der Beklagten als Zeuge einvernommen (Protokoll S. 2 ff.). Er sagte aus, bei der Beklagten in der Funktion als Versicherungsberater im Aussendienst angestellt zu sein, dies seit 2009. Er erhalte einen Fixlohn und einen Leistungslohn. Letzterer werde monatlich ausbezahlt. Bei Auflösung eines Versicherungsverhältnisses müsse die Prämie im ersten Jahr ganz und im zweiten Jahr zur Hälfte zurückbezahlt werden (S. 3 oben). Er und die Eltern der Klägerin hätten die Gesundheitsprüfung für die Klägerin gemeinsam angeschaut. Irgendwann einmal sei das Thema Zahnsperre zur Sprache gekommen. Sie seien die Fragen gemeinsam durchgegangen (S. 3 unten). Danach gefragt, ob beim Gespräch die Diagnose des frontal offenen Bisses ein Thema gewesen und in welcher Weise darüber gesprochen worden sei, gab der Zeuge an, als die Frage betreffend Kieferfehlstellung und Zahnfehlstellung an der Reihe gewesen sei, sei von den Eltern im ersten Moment nichts gekommen, wohl unbewusst. Dann habe er nachgefragt, ob sie einmal beim Zahnarzt gewesen seien und ob etwas in Richtung Fehlstellung/Korrektur gewesen sei. Er habe selber Kinder und kenne das. Es sei nicht direkt gesagt worden, es komme zu einer Spange. Das sei offen. Es könne sein, dass einmal eine Spange komme (S. 3 unten, S. 4 oben).

Die Frage, ob die Eltern der Klägerin die im Januar 2012 geplante Untersuchung beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ erwähnt hätten, beantwortete der Zeuge mit nein und gab an, es sei angesprochen worden, dass sie beim Zahnarzt gewesen seien, und dass nichts geplant sei. Wie er noch wisse, sei es so gewesen. Sie hätten gesagt, es könne sein, dass mal noch etwas komme. Aber geplant sei zu diesem Zeitpunkt noch nichts gewesen (S. 4 oben).

Danach gefragt, ob er den Eltern der Klägerin empfohlen habe, die Fragen 2a, 2b und 5 mit „nein“ zu beantworten, sagte der Zeuge aus, er fülle immer die Gesundheitsfragen aus. Das sei ein Service. Er habe mit „nein“ angekreuzt, da alles offen gewesen sei. Zu diesem Zeitpunkt sei noch nichts fest gewesen. Wenn sie gesagt hätten, es bestehe ein offenes Gebiss und im Januar 2012 komme eine Spange, hätten sie die Klägerin natürlich nie aufgenommen (S. 4 unten).

Im Rahmen der weiteren Befragung sagte der Zeuge aus, die Eltern der Klägerin über das Risiko einer Ablehnung des Versicherungsantrags oder eine Auflösung des Vertrags bei vorbestehenden Gesundheitsproblemen aufmerksam gemacht

zu haben (S. 4 unten, S. 5 oben). Das Thema Zahnsperre sei ein heikles Thema bei jeder Versicherung. Er sei der Meinung, dass die Familie das nicht habe verleugnen wollen. Es sei so gewesen, wie er gesagt habe. Er glaube nicht, dass man es zu diesem Zeitpunkt gewusst und verlogen habe. Das könne er sich nicht vorstellen (S. 5 oben).

Auf die Ergänzungsfrage des Rechtsvertreters der Klägerin, was im Zusammenhang mit dem Thema Zahnsperre genau gesagt worden sei, gab der Zeuge an, er sei es gewesen, der nach der Zahnsperre gefragt habe. Die Eltern der Klägerin hätten nicht von sich aus erwähnt, dass vielleicht eine Zahnsperre kommen werde. Erwähnt worden sei der normale Zahnarztbesuch. Er habe gefragt, ob der Zahnarzt gesagt habe, es käme eine Sperre. Sie hätten gesagt, dass sie beim Zahnarzt gewesen seien und dass dieser nichts gesagt habe. Den genauen Wortlaut könne er nicht wiedergeben (S. 5 unten). Vom Rechtsvertreter der Klägerin danach gefragt, wie viele Kundengespräche er pro Woche habe, gab der Zeuge - nachdem die Rechtsvertreterin der Beklagten diese Frage als zu weitgehend bezeichnet hatte - an, er habe viele Gespräche. Auf die Frage des Rechtsvertreters der Klägerin, wie das Verhältnis zwischen Fixlohn und variablem Lohn sei, sagte der Zeuge schliesslich aus, er habe einen sehr hohen Fixlohn (S. 6).

2.4 Im Rahmen der am 14. Dezember 2012 durchgeführten Instruktionsverhandlung wurden die Eltern der Klägerin persönlich befragt (Protokoll S. 7 ff.). Danach gefragt, inwieweit beim Beratungsgespräch der aktuelle Gesundheitszustand der Klägerin angesprochen worden sei, sagten sie aus, es sei um die Fragen auf dem Formular gegangen, welche man habe ankreuzen müssen. Bei zwei Fragen sei es um die Zähne gegangen. Auf die Frage, ob beim Gespräch die Diagnose des frontal offenen Bisses ein Thema gewesen und in welcher Weise darüber gesprochen worden sei, gaben die Eltern der Klägerin an, der Ausdruck „frontal offener Biss“ sei so nicht zu Wort gekommen. Sie hätten gesagt, dass sie einen Termin im Januar hätten. So, wie Dr. B. ___ es ihnen weitergegeben habe (S. 7 oben). Im Zeitpunkt des Beratungsgesprächs vom 28. Juni 2011 sei ihnen absolut nicht bewusst gewesen, dass eine zahnmedizinische Abklärung anstehe und allenfalls grössere Kosten erwachsen würden (S. 7 Mitte).

Sie könnten nicht genau sagen, wann ihnen der Untersuchungstermin bei Dr. A. ___ vom Januar 2012 mitgeteilt worden sei. Dies müssten sie in den Unterlagen nachschauen. Sie hätten anlässlich des Gesprächs mit dem Versicherungsberater gesagt, dass sie einen Termin bei Dr. A. ___ hätten. Der Versicherungsberater habe gesagt, das sei erst 2012 und tue nichts zur Sache. Dann habe er das Kreuzli gemacht (S. 7 unten). Sie hätten keine Erklärung dafür, warum Dr. A. ___ in seinem Bericht vom 9. Mai 2012 (vgl. Urk. 7/12) als Zeitpunkt der Kenntnisnahme einer Zahn-/Kieferfehlstellung den 27. September 2011 genannt habe. Er sei erst ab 2012 involviert gewesen. Dr. B. ___ habe mit Dr. A. ___ den Termin abgemacht (S. 8 oben).

Danach gefragt, aus welchem Grund sie die Fragen 2a, 2b und 5 der Gesundheitsdeklaration mit „nein“ beantwortet hätten, gaben die Eltern der Klägerin an, der Versicherungsberater habe sie aufgeklärt, und sie hätten gesagt, dass 2012 ein Termin bei Dr. A. ___ anstehe, um zu schauen, wie es sei, um abzuklären. Sie hätten nicht gewusst, was komme. Sie hätten ihn zwei- bis dreimal darauf aufmerksam gemacht, dass sie die Versicherung nicht abschliessen würden, wenn es Komplikationen gebe, da sie mit der bestehenden Zahnversicherung gut versichert gewesen seien. Sie hätten dem Versicherungsberater gesagt, dass er ihnen sagen müsse, wenn es Probleme geben sollte. Er habe gesagt, es sei erst nächstes Jahr, und habe das Kreuz bei „nein“ gemacht. Aufgrund des Alters der Klägerin hätten sie schon gewusst, dass es irgendwann mal Probleme geben könnte, weshalb sie ja auch die andere Versicherung abgeschlossen gehabt hätten (S. 8 Mitte).

Mit dem anderen Versicherungsanbieter hätten sie Probleme gehabt und das Versicherungsverhältnis beenden wollen. In dieser Zeit habe jemand von der Beklagten angerufen und so sei der Kontakt entstanden. Der Versicherungsberater habe die Kündigungen vorbereitet und sie hätten die bestehende Versicherung erst gekündigt, nachdem sie bei der Beklagten aufgenommen worden seien, was für sie ein Zeichen gewesen sei, dass alles in Ordnung sei (S. 8 unten).

Auf die Ergänzungsfrage der Rechtsvertreterin der Beklagten, ob sie dem Versicherungsberater gegenüber nichts von einem offenen Biss erwähnt hätten, gab die Mutter der Klägerin an, sie sei mit der Klägerin bei Dr. B. ___ gewesen. Mit dem Ausdruck „frontal offener Biss“ hätten sie nicht viel anfangen können. Anlässlich des Beratungsgesprächs sei dieser nicht erwähnt worden. Sie hätten gesagt, dass sie einen Termin beim Kieferorthopäden hätten. Es sei offen und sie müssten für Abklärungen dorthin. Das genaue Datum der Besprechung bei Dr. B. ___ wüssten sie nicht mehr (S. 9 oben). Auf die Frage der Rechtsvertreterin der Beklagten, ob Dr. B. ___ am Termin über die Zahnfehlstellung beziehungsweise den offenen Biss gesprochen habe, gab die Mutter der Klägerin an, dass ihr das nicht bewusst sei. Vielleicht habe er es schon erwähnt, dieser Begriff sage ihr aber nichts. Er habe das Daumenlutschen der Klägerin angesprochen. Er sei eher locker und offen gewesen, und sie habe ihn im Sinne von „schauen wir mal weiter“ verstanden (S. 9 Mitte). Der Vater der Klägerin fügte schliesslich an, dass sie keine Absicht gehabt hätten, etwas zu vertuschen. Sie hätten auch nichts zu verlieren gehabt, da sie dannzumal ja bereits eine Versicherung gehabt hätten (S. 9 unten).

2.5 In ihrer Replik (Urk. 20) brachte die Klägerin zusammenfassend vor, die Aussagen vom 14. Dezember 2012 hätten ergeben, dass ihre Eltern dem Versicherungsberater alles mitgeteilt hätten, was sie gewusst hätten: Den vergangenen Zahnarzttermin sowie den bevorstehenden Termin beim Kieferorthopäden; sie hätten den Versicherungsberater darauf aufmerksam gemacht, dass sie die Versicherung nicht abschliessen würden, wenn es Komplikationen geben könnte, da sie bei der bestehenden Versicherung eine gute Deckung gehabt hätten. Sie hätten dem Versicherer diejenigen Gefahrtatsachen, die sie gekannt hätten oder hätten kennen müssen, zutreffend mitgeteilt. Sie hätten nicht gewusst, was ein frontal offener Biss sei und hätten diese Tatsache, welche ihnen vom Facharzt erst am 27. September 2011 damals noch ohne Untersuchung mitgeteilt worden sei, dem Versicherungsberater nur schon wegen dieses Zeitablaufs nicht angeben können (S. 18 Ziff. 45).

Für den Fall, dass das Gericht zum Schluss komme, es seien die Voraussetzungen der Anzeigepflichtverletzung auch bei striktem Beweismass gegeben, sei festzuhalten, dass die Beklagte gemäss Art. 8 VVG den Vertrag nicht kündigen dürfen: Der Versicherungsberater habe vom vergangenen Zahnarzttermin und vom geplanten Termin beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ gewusst. Er habe die „angeblich“ unrichtig angezeigte Tatsache gekannt beziehungsweise die unrichtige Angabe veranlasst. Der Versicherungsberater habe für den Fall, dass vorliegend eine Anzeigepflicht bejaht werden müsse, seine Informations- und Beratungspflicht verletzt: Er hätte ihren Eltern mitteilen müssen, dass, wie er wusste, die Zahnversicherungen heikel seien und hätte ihnen sicherheitshalber vom Vertragsabschluss abraten müssen (S. 18 f. Ziff. 45-49).

Eventuell sei davon auszugehen, dass die Beklagte mit der Ausstellung der Police vom Oktober 2012 unter Einschluss der TOP Krankenpflege-Zusatzversicherung ohne Vorbehalt für sie (die Klägerin) anerkannt habe, dass sie für die ab 1. Januar 2013 anfallenden kieferorthopädischen Kosten aufzukommen habe. Dies für den Fall, dass das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung bejaht werde, dass Art. 8 VVG vorliegend nicht anwendbar sei und dass auch die Informations- und Beratungspflicht nicht verletzt worden sei (S. 19 Ziff. 49).

2.6 Die Beklagte stellte sich in ihrer Duplik (Urk. 24) zusammenfassend auf den Standpunkt, bezüglich der Frage 2a sei ihrerseits keine Sanktionierung ausgesprochen worden. Ob hinsichtlich der Frage 2b eine Anzeigepflichtverletzung vorliege, könne dahingestellt bleiben (S. 23 Ziff. 70). Frage 5 der Gesundheitsdeklaration sei klar unter Verletzung der Anzeigepflicht beantwortet worden. Es stehe fest und sei unbestritten, dass die Eltern der Klägerin, beziehungsweise die Mutter, bereits am 2. März 2011 über die Diagnose des offenen Bisses informiert worden seien. Die Eltern der Klägerin hätten somit die erhebliche Gefahrentatsache der Fehlstellung der Zähne/des Kiefers gekannt oder hätten diese nach Art. 6 Abs. 1 VVG zumindest kennen müssen. Dennoch hätten sie die Frage 5 durch den Versicherungsberater jeweils mit „nein“ beantworten lassen und die Antworten auf der Gesundheitsdeklaration mit ihrer eigenhändigen Unterschrift bestätigt. Den Versicherungsberater hätten sie nachgewiesenermassen nicht über die entsprechende Diagnose informiert. Die Sanktionierung beziehungsweise Kündigung des Versicherungsvertrages nach Art. 6 VVG wegen Verletzung der Anzeigepflicht sei daher rechtmässig erfolgt (S. 23 Ziff. 71). Eine Haftung über Art. 101 OR für falschen Rat und Auskunft sowie ein Kündigungsausschluss nach Art. 8 VVG komme nicht in Betracht. Dass die Eltern der Klägerin den Versicherungsberater nicht über die bestehende Diagnose des offenen Bisses informiert hätten, stehe unstrittig fest. Strittig sei nur, ob die Eltern der Klägerin den Versicherungsberater darüber informiert hätten, dass ein Termin beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ bevorgestanden habe. Dies habe die Beklagte bestritten und die Klägerin habe den für die entsprechende Behauptung erforderlichen strikten Beweis nicht erbringen können (S. 23 Ziff. 72).

Selbst wenn die Eltern der Klägerin den Versicherungsberater darüber informiert hätten, dass ein Termin beim Kieferorthopäden Dr. A. ___ bevorgestanden habe, oder das Gericht wider Erwarten und in Verletzung der Beweisregeln nach Art. 8 ZGB den strikten Beweis hierfür als erbracht erachten würde, entfielen eine Haftung der Beklagten über Art. 101 OR für falschen Rat und Auskunft wie auch ein Kündigungsausschluss nach Art. 8 VVG. Sie gebe der Klägerin darin Recht und anerkenne, dass der bevorstehende Termin beim Kieferorthopäden für sich allein genommen keine erhebliche Gefahrentatsache darstelle. Somit stimmten die Parteien darin überein, dass die entsprechende Vermutung gemäss Art. 4 Abs. 3 VVG als widerlegt gelte. Da somit bezüglich der Frage 2b keine Anzeigepflichtverletzung vorliege, entfallen selbstverständlich auch eine Haftung für Rat und Auskunft über Art. 101 OR sowie ein Kündigungsausschluss nach Art. 8 VVG (S. 23 f. Ziff. 73).

Schliesslich könne die versehentliche Zustellung der Police vom 12. Oktober 2012 per 1. Januar 2013 bezüglich der TOP nicht als Anerkennung oder teilweise Anerkennung der Klage qualifiziert werden. Es sei dadurch kein neuer Versicherungsvertrag entstanden, auch kein (gekündigter) Versicherungsvertrag fortgesetzt worden und habe sich die Beklagte dadurch weder konkret noch abstrakt dazu verpflichtet, die nach dem 1. Januar 2013 entstehenden kieferorthopädischen Kosten zu übernehmen (S. 24 Ziff. 74).

3. Strittig und zu prüfen ist, ob die Klägerin aus der Zusatzversicherung TOP Anspruch auf Übernahme der ab 1. Januar 2012 angefallenen Kosten für kieferorthopädische und/oder kiefer-/oralchirurgische Behandlungen hat.

4.

4.1 Unbestritten und ausgewiesen ist, dass zwischen der Beklagten und der Klägerin beziehungsweise deren Eltern ein Versicherungsvertrag zustande gekommen ist, welcher eine Versicherungsdeckung durch die TOP mit Versicherungsbeginn am 1. Januar 2012 vorsah (vgl. Urk. 7/2 und Urk. 7/5-6).

Strittig und zu prüfen ist, ob die Beklagte berechtigt war, diesen Vertrag am 5. Juni 2012 durch Kündigung aufzulösen (vgl. Urk. 7/15).

4.2 Anwendbar auf das Vertragsverhältnis sind zum einen die Bestimmungen des VVG und zum anderen die Vereinbarungen, die in der im Oktober 2011 ausgestellten Versicherungspolice der Klägerin (Urk. 7/6) festgehalten sind, nämlich die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB) für Krankenzusatzversicherungen (KZV), Ausgabe 2008 (Urk. 7/7) sowie die Zusätzlichen Versicherungsbedingungen (ZVB) TOP Krankenpflege-Zusatzversicherung für spezielle Leistungen, Ausgabe 2011 (Urk. 7/8).

4.3 Nach Art. 4 Abs. 1 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen. Art. 4 Abs. 2 VVG erklärt diejenigen Gefahrstatsachen als erheblich, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben. Dabei werden nach Art. 4 Abs. 3 VVG diejenigen Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, als erheblich vermutet. Hat 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 gemäss Art. 6 VVG berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam (Abs. 1). Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (Abs. 2). 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 (Abs. 3).

In Art. 8 VVG werden verschiedene Konstellationen genannt, unter denen der Versicherer trotz Vorliegens einer Anzeigepflichtverletzung den Vertrag nicht kündigen kann. So ist ein Rücktritt unter anderem dann ausgeschlossen, wenn der Versicherer die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat (Ziff. 2), wenn der Versicherer die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss (Ziff. 3), oder wenn der Versicherer die unrichtig angezeigte Tatsache richtig gekannt hat oder gekannt haben muss (Ziff. 4).

4.4Ziff. 17.1-3 der vorliegend anwendbaren AVB (Urk. 7/7) entsprechen der gesetzliche Regelung gemäss Art. 4 Abs. 1 und Art. 6 Abs. 1-3 VVG.

5.

5.1Im Lichte der dargelegten rechtlichen Grundlagen (vorstehend E. 4.3-4) stellt sich zunächst die Frage, ob die Klägerin beziehungsweise ihre Eltern entsprechend dem Vorwurf der Beklagten eine Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 4 VVG begangen haben, welche der Beklagten das Recht zum Vertragsrücktritt nach Art. 6 VVG verlieh.

5.2Im Kündigungsschreiben vom 5. Juni 2012 (Urk. 7/15) hielt die Beklagte der Klägerin vor, sie beziehungsweise ihre Eltern hätten die Anzeigepflicht verletzt, indem sie in der am 28. Juni 2011 unterzeichneten Gesundheitsdeklaration Frage 5, ob eine Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers bestehe, sowie Frage 2b, ob eine Untersuchung/medizinische Abklärung empfohlen, jedoch noch nicht durchgeführt worden sei, mit „nein“ beantwortet hätten und nicht darauf hingewiesen hätten, dass sie am 2. März 2011 über ein kieferorthopädisches Leiden der Klägerin informiert worden seien und am 4. März 2011 eine Überweisung an Dr. A.____ erfolgt sei.

5.3Die TOP deckt unter anderem kieferorthopädische sowie kieferchirurgische Behandlungen gemäss den Bestimmungen der ZVB ab (vgl. Urk. 7/8 Ziff. 7). Die mit Frage 5 der Gesundheitsdeklaration erfragte Tatsache des Bestehens einer Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers ist für die Beschwerdegegnerin zur Abschätzung des zu versichernden Risikos von Bedeutung und stellt daher eine Gefahrstatsache im Sinne von Art. 4 Abs. 1 VVG dar, was unbestritten ist. Nachdem Frage 5 der Gesundheitsdeklaration bestimmt und unzweideutig formuliert ist, ist eine Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers als erhebliche Gefahrstatsache zu werten (vgl. Art. 4 Abs. 3 VVG), was ebenfalls nicht bestritten wurde. Sofern den Eltern der Klägerin im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt war oder hätte bekannt sein müssen, dass bei der Klägerin eine Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers bestand, traf sie demnach eine Anzeigepflicht im Sinne von Art. 4 VVG.

Da die Beklagte aus der Anzeigepflichtverletzung Rechte zu ihren Gunsten ableitet, obliegt ihr der Beweis dafür, dass die Klägerin anlässlich des Vertragsabschlusses die Gefahrstatsache einer Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers kannte oder hätte kennen müssen (Art. 8 ZGB; vgl. BGE 108 II 550 E. 2b).

5.4Als Beweis für die von ihr behauptete Anzeigepflichtverletzung reichte die Beklagte einen Bericht des behandelnden Zahnarztes Dr. B.____ vom 30. Mai 2012 (Urk. 7/14) zu den Akten. Darin gab Dr. B.____ an, mit den Eltern der Klägerin anlässlich der Konsultation vom 2. März 2011 über die bestehende Zahn-/Kieferfehlstellung der Klägerin gesprochen zu haben. Er habe die Eltern darüber informiert, dass die Klägerin einen frontal offenen Biss habe. Die Überweisung an Dr. A.____ sei am 4. März 2011 erfolgt.

5.5Gestützt auf die schriftliche Auskunft von Dr. B.____ ist davon auszugehen, dass dieser die Eltern der Klägerin im März 2011 darüber informierte, dass bei der Klägerin ein frontal offener Biss besteht. Dies wurde von der Klägerin in der Klage denn auch nicht bestritten (vgl. Urk. 1 S. 4 f. Ziff. 8 und S. 6 Ziff. 11.2, vgl. auch vorstehend E. 2.1). Bei einem frontal offenen Biss handelt es sich offensichtlich um eine Zahn-/Kieferfehlstellung, was sich bereits aus dem Umstand ergibt, dass der behandelnde Zahnarzt eine Überweisung an den Spezialisten als angezeigt erachtete.

Im Gegensatz zu den Ausführungen in der Klageschrift sagte die Mutter der Klägerin anlässlich der persönlichen Befragung vom Dezember 2012 alsdann zwar aus, ihr sei nicht bewusst, dass Dr. B.____ anlässlich der Konsultation vom März 2011 von einem offenen Biss gesprochen habe. Gleichzeitig relativierte sie ihre Aussage aber dahingehend, dass er es vielleicht schon erwähnt habe, ihr dieser Begriff aber nichts sage (Protokoll S. 9 Mitte).

Angesichts der unbestrittenen Tatsache, dass Dr. B.____ die Zahn- beziehungsweise Kieferstellung der Klägerin im März 2011 als abklärungsbedürftig erachtete und die Klägerin zu diesem Zweck an den Kieferorthopäden Dr. A.____ überwies, ist festzuhalten, dass den Eltern der Klägerin seit März 2011 bekannt war beziehungsweise zumindest bekannt sein musste, dass die Zahn- beziehungsweise Kieferstellung der Klägerin fehlerhaft ist. Daran ändert nichts, dass ihnen der Begriff „frontal offener Biss“ nichts sagte beziehungsweise sie damit nicht viel anfangen konnten (vgl. Protokoll S. 9) und sie sich der Tragweite dieser Diagnose nicht bewusst waren (vgl. Protokoll S. 7 Mitte). Unerheblich ist auch, dass im März 2011 sowie im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gesundheitsdeklaration im Juni 2011 noch nicht fest stand, ob der frontal offene Biss der Klägerin behandlungsbedürftig ist, wird in Frage 5 der Gesundheitsdeklaration doch lediglich nach dem Bestehen einer Zahn- und/oder Kieferfehlstellung gefragt, da im Hinblick auf das zu versichernde Risiko bereits diese Tatsache allein Gefahrstatsache ist.

Soweit der Kieferorthopäde Dr. A.____ in seinem Bericht vom 3. Mai 2012 (Urk. 7/12) angab, die Eltern der Klägerin seien (erst) am 27. September 2011 das erste Mal über das Bestehen einer Zahn-/Kieferfehlstellung bei der Klägerin informiert worden, lässt sich daraus nichts zu Gunsten der Klägerin ableiten, nachdem der behandelnde Zahnarzt Dr. B.____ bestätigte, die Eltern bereits im März 2011 über das Bestehen eines frontal offenen Bisses informiert und die Klägerin für weitere Abklärungen an Dr. A.____ überwiesen zu haben.

5.6Nach dem Gesagten musste den Eltern im Zeitpunkt der Unterzeichnung der Gesundheitsdeklaration im Juni 2011 das Bestehen einer Zahn- beziehungsweise Kieferfehlstellung bei der Klägerin bekannt sein. Indem sie Frage 5 der Gesundheitsdeklaration verneinten, haben sie eine erhebliche Gefahrstatsache verschwiegen. Nicht massgeblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Fragebogen zum Gesundheitszustand durch den Versicherungsberater ausgefüllt wurde, denn mit ihrer Unterschrift bestätigten die Eltern der Klägerin, dass sie die Fragen vollständig und wahrheitsgemäss beantwortet hätten und auch die nicht eigenhändig niedergeschriebenen Antworten genau ihren Angaben entsprächen (vgl. Urk. 7/3 S. 2 unten).

5.7Es stellt sich die Frage, ob die Eltern der Klägerin den Versicherungsberater anlässlich des Beratungsgesprächs vom Juni 2011 über das Bestehen der Zahn- beziehungsweise Kieferfehlstellung informiert haben, dieser eine Verneinung der Frage 5 aber als unproblematisch erachtet hat und die Eltern der

Klägerin nur deshalb unterschriftlich bestätigten, dass die Fragen zum Gesundheitszustand vollständig und wahrheitsgemäss beantwortet wurden.

5.8 Gestützt auf die Aussagen der Eltern der Klägerin anlässlich der persönlichen Befragung vom Dezember 2012 (vgl. vorstehend E. 2.4) steht fest, dass diese dem Versicherungsberater gegenüber den von Dr. B. ____ diagnostizierten frontal offenen Biss nicht erwähnten. Die Argumentation der Klägerin, ihre Eltern hätten den frontal offenen Biss nicht erwähnt, da sie nicht gewusst hätten, was ein solcher sei, und da sie erst im September 2011 vom Bestehen eines solchen Kenntnis erlangt hätten (vgl. vorstehend E. 2.5), verfährt nicht, nachdem ihnen - wie dargelegt (vgl. vorstehend E. 5.5-6) - das Bestehen einer Zahn-/Kieferfehlstellung seit März 2011 bekannt sein musste.

Sodann ist festzuhalten, dass, selbst wenn die Eltern der Klägerin - wie sie anlässlich der persönlichen Befragung vom Dezember 2012 aussagten (vgl. vorstehend E. 2.4) - den Versicherungsberater über den bevorstehenden Termin bei Dr. A. ____ vom Januar 2012 informiert haben sollten - was vom Versicherungsberater anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge im Dezember 2012 allerdings in Abrede gestellt wurde (vgl. vorstehend E. 2.5) -, dies nichts an der Tatsache ändert, dass sie den Versicherungsberater nicht über die bestehende Zahn-/Kieferfehlstellung informiert haben.

Dass in Bezug auf die Beantwortung von Frage 5 der Gesundheitsdeklaration eine Falschberatung durch den Versicherungsberater erfolgte, ist nicht ersichtlich. Eine Falschberatung wurde von der Klägerin denn auch nur im Zusammenhang mit Frage 2b der Gesundheitsdeklaration (ob eine Untersuchung/medizinische Abklärung empfohlen aber noch nicht durchgeführt worden sei) geltend gemacht (vgl. Urk. 1 S. 6 f. Ziff. 11.3-4).

Bei dieser Beweislage müssen sich die Eltern der Klägerin letztlich entgegenhalten lassen, dass sie mit ihrer Unterschrift vom 28. Juni 2011 bestätigten, dass die Fragen zum Gesundheitszustand - und damit auch die Frage 5, ob eine Fehlstellung der Zähne und/oder des Kiefers bestehe - vollständig und wahrheitsgemäss beantwortet wurden.

Soweit der Vater der Klägerin anlässlich der persönlichen Befragung vom Dezember 2012 geltend machte, sie hätten keine Absicht gehabt, etwas zu vertuschen (Protokoll S. 9 unten), bleibt zu bemerken, dass dies zwar durchaus glaubhaft ist. Der Tatbestand der Verheimlichung einer Gefahrstatsache im Sinne von Art. 6 Abs. 1 VVG setzt indes nicht voraus, dass die Gefahrstatsache mit der Absicht, sie dem Versicherer zu unterschlagen, verheimlicht wurde. Es reicht aus, dass der Anzeigepflichtige es unterlassen hat, die betreffende Gefahrstatsache dem Versicherer mitzuteilen (vgl. Nef/von Zedtwitz, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund [Hrsg.], Basler Kommentar VVG, Nachführungsband, Basel 2012, Art. 6 ad N 3).

5.9 Nach dem Gesagten ergibt sich, dass die Beklagte zu beweisen vermochte, dass die Klägerin beziehungsweise ihre Eltern in Bezug auf Frage 5 der Gesundheitsdeklaration eine Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 4 VVG begingen, welche ihr das Recht zum Vertragsrücktritt nach Art. 6 VVG verlieh. Die Klägerin ist den Gegenbeweis schuldig geblieben. Ob auch in Bezug auf Frage 2b eine Anzeigepflichtverletzung vorliegt, kann unter diesen Umständen offen bleiben.

6. Die Klägerin berief sich auf Art. 8 VVG und machte geltend, die Beklagte habe den Vertrag nicht kündigen dürfen, da der Versicherungsberater die unrichtig angezeigte Tatsache gekannt beziehungsweise die unrichtige Angabe veranlasst habe (vgl. vorstehend E. 2.5).

Wie vorstehend dargelegt (E. 5.8), muss davon ausgegangen werden, dass die Eltern der Klägerin den Versicherungsberater nicht über das Bestehen der Zahn- beziehungsweise Kieferfehlstellung bei der Klägerin informiert haben. Nachdem der Versicherungsberater anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge ausgesagt hat, dass er von den Eltern der Klägerin weder über das Bestehen eines offenen Bisses noch über die geplante Untersuchung bei Dr. A. ____ informiert worden sei (vgl. vorstehend E. 2.3) und dem lediglich - und nur in Bezug auf die geplante Untersuchung bei Dr. A. ____ - die gegenteilige Aussage der Eltern der Klägerin entgegensteht, erweist sich die Beweislage als zu dürftig, als dass gesagt werden könnte, der Versicherungsberater habe die Verschweigung veranlasst beziehungsweise hätte das Bestehen der Zahn-/Kieferfehlstellung kennen müssen. Ein Kündigungsausschluss nach Art. 8 VVG fällt daher ausser Betracht.

7.

7.1 Mit Eingang des Berichts von Dr. B. ____ vom 30. Mai 2012 (Urk. 7/14) hat die Beklagte von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten. Die am 5. Juni 2012 ausgesprochene Kündigung (Urk. 7/9) erfolgte somit innert der Frist gemäss Art. 6 Abs. 2 VVG.

7.2 Rechtsprechungsgemäss muss eine Rücktrittserklärung mit der gebotenen Klarheit auf die verschwiegene oder unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen (Nef, in: in: Honsell/Vogt/Schnyder [Hrsg.], Basler Kommentar VVG, Basel 2001, Art. 6 N 16 mit Hinweisen). Diesen Anforderungen genügt die Erklärung vom 5. Juni 2012 (Urk. 7/15).

7.3 Damit ergibt sich zusammenfassend, dass die Beklagte den Versicherungsvertrag über die TOP zu Recht, rechtzeitig und in gültiger Weise gekündigt hat, weshalb sie für die ab 1. Januar 2012 angefallenen Kosten für kieferorthopädische und/oder kiefer-/oralchirurgische Behandlungen der Klägerin nicht leistungspflichtig ist. Die Klage- beziehungsweise Replikbegehren Ziffer 1 und Ziffer 2 sind daher abzuweisen.

7.4 Abzuweisen ist schliesslich auch der Eventualantrag der Klägerin auf Feststellung des Bestehens eines Versicherungsvertrags ab 1. Januar 2013 mit der in der Police vom Oktober 2012 vorgesehenen (uneingeschränkten) Versicherungsdeckung durch die TOP, nachdem der Versand der Police vom Oktober 2012 (vgl. Urk. 9/2) offensichtlich auf ein Versehen zurückzuführen ist und mangels Vertragswillen der Beklagten kein neuer Versicherungsvertrag zustande kommen konnte.

8.

8.1 Gemäss § 33 Abs. 1 GSVGer in Verbindung mit Art. 114 lit. e ZPO ist das Verfahren kostenlos.

8.2 Nach der zu altArt. 47 Abs. 3 des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) ergangenen, weiterhin gültigen höchstrichterlichen Rechtsprechung hat der obsiegende Versicherungsträger Anspruch auf eine Parteientschädigung, falls er durch einen externen Anwalt vertreten ist (Urteil des Bundesgerichtes 4A_194/2010 vom 17. November 2010, E. 2.2.1, nicht publiziert in: BGE 137 III 47; Urteil des Bundesgerichtes 5C.244/2000 vom 9. Januar 2001, E. 5 mit Hinweisen).

Die Beklagte liess sich durch den eigenen Rechtsdienst vertreten, weshalb ihr trotz Obsiegen keine Parteientschädigung zusteht. Ihr entsprechender Antrag (Urk. 6 S. 2) ist daher abzuweisen.

Das Gericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Das Verfahren ist kostenlos.
3. Der Beklagten wird keine Prozessentschädigung zugesprochen.

4. Zustellung gegen Empfangsschein an:

Rechtsanwalt Thomas Laube

Helsana Versicherungen AG

Eidgenössische Finanzmarktaufsicht FINMA

5. Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** seit der Zustellung beim Bundesgericht Beschwerde eingereicht werden (Art. 82 ff. in Verbindung mit Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, BGG). Die Frist steht während folgender Zeiten still: vom siebten Tag vor Ostern bis und mit dem siebten Tag nach Ostern, vom 15. Juli bis und mit 15. August sowie vom 18. Dezember bis und mit dem 2. Januar (Art. 46 BGG).

Die Beschwerdeschrift ist dem Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, zuzustellen.

Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift des Beschwerdeführers oder seines Vertreters zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind beizulegen, soweit die Partei sie in Händen hat (Art. 42 BGG).

Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende Die Gerichtsschreiberin

Mosimann Ryf