

Lösungsschema Versicherungsrecht vom 2. Juli 2021	26.5 + 9 ZP
<p>Von den Studierenden ist auch bei einer Online-Prüfung gefragt, dass sie die entsprechende Theorie zum konkreten Fall wiedergeben können. Da allerdings die Theorie aufgrund des «Open Book»-Prüfungsstils den Studierenden zur Verfügung steht, wird sie nicht mehr stark gewichtet. Konkret heisst dies folgendes:</p> <p>Punkte für theoretische Ausführungen werden nur vergeben, soweit sie relevant für die Subsumtion sind und auch entsprechend der Theorie korrekt subsumiert wurde. Ist zwar die Theorie, nicht aber die Subsumtion korrekt, gibt es keine Punkte.</p>	
Frage 1: Handelt es sich beim «Fondsvertrag» um eine Versicherung?	
<p>Weder das VAG noch das VVG definieren den Versicherungsbegriff, sondern überlassen dessen Umschreibung der Praxis. Lehre und Rechtsprechung nennen folgende wesentliche Elemente der Versicherung:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) Ungewisses Ereignis; b) Leistungspflicht des VU; c) Leistungspflicht des VU / Entgeltlichkeit; d) Risikostreuung innerhalb Risikogemeinschaft; e) Kalkulation der Prämie nach Grundsätzen des Gesetzes der grossen Zahl; f) Selbstständigkeit der Risikotragung. 	
<p><i>Bemerkung: Das Bundesgericht fasst das vierte und fünfte Kriterium (lit. d) und e)) unter dem Begriff des planmässigen Geschäftsbetriebs zusammen.</i></p>	
<p>a) Ungewisses Ereignis / Risiko</p> <p>Gegenstand eines Versicherungsvertrages ist ein Risiko oder eine Gefahr, d.h. ein ungewisses, aber mögliches Ereignis. Ungewiss ist i.d.R., <i>ob</i> oder <i>wann</i> das Ereignis eintritt [BGE 92 I 126 E. 4].</p>	

<p>Eine Lebensversicherung deckt das Risiko der Ungewissheit der Dauer menschlichen Lebens. Damit sichert das VU ein biometrisches Risiko ab, welches im Tod der versicherten Person vor Vollendung des 65. Lebensjahres liegt (Todesfallschutz i.d.R. zugunsten der Hinterbliebenen) oder in der Vollendung des 65. Lebensjahres (Altersvorsorge). Wird nicht nur eines dieser Ereignisse versichert, sondern beide, so ist der Eintritt des Versicherungsfalls gewiss, weil die versicherte Person entweder 65 Jahre alt wird oder vorher stirbt. In diesem Fall besteht die Ungewissheit in der Frage, wann der Versicherungsfall eintritt [vgl. MüKo VVG-HEISS/MÖNNICH¹, Vor §§ 150-171 N 1; DREHER/SCHMIDT², 377].</p>	<p>1 ZP</p>
<p><i>Im vorliegenden Fall wird sowohl für den Todesfall als auch für den Erlebensfall eine Leistung zugesichert. Der Eintritt des Versicherungsfalls erscheint daher gewiss, ungewiss ist lediglich, wann das Ereignis eintritt.</i></p> <p><i>Allerdings fällt auf, dass die Leistung des VU im Erlebensfall auf die Auszahlung des Werts der Fondsanteile beschränkt ist. Das Risiko der Entwicklung dieser Werte trägt vollumfänglich T. Das VU trägt also für den Erlebensfall überhaupt kein Risiko (anderes würde gelten, wenn das VU einen bestimmten Fondswert im Erlebensfall garantieren würde). Daher kann das versicherte Risiko bei der gegebenen Konstruktion der fondsgebundenen Police nur im Todesfall während der Vertragsdauer gesehen werden. Hier besteht Ungewissheit, ob der Versicherungsfall überhaupt eintritt, ob also die versicherte Person vor Vollendung des 65. Lebensjahres stirbt.</i></p> <p><i><u>Korrekturhinweis:</u> Man mag überlegen, ob der geringe Risikotransfer, wie er in casu vorliegt, überhaupt ausreicht, um von einem Versicherungsvertrag sprechen zu können. Käme man zum Entschluss, dass kein hinreichendes biometrisches Risiko übernommen wird, so könnte der Vertrag als ein Kapitalisationsgeschäft³ qualifiziert werden, welches ein versicherungsgleiches Geschäft gemäss Anhang 1 zur AVO ist. Auch ein Kapitalisationsgeschäft ist – obwohl es nicht unter den Versicherungsbegriff fällt – der Versicherungsaufsicht unterstellt.</i></p>	<p>½ ZP</p> <p>1 (nur bei korrekter Theorie + Subs.)</p>
<p>b) Leistungspflicht des VU</p> <p>Bei Eintritt des versicherten Ereignisses besteht ein Rechtsanspruch auf Leistung des VU [MAURER⁴, S. 95].</p> <p>Zumeist besteht die Leistung des VU in der Zahlung von Geld. Nicht zwingend notwendig ist, dass die Höhe der Leistung bei Vertragsschluss feststeht. Damit kann die Höhe der Versicherungsleistung auch an eine andere Bezugsgrösse gekoppelt werden [BSK VAG-HEISS/MÖNNICH⁵, Art. 2 N 25].</p>	

¹ LANGHEID THEO/WANDT MANFRED, Münchener Kommentar zum VVG, Band II: §§ 100-216, 2. Auflage, München 2017.

² DREHER MEINRAD/SCHMIDT JOHANNES, Die Fondsgebundene Lebensversicherung mit begrenztem Risikotransfer als aufsichtspflichtiges Versicherungsgeschäft, WM 2008.

³ Definition in Rundschreiben FINMA 2016/6 Lebensversicherung vom 3. Dezember 2015, Rz. 11.

⁴ MAURER ALFRED, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995.

⁵ HSU PETER/STUPP ERIC (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013.

<p><i>Die Leistungspflicht der F AG entsteht einerseits, wenn T sein 65. Lebensjahr vollendet und andererseits, wenn er vor dem 65. Lebensalter stirbt. In beiden Fällen steht die konkrete Höhe der Zahlung bei Vertragsschluss nicht fest. Erreicht T sein 65. Lebensalter, so wird ihm der Wert des Fonds zu diesem Zeitpunkt ausbezahlt. Stirbt T jedoch vor dem 65. Lebensalter, so sind 108 % des Fondswertes zu diesem Zeitpunkt geschuldet. Die Versicherungsleistung lässt sich damit bestimmen.</i></p>	<p>½ ½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>c) Leistungspflicht des VN / Entgeltlichkeit Die Prämie ist der Preis, den der VN dafür bezahlt, dass das VU bei Eintritt des versicherten Risikos seine Leistung erbringt [BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, Art. 2 N 20].</p>	
<p><i>Vorliegend erbringt T eine Einmalzahlung von Fr. 100'000.– bei Vertragsschluss. Auch einmalige Zahlungen erfüllen die Voraussetzung der Entgeltlichkeit. Für den eigentlichen Risikotransfer im Falle des Todes der versicherten Person wird von der Einmalzahlung ein entsprechender Betrag einbehalten. Daher liegt jedenfalls Entgeltlichkeit vor.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>d) Risikostreuung innerhalb Risikogemeinschaft Erforderlich ist ein planmässiges Tätigwerden des VU in dem Sinne, dass das Unternehmen mit der Absicht handelt, eine Vielzahl von (gleichartigen) Risiken zu übernehmen, so dass der Risikoausgleich planmässig im Kollektiv erfolgt [BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, Art. 2 N 38].</p>	
<p><i>Aus dem SV geht heraus, dass die F AG dieses Geschäftsmodell bereits seit Längerem erfolgreich betreibt. Es ist davon auszugehen, dass sie mit möglichst vielen Personen den «Fondsvertrag» abschliesst, um das Risiko innerhalb der Risikogemeinschaft zu streuen.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p>
<p>e) Kalkulation der Prämie nach dem Gesetz der grossen Zahl Die Kalkulation der Prämie muss (zumindest implizit) unter Berücksichtigung statistischer Gesetze erfolgen [BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, Art. 2 N 38]. Das Erfordernis ist dann gegeben, wenn sich die Zahl der zu erwartenden versicherten Ereignisse aufgrund statistischer Regelmässigkeit abschätzen lässt, sodass die Versichertengemeinschaft genügend gross ist, um einen Risikoausgleich herbeizuführen [BGE 92 I 126 E. 3]. Es ist aber nicht erforderlich, dass die Gesamtheit der Einnahmen auch tatsächlich ausreicht, um die Gesamtheit der Ausgaben aus dem Versicherungsgeschäft zu decken, d.h. dass eine versicherungsmathematisch korrekte Kalkulation vorgenommen wird. Denn gerade in Fällen, in welchen dies nicht der Fall ist, besteht eine besondere Schutzbedürftigkeit der «Versicherten» [BSK VAG-HEISS/MÖNNICH, BSK VAG, Art. 2 N 39].</p>	

<p><i>Gemäss SV besteht eine einmalige Prämienzahlungspflicht des T. Die F AG investiert jedoch nicht die volle Summe, sondern zieht von dem Betrag im Umfang von Fr. 100'000.– noch Verwaltungskosten sowie einen Betrag für die Deckung des Todesfallrisikos ab.</i></p> <p><i>Aus dem SV nicht ersichtlich ist, ob die Kalkulation des Betrags für die Deckung des Todesfallrisikos unter Berücksichtigung statistischer Gesetze erfolgt. Es ergibt sich jedoch aus dem SV der Hinweis auf eine Kalkulation, da die F AG einen Betrag für die Deckung des Todesfallrisikos (Risikodeckung) abzieht. Allerdings ist nicht relevant, ob dieser Beitrag für die Deckung des Todesfallrisikos bzw. die Prämie richtig berechnet wurde. Vielmehr erfordert das Geschäftsmodell der F AG eine Kalkulation der Prämie nach dem Gesetz der grossen Zahl, da ansonsten die Todesfallzahlungen nicht finanziert werden könnten. Folglich ist die Voraussetzung der Kalkulation der Prämie nach dem Gesetz der grossen Zahl erfüllt.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p> <p>½</p>
<p>f) Selbständigkeit der Risikotragung</p> <p>Selbständigkeit der Risikotragung bedeutet, dass die Versicherungsverträge nicht als Nebenabrede eines anderen Vertrags, sondern als eigenständige Verträge abgeschlossen werden [FUHRER⁶, N 2.27]. Die Versicherung soll somit von Rechtsgeschäften abgegrenzt werden, bei welchen die Verpflichtung zur Leistung im Schadenfall eine Nebensache und Modalität eines anderen Vertragstyps ist [BGE 114 Ib 244 E. 4c]. Ob die Versicherungsleistung lediglich eine Nebenabrede oder Modalität eines anderen Vertragstyps ist, ergibt sich aus dem inneren Zusammenhang [BGE 58 I 256 E. 5]. Es liegt kein Versicherungsgeschäft vor, wenn die Risikoübernahme in einem inneren Zusammenhang mit einer anderen Transaktion steht.</p> <p>Regelmässig fehlt es am inneren Zusammenhang, wenn das Versicherungsgeschäft auch unabhängig von dem anderen, mit ihm verbundenen Geschäft möglich wäre [BGE 76 I 362 E. 5a].</p>	
<p><i>Vorliegend erbringt die F AG lediglich die Versicherungsleistung, indem sie bei Vollendung des 65. Lebensjahres sowie bei Tod vor der Vollendung des 65. Lebensjahres eine Geldleistung auszahlt. Bei der Versicherung auf den Todesfall dient der Risikoschutz nicht etwa nur einer unselbständigen Absicherung von Risiken bei der Erfüllung der Sparkomponente, sondern der eigenständigen Sicherung des Todesfalls.</i></p> <p><i><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. vertretbar.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p>
<p>Fazit: Beim «Fondsvertrag» handelt es sich um eine Versicherung.</p> <p><u>Anmerkung:</u> Dieses Verständnis wird auch in Punkt A2 von Anhang 1 zur AVO bestätigt, wo die (fonds-)anteilgebundene Lebensversicherung als eine Form der Lebensversicherung geführt wird.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. vertretbar.</p>	<p>½</p>

⁶ FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011.

<p>Frage 2: Lehnt die R AG den Deckungsschutz zu Recht ab?</p>	
<p>I. Zustandekommen und Gültigkeit des (Versicherungs-)Vertrages Gemäss SV kam zwischen T und der R AG ein gültiger Versicherungsvertrag zustande.</p>	
<p>II. Qualifikation des Vertrages Gemäss SV handelt es sich um eine Rechtsschutzversicherung.</p>	
<p>III. Anwendbarkeit des VVG Beim Vertrag darf es sich nicht um einen Rückversicherungsvertrag handeln und das VU muss der Versicherungsaufsicht unterstellt sein (Art. 101 Abs. 1 Ziff. 1 und 2 VVG). Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a VAG sind schweizerische VU, welche die Direkt- oder die Rückversicherung betreiben, der Versicherungsaufsicht unterstellt.</p>	
<p><i>Vorliegend handelt es sich um einen Erstversicherungsvertrag, weil die R AG gemäss SV Risiken von T versichert und nicht das Risiko eines anderen VU, aus einem Versicherungsvertrag leistungspflichtig zu werden.</i> <i>Mangels anderer Angaben im Sachverhalt handelt es sich bei der VAG um ein schweizerisches VU, weshalb sie der Aufsicht nach dem VAG unterstellt ist.</i></p>	
<p>Zwischenfazit: Das VVG findet auf den Versicherungsvertrag Anwendung.</p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>IV. Erfüllungsanspruch des VN auf die Versicherungsleistung 1. Leistungspflicht des VU a) Eintritt des versicherten Ereignisses Der Anspruch des VN oder Versicherten auf die Versicherungsleistung entsteht grundsätzlich mit dem Eintritt eines versicherten Ereignisses.</p>	
<p><i>Der Versicherungsschutz erstreckt sich gemäss den AVB auf den Rechtsschutz im Vertrags- und Sachenrecht (Ziff. 1.1. AVB). T hat mit der F AG einen Vertrag abgeschlossen. Im Rahmen dieses Vertragsverhältnisses ist nun strittig, ob die F AG den T über die Rückkaufs- und Umwandlungswerte aufgeklärt und folglich Art. 3 Abs. 1 lit. f VVG verletzt hat. Damit ist ein Rechtsschutzfall aus einer Streitigkeit aus Vertragsrecht eingetreten, weshalb nach Ziff. 1.1. AVB grundsätzlich Deckung besteht.</i> <i>Die R AG lehnt jedoch den Deckungsschutz ab, weil gestützt auf Ziff. 2.6. der AVB «Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften aller Art» vom Deckungsschutz ausgeschlossen sind. Fraglich ist vorliegend, ob Ziff. 2.6. der AVB Streitigkeiten aus der «Lebensversicherung» ausschliesst.</i> <i>Diese Frage ist mittels Auslegung der Klausel zu beantworten. Zuerst ist jedoch zu prüfen, ob die AVB der R AG überhaupt auf den vorliegenden Vertrag zur Anwendung gelangen und falls ja, ob dies auch für Ziff. 2.6. AVB gilt.</i></p>	<p>½ ½</p>

<p>aa) Geltungskontrolle</p> <p>(1) Fehlen einer Individualabrede</p> <p>Zu prüfen ist, ob aufgrund übereinstimmender Willenserklärungen der Parteien eine Individualabrede zustande kam, da eine solche den AVB vorgehen würde.</p>	
<p><i>Im SV sind keine von den AVB abweichenden Willenserklärungen der R AG oder von T ersichtlich.</i></p>	
<p>(2) Übernahme der AVB</p> <p>Die AVB müssen von den Parteien durch entsprechende Abrede in den konkreten Vertrag einbezogen werden. Der Einbezug kann mittels Global- oder Vollübernahme erfolgen. Eine Globalübernahme liegt vor, wenn eine Partei zwar ihr Einverständnis zu den AVB abgibt, den Inhalt der AVB aber nicht zur Kenntnis nimmt, nicht überlegt oder in ihrer Tragweite nicht versteht [GAUCH/SCHLUEP/SCHMID⁷, N 1128c mit Verweisen auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts].</p> <p>Damit die in den Vertrag übernommenen AVB Geltung erlangen, muss die zustimmende Partei in zumutbarer Weise die Möglichkeit haben, vom Inhalt der AVB Kenntnis zu nehmen [HUGUENIN⁸, N 617].</p> <p>Zudem müssen nach Art. 3 Abs. 2 VVG der übernehmenden Partei die AVB bei Vertragsschluss vorgelegen haben.</p>	
<p><i>Da sich aus dem SV keine Anhaltspunkte ergeben, dass T die AVB durchgelesen und damit vom Inhalt der AVB tatsächlich Kenntnis genommen hat, ist im Zweifel von einer Globalübernahme auszugehen.</i></p>	<p>½</p>
<p><i>Mangels anderer Angaben ist davon auszugehen, dass T die Möglichkeit hatte, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AVB Kenntnis zu nehmen. Ebenfalls ist – mangels anderer Angaben im SV – davon auszugehen, dass Art. 3 Abs. 2 VVG erfüllt ist.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p>
<p>(3) Ungewöhnlichkeitsregel</p> <p>Werden Klauseln durch Globalübernahme in den Vertrag einbezogen, mit deren Inhalt die andere Partei nach den Umständen nicht gerechnet hat und vernünftigerweise nicht rechnen musste (da ungewöhnlich oder geschäftsfremd), erlangen diese Klauseln nach Lehre und Rechtsprechung keine Geltung und werden nicht Vertragsbestandteil [vgl. dazu HUGUENIN, N 619; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1136]. Nicht (mehr) vorausgesetzt wird, dass die Partei, welche sich auf die Ungewöhnlichkeitsregel beruft, schwächer oder unerfahrener ist als der Verwender [BGer 4A_499/2018 vom 10.12.2018 E.3.3.2].</p> <p>Die fragliche Klausel muss sowohl in subjektiver als auch in objektiver Hinsicht ungewöhnlich sein.</p>	<p>½ ZP</p>

⁷ GAUCH PETER/SCHLUEP WALTER R./SCHMID JÖRG, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 11. Auflage, Zürich 2020.

⁸ HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht: Allgemeiner und besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 2019.

<p>Die subjektive Ungewöhnlichkeit beurteilt sich nach dem Verständnishorizont des Kunden (Fachwissen, Branchenkenntnisse, Geschäftserfahrung, etc.). Subjektiv ungewöhnlich ist eine Klausel, wenn sie einen Überraschungs- und/oder einen Überraschungseffekt beinhaltet.</p>	
<p>Objektiv ungewöhnlich sind überraschende Bestimmungen, deren Inhalt im Kontext eines «solchen» Vertrags aussergewöhnlich (atypisch, unerwartet) und daher geschäftsfremd ist [GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 1137 ff.].</p> <p>Im Bereich der AVB kann die Ungewöhnlichkeitsregel zur Anwendung gelangen, wenn der durch Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang ganz erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind, wenn Sinn und Tragweite einer Bestimmung infolge komplizierter Formulierung verklausuliert sind oder wenn die Bestimmung aufgrund ihres Standorts innerhalb der AVB für den VN überraschend und unerwartet erscheint [BGer 5C.134/2004 vom 1.10.2010 E. 4.2].</p> <p>Nach dem Bundesgericht ist ein geschäftsfremder Inhalt dann zu bejahen, wenn eine Klausel zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher sei sie als ungewöhnlich zu qualifizieren [BGer 4A_475/2013 vom 15.07.2014 E. 5.1 mit weiteren Hinweisen zur Rechtsprechung].</p>	½ ZP
<p>Nach Ansicht der Lehre und Rechtsprechung erlangt eine ungewöhnliche Klausel aber dennoch Geltung, wenn der VN gesondert auf diese aufmerksam gemacht wurde, etwa durch Fettdruck oder grössere Schrift [vgl. BGer 4A_475/2013 vom 15.07.2014 E. 5.1 ff. sowie etwa FUHRER, N 8.37; HUGUENIN, N 626; KOLLER⁹, § 23 N 44].</p>	
<p><i>Wie dargelegt wurde, handelt es sich vorliegend um eine Globalübernahme. Damit kommt die Ungewöhnlichkeitsregel zum Zuge.</i></p>	
<p><i>Auf Ziff. 2.6. AVB wurde nicht durch Fettdruck oder grössere Schrift besonders aufmerksam gemacht, weshalb zu prüfen ist, ob die Klausel ungewöhnlich ist.</i></p>	
<p><i>Mangels anderer Angaben im SV ist davon auszugehen, dass T nicht besonders branchenerfahren ist. Damit können für ihn grundsätzlich auch branchenübliche Regelungen subjektiv ungewöhnlich sein.</i></p> <p><i>Ganz allgemein kann es aber auch einen branchenfremden VN nicht überraschen, dass ein VU nicht alle Ereignisse deckt, welche die Merkmale der versicherten Gefahr tragen. Gerade angesichts des besonderen Risikopotentials von Kapitalanlagen wird ein diesbezüglicher Ausschluss in einer Rechtsschutzversicherung T nicht überraschen.</i></p> <p><i><u>Korrekturhinweis:</u> Abweichende Ansicht vertretbar.</i></p>	1 (Theorie und Subs.)

⁹ KOLLER ALFRED, OR AT: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2017.

<p>Weiter ist fraglich, ob die Bestimmung objektiv ungewöhnlich ist.</p> <p><i>Kapitalanlagegeschäfte bergen in der Regel erhebliche Risiken, welche ein gewöhnlicher VN selten eingeht. In der Versicherungsbranche ist es durchaus üblich, grosse und nur bei einem kleinen Teil der VN auftretenden Risiken auszuschliessen, damit nicht die Gesamtheit aller VN diese Risiken tragen muss. Mit Kapitalanlagegeschäften werden damit nicht alltägliche Geschäfte eines gewöhnlichen VN vom Rechtsschutz ausgeschlossen. Ebenfalls wird mit dem Ausschluss der Kapitalanlagegeschäfte nicht ein häufig eintretendes Risiko ausgeschlossen, sodass der beschriebene Deckungsumfang deutlich reduziert werden würde.</i></p> <p><i>Auch dem durchschnittlichen Laien muss nach Treu und Glauben klar sein, dass gewisse Ereignisse in den AVB vom Versicherungsschutz ausgenommen werden. Der in Ziff. 1.1. AVB umschriebene Deckungsumfang wird daher durch den Ausschluss des Risikos «Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften aller Art und deren Finanzierung» in Ziff. 2.6. AVB nicht ausgehöhlt.</i></p> <p><i><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. mit guter Begründung vertretbar, wonach Kapitalanlagegeschäfte – insbesondere in Form von fondsgebundenen Lebensversicherungen – mittlerweile so üblich sind und damit alltägliche Geschäfte eines gewöhnlichen VN vom Rechtsschutz ausgeschlossen werden.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p>
<p>Zwischenfazit: Die AVB der R AG wurden mittels Globalübernahme gültig übernommen und Ziff. 2.6. AVB wurde Vertragsbestandteil.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. vertretbar.</p>	
<p>bb) Auslegungskontrolle</p> <p>Die allgemeinen Grundsätze über die Vertragsauslegung gelten auch für den Versicherungsvertrag, soweit das VVG keine Vorschriften über die Auslegung enthält (Art. 100 Abs. 1 VVG).</p>	
<p>In erster Linie ist der Inhalt eines Vertrages gemäss Art. 18 Abs. 1 OR durch Feststellung des übereinstimmenden, wirklichen Willens der Vertragsparteien zu bestimmen (subjektive Auslegung).</p> <p>Lässt sich dieser nicht (mehr) feststellen, ist mittels objektivierter (normativer) Auslegung der mutmassliche Parteiwille zu ermitteln. Willenserklärungen sind so auszulegen, wie sie der Empfänger als vernünftig und redlich handelnde Person nach Treu und Glauben unter den gegebenen Umständen verstehen durfte und musste.</p>	

<p>Eine Sondervorschrift stellt insoweit Art. 33 VVG dar, der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts die Unklarheitenregel im Versicherungsbereich konkretisiert [BGE 115 II 264 E. 5a]. Das VU haftet gemäss Art. 33 VVG für alle Ereignisse, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst [vgl. zum Ganzen FUHRER, N 8.1 ff.]. Versagen damit die traditionellen Auslegungsregeln, gehen unbestimmte und zweideutige Ausschlussbestimmungen zu Lasten des VU. Risikoausschlüsse sind im Zweifel eng zu verstehen bzw. sind unbestimmt oder mehrdeutige Risikobeschränkungen unwirksam.</p>	
<p><i>Im SV fehlen Angaben zum wirklichen Willen der R AG und von T hinsichtlich des genauen Inhaltes von Ziff. 2.6. AVB. Ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien ist somit nicht feststellbar. Die Auslegung erfolgt daher nach dem Vertrauensprinzip unter Berücksichtigung von Art. 33 VVG und der verwandten Auslegungsregeln wie bspw. dem Restriktionsprinzip.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.) ½ (Theorie und Subs.)</p>
<p><i>Gemäss der objektivierten Auslegung ist zu fragen, wie Ziff. 2.6. AVB zu verstehen ist. Bei der vorliegenden Lebensversicherung wird das Geld des T von der F AG in Investmentfonds angelegt. Dieses Geld wird ihm sodann mit Erreichen des 65. Lebensalters oder aber – bei Tod vor dem 65. Lebensalters – seinen Hinterbliebenen zum Todeszeitpunkt ausgezahlt. Fraglich ist, ob die Lebensversicherung auch ein Kapitalanlagegeschäft i.S.v. Ziff. 2.6. AVB ist.</i></p>	

Argumente, welche für die Qualifikation der fondsgebundenen Lebensversicherung als Kapitalanlage sprechen:

Ein verständiger VN wird dem Wortlaut der Klausel nach Treu und Glauben entnehmen, dass es um **Verträge** geht, **welche eine Kapitalanlage zum Gegenstand haben**. Ebenso wird ein durchschnittlicher VN erkennen, dass als «Kapitalanlage» allgemein der **Einsatz von Geldvermögen zum Zwecke des Erhalts oder der Vermehrung** gilt.

Die Klarstellung, dass **«Kapitalanlagegeschäfte aller Art» ausgeschlossen werden, verdeutlicht** dem VN, dass **nicht nur klassische Kapitalanlagegeschäfte umfasst sind**, sondern auch solche, welche **spezielle Anlageprodukte zum Vertragsgegenstand haben**. Damit kann auch der Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages, bei welchem das Geld in Investmentfonds angelegt wird, ein Kapitalanlagegeschäft darstellen, sofern die Lebensversicherung **nicht bloss der Risikoabsicherung, sondern auch der Vermögensbildung** dient. Aus dem SV ist denn auch ersichtlich, dass T seine Altersvorsorge aufstocken will, weshalb der **Fondsvertrag (auch) der Vermögensbildung dient**.

Im Gegensatz zu einer gewöhnlichen Lebensversicherung, ist bei einer **fondsgebundenen Lebensversicherung das Investitionsrisiko** besonders bedeutend. Steht damit der **Investitionszweck** im Vordergrund, so ist man dem Kapitalmarkt ausgesetzt und es ist von einer Kapitalanlage auszugehen. Bei der vorliegenden «Lebensversicherung» ist T dem Kapitalmarkt insofern ausgesetzt, als er Gewinne und Verluste der Fondsbeteiligung trägt; nur im Todesfall erhalten die Begünstigten eine Risikoabsicherung, indem 108 % des Fondswerts ausgezahlt werden. Es besteht demnach kein klassischer Kapitalerhaltungsschutz, wie dies bei einer klassischen Lebensversicherung üblich ist. Damit steht bei der vorliegenden Lebensversicherung der **Investitionszweck im Vordergrund**, weshalb von einer Kapitalanlage auszugehen ist.

Es stellt sich die Frage, ob die **vorliegende Streitigkeit im Kern die Kapitalanlage betrifft**. Der Ausschluss betrifft **«Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften»**. Die vorliegende Streitigkeit, ob Art. 3 Abs. 1 lit. f VVG verletzt wurde, scheint auf den ersten Blick eine versicherungsrechtliche Streitigkeit zu sein, da sie dem VVG entspringt. Allerdings geht es bei der Aufklärung über die Rückkaufs- und Umwandlungswerte um die **Offenlegung der Kapitalentwicklung und daher auch der Kapitalrisiken**. Damit handelt es sich um ein Kapitalanlage(beratungs-)risiko und folglich um eine **«Streitigkeit aus Kapitalanlagegeschäften»** i.S.v. Ziff. 2.6. AVB.

Zusammenfassend ist die Streitigkeit zwischen T und der F AG vom Ausschluss der **«Kapitalanlagen aller Art»** in Ziff. 2.6. AVB mit umfasst.

Argumente, welche gegen die Qualifikation der Lebensversicherung als Kapitalanlage sprechen:

Der Begriff «Kapitalanlagegeschäft» ist **kein fest umrissener Begriff**. Eine abschliessende, allgemeingültige Bestimmung dessen, was ein «Kapitalanlagegeschäft» ist, gibt es nicht. Nach der **wörtlichen Auslegung** ergibt sich somit nicht klar, ob die vorliegende Lebensversicherung unter diesen Begriff fällt.

Eine Lebensversicherung, bei welcher das Geld in Fonds investiert wird, erfüllt zwar bei wirtschaftlicher Betrachtung die Kriterien einer Kapitalanlage. Ein vernünftig und redlich handelnde Person sieht aber **nach Treu und Glauben in einem Lebensversicherungsvertrag nicht (ausschliesslich) eine Kapitalanlage, sondern nimmt es im Wesentlichen als Versicherungsvertrag wahr**. Dies umso mehr, als vorliegend die **F AG den Vertrag als «Lebensversicherung» bewirbt**.

Aus Ziff. 2.6. AVB ergibt sich sodann nicht eindeutig, **ob bereits ein «Mitwirken» eines Kapitalanlagegeschäfts ausreicht**. Der Zusatz «aller Art» führt auch nicht zur gewünschten Klarheit, da der VN davon ausgehen kann, dass zunächst überhaupt ein Kapitalanlagegeschäft für die Klausel vorliegen muss und sodann in einem zweiten Schritt mit «aller Art» festgehalten wird, es spiele keine Rolle, um was für ein Kapitalanlagegeschäft es sich handle. Bei einer **Lebensversicherung geht ein gewöhnlicher VN von vornherein nicht von der Einordnung als Kapitalanlagegeschäft aus**, weshalb es für ihn auch keine Rolle spielt, dass «alle Arten» von Kapitalanlagegeschäften umfasst sind.

Des Weiteren hat die **vorliegende Streitigkeit im Kern nichts mit dem Charakter des Fondsvertrags als Kapitalanlage selbst zu tun**. Der Ausschluss betrifft «Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften». Vorliegend geht es jedoch um eine **versicherungsrechtliche Streitigkeit**, genauer gesagt um die Frage, ob die F AG den T über die Rückkaufs- und Umwandlungswerte aufgeklärt und folglich Art. 3 Abs. 1 lit. f VVG verletzt hat.

Es ist nicht davon auszugehen, dass die **R AG Kapitalanlagegeschäfte mit dem Hintergrund ausgeschlossen hat, Streitigkeiten wie die vorliegende zu erfassen**. Vielmehr ist **Sinn und Zweck des Ausschlusses der Kapitalanlagegeschäfte, dass die erfahrungsgemäss besonders kostspieligen, schwer überschaubaren und versicherungsmathematisch schwer kalkulierbaren Risiken, die im Zusammenhang mit erwirtschafteten Verlusten stehen, vom Versicherungsschutz ausgenommen werden**.

Mit der gebotenen engen Auslegung ist damit beim Ausschluss von «Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften aller Art» nicht auch eine fondsgebundene Lebensversicherung umfasst.

Insgesamt bleibt unklar, **was alles vom Begriff «Kapitalanlagegeschäfte» umfasst ist**. Weiter ist unklar, ob mit «Streitigkeiten aus Kapitalanlagegeschäften» lediglich **Streitigkeiten im Zusammenhang mit dem Kapitalanlagegeschäft** oder aber **Streitigkeiten, welche irgendeinen Bezug zum Kapitalanlagegeschäft haben** (und deshalb auch der Zusatz «aller Art» vorgesehen ist) gemeint ist. Die objektive Auslegung führt damit nicht zu einem klaren Ergebnis, weshalb der **Ausschluss nach Art. 33 VVG nicht anwendbar** ist.

Zwischenfazit: Ziff. 2.6. AVB ist nicht anwendbar.

Korrekturhinweis: Beide Ansichten mit guter Begründung vertretbar. Es werden maximal 4 Punkte vergeben.

Max. 4 Pkt.

<p>cc) Inhaltskontrolle</p> <p>Im Rahmen der Inhaltskontrolle stellt sich einerseits die Frage, ob der Inhalt der AGB die Schranken des zwingenden Rechts einhält, wobei dies nach den allgemeinen Regeln über die Nichtigkeit und Ungültigkeit von Rechtsgeschäften zu beurteilen ist (sog. allgemeine bzw. generelle Inhaltskontrolle). Andererseits ist zu prüfen, ob der Inhalt aufgrund von AGB-spezifischen Gründen unwirksam, namentlich unangemessen ist (sog. AGB-spezifische Inhaltskontrolle bzw. offene Inhaltskontrolle).</p>	
<p><i>I.c. ist die Inhaltskontrolle gemäss Hinweis im Sachverhalt nicht vorzunehmen.</i></p>	
<p>Zwischenfazit: Es ist ein versichertes Ereignis eingetreten, indem eine Streitigkeit aus Vertragsrecht i.S.v. Ziff. 1.1. AVB vorliegt. Der Ausschluss nach Ziff. 2.6. AVB ist nicht anwendbar.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. vertretbar, wonach der Ausschluss nach Ziff. 2.6. AVB anwendbar ist.</p>	
<p>b) Eintritt während Vertragslaufzeit</p> <p>Der Eintritt des befürchteten Ereignisses begründet nur unter der Voraussetzung einen Versicherungsanspruch, dass er in die Vertragslaufzeit (materielle Versicherungsdauer) fällt. Der Eintritt des Rechtsschutzfalls ist im VVG nicht definiert, sodass es den Parteien überlassen bleibt, den Begriff in ihrer Vereinbarung auszufüllen.</p>	
<p><i>Gemäss Ziff. 4.1. AVB wird in zeitlicher Hinsicht vorausgesetzt, dass «ein Rechtsfall» während der Dauer des Vertrags eintritt. Den Rechtsfall definiert Ziff. 4.2. AVB (der nun vom Rechtsschutzfall spricht) mit dem Zeitpunkt des Verstosses gegen Rechtspflichten.</i></p> <p><i>Der Verstoss gegen eine Rechtspflicht ist vorliegend die nicht korrekt erfolgte Aufklärung durch die F AG. Dieser Verstoss fand vor Abschluss des Rechtsschutzvertrages mit der R AG statt, weshalb der Rechtsschutzfall nicht während der Vertragsdauer eingetreten ist.</i></p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. nicht vertretbar.</p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p> <p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>Zwischenfazit: Der Rechtsschutzfall ist gemäss Ziff. 4.1. i.V.m. Ziff. 4.2. AVB nicht während der Vertragslaufzeit eingetreten.</p>	
<p>2. Leistungskürzungs- oder Leistungsfreiheitsgründe</p> <p>Leistungskürzungs- oder -verweigerungsgründe sind nicht ersichtlich.</p>	
<p>Fazit: Die R AG lehnt den Deckungsschutz zu Recht ab.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> a.A. nicht vertretbar.</p>	<p>½</p>

Frage 3: Muss die F AG den Hinterbliebenen die Todesfallsumme (108 % des Wertes der Fondsanteile zum Zeitpunkt des Todesfalls) auszahlen?	
I. Zustandekommen und Gültigkeit des (Versicherungs-)Vertrages Gemäss SV kam zwischen T und der F AG ein gültiger Versicherungsvertrag zustande.	
II. Qualifikation Gemäss SV handelt es sich um einen Versicherungsvertrag.	
III. Anwendbarkeit des VVG Theorie s.o.	
<p><i>Vorliegend handelt es sich um einen Erstversicherungsvertrag, weil die F AG gemäss SV Risiken von T versichert und nicht das Risiko eines anderen VU, aus einem Versicherungsvertrag leistungspflichtig zu werden.</i></p> <p><i>Mangels anderer Angaben im Sachverhalt handelt es sich bei der F AG um ein schweizerisches VU, weshalb sie der Aufsicht nach dem VAG unterstellt ist.</i></p>	
Zwischenfazit: Das VVG findet auf den Versicherungsvertrag Anwendung.	1/2
IV. Erfüllungsanspruch der Hinterbliebenen auf die Todesfalleistung 1. Anspruch auf die Versicherungsleistung Der VN ist gemäss Art. 76 Abs. 1 VVG befugt , ohne Zustimmung des VUs einen Dritten als Begünstigten aus seinem Versicherungsvertrag zu bezeichnen (<i>Vertrag zugunsten Dritter</i>). Gemäss Art. 78 VVG begründet die Begünstigung, unter Vorbehalt von Verfügungen nach Art. 77 Abs. 1 VVG, für den Begünstigten ein eigenes Recht auf den ihm zugewiesenen Versicherungsanspruch .	
<p><i>Gemäss SV ist im Vertrag bei Tod des T vor seinem 65. Lebensalter die Auszahlung an seine Begünstigten vorgesehen. Gemäss Art. 78 VVG sind die Begünstigten anspruchsberechtigt.</i></p>	1/2 (Theorie und Subs.)
2. Leistungspflicht des VU Theorie s.o.	
<p><i>Der Vertrag zwischen der F AG und T schliesst das Todesfallrisiko mit ein. Mit dem Tod von T vor seinem 65. Lebensalter ist somit das versicherte Ereignis Todesfall eingetreten.</i></p> <p><i>Weiter ist mangels anderer Angaben im SV davon auszugehen, dass T nach dem Inkrafttreten des Vertrages und vor Ablauf verstarb. Damit fällt das befürchtete Ereignis in die Vertragslaufzeit.</i></p>	1/2
Zwischenfazit: Es ist das versicherte Ereignis eingetreten, weshalb grundsätzlich eine Leistungspflicht der F AG besteht.	

<p>3. Leistungskürzungs- oder Leistungsfreiheitsgründe</p> <p>Nachfolgend ist zu prüfen, ob die F AG sich auf ein Vertragslösungs- und ein Leistungsverweigerungsrecht berufen kann. Konkret in Frage kommt gemäss SV eine Anzeigepflichtverletzung.</p>	
<p>V. Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 i.V.m. Art. 4 VVG)</p> <p>1. Bestehen einer Anzeigepflicht</p> <p>Gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG hat der Antragsteller dem VU anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen. Sowohl das Befragen als auch die Mitteilung haben schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zu erfolgen.</p>	
<p>a) Gefahrstatsache</p> <p>Gefahrstatsachen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und das VU über Art und Umfang von Risikofaktoren aufklären können [BGE 122 III 458 E. 3b].</p> <p>Eine andere Definition verwendet FUHRER: Gefahrstatsachen sind jene Tatsachen, die einen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts (Schadeneintrittsgefahr) oder auf den Umfang des Schadens bei Eintritt (Schadenumfangsgefahr) des befürchteten Ereignisses haben [FUHRER, N 6.121].</p> <p>Da es sich um eine vorvertragliche Anzeigepflicht handelt, besteht die Anzeigepflicht nur bezüglich Gefahrstatsachen, welche zum Zeitpunkt des Ausfüllens des Antragsformulars vorliegen.</p>	
<p><i>I.c. schloss T mit der F AG eine Versicherung ab, welche u.a. auch das Todesfallrisiko einschliesst. Das versicherte Risiko ist der Todesfall von T.</i></p> <p><i>Eine COVID-19 Infektion ist geeignet, einen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts des befürchteten Ereignisses – des Todesfalls – zu haben (Schadenseintrittsgefahr) bzw. für die Risikobewertung durch das VU relevant. Somit ist die Tatsache, ob der T eine COVID-Infektion hat, ein Risikoelement und damit eine Gefahrstatsache i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>b) Erheblichkeit</p> <p>Nach Art. 4 Abs. 2 VVG sind diejenigen Gefahrstatsachen erheblich, die geeignet sind, auf den Entschluss des VU, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben.</p> <p>Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des VU in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden gemäss Abs. 3 als erheblich vermutet.</p>	

<p><i>Eine COVID-19-Infektion ist geeignet, auf den Entschluss des VU, einen Lebensversicherungsvertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben. Da eine COVID-19-Infektion einen Einfluss auf Todeswahrscheinlichkeit haben kann, hätte die F AG womöglich den Vertrag überhaupt nicht oder nicht zu den vereinbarten Bedingungen abgeschlossen. Die COVID-19-Infektion ist folglich nach Art. 4 Abs. 2 VVG erheblich.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p><i>Gemäss SV hatte T ein Antragsformular zu beantworten, worin er nach einer COVID-19-Infektion gefragt wurde. Die Frage nach einer bestimmten Infektion ist bestimmt und unzweideutig, weshalb die Erheblichkeit auch nach Art. 4 Abs. 3 VVG vermutet wird.</i> <i><u>Korrekturhinweis</u>: a.A. nicht vertretbar.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>c) Schriftliche Frage bzw. Frage in Textform Gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG hat sich das VU anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges Befragen nach den Gefahrstatsachen zu erkundigen. Die Befragung muss schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, erfolgen.</p>	
<p><i>Der SV spricht von einer Frage im Antragsformular. Ein Antragsformular reicht aus, um den Nachweis durch Text zu ermöglichen.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>d) Kenntnis oder Kennenmüssen Gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG sind nur solche Gefahrstatsachen relevant, die der VN kennt (positive Kenntnis) oder kennen muss, d.h. die Tatsachen müssen ihm bekannt sein, wenn er ernsthaft über die Frage des VUs nachdenkt [BGE 116 II 338 E. 1]. Hierbei werden die individuellen Fähigkeiten des VN berücksichtigt.</p>	
<p><i>Zum Zeitpunkt des Ausfüllens des Antragsformulars war T seine COVID-19-Infektion offensichtlich bekannt, da er kurz vor Vertragsschluss den entsprechenden ärztlichen Befund erhalten hat.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>e) Grenzen des Fragerechts Das Recht des VU, Fragen über Gefahrstatsachen zu stellen, die die Privat- bzw. Intimsphäre des VU betreffen, wird durch den Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ff. ZGB begrenzt. Fragen, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang zum zu versichernden Risiko stehen, sind unzulässig.</p>	
<p><i>Gründe für eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sind nicht ersichtlich. Die Frage nach einer COVID-19-Infektion steht ausserdem in unmittelbarem Zusammenhang mit dem zu versichernden Risiko Tod und ist dementsprechend zulässig.</i></p>	<p>½ ZP (Theorie und Subs.)</p>
<p>Zwischenfazit: T traf eine Anzeigepflicht bezüglich der abgefragten Krankheit. <i><u>Korrekturhinweis</u>: a.A. nicht vertretbar.</i></p>	

<p>2. Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 VVG)</p> <p>Die Anzeigepflicht ist verletzt, wenn der Anzeigepflichtige bei der Beantwortung der Fragen eine anzeigepflichtige Gefahrstatsache unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat.</p>	
<p><i>T traf eine Anzeigepflicht bezüglich der abgefragten Krankheit. Durch das Verschweigen der Gefahrstatsache hat er seine Anzeigepflicht verletzt.</i></p>	
<p>VI. Rechtsfolge der Anzeigepflichtverletzung</p> <p>1. Kündigungsrecht (Art. 6 Abs. 1 VVG)</p> <p>Wurde die Anzeigepflicht verletzt, so ist das VU berechtigt, den Vertrag schriftlich oder in einer anderen Form, die den Nachweis durch Text ermöglicht, zu kündigen (Art. 6 Abs. 1 VVG). Die Kündigung, welche auch den Kündigungsgrund angeben muss, wird mit Zugang beim VN wirksam. Art. 8 VVG enthält einen Ausnahmekatalog mit Tatbeständen, bei welchen keine Kündigung erlaubt ist.</p> <p>Ist ein Vertrag zum Zeitpunkt der Entdeckung der Anzeigepflicht bereits dahingefallen bzw. erloschen, steht das VU vor dem Problem, dass es den erloschenen Vertrag nicht kündigen kann. Nach dem Gesetzeswortlaut könnte das VU mangels Kündigung folglich keine Leistungsfreiheit geltend machen, weil eine Kündigung nach Art. 6 Abs. 1 VVG eine zwingende Voraussetzung für eine allfällige Leistungsbefreiung nach Art. 6 Abs. 3 VVG ist.</p> <p>Dieses Ergebnis widerspräche jedoch dem Zweck des Gesetzes. Das VU muss deshalb in einer solchen Situation in extensiver Auslegung von Art. 6 VVG die Möglichkeit haben, innert vier Wochen nach Kenntnis der Anzeigepflichtverletzung zu erklären, dass es für bereits eingetretene Versicherungsfälle, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig deklarierte Gefahrstatsache beeinflusst wurde, nicht aufkommt oder bereits erbrachte Leistungen zurückfordert [zum Ganzen FUHRER, N 6.161].</p>	
<p><i>I.c. verstarb T, womit das versicherte Risiko eintrat und der Vertrag dahinfiel. Aufgrund des Wegfalls des versicherten Risikos ist eine Kündigung nicht mehr möglich; die bereits entstandenen Pflichten bleiben aber bestehen. Von der F AG kann man demnach als Voraussetzung für die Leistungsfreiheit nur eine Leistungsverweigerung, nicht aber eine Kündigung verlangen.</i></p> <p><i>Der F AG steht es nach Art. 6 VVG offen, innert vier Wochen nach Kenntnis der Anzeigepflichtverletzung zu erklären, dass sie die Leistung verweigert. Die F AG hat die Leistung gegenüber den Hinterbliebenen verweigert. Es ergeben sich jedoch keine näheren Anhaltspunkte über die Art und Form der «Verweigerung», namentlich ist unklar, ob die Verweigerung schriftlich und innerhalb von vier Wochen geschah. In jedem Fall liegt aber kein Tatbestand nach Art. 8 VVG vor.</i></p>	<p>1 (Theorie und Subs.)</p>

<p>2. Leistungsfreiheit (Art. 6 Abs. 3 VVG)</p> <p>a) Kündigung bzw. Leistungsverweigerung</p> <p>Grundsätzlich kann sich das VU von der Leistungspflicht befreien, indem der Vertrag durch Kündigung aufgelöst wurde und <i>soweit</i> der Eintritt oder Umfang des eingetretenen Schadens dadurch beeinflusst worden ist.</p> <p>Wenn aber die Kündigung nach Wegfall des versicherten Risikos durch Eintritt des Versicherungsfalls nicht mehr möglich ist, weil der Vertrag formal endet, so reicht als Voraussetzung für die Leistungsfreiheit die Leistungsverweigerung.</p> <p>Insbesondere muss auch bei der Leistungsverweigerung <i>«mit der gebotenen Klarheit auf die unrichtig mitgeteilte oder verschwiegene Gefahrstatsache»</i>, d.h. hinreichend substantiiert, hingewiesen werden [BGer, 18.03.1994, ProVSVA; BSK VVG¹⁰-NEF, Art. 6 N 16].</p>	
<p><i>Aus dem SV ergibt sich, dass sich die F AG auf ihre Leistungsfreiheit wegen Verletzung der vorvertraglichen Anzeigepflicht beruft, was ausreicht, da eine Kündigung nicht mehr möglich ist.</i></p> <p><i>Die F AG macht geltend, T habe die im Antragsformular gestellte Frage nach einer bestimmten Krankheit unzutreffend verneint, obwohl er nur kurz vor Vertragsschluss den entsprechenden ärztlichen Befund erhalten hat. Damit benennt die F AG die verschwiegene Gefahrstatsache und weist genügend substantiiert auf die Leistungsfreiheit hin.</i></p> <p><i>Korrekturhinweis: a.A. nicht vertretbar.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.)</p>
<p>b) Kausalität</p> <p>Sodann muss die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache den Eintritt oder Umfang des Schadens beeinflusst haben.</p> <p>Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist der Begriff <i>«Beeinflussung»</i> als weiter Kausalitätsbegriff zu verstehen [BGer 4A_150/2015 vom 29.10.2015 E. 7.4 f.]. Daher ist eine Verneinung der Kausalität nur möglich, wenn der Versicherungsfall von der nicht oder unrichtig mitgeteilten Gefahrstatsache völlig losgelöst ist [vgl. zum Ganzen BGer 9C_18/2016 vom 9.10.2016 E. 6.2.2].</p>	

¹⁰ HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM P./SCHNYDER ANTON K. (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Basel 2001.

<p><i>Gemäss SV ist strittig, ob die COVID-19-Infektion den Tod beeinflusst hat. Es lässt sich also nicht beurteilen, ob der Versicherungsfall von der mitgeteilten Gefahrstatsache völlig losgelöst ist. Damit wird das Problem zu einer Frage der Beweislast. Es wäre also zu Lasten jener Partei zu entscheiden, die die Beweislast trägt.</i></p> <p><i>Die Frage der Beweislast wurde vom Bundesgericht im o.a. Entscheid BGer 9C_18/2016 vom 9.10.2016 einfach umgangen, indem es davon ausging, der Tod der versicherten Person sei vom nicht angezeigten Umstand jedenfalls «nicht völlig losgelöst». Diesen Ansatz könnte man sich auch im vorliegenden Fall zunutze machen. Jedoch überzeugt der Ansatz des Bundesgerichts nicht. Denn eine «Beeinflussung» des Todesfalls kann nur vorliegen, wenn die COVID-19 Infektion zumindest eine conditio sine qua non war. War sie dies nicht, so ist der Versicherungsfall «völlig losgelöst» vom nicht angezeigten Umstand eingetreten. Das Problem ist daher, wie bereits dargelegt, eine Frage der Beweislast.</i></p>	<p>½ (Theorie und Subs.) ½</p> <p>Max. 1 ZP</p>
<p>Die Beweislast für die Beeinflussung obliegt dem VU, der sich von seiner Leistungspflicht befreien will [BSK VVG Nachf.Bd.¹¹-NEF/VON ZEDTWITZ, Art. 6 ad N 14]. Bezüglich des Beweismasses reicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit aus [BSK VVG Nachf.Bd.-NEF/VON ZEDTWITZ, Art. 6 ad N 5]. Ausserdem kann einem VU beim Kausalitätsbeweis ein Anscheinsbeweis (<i>prima-facie</i>-Beweis) eröffnet sein. Der Anscheinsbeweis ist die richterliche Beweiswürdigung aufgrund typischer Geschehensabläufe. Dabei wird mit Hilfe der allgemeinen Lebenserfahrung eine Lücke in der Sachverhaltsfeststellung überbrückt und die beweisbelastete Partei davon entbunden, das Gericht mit beweisrechtlichen Mitteln zu überzeugen [BK ZGB-WALTER¹², Art. 8 N 79]. Die Kausalität wird mit dem Anscheinsbeweis bloss mittels Indizien bewiesen [vgl. zum Ganzen HEISS¹³, 128 f.]. Würde man den Anscheinsbeweis nicht zulassen, so hätte das VU nicht bloss zu beweisen, dass die Beeinflussung nach der allgemeinen Lebenserfahrung wahrscheinlich ist, sondern vielmehr, dass die verschwiegene Krankheit ursächlich für den Tod war [HEISS, 128 f.].</p>	
<p><i>Vorliegend würde die fehlende Information über die Todesursache grundsätzlich zu Lasten des beweispflichtigen VU gehen. Allerdings erscheint es nicht fernliegend, dass diesem ein Beweis des ersten Anscheins gelingt. Dann wäre Kausalität anzunehmen, es sei denn, die Anspruchsberechtigten würden Umstände beweisen, die den Anscheinsbeweis zu erschüttern vermöchten. Derartige Beweisfragen können hier aber nicht abschliessend beurteilt werden. Insofern bleibt das Ergebnis offen.</i></p>	<p>Max. 2 ZP (Theorie & Subs.)</p>
<p>c) Umfang der Leistungsfreiheit</p> <p>Eine unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrrentatsache führt gemäss Art. 6 Abs. 3 VVG nur zur Leistungsbefreiung des VU, soweit der Eintritt oder Umfang des eingetretenen Schadens dadurch beeinflusst worden ist. Damit kann das VU nur noch in dem Umfange kürzen, in welchem sich die Anzeigepflichtverletzung auf das Schadenausmass ausgewirkt hat.</p>	

¹¹ HONSELL HEINRICH /VOGT NEDIM P./SCHNYDER ANTON K./GROLIMUND PASCAL (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Basel 2012.

¹² AEBI-MÜLLER REGINA E. et al., Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I: Einleitung und Personenrecht, 1. Abteilung: Einleitung, Art. 1-9 ZGB.

¹³ HEISS HELMUT, Aktualitäten – Privatversicherungsrecht, in: FUHRER STEPHAN, Jahrbuch SGHVR 2017, 109.

<p><i>Wenn die COVID-19 Infektion eine conditio sine qua non des Todes des T war, so ist das VU insgesamt leistungsfrei. Eine Beeinflussung nur des Umfangs des eingetretenen Schadens ist in der Todesfallversicherung begriffsnotwendig nicht denkbar. Daher kommt nur ein «alles» oder «nichts» in Betracht.</i></p>	<p>½ (Theorie & Subs.)</p>
<p>d) Auszahlung des Rückkaufswerts (bei unterstellter Leistungsfreiheit)</p> <p>Trotz der ggf. bestehenden Leistungsfreiheit des VU ist zu bedenken, dass der grösste Teil der von T bezahlten Prämie ein Sparkapital und keine Risikoprämie war. Für diesen speziellen Fall enthält Art. 6 Abs. 4 VVG eine Sonderregelung: Wird ein Lebensversicherungsvertrag aufgelöst, der nach Massgabe dieses Gesetzes rückkauffähig ist (Art. 90 Abs. 3 VVG), so hat das VU gemäss Art. 6 Abs. 4 VVG die für den Rückkauf festgestellte Leistung zu gewähren.</p> <p>Rückkauffähig ist ein Lebensversicherungsvertrag gemäss Art. 90 Abs. 3 VVG, wenn der Eintritt des versicherten Ereignisses gewiss ist und die Versicherung bei ganzer oder teilweiser Beendigung des Vertrages einen Rückkaufswert hat. Diesfalls muss das VU auf Verlangen des VN den Rückkaufswert auszahlen.</p>	<p>½</p> <p>½</p>
<p><i>Auch hier ist zu bedenken, dass der Vertrag mit dem Tod es T automatisch endete. Eine Kündigung durch das VU kommt nicht mehr in Frage. Konsequenterweise muss Art. 6 Abs. 4 VVG aber nicht nur bei Kündigung durch das VU gelten, sondern auch wenn eine Kündigung wegen Vertragswegfalls ausgeschlossen ist und sich das VU auf die Leistungsfreiheit beruft.</i></p> <p><i>Da T verstarb und damit das versicherte Ereignis eingetroffen ist, ist die F AG zwar von ihrer Verpflichtung zur Leistung des Todesfallschutzes frei geworden, den Sparanteil der Lebensversicherung aber hat sie zu erstatten. Die F AG muss also die Fondswerte ausbezahlen.</i></p>	<p>½ ZP (Theorie und Subs.)</p>
<p>VII. Willensmängel</p> <p>Da das Kausalitätskriterium nach Art. 6 VVG nicht umgangen werden soll, regelt nach h.L. und Rechtsprechung Art. 6 VVG die Folgen der Anzeigepflichtverletzung abschliessend, so dass die Anfechtung des Vertrages wegen Willensmängel ausgeschlossen ist, wozu auch die absichtliche Täuschung zählt [FUHRER, N 6.109 f.; BSK VVG Nachf.Bd.-STOESSEL, Vorbem. Art. 1-3, N 33; BGE 61 II 281 E. 1; BGer 4A_112/ 2013 vom 20.08.2013 E. 3.5.1].</p> <p>Die Regelung, dass der Versicherungsschutz für Schäden eines fahrlässig Handelnden bestehen bleibt, die nicht kausal zur falsch deklarierten Gefahrstatsache sind, ist gemäss FUHRER sachgerecht. Nicht nachvollziehbar ist für FUHRER jedoch, das VU einem absichtlich täuschenden Versicherungsnehmer gegenüber schlechter zu stellen, als es bei der Anwendbarkeit des OR stünde. Aus diesem Grund schlägt FUHRER vor, das VU sollte alternativ auch die Möglichkeit haben, sich gestützt auf Art. 28 OR mit der Wirkung ex tunc von einem solchen Vertragspartner zu lösen [a.A. aber BGer 4A_112/2013 vom 20.08.2013 E. 3.5.1]. Dies hätte indes auch zur Folge, dass die Prämien rückerstattet werden müssten.</p>	

<p>Damit könnte sich das VU bei einem schadenfreien Verlauf auf Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG und bei entschädigungspflichtigen, nicht kausalen Schäden auf absichtliche Täuschung nach Art. 28 OR berufen, soweit die Summe des Schadens jene der zurückzuerstattenden Prämien übersteigt [FUHRER, N 6.110].</p>	
<p><i>T wusste aufgrund des entsprechenden ärztlichen Befundes über seine COVID-19-Infektion. Er hat sie daher bewusst verschwiegen. Dabei war ihm schon angesichts der ausdrücklichen Frage die Bedeutung des Umstands für den Vertragsabschluss bewusst. Daher hat er das VU absichtlich über eine Gefahrstatsache getäuscht und gemäss FUHRER sollte ihm alternativ zu den Regelungen der Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG auch die Möglichkeit der Anfechtung nach Art. 28 OR aufgrund absichtlicher Täuschung zur Verfügung stehen.</i></p>	<p>½ ZP (Theorie und Subs.)</p>
<p><u>Korrekturhinweis:</u> Für die Prüfung des Art. 28 OR werden <u>maximal 2 ZP</u> vergeben.</p>	<p>Max. 2 ZP</p>
<p>VIII. Culpa in contrahendo / Art. 97 OR</p> <p>Zu denken wäre weiter an eine Haftung des s aus CIC bzw. Art. 97 OR. Auch über die CIC bzw. Art. 97 OR dürfen aber die Begrenzungen des Art. 6 VVG nicht umgangen werden, sodass auch im Wege des Schadensersatzes jedenfalls keine weitergehende Rückwirkung erzielt werden kann, als sie Art. 6 VVG zulässt. Insofern verdrängt Art. 6 VVG die Haftung aus CIC / Art. 97 OR.</p>	
<p>Fazit: Unter der Bedingung, dass der F AG der Kausalitätsbeweis gelingt, könnte sie sich auf die Leistungsfreiheit berufen. Diesfalls müsste gemäss Art. 6 Abs. 4 i.V.m. Art. 90 Abs. 3 VVG den Rückkaufswert erstatten.</p> <p>Wenn man der Ansicht von FUHRER folgt, kann die F AG alternativ den Vertrag gegenüber T nach Art. 28 OR anfechten. Sie müsste daher keine Versicherungsleistung erbringen, jedoch die Prämie bereicherungsrechtlich erstatten.</p>	<p>½</p>