

LSI/AR
An das Schweizerische Bundesgericht
Av. du Tribunal-Fédéral 29
1000 Lausanne 14

ANTWORT AUF DIE BESCHWERDE IN ZIVILSACHEN

von

La Cantonale Assurance SA (Adresse, Ort)
Vertreten durch Team 9686

Beschwerdegegnerin

gegen

Herr Jean-Michel Perrin (Adresse, Wohnort)
Vertreten durch X

Beschwerdeführer

betreffend
die Beschwerde in Zivilsachen gegen
das Urteil des Berufungsgerichts Kanton Waadt
vom 2. Oktober 2017

Team 9686

INHALTSVERZEICHNIS

Inhaltsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis.....	II
Abkürzungsverzeichnis.....	III
Rechtsbegehren	1
Begründung.....	1
I. Formelles.....	1
II. Tatsächliches	1
III. Materiell-Rechtliches.....	2
A. Vom Beschwerdeführer angefochtene Punkte	2
B. Begründung der Begehren der Beschwerdeführer	3
1. Vorliegen eines Versicherungsvertrags nach VVG.....	3
2. Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss (Art. 4 i.V.m. 6 VVG).....	3
2.1 Erhebliche Gefahrstatsache gegeben	3
2.2 Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache gegeben	5
2.3 Bestimmte und unzweideutige Frage nach der Gefahrstatsache gegeben.....	7
2.4 Kein Vorliegen hypothetischen Willens zum Vertragsabschluss.....	8
2.5 Keine Leistungspflicht aufgrund vorliegender Kausalität	9
3. Einhaltung der Kündigungsvoraussetzungen	11
3.1 Genügender Hinweis auf unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache	11
3.2 Keine Verwirkung des Kündigungsrechts (Art. 6 Abs. 2 VVG).....	11
4. Absichtliche Täuschung liegt vor (Art. 28 OR).....	13
4.1 Alternative Anwendbarkeit von Art. 6 VVG und Art. 28 OR	13
4.2 Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung erfüllt (Art. 28 OR).....	14
5. Verjährung der Rentenleistungen (Art. 46 Abs. 1 VVG)	16
6. Kein Anspruch auf Rückerstattung der zu viel bezahlten Prämien aufgrund Verjährung.....	17

LITERATURVERZEICHNIS

- EISNER-KIEFER ANDREA: Indizierende Umstände: Urteil des Bundesgerichts 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015, *in*: Jusletter 8. Februar 2016 (zit. EISNER-KIEFER, Jusletter, N).
- EISNER-KIEFER ANDREA: Kausalität und Verschulden im VVG und VE-VVG, *in*: HAVE 2008 S. 215 ff. (zit. EISNER-KIEFER, HAVE, S.).
- FUHRER STEPHAN: Schweizerisches Privatversicherungsrecht (Zürich, Basel, Genf 2011) (zit. FUHRER, PVR, N).
- FUHRER STEPHAN: Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, *in*: HAVE 2007 S. 55 ff. (zit. FUHRER, HAVE, S.).
- HONSELL HEINRICH, VOGT NEDIM PETER, WIEGAND WOLFGANG (Hrsg.): Basler Kommentar Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR (6. A. Basel 2015) (zit. BEARBEITERIN, BSK OR I, N zu Art.).
- HONSELL HEINRICH (Hrsg.): Kurzkomentar Obligationenrecht (Basel 2014) (zit. BEARBEITERIN, KUKO OR, N zu Art.).
- HONSELL HEINRICH, VOGT NEDIM PETER, SCHNYDER ANTON K., GROLIMUND PASCAL (Hrsg.): Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband (Basel 2012) (zit. BEARBEITERIN, BSK VVG Nachf.Bd., ad N zu Art.).
- HONSELL HEINRICH, VOGT NEDIM PETER, SCHNYDER ANTON K., GROLIMUND PASCAL (Hrsg.): Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz (Basel 2001) (zit. BEARBEITERIN, BSK VVG, N zu Art.).
- KOLLER ALFRED: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (3. A. Bern 2009) (zit. KOLLER § N).
- KUHN MORITZ: Rücktrittsrecht des Versicherers vom Versicherungsvertrag wegen Verletzung der Anzeigepflicht durch den Versicherten: BGE 101 II 339 ff., *in*: SVZ Jg. 45 1977 S. 49 ff. (zit. KUHN, S.).
- POUGET-HÄNSELER EVA: Anzeigepflichtverletzung: Auswirkungen der Revision auf die Praxis, *in*: HAVE 2006 S. 26 ff. (zit. POUGET-HÄNSELER, S.).

ROELLI HANS, KELLER MAX: Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den
Versicherungsvertrag vom 2. April 1908, Band I, Die allgemeinen Bestimmungen (2. A.
Bern 1968) (zit. ROELLI/KELLER, S.).

SCHWENZER INGEBORG: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (7. erg. A. Bern
2016) (zit. SCHWENZER, N).

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

Das Verzeichnis enthält nur technische Begriffe, nicht aber werden allgemein gebräuchliche Abkürzungen wie zum Beispiel, u.a., d.h. oder gem. aufgeführt.

A.	Auflage
Abs.	Absatz
ad N	Note Nachführungsband
Art.	Artikel
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
E.	Erwägung
erg.	ergänzt
f.	folgend
ff.	folgende
Fr.	Franken
HAVE	Haftung und Versicherung
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
IV	Invalidenversicherung
i.V.m.	in Verbindung mit
Jg.	Jahrgang

Kap.	Kapitel
KUKO	Kurzkommentar
m.V.	mit Verweis
N	Note
Nachf.Bd.	Nachführungsband
OR	Obligationenrecht; Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
p.a.	per annum
PVR	Privatversicherungsrecht
SA	société anonyme (Aktiengesellschaft; AG)
SR	Systematische Rechtssammlung
SVZ	Schweizerische Versicherungs-Zeitschrift
VE-VVG	Vorentwurf des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG)
vgl.	vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz; Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZGB	Zivilgesetzbuch; Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)

RECHTSBEGEHREN

1. Es sei das Urteil des Berufungsgerichts des Kantons Waadt vom 2. Oktober 2017 zu bestätigen.
2. Dem Beschwerdeführer seien die Kosten- sowie die Entschädigungsfolgen inkl. Mehrwertsteuer aufzuerlegen.

BEGRÜNDUNG

I. FORMELLES

Der Rechtsmittelschrift des Beschwerdeführers wird in formeller Hinsicht nicht widersprochen.

II. TATSÄCHLICHES

Im Januar 2007 schloss Jean-Michel Perrin (nachfolgend Beschwerdeführer) bei der Versicherungsgesellschaft «La Cantonale Assurances SA» (nachfolgend Beschwerdegegnerin) – zusätzlich zu einem kompletten Versicherungspaket für sich und seine Ehefrau – für sich eine gemischte Lebensversicherung (Typ 3B) ab. Diese beinhaltete die folgenden Leistungen:

- Zu Lebzeiten eine Kapitalauszahlung in der Höhe von Fr. 450'000.-- nach Ablauf des Vertrages am 20. Oktober 2025;
- Im Todesfall vor Ablauf des Vertrages die Bezahlung des oben erwähnten Betrags an seine Ehefrau Françoise;
- Im Falle des Eintritts seiner Arbeitsunfähigkeit vor dem 20. Oktober 2015:
 - o Eine jährliche Rente in der Höhe von Fr. 60'000.-- nach einer Wartezeit von 3 Monaten
 - o Prämienbefreiung nach einer Wartezeit von 60 Tagen.

Dabei wurde die Police den Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Lebensversicherung sowie zwei weiteren Zusatzbedingungen unterstellt. Ausserdem wurde dem Beschwerdeführer ein Gesundheitsfragebogen unterbreitet, welcher von diesem ausgefüllt und am 8. Januar 2007 unterzeichnet wurde. Im Fragenbogen wird umfassend die gesamte Krankheitsgeschichte des Beschwerdeführers abgefragt. So wurde beispielsweise in Frage 6 gefragt, ob jemals Krankheiten, Störungen oder Beschwerden des Bewegungsapparates bestanden. Der Beschwerdeführer unterliess es in diesem Fragebogen zu erwähnen, dass er den Hausarzt am 15. Juli 2005, am 2. Februar 2006 und am 13. November 2006 konsultierte und sich dabei über Kopfschmerzen und Knochen- und Gelenkschmerzen beklagt hatte.

Seit dem 1. März 2013 ist der Beschwerdeführer aufgrund einer Paget-Krankheit zu 100% arbeitsunfähig. Dies wurde von Professor Edouard Boisvert, Arzt für Orthopädie und Chirurgie FMH sowie Leiter des Universitätsspitals Lausanne, am 2. Juni 2013 ärztlich bestätigt. Der Beschwerdeführer hat sich im Anschluss nicht bei der Beschwerdegegnerin gemeldet und ihr die Prämien wei-

terhin bezahlt. Erst am 15. Juli 2015 allerdings wandte sich der Beschwerdeführer an die Beschwerdegegnerin in Bezug auf die Leistungen bei Arbeitsunfähigkeit. Im Anschluss forderte die Beschwerdegegnerin am 20. Juli 2015 beim Hausarzt einen Bericht an, welcher allerdings lediglich Auskunft gab über die Paget-Krankheit. Infolgedessen verlangte die Beschwerdegegnerin bei der IV-Stelle des Kantons Waadt die Zustellung des Dossiers des Beschwerdeführers, welches ihr am 1. September zugestellt wurde. Aus diesem Dossier gingen die oben erwähnten Arztbesuche hervor. Infolgedessen kündigte die Beschwerdegegnerin mit eingeschriebenem Brief am 27. September 2015 die Lebensversicherung per sofort unter Überweisung des Rückkaufswerts.

Auf Gesuch des Beschwerdeführers vom 1. Oktober 2015 folgte am 2. November 2015 eine Schlichtungsverhandlung, wobei allerdings keine Einigung erzielt werden konnte. Infolgedessen hiess die Zivilkammer für vermögensrechtliche Streitigkeiten des Kantons Waadt die Klage des Beschwerdeführers gut. Das Berufungsgericht des Kantons Waadt wiederum hiess die Berufung der Beschwerdegegnerin gut und wies sämtliche Begehren des Beschwerdeführers ab. Gegen das Urteil des Berufungsgerichts des Kantons Waadt erhebt der Beschwerdeführer zu diesem Zeitpunkt Beschwerde in Zivilsachen nach Art. 72 ff. BGG vor dem Schweizerischen Bundesgericht.

III. MATERIELL-RECHTLICHES

A. VOM BESCHWERDEFÜHRER ANGEFOCHTENE PUNKTE

Der Beschwerdeführer macht geltend, dass keine Anzeigepflichtverletzung i.S.v. Art. 4 und 6 VVG¹ vorliegt. In dieser Antwort wird substantiiert dargelegt, wieso im vorliegenden Fall eine Verletzung der Anzeigepflicht gegeben ist – aufgrund des Vorliegens erheblicher Gefahrstatsachen, der Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache, der bestimmten und unzweideutigen Frage nach der Gefahrstatsache und dem Fehlen des hypothetischen Willens der Beschwerdegegnerin zum Vertragsabschluss.

Des Weiteren macht der Beschwerdeführer geltend, dass die Kündigungsvoraussetzungen nicht eingehalten wurden. Die Beschwerdegegnerin legt dar, dass die Kündigungsvoraussetzungen eingehalten wurden, da sie im Kündigungsschreiben genügend auf die unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache hinwies und das Kündigungsrecht noch nicht verwirkt ist.

Der Beschwerdeschrift ist zudem zu entnehmen, dass eine absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR² nicht besteht. Die Beschwerdegegnerin legt nachfolgend dar, dass die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung kumulativ gegeben sind. Des Weiteren führt die Beschwerdegegnerin auf, dass der Tatbestand der Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG alternativ zur absichtlichen Täuschung i.S.v. Art. 28 OR angewendet werden kann.

¹ Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

² Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220).

Der Beschwerdeführer macht ausserdem geltend, dass ein Anspruch auf Rentenleistungen besteht. Mittels dieser Antwort wird aufgezeigt, dass die Rentenleistungen verjährt sind, sollte das Bundesgericht eine Anzeigepflichtverletzung verneinen.

Abschliessend argumentiert der Beschwerdeführer, dieser habe Anspruch auf Rückerstattung der zu viel bezahlten Prämien. Die Beschwerdegegnerin widerlegt dies damit, dass auch die Prämienleistungen verjährt sind, sollte das Bundesgericht entscheiden, dass keine Verletzung der Anzeigepflicht vorliegt.

B. BEGRÜNDUNG DER BEGEHREN DER BESCHWERDEFÜHRER

1. Vorliegen eines Versicherungsvertrags nach VVG

Der Beschwerdeführer macht geltend, der Vertrag zwischen den Parteien sei als Versicherungsvertrag nach dem Versicherungsvertragsgesetz (VVG) zu qualifizieren. Dieser Qualifikation wird in dieser Antwort nicht widersprochen.

2. Verletzung der Anzeigepflicht bei Vertragsabschluss (Art. 4 i.V.m. 6 VVG)

Der Beschwerdeführer hat die Anzeigepflicht im Sinne von Art. 4 und 6 VVG verletzt. Der Antragsteller hat dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Begehren 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. 1 VVG). Die Anzeigepflicht ist schliesslich verletzt, wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat (Art. 6 Abs. 1 VVG). Als Folge davon kann gekündigt werden (s. Kap. 3).

In casu liegt entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers eine erhebliche Gefahrstatsache vor. Des Weiteren hatte der Beschwerdeführer Kenntnis dieser erheblichen Gefahrstatsache oder hätte sie mindestens kennen müssen. Auch die Frage nach der Gefahrstatsache erfüllt die Voraussetzungen der «Bestimmtheit» und «Unzweideutigkeit». Folglich hat der Beschwerdeführer der Beschwerdegegnerin die erhebliche Gefahrstatsache verschwiegen und die Anzeigepflicht verletzt.

2.1 Erhebliche Gefahrstatsache gegeben

Vorliegend ist eine erhebliche Gefahrstatsache gegeben. Der Beschwerdeführer dagegen macht geltend, es liege keine erhebliche Gefahrstatsache im Sinne von Art. 4 und 6 VVG vor.

Gefahrstatsachen sind jene Tatsachen, die einen Einfluss auf die Schadeneintrittsgefahr oder Schadenumfanggefahr ausüben können.³ Indizierende Umstände werden den Gefahrstatsachen gleichgestellt. Sie lassen lediglich einen Rückschluss auf die Ausprägung einer eigentlichen Gefahrstatsache zu.⁴ Es sind nur erhebliche Gefahrstatsachen anzeigepflichtig. Die *Erheblichkeit* einer Ge-

³ FUHRER, PVR, N 6.121.

⁴ FUHRER, PVR, N 6.122.

fahrstatsache liegt vor, wenn diese Einfluss auf den Entschluss des Versicherers auszuüben vermag, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen (Art. 4 Abs. 2 VVG). Dabei sind alle Elemente gemeint, die zur Aufklärung des Versicherers führen können und die bei der Abschätzung des versicherten Risikos berücksichtigt werden müssen.⁵ Es genügt, dass die erhebliche Gefahrstatsache nach vernünftigem Ermessen den «Schluss auf die Möglichkeit eines abweichenden rechtsgeschäftlichen Willens des Versicherers» gestattet.⁶ Des Weiteren gilt die *Erheblichkeitsvermutung*⁷ i.S.v. Art. 4 Abs. 3 VVG. Demnach werden die Gefahrstatsachen als erheblich vermutet, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind.

Die Rechtsprechung führt zu einer früheren Arztkonsultation als erhebliche Gefahrstatsachen auf.⁸ Des Weiteren stellen körperliche Übel – wie Kopfschmerzen, Nervosität, Schlaflosigkeit – Gefahrstatsachen dar, wenn die Art, die Stärke und die Häufigkeit des Auftretens, für sich allein oder in Verbindung mit anderen Gefahrstatsachen, auf mehr als eine bloss vorübergehende Gesundheitsstörung hinweisen oder als Symptom eines eigentlichen Leidens aufgefasst werden muss.⁹

In casu stellen die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen *Gefahrstatsachen* dar. Sie beeinflussen die Schadeneintrittsgefahr wie auch die Schadenumfangsgefahr. Professor Edouard Boisvert bestätigt im medizinischen Bericht vom 2. Juni 2013, dass Knochenschmerzen und Kopfschmerzen Symptome der Paget-Krankheit sind und folglich einen Einfluss auf den Eintritt des Schadens haben. Die Paget-Krankheit stellt im vorliegenden Fall den Schaden dar. Ebenso beeinflussen die eben genannten Symptome den Umfang der Paget-Krankheit. Die *Erheblichkeit* ergibt sich daraus, dass die Beschwerdegegnerin über die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen hätte aufgeklärt werden können. Bei Kenntnis hätte die Beschwerdegegnerin das versicherte Risiko anders eingeschätzt. Der Beschwerdeführer begab sich dreimal wegen denselben Beschwerden in ärztliche Behandlung – im Juli 2005, sowie im Februar und November 2006. Die Beschwerdegegnerin hätte folglich weitere Abklärungen getroffen, da die Anzahl der Besuche beim Hausarzt zeigt, dass nicht nur belanglose, vorübergehende Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens vorlagen. Vielmehr weisen diese Beschwerden auf eine ernsthafte Krankheit hin. Zudem genügt der Schluss auf die Möglichkeit eines abweichenden rechtsgeschäftlichen Willens der Beschwerdegegnerin. Wie eben aufgeführt war es mit Sicherheit möglich, dass der Entschluss der Beschwerdegegnerin mit dem Beschwerdeführer unter derartigen Umständen anders ausgefallen wäre. Die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen stellen folglich die erhebliche Gefahrstatsache dar. Die *Erheblichkeitsvermutung* nach Art. 4 Abs. 3 VVG unterstreicht die

⁵ NEF/VON ZEDTWITZ, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 54/55 zu Art. 4.

⁶ ROELLI/KELLER, S. 98.

⁷ FUHRER, PVR, N 6.130.

⁸ BGE 75 II 158 E. 3 S. 163.

⁹ BGE 116 II 338 E. 1b S. 340; 116 V 218 E. 5c S. 228; 72 II 124 E. 3 S. 130.

Erheblichkeit der Gefahrstatsache. Die Beschwerdegegnerin formuliert die Fragen im Gesundheitsfragebogen in bestimmter, unzweideutiger Fassung. Frage 6 des Gesundheitsfragebogens fragt explizit nach Beschwerden des Bewegungsapparates und führt beispielhaft Knochen und Gelenke als Bestandteile des Bewegungsapparates auf. Der Beschwerdeführer hätte nochmals die Möglichkeit gehabt, sich zu den Beschwerden in Frage 8 zu äussern. Sie fragt klar nach weiteren, bisher nicht erwähnten Krankheiten, Unfällen, Störungen oder Beschwerden, weswegen sich der Beschwerdeführer in den fünf Jahren vor Vertragsabschluss in ärztlicher Behandlung bzw. Kontrolle befand. Sowohl die Frage 6 als auch die Frage 8 des Gesundheitsfragebogens richten sich in klarer und verständlicher Weise an den Beschwerdeführer. Die Fragen erfüllen demnach das Erfordernis der «Bestimmtheit» und der «Unzweideutigkeit».

Wie die Rechtsprechung beispielhaft aufführt, gelten frühere Arztkonsultationen als Gefahrstatsache. Der Beschwerdeführer hat sich dreimal in ärztliche Behandlung begeben wegen Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen. Diese Arztbesuche stellen eine Gefahrstatsache dar. Ebenso gelten körperliche Übel als Gefahrstatsachen. Die Rechtsprechung führt explizit Kopfschmerzen beispielhaft auf. Abhängig sind sie von der Art, Stärke und Häufigkeit des Auftretens. Die Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen treten in Kombination miteinander, bei jedem der Besuche beim Hausarzt, auf. Dies schliesst auf die schwerwiegende Art des Auftretens. Der Beschwerdeführer musste mit «Ibuprofen» behandelt werden. Das Verschreiben eines solchen entzündungshemmenden Medikamentes zeigt auf, dass die Schmerzen stark waren. Andernfalls wäre es nicht nötig gewesen, ein Medikament zu verschreiben. Auch die Häufigkeit des Auftretens liegt im vorliegenden Fall offensichtlich vor. Der Beschwerdeführer begab sich dreimal in ärztliche Behandlung – am 15. Juli 2005, wie auch am 2. Februar 2006 und 13. November 2006. Dies alleine zeigt noch nicht die Häufigkeit des Auftretens auf. Vielmehr kann angenommen werden, dass die Beschwerden häufiger auftraten als Arztbesuche vorliegen. Der Beschwerdeführer begab sich höchst wahrscheinlich dann zum Hausarzt, wenn die Schmerzen eine gewisse Stärke aufwiesen. Aufgrund der eben dargelegten Ausführungen weisen die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen einerseits auf mehr als eine bloss vorübergehende Gesundheitsstörung hin. Andererseits stellen sie exakt Symptome der Paget-Krankheit dar, wie dies Professor Edouard Boisvert in seinem medizinischen Bericht bestätigt.

Aufgrund der obigen Ausführungen stellen die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen erhebliche Gefahrstatsachen i.S.v. Art. 4 und 6 VVG dar.

2.2 Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache gegeben

Der Beschwerdeführer hatte Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache oder hätte diese zumindest kennen müssen. Der Beschwerdeführer argumentiert demgegenüber, dass die Voraussetzung der Kenntnis nicht gegeben sei, da es dem Beschwerdeführer nicht bekannt sei, dass es sich bei den Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen um Symptome der Paget-Krankheit handle und er nicht

hätte erkennen müssen, dass sich aus diesen Beschwerden auf eine Paget-Krankheit schliessen lässt.

Für das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung wird vorausgesetzt, dass der Antragsteller dem Versicherer die Gefahrstatsachen angibt, die ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen (Art. 4 und 6 VVG). Die Anzeigepflichtverletzung beurteilt sich nach subjektiven und objektiven Kriterien. Das subjektive Kriterium richtet sich nach dem, was der Antragsteller weiss und das objektive Kriterium, was der Antragsteller wissen musste.¹⁰ Der Antragsteller muss nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB¹¹) alle Gefahrstatsachen anzeigen, über die er sich bei zumutbarer Aufmerksamkeit im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bewusst ist. Demnach sind alle Gefahrstatsachen bekanntzugeben, die der Antragsteller aufgrund der persönlichen Verhältnisse und Kenntnisse kennen muss (Intelligenz, Bildungsstand, Erfahrungshintergrund).¹² Bei Fragen über Vorerkrankungen hat der Antragsteller sodann alle gesundheitlichen Störungen mitzuteilen, die bei ernsthaften und sorgfältigen Nachdenken über die Fragen des Versicherers in sein Bewusstsein gelangen. Anzeige einer Gefahrstatsache ist erforderlich, wenn die Beschwerden über eine «einfache, momentane und einmalige Unpässlichkeit» hinausgehen.¹³

In casu waren die Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen, über die sich der Beschwerdeführer anlässlich der Arztbesuche in den Jahren 2005 und 2006 beklagt hatte, diesem als erhebliche Gefahrstatsachen bekannt. Der letzte dieser Besuche beim Hausarzt fand am 13. November 2006 statt. Knapp zwei Monate später, am 8. Januar 2007, unterschrieb der Beschwerdeführer den Gesundheitsfragebogen. Nach einer derart kurzen Zeitspanne zwischen dem Arztbesuch und dem Vertragsabschluss mussten dem Beschwerdeführer die Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen als Gefahrstatsache nach Treu und Glauben immer noch bewusst sein. Umso mehr, wenn er ernsthaft über die Fragen der Beschwerdegegnerin nachdachte. Demnach sind bei Fragen über Vorerkrankungen alle gesundheitlichen Störungen mitzuteilen. Zum einen fragte die Beschwerdegegnerin nach Vorerkrankungen, indem sie die Frage wie folgt formulierte: «Bestehen oder bestanden bei ihnen jemals Krankheiten [...]?» Des Weiteren können Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen eindeutig als gesundheitliche Störung bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer war folglich verpflichtet, diese gesundheitlichen Störungen mitzuteilen. Auch nach den persönlichen Verhältnissen und Kenntnissen kann dem Beschwerdeführer die Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache zugemutet werden, zumindest das Kennenmüssen. Der Beschwerdeführer verfügt als Wirt über eine ausreichende Intelligenz, die eine solche Kenntnis ohne Weiteres zulassen.

Der Beschwerdeführer hatte infolgedessen Kenntnis bezüglich der erheblichen Gefahrstatsache oder hätte diese zumindest kennen müssen.

¹⁰ NEF/VON ZEDTWITZ, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 26 zu Art. 4.

¹¹ Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210).

¹² NEF, BSK VVG, N 26 zu Art. 4.

¹³ NEF/VON ZEDTWITZ, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 26 zu Art. 4.

2.3 Bestimmte und unzweideutige Frage nach der Gefahrstatsache gegeben

Die Fragen der Beschwerdegegnerin nach der Gefahrstatsache wurden in unzweideutiger und bestimmter Fassung an den Beschwerdeführer gerichtet. Gemäss der Argumentation des Beschwerdeführers wurden die Frage 6 und 8 des Gesundheitsfragebogens in unbestimmter und zweideutiger Weise gestellt. Des Weiteren führt der Beschwerdeführer aus, er sei in Bezug auf medizinische und versicherungstechnische Angelegenheiten als einfach strukturierte Person zu bezeichnen.

Nach Art. 4 Abs. 3 VVG müssen die Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sein. Die Fragen des Versicherers dürfen den Anzeigepflichtigen nicht über den Inhalt und Umfang der vom Versicherer verlangten Auskünfte zweifeln lassen. Sie müssen sich auf klar umrissene Tatsachen beziehen.¹⁴ Die Fragen müssen mit «ja», «nein» oder mit der Mitteilung einer oder mehrerer spezifischer Tatsachen beantwortet werden können.¹⁵ Ob eine Frage den Anforderungen der «Unzweideutigkeit» und der «Bestimmtheit» gerecht wird, ist durch Auslegung nach dem Vertrauensprinzip zu ermitteln.¹⁶ Wissenschaftliche und technische Begriffe darf der Antragsteller so verstehen, wie sie sinngemäss im normalen Sprachgebrauch verwendet werden.¹⁷ Der Versicherer soll in seiner Fragestellung Ausdrücke verwenden, die im täglichen Leben gebraucht werden und von breiten Kreisen der Bevölkerung verstanden werden.¹⁸ Fremdwörter muss der Versicherer durch allgemein verständliche Umschreibungen ersetzen.¹⁹ Bei der Beurteilung, ob der Antragsteller eine Frage verstehen muss, gilt es die konkreten Umstände zu beachten.²⁰

In casu sind die Fragen 6 und 8 des Gesundheitsfragebogens in unzweideutiger und bestimmter Fassung an den Beschwerdeführer gerichtet. Dieser konnte die Fragen mit «ja» oder «nein» beantworten. Im Falle, dass eine Frage bejaht wurde, standen weitere Antwortmöglichkeiten offen, die nach spezifischen Tatsachen fragen. Dabei wird bei der möglichen Beantwortung der Frage «Dauer und Grad der Arbeitsunfähigkeit» keinesfalls verlangt, dass diese ebenfalls bejaht bzw. ausgefüllt werden muss.

Der Beschwerdeführer kann zwar als einfach strukturierte Person in Bezug auf medizinische und versicherungstechnische Angelegenheiten bezeichnet werden. Dies ist im vorliegenden Fall irrelevant, da im Gesundheitsfragebogen Ausdrücke verwendet werden, die von breiten Kreisen der Bevölkerung verstanden werden und keine Kenntnis von medizinischen oder versicherungstechnischen Fachausdrücken voraussetzen. Fachbegriffe, wie dies der Begriff «Bewegungsapparat» darstellen könnte, werden durch allgemein verständliche Umschreibungen, wie namentlich «Knochen» und «Gelenke» ersetzt. Andernfalls werden ausschliesslich Ausdrücke verwendet, die im täglichen

¹⁴ NEF, BSK VVG, N 49 zu Art. 4; ROELLI/KELLER, S. 100.

¹⁵ NEF, BSK VVG, N 49 zu Art. 4.

¹⁶ BGE 101 II 339 E. 2b S. 344.

¹⁷ BGE 116 II 338 E. 1c S. 341; ROELLI/KELLER, S. 107.

¹⁸ BGE 101 II 339 E. 2b S. 343.

¹⁹ KUHN, S. 54.

²⁰ NEF, BSK VVG, N 51 zu Art. 4.

Leben gebraucht werden. Der Beschwerdeführer kann also bezüglich der unzweideutigen und bestimmten Fassung der Fragen des Gesundheitsfragebogens keinesfalls als einfach strukturierte Person dargestellt werden.

Die Fragen des Gesundheitsfragebogens wurden in unzweideutiger und bestimmter Fassung an den Beschwerdeführer gerichtet.

2.4 Kein Vorliegen hypothetischen Willens zum Vertragsabschluss

Die Beschwerdegegnerin hätte bei Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache den Vertrag nicht abgeschlossen, zumindest nicht zu diesen Bedingungen. Der hypothetische Wille der Beschwerdegegnerin liegt demnach nicht vor. Der Beschwerdeführer argumentiert demgegenüber, die Beschwerdegegnerin hätte auch mit Wissen um die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Kopf-, Knochen- und Gelenkschmerzen den Vertrag über die gemischte Lebensversicherung den Vertrag zu den gleichen Bedingungen abgeschlossen.

Die Rechtsfolgen der Anzeigepflichtverletzung i.S.v. Art. 6 VVG entfalten ihre Wirkungen, wenn der Underwriting-Entscheid des Versicherers beeinflusst wird.²¹ Demnach muss ein hypothetischer Kausalzusammenhang zwischen der unrichtig mitgeteilten bzw. verschwiegenen Gefahrstatsache und Underwriting-Entscheid des Versicherers vorliegen. Lediglich bei erheblichen Gefahrstatsachen kann diese Kausalität bestehen.²² Nach Art. 4 Abs. 2 VVG sind diejenigen Gefahrstatsache erheblich, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben. Dabei genügt die Möglichkeit, dass der Versicherer den Vertrag bei richtigem Mitteilen nicht oder mit anderem Vertragsinhalt abgeschlossen hätte. Der hypothetische Wille des Versicherers beurteilt sich nach dem Grundsatz von Treu und Glauben – aufgrund einer «objektiven Würdigung des Verhaltens des Versicherers unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse».²³ Entscheidend ist, dass die Antwort des Antragstellers «in einem für die Risikoabschätzung wichtigen Punkt» von der Wahrheit abweicht.²⁴ Dem Versicherungsnehmer steht grundsätzlich der Beweis des Gegenteils der Erheblichkeitsvermutung (Art. 4 Abs. 3 VVG) zu. Es sind jedoch hohe Anforderungen an den Beweis gestellt. Die Unerheblichkeit der Gefahrstatsache muss für den konkreten Vertragsabschluss nachgewiesen werden. Dazu ist faktisch nur der Versicherer in der Lage.²⁵

In casu hätte die Beschwerdegegnerin den Vertrag über die gemischte Lebensversicherung nicht und wenn nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen, hätte sie Kenntnis von den mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen gehabt. Der hypothetische Kausalzusammenhang zwischen der verschwiegenen Gefahrstatsache und dem Underwriting-

²¹ FUHRER, PVR, N 6.128.

²² NEF, BSK VVG, N 55 zu Art. 4.

²³ NEF, BSK VVG, N 54 zu Art. 4.

²⁴ BGE 136 III 334 E. 2.4 S. 338 f.

²⁵ FUHRER, PVR, N 6.130; NEF, BSK VVG, N 56 zu Art. 4; vgl. auch BGE 99 II 67 E. 4e S. 83.

Entscheid der Beschwerdegegnerin ist gegeben. Die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen stellen die verschwiegene Gefahrstatsache dar. Bei Kenntnis hätte die Beschwerdegegnerin das versicherte Risiko anders eingeschätzt. Der Beschwerdeführer begab sich dreimal wegen denselben Beschwerden in ärztliche Behandlung – im Juli 2005 sowie im Februar und November 2006. Die Beschwerdegegnerin hätte folglich weitere Abklärungen getroffen, da die Anzahl der Besuche beim Hausarzt zeigt, dass die Beschwerden auf eine ernsthafte Krankheit hinweisen. Die Erheblichkeit der Gefahrstatsache hat schliesslich zur Folge, dass kein hypothetischer Wille der Beschwerdegegnerin vorliegt. Bei Kenntnis der verschwiegenen Gefahrstatsache hätte sie den Vertrag nicht bzw. nicht mit diesem Vertragsinhalt abgeschlossen.

Des Weiteren kennt der Beschwerdeführer die Tarife und Zeichnungsrichtlinien nicht, nach welchen die Beschwerdegegnerin ihre Versicherungsverträge abschliesst. Er kann nicht darlegen, wieso für den konkreten Vertragsabschluss eine unerhebliche Gefahrstatsache vorliegt. Für die Beschwerdegegnerin ist eindeutig, dass sie bei Wissen über die verschwiegene Gefahrstatsache keinen Vertrag über eine gemischte Lebensversicherung mit dem Beschwerdeführer abgeschlossen hätte. Entscheidend sind nicht allein die Symptome. Vielmehr unterstreicht die Häufigkeit des Auftretens der Beschwerden die Erheblichkeit der Gefahrstatsache.

Aufgrund der eben aufgeführten Argumentation liegt der hypothetische Wille der Beschwerdegegnerin offensichtlich nicht vor. Die Beschwerdegegnerin hätte den Vertrag demnach nicht bzw. nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen.

2.5 Keine Leistungspflicht aufgrund vorliegender Kausalität

Der Kausalzusammenhang zwischen der verschwiegenen Gefahrstatsache und dem Eintritt Schadens ist gegeben. Der Beschwerdeführer argumentiert demgegenüber, dass die Kausalität nicht vorliegt. Auch wenn ein indizierender Umstand vorliegen sollte, ist entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers die Kausalität gegeben.

Gemäss Art. 6 Abs. 3 VVG erlischt die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Nach neuem Recht ist ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Gefahrstatsache und Schaden erforderlich.²⁶ Dieser liegt vor, wenn die Ursache nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet ist, einen Erfolg herbeizuführen, der der Art des eingetretenen Erfolgs entspricht.²⁷ Die Kausalität zur falsch angezeigten Gefahrstatsache ist keine Tatbestandsvoraussetzung der Anzeigepflichtverletzung i.S.v. Art. 6 VVG. Sie hat vielmehr Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Versicherers und hat keine Bedeutung für die Gültigkeit der Kündigung des Vertrages durch den Versicherer.²⁸ Der

²⁶ FUHRER, PVR, N 6.153.

²⁷ SCHWENZER, N 19.03.

²⁸ Urteil des BGer 9C_308/2016 vom 17. August 2016 E. 4.1; BGE 116 III 338 E. 6.6 S. 424.

Versicherer wird schon dann von der Leistungspflicht befreit, wenn die erhebliche Gefahrstatsache den Schadeneintritt oder den Schadenumfang mitverursacht hat.²⁹ Demnach genügt eine Teilkausalität.³⁰ Bei Vorliegen indizierender Umstände ist eine Kausalität zum Schaden nicht möglich. Bei fälschen Angaben zu indizierenden Umständen könnte der Versicherer zwar den Vertrag kündigen, eine Befreiung der Leistung hingegen wäre nicht möglich. Dies würde zu einem stossenden Ergebnis für den Versicherer führen. Denn ein Versicherungsnehmer, der unrichtige Angaben zu indizierenden Umständen macht, geht kein Risiko ein.³¹ Dazu liegt ein Entscheid des Bundesgerichts vor, welcher bei indizierenden Umständen abgeschwächte Anforderungen an den Kausalzusammenhang stellt.³² Demnach ist die Kausalität bei Vorliegen von indizierenden Umständen zu bejahen, wenn diese bei korrekter Deklaration es erlaubt hätten, die Existenz des Risikofaktors festzustellen, der die Schadensursache darstellte.³³

In casu liegt der adäquate Kausalzusammenhang zwischen der verschwiegenen Gefahrstatsache und dem Eintritt bzw. dem Umfang des Schadens vor. Die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen stellen die verschwiegene Gefahrstatsache dar. Diese Beschwerden sind nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung dazu geeignet, eine Paget-Krankheit auszulösen. Denn die aufgeführten Beschwerden stellen gemäss Professor Edouard Boisvert Symptome der Paget-Krankheit dar. Des Weiteren genügt eine Teilkausalität. Es reicht demnach, dass die erhebliche Gefahrstatsache den Schadeneintritt bzw. -umfang mitverursacht hat. Da eine Teilkausalität schon genügt und die Symptome (Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen) die Paget-Krankheit mitverursacht haben, ist die adäquate Kausalität eindeutig gegeben. Die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin erlischt folglich.

Auch wenn indizierende Umstände vorliegen würden, ist die Kausalität gegeben. An den Kausalzusammenhang bei Vorliegen von indizierenden Umständen sind abgeschwächte Anforderungen zu stellen. Da per Definition indizierende Umstände nie kausal für spätere Schäden sein können, würde dies zu einem stossenden Ergebnis für die Beschwerdegegnerin führen. Es gibt keinen Grund, die Anforderungen nicht abzuschwächen. Hätte der Beschwerdeführer die Gefahrstatsache korrekt angegeben, hätte die Beschwerdegegnerin die Existenz des Risikofaktors feststellen können. Sie hätte demnach das Risiko der Knochen-, Gelenk- und Knochenschmerzen erfasst.

Demzufolge liegt die Kausalität vor, unabhängig davon, ob von erheblichen Gefahrstatsachen oder indizierenden Umständen die Rede ist.

²⁹ EISNER-KIEFER, HAVE, S. 217.

³⁰ FUHRER, PVR, N 6.153.

³¹ FUHRER, PVR, N 6.162.

³² Vgl. Urteil des BGer 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015.

³³ EISNER-KIEFER, Jusletter, N 29; FUHRER, PVR, N 6.162.

3. Einhaltung der Kündigungsvoraussetzungen

Die Voraussetzungen für eine Kündigung sind erfüllt. Nach Verletzung der Anzeigepflicht kann der Versicherer den Vertrag kündigen (Art. 6 VVG). Dabei muss die Kündigung einerseits schriftlich erfolgen und im Kündigungsschreiben auf die *ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen*.³⁴ Andererseits muss das Kündigungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 VVG *innerhalb von vier Wochen* ausgeübt werden.³⁵

3.1 Genügender Hinweis auf unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache

Die Formerfordernisse der Kündigung, insbesondere der genügende Hinweis auf die unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache sind erfüllt. Wie der Beschwerdeführer darlegt, muss eine Kündigung infolge einer Anzeigepflichtverletzung schriftlich erfolgen.³⁶ Gleichzeitig muss eine Kündigung auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen oder die nicht beantwortete Frage erwähnen, um beachtlich zu sein.³⁷ Das Ziel dieser Rechtsprechung ist es, dass der Versicherungsnehmer beurteilen können soll, ob ihm die Anzeigepflichtverletzung zu Recht gemacht wird. Dabei ist es allerdings nicht relevant, dass ein Kündigungsschreiben sowohl auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache als auch auf die nicht beantwortete Frage eingeht. Solange in einer Kündigung genau aufgeführt wird, welche Gefahrstatsachen verschwiegen oder unrichtig mitgeteilt wurden, würde es überspitzten Formalismus darstellen, eine Kündigung nur aus dem Grund der nicht explizit genannten Fragen als ungültig anzusehen.³⁸

In casu hat die Beschwerdegegnerin in ihrem schriftlichen Kündigungsschreiben vom 27. September 2015 explizit die verschwiegene Gefahrstatsache erwähnt. Namentlich hat die Beschwerdegegnerin aufgeführt, dass drei Konsultationen des Hausarztes zwischen Juli 2015 und November 2016 nicht angegeben wurden. Mit diesen Angaben wird dem Erfordernis der genauen Aufführung der verschwiegenen Gefahrstatsachen gerecht und die Kündigung erfüllt im vorliegenden Fall zusammen mit der Schriftlichkeit die entsprechenden Formkriterien. Somit sind die Formerfordernisse der Kündigung, insbesondere der genügende Hinweis auf die unrichtig mitgeteilte Gefahrstatsache erfüllt.

3.2 Keine Verwirkung des Kündigungsrechts (Art. 6 Abs. 2 VVG)

Das Kündigungsrecht der Beschwerdegegnerin ist nicht verwirkt. Wie der Beschwerdeführer darstellt, erlischt das Kündigungsrecht nach Art. 6 Abs. 2 VVG vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat. Es handelt sich dabei um eine Verwirkungsfrist, welche folglich weder unterbrochen noch gehemmt werden kann.³⁹ Zu beachten sind dabei insbesondere das Vorliegen der Kenntnis, der Beginn der Frist, die Dauer der Frist sowie die rechtzeitige

³⁴ FUHRER, PVR, N 6.146.

³⁵ NEF/VON ZEDTWITZ, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 19 zu Art. 6.

³⁶ FUHRER, PVR, N 6.145.

³⁷ BGE 129 II 713 E. 2.1 S. 714.

³⁸ Urteil des BGer 5C.284/2002 vom 03. April 2003; FUHRER, HAVE, S. 55.

³⁹ FUHRER, PVR, N 6.147; ROELLI/KELLER, S. 140.

Absendung der Kündigung. Die *Kenntnis* bezieht sich auf die subjektive Kenntnis des Versicherers von der Anzeigepflichtverletzung.⁴⁰ Eine solche liegt vor, sobald der Versicherer «zuverlässige Kunde der Tatsachen hat, aus denen sich der sichere Schluss auf die Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt».⁴¹ Der *Fristbeginn* fällt dabei auf den Tag, an dem der Versicherer von der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat.⁴² Die Kündigungsfrist beträgt vier Wochen. Für die *Fristberechnung* sind die allgemeinen Bestimmungen von Art. 76 ff. OR heranzuziehen, da das VVG keine speziellen Bestimmungen aufstellt.⁴³ Demnach fällt das Ende der Frist auf denjenigen Tag der vierten Woche, der durch seinen Namen dem Tage entspricht, an dem der Versicherer von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhalten hat (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR i.V.m. Art. 77 Abs. 2 OR). Für die *Wahrung der Kündigungsfrist* stellt sich ferner die Frage, ob auf das Absenden oder die Zustellung der Kündigung abgestellt werden muss.⁴⁴ Da es sich bei dieser Frist um eine Frist für die Möglichkeit der Ausübung des Kündigungsrechts handelt, ist der entscheidende Punkt die rechtzeitige Absendung einer Kündigung. Es ist also lediglich eine Aufgabe der Kündigung bei der Post innerhalb dieser Frist notwendig, der Zugang beim Versicherungsnehmer kann auch nach dieser Frist erfolgen.⁴⁵

In casu erhält der Beschwerdegegner mit der Zustellung des IV-Dossiers am 1. September 2015 zuverlässige Kenntnis der Anzeigepflicht. Aus diesem Dossier gehen die entsprechenden Arztbesuche hervor, welche die Anzeigepflichtverletzung begründen. Durch die früher zugestellten Unterlagen, namentlich aufgrund des Berichts von Professor Edouard Boisvert, beginnt die Frist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführer nicht zu laufen. Im Bericht von Professor Edouard Boisvert wird lediglich die Paget-Krankheit umschrieben und keine eindeutigen Angaben zu Arztbesuchen des Beschwerdeführers vor dem Vertragsabschluss am 8. Januar 2007 gemacht. Durch den Bericht von Professor Edouard Boisvert erhält die Beschwerdegegnerin folglich keine entsprechende zuverlässige Kunde und kann auf keinen Fall einen sicheren Schluss auf die Anzeigepflichtverletzung ziehen. Der Beschwerdegegnerin wurde das IV-Dossier am Dienstag, 1. September 2015 zugestellt. Folglich beginnt die Frist am Dienstag, 1. September 2015 zu laufen und endet am Dienstag, 29. September 2015. Weiter wurde die Kündigung am 27. September 2015 als Einschreiben aufgegeben. Damit wurde die Kündigung rechtzeitig abgesandt. Aus diesen Gründen ist das Kündigungsrecht der Beschwerdegegnerin vorliegend nicht verwirkt.

⁴⁰ NEF, BSK VVG, N 21 zu Art. 6.

⁴¹ NEF, BSK VVG, N 22 zu Art. 6; vgl. BGE 119 V 283; 116 V 218.

⁴² ROELLI/KELLER, S. 140.

⁴³ NEF, BSK VVG, N 24 zu Art. 6.

⁴⁴ Urteil des BGer 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 6.4 ff.

⁴⁵ POUGET-HÄNSELER, S. 28 f. m.V. auf BGE 129 III 713.

4. Absichtliche Täuschung liegt vor (Art. 28 OR)

Sollte das Bundesgericht die Anzeigepflichtverletzung bejahen, jedoch ohne kausalen Schaden, kommt *eventualiter* die absichtliche Täuschung (Art. 28 OR) zur Anwendung – alternativ zur Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 VVG). Die Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR sind gegeben.

Die Kausalität zwischen der erheblichen Gefahrstatsache und dem eingetretenen Schaden hat keine Auswirkungen auf das Bestehen einer Verletzung der Anzeigepflicht. Sie hat vielmehr Auswirkungen auf die Leistungspflicht des Versicherers. Die Leistungspflicht erlischt nicht, wenn kein kausaler Schaden vorliegt. Infolgedessen wird im vorliegenden Fall der Eventualstandpunkt vertreten, dass die absichtliche Täuschung – sofern die Voraussetzungen dazu erfüllt sind – zur Anwendung kommt, wenn kein kausaler Schaden vorliegt. Der Vertrag ist folglich für den Getäuschten unverbindlich.⁴⁶

4.1 Alternative Anwendbarkeit von Art. 6 VVG und Art. 28 OR

Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers ist die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR im vorliegenden Fall alternativ zur Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG anwendbar.

Der Vorrang der Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 VVG) vor der absichtlichen Täuschung (Art. 28 OR) führt nach neuem Recht zu einem stossenden Ergebnis.⁴⁷ Seit dem Inkrafttreten des teilrevidierten VVG im Jahr 2006 spricht man nicht mehr von Rücktritt eines Versicherungsvertrages bei Anzeigepflichtverletzung, sondern von Kündigung. Der Versicherer hat heute keine Möglichkeit mit Wirkung *ex tunc* von einem Vertrag zurückzutreten, über welchen er absichtlich getäuscht wurde. Er wird schlechter gestellt als bei der Anwendbarkeit des OR. Der Versicherer irrt sich bei absichtlicher Täuschung einerseits über die Qualität des übernommenen Risikos. Andererseits stellt ein täuschender Versicherungsnehmer ein erhöhtes subjektives Risiko für den Versicherer dar.⁴⁸ Wenn sowohl die absichtliche Täuschung als auch die Verletzung der Anzeigepflicht vorliegen, soll der Versicherer die Möglichkeit haben, sich alternativ auf einen der beiden Tatbestände berufen zu können.

In casu gibt es keinen ersichtlichen Grund, wieso die Beschwerdegegnerin bei absichtlicher Täuschung schlechter gestellt werden soll und ihr ein Rücktritt mit Wirkung *ex tunc* vom Vertrag bei absichtlicher Täuschung verwehrt werden soll.

Der Tatbestand der Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG und der absichtlichen Täuschung nach Art. 28 OR sind alternativ anwendbar.

⁴⁶ SCHWENZER, BSK OR I, N 18 zu Art. 28.

⁴⁷ FUHRER, PVR, N 6.110; NEF/VON ZEDTWITZ, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 27 zu Art. 6.

⁴⁸ FUHRER, PVR, N 6.110.

4.2 Voraussetzungen der absichtlichen Täuschung erfüllt (Art. 28 OR)

Es liegt eine absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR vor. Die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR setzt die Täuschungshandlung, Täuschungsabsicht, Widerrechtlichkeit, Irrtum und Kausalität voraus. Die *Täuschungshandlung* besteht im Vorspiegeln falscher Tatsachen oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen.⁴⁹ Tatsachen sind objektiv feststellbare Zustände oder Ereignisse rechtlicher oder tatsächlicher Art. Die Vorspiegelung falscher Tatsachen erfolgt durch positive Handlungen. Das Verschweigen von Tatsachen setzt eine Aufklärungspflicht voraus. Diese kann aus besonderer gesetzlicher Vorschrift oder aus Vertrag resultieren. Ist eine Mitteilung nach Treu und Glauben und den herrschenden Anschauungen geboten, besteht ebenfalls eine Aufklärungspflicht.⁵⁰ Die Voraussetzung der *Täuschungsabsicht* verlangt, dass der Täuschende die Unrichtigkeit seines Verhaltens kennt.⁵¹ Die absichtliche Täuschung verlangt demnach Vorsatz⁵² - Wissen und Wollen der Vertragsverletzung.⁵³ Es genügt auch der *dolus eventualis*.⁵⁴ Dieser bedingte Vorsatz ist gegeben, wenn die Vertragsverletzung nicht gewollt ist, aber in Kauf genommen wird.⁵⁵ Die *Widerrechtlichkeit* ergibt sich automatisch daraus, dass Absicht gefordert ist.⁵⁶ Bei der Täuschung durch Verschweigen ist das Verschweigen immer widerrechtlich, da eine Verletzung der Aufklärungspflicht angenommen wird.⁵⁷ Beim Getäuschten muss ein *Irrtum* hervorgerufen werden. In der Regel handelt es sich um einen Motivirrtum, wobei dessen Wesentlichkeit nicht vorausgesetzt wird.⁵⁸ Der Irrtum liegt dabei in der Willensbildung. Es wird seitens des Erklärenden irrtümlich von einem falschen Umstand ausgegangen, der für den Geschäftswillen bedeutsam ist.⁵⁹ Eine weitere Voraussetzung bildet die *Kausalität* zwischen der Täuschung und der Abgabe der Willenserklärung. Der Getäuschte hätte die Willenserklärung gar nicht (*dolus causam dans*) oder nicht in dieser Weise (*dolus incidens*) abgegeben.⁶⁰ Die absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR hat schliesslich zur Folge, dass der Vertrag für den Getäuschten unverbindlich ist.⁶¹

In casu wurde die Beschwerdegegnerin absichtlich getäuscht. Die *Täuschungshandlung* besteht im Verschweigen einer vorhandenen Tatsache – der erheblichen Gefahrstatsache. Das Verschweigen verlangt eine Aufklärungspflicht. Diese ergibt sich aus dem Vertrag. Der vom Beschwerdeführer unterzeichnete Gesundheitsfragebogen weist darauf hin, dass alle Fragen vollständig und wahrheitsgetreu beantwortet werden müssen. Der Beschwerdeführer hat die mit dem Arztbesuch zu-

⁴⁹ BGE 116 II 431 E. 3a S. 434; SCHWENZER, BSK OR I, N 3 zu Art. 28.

⁵⁰ SCHWENZER, BSK OR I, N 3 ff. zu Art. 28.

⁵¹ SCHWENZER, BSK OR I, N 11 zu Art. 28.

⁵² BLUMER, KUKO OR, N 5 zu Art. 28.

⁵³ SCHWENZER, N 22.12.

⁵⁴ SCHWENZER, BSK OR I, N 11 zu Art. 28.

⁵⁵ KOLLER, § 5 N 48; SCHWENZER, N 22.12.

⁵⁶ SCHWENZER, BSK OR I, N 3 ff. zu Art. 28.

⁵⁷ KOLLER, § 14 N 164 f.

⁵⁸ SCHWENZER, BSK OR I, N 13 zu Art. 28.

⁵⁹ SCHWENZER, N 37.21.

⁶⁰ SCHWENZER, BSK OR I, N 14 zu Art. 28.

⁶¹ SCHWENZER, BSK OR I, N 8 zu Art. 23 und N 18 zu Art. 28.

sammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen im Gesundheitsfragebogen nicht erwähnt.

Die *Täuschungsabsicht* liegt im Wissen des Beschwerdeführers über die Unrichtigkeit seines Verhaltens und dem Wollen der Vertragsverletzung. Der letzte Besuch beim Hausarzt fand am 13. November 2006 statt. Die Unterzeichnung des Gesundheitsfragebogens erfolgte am 8. Januar 2007. Dazwischen liegen weniger als zwei Monate. Aufgrund der kurzen Zeitspanne zwischen dem letzten Arztbesuch und dem Unterzeichnen des Gesundheitsfragebogens konnte sich der Beschwerdeführer mit Sicherheit an die mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen erinnern. Des Weiteren begab sich der Beschwerdeführer dreimal wegen denselben Beschwerden in ärztliche Behandlung. Dies unterstreicht die Erheblichkeit der Beschwerden und deren Relevanz für den Beschwerdeführer. Der Beschwerdeführer hat die Vertragsverletzung vorsätzlich herbeigeführt. Die erhebliche Gefahrstatsache war dem Beschwerdeführer im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bekannt (s. Kap. 2.2). Des Weiteren weist die Beschwerdegegnerin im Gesundheitsfragebogen explizit auf die Folgen bei Verschweigen einer erheblichen Gefahrstatsache hin. Der Beschwerdeführer wusste von der Vertragsverletzung aufgrund der Kenntnis der erheblichen Gefahrstatsache und der Folgen bei deren Verschweigen. Zudem wollte der Beschwerdeführer eine Vertragsverletzung herbeiführen. Er wusste, dass die Beschwerdegegnerin den Vertrag nicht bzw. nicht zu diesen Bedingungen abgeschlossen hätte, hätte sie von den mit den Arztbesuchen zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen gewusst. Nur durch die Vertragsverletzung konnte der Beschwerdeführer den Vertrag unter derart guten Konditionen abschließen. Selbst wenn das Bundesgericht der Ansicht sein sollte, Vorsatz sei nicht gegeben, hat der Beschwerdeführer eventualvorsätzlich gehandelt. Der Eventualvorsatz genügt als Täuschungsabsicht. Der Beschwerdeführer nahm in Kauf, dass er mit seinem Verhalten eine Vertragsverletzung herbeiführt. Aufgrund der aufgeführten Fakten hat der Beschwerdeführer die Beschwerdegegnerin absichtlich getäuscht.

Die *Widerrechtlichkeit* liegt bei Täuschung durch Verschweigen vorhandener Tatsachen immer vor, da eine Verletzung der Aufklärungspflicht angenommen wird.

Der *Irrtum* besteht in der Willensbildung. Die Beschwerdegegnerin ist davon ausgegangen, dass keine mit dem Arztbesuch zusammenhängenden Knochen-, Gelenk- und Kopfschmerzen bestanden hatten. Das Wissen über diesen Umstand war für den Geschäftswillen der Beschwerdegegnerin insofern bedeutsam, als dass sie den Vertrag nicht abgeschlossen hätte.

Dies leitet über zur Erfordernis der *Kausalität* zwischen der Täuschung und der Abgabe der Willenserklärung. Die Beschwerdegegnerin hätte die Willenserklärung nicht abgegeben, zumindest nicht in dieser Weise. Die Beschwerdegegnerin hätte folglich den Vertrag über die gemischte Le-

bensversicherung nicht bzw. nicht unter diesen Bedingungen abgeschlossen. Eine absichtliche Täuschung gemäss Art. 28 OR liegt vor.

5. Verjährung der Rentenleistungen (Art. 46 Abs. 1 VVG)

Sollte das Bundesgericht zur Auffassung gelangen, es würde keine Anzeigepflichtverletzung nach Art. 4 i.V.m. 6 VVG vorliegen, so ist nachfolgend *eventualiter* dargelegt, warum die Ansprüche auf Auszahlung der Rente entgegen der Annahme des Beschwerdeführers bereits verjährt sind.

Die Verjährung von Forderungen aus Versicherungsleistungen richtet sich nach Art. 46 Abs. 1 Satz 1 VVG. Diese Verjährungsfristen gelten für gegenseitige vertragliche Ansprüche der Vertragsparteien.⁶² Von Bedeutung ist dabei insbesondere der *Fristbeginn* und die *Dauer der Frist*. Die Verjährungsfrist nach Art. 46 VVG beginnt dabei grundsätzlich sobald das anspruchsauslösende Ereignis eintritt.⁶³ Allerdings muss je nach Versicherungsart auf unterschiedliche fristauslösende Ereignisse abgestellt werden.⁶⁴ So wird die Leistungspflicht eines Versicherers bei Invaliditätsleistungen durch den Ablauf einer vereinbarten Wartefrist einerseits und die ärztliche Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit andererseits ausgelöst.⁶⁵ Wird die Arbeitsunfähigkeit rückwirkend und erst nach Ablauf der Wartefrist ärztlich bescheinigt, beginnt nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Verjährung erst mit dem Datum des Gutachtens zu laufen.⁶⁶ Ziel dieser Rechtsprechung ist es zu verhindern, dass die Verjährung eintritt, bevor der Versicherte den Anspruch geltend machen kann.⁶⁷ Gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG verjähren Forderungen innerhalb von zwei Jahren.⁶⁸ Das VVG regelt damit die Dauer der *lex specialis* vor dem OR.⁶⁹ Bei Rentenleistungen ist ferner zwischen dem Stammrecht (dem Anspruch auf die periodisch ausgerichteten Leistungen) und den jeweiligen einzelnen Rentenleistungen zu unterscheiden.⁷⁰ Die Verjährung der einzelnen Rentenleistungen richtet sich dabei unumstritten nach der zweijährigen Frist von Art. 46 VVG.⁷¹ Für das Stammrecht hat sich das Bundesgericht in den letzten Jahren zu Recht dafür ausgesprochen, dass sich deren Verjährung ebenfalls nach der zweijährigen Frist von Art. 46 Abs. 1 VVG richtet.⁷² Andere Regelungen versuchen künstlich – und damit untauglich – dem Stammrecht die Qualität einer Forderung aus dem Versicherungsvertrag nach Art. 46 Abs. 1 VVG abzusprechen.⁷³

⁶² GRABER, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 3 zu Art. 46.

⁶³ NEF, BSK VVG, N 5 zu Art. 46; vgl. BGE 111 II 501; ROELLI/KELLER, S. 667.

⁶⁴ Urteil des BGer 5C.78/2005 vom 12. Juli 2005.

⁶⁵ BGE 127 III 268 E. 2b S. 270; vgl. GRABER, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 6-18 zu Art. 46.

⁶⁶ Urteil des BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013.

⁶⁷ STEPHAN FUHRER, Aufgeschobener Verjährungsbeginn (Urteilsbesprechung zum Urteil des BGer 4A_280/2013 vom 20. September 2013), Rodersdorf, S. 1, <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202013/11-2013%2009%2020-Bb.pdf>> (besucht am 20. Oktober 2017).

⁶⁸ Vgl. ROELLI/KELLER, S. 670 ff.

⁶⁹ FUHRER, PVR, N 15.3.

⁷⁰ FUHRER, PVR, N 15.37; GRABER, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 6-18 zu Art. 46.

⁷¹ FUHRER, PVR, N 15.38.

⁷² BGE 127 III 268; Urteil des BGer 4A_532/2009 vom 5. März 2010.

⁷³ GRABER, BSK VVG Nachf.Bd., ad N 6-18 zu Art. 46.

In casu stellt das anspruchsauslösende Ereignis grundsätzlich die Arbeitsunfähigkeit des Beschwerdeführers vom 1. März 2013 dar. Mit dem kumulativen Vorliegen des Arztberichtes von Professor Edouard Boisvert am 2. Juni 2013 einerseits und dem Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist von drei Monaten am 1. Juni andererseits würde die Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin ausgelöst. Aufgrund des Vorliegens des Arztberichts vom 2. Juni 2013 beginnt die Verjährung nicht am 1. Juni 2013 (mit Ablauf der Wartefrist), sondern erst am 2. Juni 2013 (mit der ärztlichen Bescheinigung) zu laufen. Die zweijährige Verjährungsfrist endet demnach am 2. Juni 2015. Mit diesem Datum verjähren nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung wie oben dargestellt die einzelnen Leistungen als auch das Stammrecht. Vorliegend wendet sich der Beschwerdeführer am 15. Juli 2015 erstmalig nach Eintritt des Versicherungsfalles an die Beschwerdegegnerin. Ein Gesuch um Schlichtungsverhandlung, welchem verjährungsunterbrechende Wirkung zukommt, wurde sogar erst am 1. Oktober 2015 eingereicht. Zu diesem Zeitpunkt sind alle Forderungen nach Art. 46 Abs. 1 VVG bereits verjährt. Die Ansprüche auf die Auszahlung der Rente sind vorliegend also verjährt.

6. Kein Anspruch auf Rückerstattung der zu viel bezahlten Prämien aufgrund Verjährung

Sollte sich das Bundesgericht, wie bereits in Kapitel 5 dargelegt, gegen eine Verletzung der Anzeigepflicht entschliessen, hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf eine Rückerstattung von Prämien. Dieser Anspruch ist bereits verjährt wie *eventualiter* im Folgenden aufgezeigt wird.

Der Beschwerdeführer macht geltend, es handle sich bei der Rückerstattung der zu viel bezahlten Prämien um einen Anspruch aus Art. 62 ff OR. Wie der Beschwerdeführer darlegt, stellt sich zuerst die Frage der Rechtsnatur der Vereinbarung über die Prämienbefreiung. Das Bundesgericht hat diesbezüglich zwei Varianten erwogen: die Befreiung der Prämienzahlungen als eigenständiger Anspruch oder als Resolutivbedingung.⁷⁴ Dabei ist der Variante des eigenständigen Anspruchs der Vorzug zu geben. Dafür spricht die beispielsweise versicherungstechnische Behandlung dieses Anspruchs (es werden dafür beispielsweise eine Statistik geführt und Rückstellungen gebildet).⁷⁵ Ausserdem sind Rückforderungsansprüche aus zu Unrecht erbrachten Leistungen bei Dauerschuldverhältnissen wie Versicherungsverträge immer vertraglicher Natur.⁷⁶ Die Qualifikation als eigenständiger Anspruch der Prämienbefreiung führt dazu, dass dieser den Verjährungsregeln nach Art. 46 Abs. 1 VVG untersteht.⁷⁷ Für den Beginn der Verjährung nach Art. 46 Abs. 1 VVG sei auf das in Kapitel 5 der vorliegenden Beschwerdeantwort dargestellte verwiesen.

⁷⁴ Urteil des BGer 4A_53/2010 vom 29. April 2010.

⁷⁵ STEPHAN FUHRER, Umstrittene Prämienbefreiung (Urteilsbesprechung zum Urteil des BGer 4A_53/2010 vom 29. April 2010), Rodersdorf, S. 1 f., <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202010/11-2010%2004%2029-B.pdf>> (besucht am 20. Oktober 2017).

⁷⁶ Vgl. BGE 137 III 243; STEPHAN FUHRER, Betrug und Rückforderung (Urteilsbesprechung zum Urteil des BGer 4A_192/2016 vom 22. Juni 2016), Rodersdorf, S. 1 f., <<https://stephan-fuhrer.ch/assets/files/Urteile/BGer%202013/11-2013%2009%2020-Bb.pdf>> (besucht am 20. Oktober 2017).

⁷⁷ FUHRER, PVR, N 22.12.

In casu wird die Leistungspflicht grundsätzlich mit Ablauf der vertraglich vereinbarten Wartefrist von 60 Tagen nach Eintritt der Erwerbsunfähigkeit begründet. Die Erwerbsunfähigkeit tritt am 1. März 2013 ein. Allerdings muss auch hier auf die Überlegungen im Kapitel 5 hingewiesen werden. Dabei ist die das Datum der ärztlichen Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit vom 2. Juni 2013 relevant, da die Bescheinigung erst vorliegt nach Ablauf der Wartefrist. Die Verjährung beginnt für die Rückerstattung der Prämien folglich wie für die Rentenleistungen am 2. Juni 2013. Die Forderung der Prämienbefreiung ist somit am 2. Juni 2015 verjährt. Der Beschwerdeführer wendet sich erst am 15. Juli 2015 an den Versicherer, was allerdings bereits zum Zeitpunkt nach der Verjährungsfrist geschieht. Aus diese Gründen hat der Beschwerdeführer keinen Anspruch auf die Rückerstattung von Prämien.