

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091218\_d\_zh\_o\_01 vom 18. Dezember 2009**

FINMA Versicherungsrecht, 2009-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20091218\\_d\\_zh\\_o\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20091218_d_zh_o_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091218\_d\_zh\_o\_01 du 18 décembre 2009

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20091218\_d\_zh\_o\_01 del 18 dicembre 2009

## **Erwägungen**

### **E. 1**

A.\_\_\_\_ verkaufte die im Handelsregister eingetragene B.\_\_\_\_ und das C.\_\_\_\_ am 31. Oktober 2006 an D.\_\_\_\_ (Urk. 1 S. 3). Per 2. November 2006 wurde sie von der B.\_\_\_\_ als Coiffeuse angestellt (vgl. Arbeitsvertrag vom 2. November 2006, Urk. 2/3). D.\_\_\_\_ stellte für die B.\_\_\_\_ am 2. November 2006 Antrag auf Abschluss einer Kollektivkrankentaggeldversicherung bei der Generali Allgemeine Versicherungen AG (Urk. 22/3; vgl. auch Urk. 22/6 S. 2). Gleichzeitig machte A.\_\_\_\_ als Arbeitnehmerin Angaben zu ihrem Gesundheitszustand (Urk. 22/2). Die Police der Krankentaggeldversicherung datiert vom 30. November 2006 mit einem Versicherungsbeginn am 3. November 2006 (Urk. 2/7; vgl. auch Urk. 22/3 S. 5, 22/6 S. 2). Ab dem 13. November 2006 war A.\_\_\_\_ vollständig arbeitsunfähig (vgl. Urk. 22/6, 22/7). Mit Schreiben vom 20. November 2006 kündigte die B.\_\_\_\_ ihr die Arbeitsstelle (Urk. 22/9, 22/6 S. 1). Am 5. und 21. Dezember 2006 meldete die B.\_\_\_\_ die krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit von A.\_\_\_\_ bei der Generali an (Urk. 22/6, 22/8). Dr. med. E.\_\_\_\_, Facharzt für Innere Medizin, stellte das Anfangszeugnis vom 13. Dezember 2006 (Urk. 22/7) aus. Die Generali nahm verschiedene Abklärungen vor (vgl. Urk. 22/10 ff.) und kündigte mit den Schreiben vom 1. März 2007 an die Versicherte und die B.\_\_\_\_ den Vertrag beziehungsweise schloss die Versicherte wegen einer Anzeigepflichtverletzung vom Vertrag aus (Urk. 22/18, 22/19, 22/25 S. 1). Die Rechtsvertretung der Versicherten holte im Verlauf den Bericht von Dr. E.\_\_\_\_ vom 22. Mai 2007 ein (Urk. 22/20, 22/21).

### **E. 2**

Das Nachklagerecht für den Zeitraum ab dem 01.10.2007 bleibt vorbehalten.

#### **E. 2.1**

Nach Art. 4 Abs. 1 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG) hat der Antragsteller dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen. Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben (Art. 4 Abs. 2 VVG). Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden als erheblich vermutet (Art. 4 Abs. 3 VVG). Hat der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste und über die er schriftlich befragt worden ist, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen, so ist der Versicherer berechtigt, den Vertrag durch schriftliche Erklärung zu

kündigen. Die Kündigung wird mit Zugang beim Versicherungsnehmer wirksam (Art. 6 Abs. 1 VVG). Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (Art. 6 Abs. 2 VVG). Wird der Vertrag durch Kündigung nach Absatz 1 aufgelöst, so erlischt auch die Leistungspflicht des Versicherers für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist. Soweit die Leistungspflicht schon erfüllt wurde, hat der Versicherer Anspruch auf Rückerstattung (Art. 6 Abs. 3 VVG). Die Kündigung erfordert keinen Kausalzusammenhang zwischen der nicht angezeigten Gefahrstatsache und der später eingetretenen Beeinträchtigung. Im Falle einer Auflösung des Vertrags erlischt die Leistungspflicht des Versicherers aber nur dann auch für bereits eingetretene Schäden, wenn deren Eintritt oder Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigte

erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist (Urteil des Bundesgerichts in Sachen P. vom 6. März 2009, 9C\_671/2008, Erw. 3.4.3.2; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts in Sachen A. vom 22. Oktober 2009, 4A\_285/2009, Erw. 4.1). Umfasst der Vertrag mehrere Gegenstände oder Personen und ist die Anzeigepflicht nur bezüglich eines Teiles dieser Gegenstände oder Personen verletzt, so bleibt die Versicherung für den übrigen Teil wirksam, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass der Versicherer diesen Teil allein zu den nämlichen Bedingungen versichert hätte (Art. 7 VVG). Bei der Personenversicherung, insbesondere der kollektiven Kranken- und Unfallversicherung von Arbeitnehmern, sind diese in der Regel einer direkten Anzeigepflicht unterworfen. Verletzt ein Arbeitnehmer seine Anzeigepflicht und kündigt der Versicherer gemäss Art. 6 VVG den Vertrag, so stehen dem Arbeitgeber die Rechte aus Art. 7 VVG zu (vgl. Nef, in: Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, Art. 7 Rz 8). Sind die Voraussetzungen von Art. 7 VVG erfüllt, so wird der von der Anzeigepflichtverletzung nicht betroffene Teil des Kollektivversicherungsvertrages von der Kündigung des Versicherers nicht erfasst (vgl. Nef, a.a.O., Art. 7 Rz 12).

## **E. 2.2**

Gefahrstatsachen im Sinne des Art. 4 VVG sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und den Versicherer demzufolge über den Umfang der zu deckenden Gefahr aufklären können; dazu sind nicht nur jene Tatsachen zu rechnen, welche die Gefahr verursachen, sondern auch solche, die bloss einen Rückschluss auf das Vorliegen von Gefahrenursachen gestatten. Die Anzeigepflicht des Antragstellers weist indessen keinen umfassenden Charakter auf. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Angabe jener Gefahrstatsachen, nach denen der Versicherer ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt hat; der Antragsteller ist daher ohne entsprechende Fragen nicht verpflichtet, von sich aus über bestehende Gefahren Auskunft zu geben. In zeitlicher Hinsicht erstreckt sich die Anzeige- bzw. Nachmeldspflicht auch auf (erhebliche) Gefahrstatsachen, die zwar nach Einreichung des Antrages, aber vor Abschluss des Vertrages entstehen, unabhängig davon, ob die Vertragswirkungen früher oder später einsetzen (BGE 134 III 513 Erw. 3.3.2 mit Hinweisen). Wann die Anzeigepflicht verletzt ist, beurteilt sich verschuldensunabhängig nach subjektiven wie auch nach objektiven Kriterien. Denn nach dem Wortlaut von Art. 4 und

## **E. 2.3**

Bei der Frist in Art. 6 Abs. 2 VVG handelt es sich um eine Verwirkungsfrist, die zu laufen beginnt, sobald der Versicherer zuverlässige Kunde von Tatsachen erhält, aus denen sich der sichere Schluss auf Verletzung der Anzeigepflicht ziehen lässt; blosse Vermutungen, die zu grösserer oder geringerer Wahrscheinlichkeit drängen, dass die Anzeigepflicht verletzt ist, genügen nicht (Urteil des Bundesgerichts in Sachen X. vom 2. Oktober 2007, 5C.50/2007, Erw. 2). Hat der Versicherte verschiedene Anzeigepflichtverletzungen begangen, so beginnt für den Versicherer mit jeder Kenntnisnahme einer solchen Verletzung eine selbständige Frist zu laufen, um den Vertrag zu kündigen, und zwar unabhängig davon, ob bereits eine Frist wegen einer bestimmten Anzeigepflichtverletzung verpasst worden ist (Urteil des Bundesgerichts in Sachen A. vom 5. Februar 2008, 4A\_488/2007, Erw. 4.1; Nef, a.a.O., Art. 6 Rz 23). Um gültig zu sein, muss eine Rücktrittserklärung (beziehungsweise eine Kündigung) ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen und die ungenau beantwortete Frage erwähnen (BGE 129 III 714 Erw. 2.1).

3. Die Klägerin unterzeichnete am 2. November 2006 die Anmeldung Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit und verneinte unter anderem, dass gegenwärtig gesundheitliche Störungen bestünden (Urk. 22/2). Dr. E. \_\_\_ und Dr. med. F. \_\_\_, Facharzt für Allgemeinmedizin, bestätigten mit den Bescheinigungen vom 13. und 20. November 2006 eine seit dem 13. November 2006 bestehende vollständige Arbeitsunfähigkeit (Urk. 22/6). Dr. E. \_\_\_ gab am 13. Dezember 2006 im Anfangszeugnis als Datum der Erstkonsultation den 13. November 2006 und als Diagnose Depression an. Die Frage nach dem Zeitpunkt des Auftretens der ersten Symptome dieses Leidens beantwortete er mit "seit Monaten". Er verneinte, dass die Klägerin schon früher für die gleichen Symptome behandelt worden sowie dass die gegenwärtige Krankheit durch vorgehende Krankheiten oder Unfälle beeinflusst worden sei (Urk. 22/7). Die Klägerin gab gegenüber der Beklagten mit der Vollmachterteilung vom 12. Januar 2007 an, bis zum Schreiben der Beklagten vom 9. Januar 2007 und insbesondere im Zeitpunkt der Anmeldung vom 2. November 2006 sei sie nicht über das Vorliegen einer Depression informiert gewesen. Sie habe zum Zeitpunkt der Anmeldung auch keine Medikamente zur Behandlung einer Depression eingenommen (Urk. 22/10, 22/11). Gemäss den Angaben von Dr. E. \_\_\_ vom 8. Februar 2007 befand sich die Versicherte zwischen dem 1. Januar 2002 und Ende 2006 mehrmals in ärztlicher Behandlung. Häufig seien ein respiratorischer Infekt und wiederkehrende Rückenschmerzen behandelt worden (vgl. auch Urk. 22/17). In den Monaten November und Dezember 2006 hätten Konsultationen wegen einer Depression stattgefunden. Wegen dieser Depression mit Lustlosigkeit, Freudlosigkeit, vermindertem Antrieb, bedrückter Stimmungslage, sozialem Rückzug und stark verminderter Belastbarkeit sei eine antidepressive Behandlung eingeleitet worden. Des Weiteren stehe die Versicherte in psychotherapeutischer Behandlung (Urk. 22/14). Dr. med. G. \_\_\_, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, gab im Bericht vom 17. Februar 2007 an, dass die Versicherte seit dem 6. Dezember 2006 bei ihm in Behandlung sei. Er diagnostizierte eine Anpassungsstörung mit ausgeprägten depressiven Zügen und mit Erschöpfungszustand (ICD-10 F43.22). Die Versicherte werde durch psychotherapeutische Gespräche und mit Psychopharmaka behandelt (Urk. 22/15). Auf entsprechende Fragen der Rechtsvertretung der Versicherten führte Dr. E. \_\_\_ im Bericht vom 22. Mai 2007 aus, dass es sich bei den ersten vor Monaten aufgetretenen Symptomen einer Depression um Bedrücktheit und verminderte Belastbarkeit in wechselnder Intensität gehandelt habe, wobei man damals noch nicht von einer Depression habe sprechen können. Die Versicherte habe aufgrund der Symptome nicht

wissen müssen, dass bei ihr eine Depression auftreten könnte. Die Rückenschmerzen seien durch muskuläre Verspannungen bedingt gewesen und die respiratorischen Infekte mehrheitlich durch

Viren verursacht worden (Urk. 22/21). Gemäss den Zeugnissen von Dr. G. \_\_\_ bestand bis zum 31. Juli 2008 eine vollständige Arbeitsunfähigkeit und ab dem 1. August bis 31. Dezember 2008 noch eine Arbeitsunfähigkeit von 40 % (Urk. 22/8, 2/21, 26/23). 4. Die Klägerin lässt im Wesentlichen geltend machen, Dr. E. \_\_\_ habe ausgeführt, dass bei ihr seit Monaten Bedrücktheit und verminderte Belastbarkeit in wechselnder Intensität bestanden hätten. Es stelle sich die Frage, wie er beurteilen könne, dass diese Symptomatik beziehungsweise eine Depression seit Monaten bestanden habe, wenn er sie erstmals am 13. November 2006 untersucht habe (Urk. 1 S. 8). Die Grenze zwischen einer normalen Niedergeschlagenheit beziehungsweise einer Bedrücktheit und einer leichten Depression sei fließend und auch für den Fachmann oft nur schwer erkennbar (Urk. 1 S. 9, 29 S. 11). In den Monaten vor der Geschäftsübergabe am 1. November 2006 sei sie beruflich und privat stark angespannt gewesen, habe stets und ohne Unterbruch gearbeitet und auch keine Medikamente gegen Depressionen eingenommen. Erst am 13. November 2006, rund zwei Wochen nach der Geschäftsübergabe und dem Eintritt in die Unselbständigkeit habe sie nach einem heftigen Streit einen Zusammenbruch erlitten (Urk. 1 S. 9, 29 S. 6). Sowohl Dr. E. \_\_\_ als auch Dr. G. \_\_\_ seien sich einig, dass man vor dem 13. November 2006 noch nicht vom Vorliegen einer Depression sprechen könne und dass sie nicht gewusst habe, dass sie unter einer Depression leide (Urk. 1 S. 9 f., 29 S. 4 f.). Sie habe ihre temporäre Bedrücktheit und verminderte Belastbarkeit als gewöhnliche Erscheinung gedeutet und nicht als gesundheitliche Störung und habe angenommen, dass diese nach der Geschäftsübergabe wieder verschwinden würde. So habe sie die Frage nach anderen Krankheiten, Störungen und Beschwerden des Nervensystems und der Psyche verneint (Urk. 1 S. 11, 29 S. 6 und S. 13 f.). Aus der starken beruflichen Anspannung könne noch lange nicht geschlossen werden, dass bereits im Vorfeld der Antragsunterzeichnung gesundheitliche Probleme im Zusammenhang mit dem Gemütszustand bestanden hätten (Urk. 29 S. 8). Ihren Zustand habe sie nicht als "Beschwerden", sondern als Resultat von jahrelanger Überarbeitung verstanden (Urk. 29 S. 10 f.). Aus dem zeitlichen Zusammenhang zwischen der Geschäftsübergabe und der Kündigung ergebe sich, dass D. \_\_\_ und sie nicht zusammen hätten arbeiten können, was sie sehr belastet habe (Urk. 29 S. 10). Die Frage nach "anderen" Krankheiten, Störungen und Beschwerden der Psyche sei zu pauschal formuliert (Urk. 29 S. 10 und S. 12). Die Kündigung der Beklagten sei zudem verspätet erfolgt (Urk. 1 S. 11, 29 S. 15 f.). Die Beklagte hätte zudem die Möglichkeit gehabt, die Police nach der Krankheitsmeldung zurückzubehalten und die Versicherung erschwerten Bedingungen zu unterwerfen. Der nachfolgende Vertragsrücktritt sei nach Art. 8 Ziffer 3 eventuell Ziffer 4 VVG unzulässig (Urk. 29 S. 12 und S. 14 f.). Die Beklagte demgegenüber macht geltend, aufgrund der Tatsache, dass die Klägerin in den Monaten November und Dezember den Arzt konsultiert habe, sei zu folgern, dass bereits im Vorfeld dieser Konsultationen eindeutige Beschwerden bestanden hätten, die hätten angegeben werden müssen (Urk. 6 S. 6 und S. 12, 33 S. 9 und S. 11). Unabhängig davon, ob sie die genaue medizinische Diagnose ihrer gesundheitlichen Beeinträchtigungen gekannt habe, habe sie sich über dieselben bewusst sein müssen (Urk. 6 S. 7, 33 S. 4). Mit der starken beruflichen Belastung hätten bereits im Vorfeld der Antragsunterzeichnung gesundheitliche Probleme im Zusammenhang mit dem Gemütszustand der Klägerin vorgelegen (Urk. 6 S. 8). Die längere vollständige Arbeitsunfähigkeit könne nicht einfach über Nacht entstanden

sein; vielmehr sei von einem Prozess auszugehen, der auch der Klägerin nicht habe verborgen bleiben können (Urk. 6 S. 8, 33 S. 7). Aufgrund der Angaben von Dr. E.\_\_\_\_ vom 22. Mai 2007 sei erstellt, dass die Klägerin bereits im Zeitpunkt der Antragsstellung unter erheblichen Beschwerden gelitten habe, welche sie hätte angeben müssen (Urk. 6 S. 10, 33 S. 7). Die Klägerin wäre zudem verpflichtet gewesen, bis zum Vertragsabschluss und nach dem 13. November 2006 auf die neu diagnostizierten Beschwerden hinzuweisen (Urk. 6 S. 11, 29 S. 10). Es sei nicht nur nach einer Depression, sondern ganz allgemein nach Beschwerden gefragt worden (Urk. 6 S. 10 und S. 13 f.). Erst nach Eingang der zusätzlichen ärztlichen Angaben habe sie Gewissheit über die Verletzung der Anzeigepflicht gehabt; die Kündigung beziehungsweise der Ausschluss sei rechtzeitig

erfolgt (Urk. 6 S. 15). Die Klägerin habe zudem ihre bestehenden Rückenprobleme bewusst verschwiegen (Urk. 33 S. 5). Bis anhin stehe zudem nicht zweifelsfrei fest, dass die Versicherte im November 2006 nicht noch zusätzlich über weitere Beschwerden geklagt habe und die danach andauernde Arbeitsunfähigkeit nicht auch darauf zurückzuführen sei (Urk. 33 S. 5 f.).

5. 5.1 5.1.1 Im Zeitpunkt der Erstbehandlung am 13. November 2006 wurde bei der Versicherten eine Depression diagnostiziert. Aufgrund der Angaben von Dr. E.\_\_\_\_, auf welche abzustellen ist, hatte die Versicherte bereits in den Monaten davor unter den ersten Symptomen einer Depression im Sinne von Bedrücktheit und verminderter Belastbarkeit in wechselnder Intensität gelitten (Urk. 22/7, 22/21). Es ist ohne Weiteres davon auszugehen, dass sich diese vorbestandenen Symptome aus den Angaben der Klägerin im Rahmen der beim Arztbesuch erfolgten Anamneseerhebung ergaben. Anlass, an den Feststellungen von Dr. E.\_\_\_\_ zu zweifeln, oder für weitere diesbezügliche Abklärungen besteht nicht (vgl. Urk. 1 S. 8, 33 S. 4). Sodann stand die Versicherte gemäss ihren eigenen Angaben in der Zeit vor dem Verkauf ihres Geschäftes per 31. Oktober 2006 und dem Beginn der unselbständigen Erwerbstätigkeit ab dem 2. November 2006 in einer beruflich und privat stark angespannten Lage (vgl. etwa Urk. 1 S. 9, 29 S. 6). Im Fragenkatalog zur Anmeldung für die Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit vom 2. November 2006 verneinte die Klägerin unter anderem, dass bei ihr Krankheiten, Störungen und Beschwerden des Nervensystems und der Psyche, wie Epilepsie, Schwindel, Lähmungen, Nervenentzündungen, Depressionen oder andere bestünden oder jemals (in den letzten fünf Jahren) bestanden hätten, sowie auch, dass sie einen Selbsttötungsversuch unternommen habe (Frage Nr. 2c); Urk. 22/2). Sodann verneinte sie die Frage nach dem Vorliegen gesundheitlicher Störungen (Fragen Nr. 1a), 1b); Urk. 22/2). 5.1.2 Anhaltspunkte dafür, dass sich die Versicherte vor dem 13. November 2006 wegen psychischer Beschwerden in ärztlicher Behandlung befand, bestehen keine. Dr. E.\_\_\_\_ führte denn auch aus, dass die Versicherte am 13. November 2006 erstmals wegen der Symptome der Depression behandelt worden sei (Urk. 22/7). Weiter ist für die Jahre vor dem 13. November 2006 keine Arbeitsunfähigkeit erstellt und insbesondere keine, die im Zusammenhang mit einem psychischen Leiden steht. Dr. E.\_\_\_\_ verneinte zudem, dass die seit Monaten aufgetretenen Symptome der Bedrücktheit und verminderten Belastbarkeit die Kriterien für eine Depression erfüllt hätten (Urk. 22/20, 22/21). Anders als im von der Beklagten angeführten Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen Fonds de prévoyance X. vom 6. Dezember 2006 (B 56/05, Erw. 3.1.2.1) wurde bei der Versicherten somit ärztlicherseits keine vor der Antragsstellung vorhandene, über längere Zeit andauernde erhebliche depressive Erkrankung diagnostiziert (vgl. Urk. 6 S. 12 f.). Angesichts all dieser Umstände - insbesondere des Fehlens einer

vorgängigen diesbezüglichen ärztlichen und medikamentösen Behandlung, des Fehlens einer psychisch bedingten Arbeitsunfähigkeit und einer psychiatrischen Diagnose mit Krankheitswert - konnte die Versicherte am 2. November 2006 das Vorliegen einer psychischen Krankheit wie der als Beispiel angeführten Depressionen in guten Treuen verneinen (vgl. auch Urteil des Bundesgerichts in Sachen AXA Leben AG vom 24. Juni 2008, 9C\_66/2008, Erw. 4.1 und 4.4). 5.1.3 Soweit die Beklagte in der Anmeldung für die Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit auch nach weniger erheblichen Beeinträchtigungen wie "Störungen und Beschwerden des Nervensystems oder der Psyche" fragte, ist festzuhalten, dass die Frage diesbezüglich weit gefasst ist und einen grossen Beurteilungsspielraum eröffnet, weshalb eine Anzeigepflichtverletzung nur mit Zurückhaltung angenommen werden darf (vgl. BGE 134 III 517 Erw. 5.2.1). Namentlich wurden keinerlei konkrete Beschwerden der Psyche im Sinne einer beispielhaften Aufzählung aufgezeigt, wie etwa Melancholie,

Traurigkeit oder Frustration, Symptome, die die Beklagte nun für die Definition einer Depression im allgemeinen Sprachgebrauch anführt (vgl. Urk. 6 S. 14). Da bei der Psyche schwer zu fassen ist, welches normale Erscheinungen sind und ab wann eigentliche Beschwerden vorliegen, fällt dies umso mehr ins Gewicht. Bei einer Bejahung der Frage hätte zudem ergänzend angegeben werden müssen, welche Beschwerden und wann diese aufgetreten seien und wie lange sie angedauert hätten und welches die behandelnden Ärzte gewesen seien. Dies lässt darauf schliessen, dass die Fragestellung generell auf erheblichere Beschwerden ausgerichtet war, die sich klar manifestieren und in der Regel eine ärztliche Behandlung erfordern. Die Beklagte verweist auch insoweit (Urk. 6 S. 13) auf den Entscheid des Eidgenössischen Versicherungsgerichts in Sachen Fonds de prévoyance X. vom 6. Dezember 2006 (B 56/05, Erw. 3.1.2.2), als es darin angesichts der kurzen Zeit zwischen dem Ausfüllen des Antragsformulars und der vollständigen Arbeitsunfähigkeit - weniger als ein Jahr - als wahrscheinlich erachtet wurde, dass die Rückenschmerzen in der Zeit vor der Antragsstellung bereits erheblicher gewesen seien als nur gelegentliche, vorübergehende Beschwerden. Die im Entscheid erwähnte Frage nach Krankheiten, Störungen und Beschwerden des Bewegungsapparates [vgl. auch Urk. 22/2 Frage Nr. 2i)] war allerdings konkreter gefasst. Im Unterschied dazu ist die Frage nach dem Vorliegen von Beschwerden des Nervensystems und der Psyche offen gehalten. Angesichts der offenen Fragestellung, bei der mögliche Beschwerden nicht beispielhaft näher konkretisiert wurden, durfte die Klägerin in guten Treuen davon ausgehen, dass die wegen der Überarbeitung aufgetretene Bedrücktheit und die verminderte Belastbarkeit, die sie als übliche und zeitlich begrenzte Begleiterscheinung ihrer Belastungen betrachtete, nicht unter die Anzeigepflicht für gesundheitliche Störungen fiel. Auch nach den Angaben von Dr. E.\_\_\_\_ konnte die Versicherte nicht erkennen, dass sie Gefahr lief, an einer Depression zu erkranken (Urk. 22/20, 22/21). Mit der Geschäftsübergabe Anfang November 2006 hatte sich zudem im Leben der Versicherten im Zeitraum zwischen Antragsstellung und Eintritt der Arbeitsunfähigkeit eine Veränderung eingestellt, die eine dadurch ausgelöste oder damit einhergehende erhebliche Akzentuierung der Symptomatik als nachvollziehbar erscheinen lässt. Damit kann nicht aufgrund der am 13. November 2006 eingetretenen vollständigen und andauernden Arbeitsunfähigkeit auf am 2. November 2006 bestandene anzeigepflichtige psychische Beschwerden geschlossen werden. Insoweit am 2. November 2006 die Frage nach Krankheiten, Störungen und Beschwerden des Nervensystems und der Psyche verneint wurde, kann der Versicherten keine Anzeigepflichtverletzung vorgeworfen werden. Dasselbe gilt auch bezüglich der offen gehaltenen Frage nach dem Vorliegen

gesundheitlicher Störungen. 5.1.4 Selbst wenn von einer Verletzung der Anzeigepflicht ausgegangen würde, wäre die Rechtzeitigkeit der Kündigung vom 1. März 2007 fraglich. Die Beklagte war nämlich bereits mit dem Eintreffen des Berichts vom 13. Dezember 2006 von Dr. E. \_\_\_ in Kenntnis der für sie massgeblichen Umstände, nämlich, dass die Versicherte seit Monaten unter den ersten Symptomen einer Depression gelitten habe. Die weiteren von ihr eingeholten ärztlichen Berichte vom 8. und 17. Februar 2007 brachten diesbezüglich keine neuen Erkenntnisse, dies insbesondere deshalb, weil die Beklagte - anders als später die Rechtsvertretung der Versicherten (vgl. Urk. 22/20, 22/21) - zu der seit Monaten bestehenden Symptomatik keine konkreten Fragen stellte (Urk. 22/12, 22/14, 22/15). Ein Versicherer verpasst aber die Kündigungsfrist, wenn er die Kündigung erst nach Einholung ergänzender Auskünfte erklärt, aus denen sich lediglich bereits früher Bekanntes ergibt (vgl. Nef, a.a.O., Art. 6 Rz 23, S. 140) 5.2 Die Beklagte lässt auch geltend machen, die Klägerin habe ihre Nachmeldepflicht verletzt. Die am 13. November 2006 diagnostizierte Depression hätte, da vor dem Vertragsabschluss eingetreten, gemeldet werden müssen (Urk. 6 S. 11). Ungeachtet des genauen Zeitpunkts des Vertragsabschlusses war die Beklagte mit dem Bericht von Dr. E. \_\_\_ vom 13. Dezember 2006, bei ihr eingegangen am 18. Dezember 2006, in Kenntnis der Diagnose Depression und der deswegen seit dem 13. November 2006 attestierten vollständigen Arbeitsunfähigkeit (vgl. Urk. 22/7). Die Kündigung vom 1. März 2007 -

soweit damit überhaupt auf eine Verletzung der Nachmeldepflicht Bezug genommen wird (vgl. BGE 129 III 713) - war somit auch unter diesem Gesichtspunkt verspätet. 5.3 In der Anmeldung für die Erwerbsausfall-Versicherung bei Krankheit verneinte die Klägerin weiter, dass bei ihr Krankheiten, Störungen und Beschwerden des Bewegungsapparates (Knochen, Gelenke, Wirbelsäule, Bandscheiben, Muskeln, Bänder, Sehnen), wie Rücken-, Nacken- und Schulterbeschwerden, Arthrose, Rheuma oder andere bestünden noch jemals (die letzten 5 Jahre) bestanden hätten. Ebenso verneinte sie, in den letzten fünf Jahren von Chiropraktoren oder Physiotherapeuten behandelt worden zu sein [Fragen Nr. 2i) und 5d); Urk. 22/2]. Insoweit ist grundsätzlich von einer Verletzung der Anzeigepflicht auszugehen, da die Klägerin gemäss den Angaben von Dr. E. \_\_\_ in den Jahren 2002 bis Ende 2006 wiederholt wegen wiederkehrender, auf muskuläre Verspannungen zurückzuführender Rückenschmerzen in Behandlung war (Urk. 22/14, 22/21, 22/17; vgl. Urk. 1 S. 7, 6 S. 9). Ebenso kann von der Rechtzeitigkeit der erfolgten Kündigung ausgegangen werden, da die Beklagte erst im Februar von dieser Anzeigepflichtverletzung Kenntnis erhielt. Im Weiteren ist auch von der Erheblichkeit der verschwiegenen Gefahrstatsachen auszugehen. Offen bleiben kann, ob das Kündigungsschreiben angesichts dessen, dass die unrichtig beantworteten Fragen Nr. 2i) und Nr. 5d) darin nicht ausdrücklich erwähnt wurden, als gültig betrachtet werden kann (vgl. BGE 129 III 713; Urk. 22/18). Ebenso kann offen bleiben, ob angesichts des Verschweigens der respiratorischen Infekte eine Verletzung der Anzeigepflicht vorliegt und eine deswegen erfolgte Kündigung der Beklagten gültig wäre.

### **E. 3**

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten." In der Klageantwort vom 6. November 2007 schloss die Beklagte auf Abweisung (Urk. 6). Mit Verfügung vom 12. Juni 2008 wurde die Parteibezeichnung der Beklagten auf Generali Allgemeine Versicherungen berichtigt (Urk. 17). Am 7. Juli 2008 reichte die Beklagte das vom Gericht angeforderte vollständige Aktendossier ein (Urk. 21). Mit Eingabe vom 19. März 2009 und Replik vom 3. April 2009 liess die Klägerin neu beantragen (Urk. 25 S. 2 und 29 S. 2): "1.

Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin für den Zeitraum vom 13.12.2006 bis 12.11.2008 Krankentaggelder in Höhe von insgesamt CHF 74'636.40 nebst Zinsen zu 5 % p.a. von CHF 63'836.40.-- seit 19.07.2007 zu bezahlen. 2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten." Die Beklagte hielt in der Duplik vom 7. Mai 2009 am Antrag auf Klageabweisung fest (Urk. 33 S. 2).

Das Gericht zieht in Erwägung: 1. Art. 85 Abs. 2 des Bundesgesetzes betreffend die Aufsicht über die privaten Versicherungseinrichtungen (VAG) schreibt für das Klageverfahren bei Klagen aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung nach dem Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG) von Bundesrechts wegen ein einfaches und rasches Verfahren sowie die Untersuchungsmaxime vor. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung ist im Kanton Zürich das hiesige Gericht sachlich zuständig (§ 2 lit. b des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht, GSVGer). Das Verfahren richtet sich nach den Bestimmungen des GSVGer, wobei ergänzend das Gesetz über den Zivilprozess (ZPO) sinngemäss Anwendung findet (§ 28 GSVGer).

2.

## **E. 6**

März 2009, 9C\_671/2008. Erw. 3.4.3.2; vgl. auch Urk. 22/4 Art. 5.3.b/d und BGE 127 III 106). Dr. E.\_\_\_\_ und der ab dem 6. Dezember 2006 behandelnde Psychiater Dr. G.\_\_\_\_ attestierten wegen der diagnostizierten Depression beziehungsweise der Anpassungsstörung mit ausgeprägten depressiven Zügen und mit Erschöpfungszustand eine vollständige Arbeitsunfähigkeit ab dem 13. November 2006 bis zum 31. Juli 2008 und eine Einschränkung von 40 % für die Zeit vom 1. August bis 31. Dezember 2008 (Urk. 22/6, 22/7, 22/8, 2/21, 26/23). Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese im Verlauf durch einen Psychiater attestierte Arbeitsunfähigkeit teilweise auch auf somatischen Ursachen gründete, wie dies die Beklagte in der Duplik vorbringt (vgl. Urk. 33 S. 5). Namentlich sind keine auf die Behandlung von Rückenbeschwerden oder von respiratorischen Beschwerden gerichteten medikamentösen noch anderen Behandlungen belegt (vgl. Urk. 22/14, 22/15, 22/17). Anlass für weitere Abklärungen, etwa den Beizug der Krankengeschichte von Dr. E.\_\_\_\_ oder dessen Befragung, besteht nicht (vgl. Urk. 33 S. 5). Da bezüglich des psychischen Gesundheitszustandes entweder keine Anzeigepflichtverletzung vorliegt oder das Kündigungsrecht verwirkt ist, ist die Beklagte für die am 13. November 2006 eingetretene Arbeitsunfähigkeit leistungspflichtig. Anlass, an den von Dr. G.\_\_\_\_ attestierten Arbeitsunfähigkeiten zu zweifeln, besteht weiter nicht.

### **E. 6.1**

Geht man davon aus, dass die Beklagte die Versicherte wegen der unrichtigen Beantwortung der Fragen Nr. 2i) und Nr. 5d) oder des Verschweigens der respiratorischen Infekte vom Vertrag ausschliessen konnte, so erlischt ihre Leistungspflicht nur dann für die am 13. November 2006 eingetretene Arbeitsunfähigkeit, wenn diese oder ihr Umfang durch die nicht oder unrichtig angezeigten erheblichen Gefahrstatsachen beeinflusst worden ist (vgl. Urteil des Bundesgerichts in Sachen P. vom

### **E. 6.2**

Die Klägerin liess für die Zeit nach Ablauf der Wartefrist von 30 Tagen ab dem 13. Dezember 2006 bis zum 31. Dezember 2006 einen Taggeldanspruch von Fr. 1'424.05 (19 x

Fr. 74.95), vom 1. Januar 2007 bis 31. Juli 2008 von Fr. 68'287.95 (577 x Fr. 118.35) und vom 1. August bis 12. November 2008 von Fr. 4'924.40 (104 x Fr. 74.95 [richtig: Fr. 47.35]) geltend machen (Urk. 29 S. 9). Die errechneten Taggeldbeträge für die verschiedenen Zeiträume sind unbestritten und korrekt (vgl. Urk. 6 S. 7). Die Beklagte wird dementsprechend verpflichtet, der Klägerin den daraus sich ergebenden Taggeldbetrag von Fr. 74'636.40 zu bezahlen.

### **E. 6.3.1**

Nach Art. 104 Abs. 1 des Bundesgesetzes über das Obligationenrecht (OR) hat der Schuldner, der mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug ist, Verzugszinse zu fünf von Hundert für das Jahr zu bezahlen hat, selbst wenn die vertragsmässigen Zinsen weniger betragen (Art. 100 VVG in Verbindung mit Art. 104 Abs. 1 OR). Der Eintritt des Verzugs setzt die Fälligkeit der Forderung sowie grundsätzlich die Mahnung durch den Gläubiger voraus (vgl. Nef, a.a.O., Art. 41 Rz 20). Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag mit dem Ablauf von vier Wochen, von dem Zeitpunkt an gerechnet, fällig, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich für die Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann. Damit die Deliberationsfrist von Art. 41 Abs. 1 VVG überhaupt zu laufen beginnt, muss die Forderung entstanden sein (Nef, a.a.O., Art. 41 Rz 5 und Däppen, in: Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 130 Rz 2). Unter Mahnung versteht man jene an den Schuldner gerichtete Erklärung des Gläubigers, durch die er in unmissverständlicher Weise die unverzügliche Erbringung der fälligen Leistung beansprucht. Dabei müssen Quantität, Qualität und Erfüllungsort in der Mahnung grundsätzlich richtig bezeichnet sein (vgl. Wiegand, in: Kommentar zum Obligationenrecht I, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 102 Rz 5). Lehnt der Versicherer zu Unrecht seine Leistungspflicht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Der Verzug tritt dann sofort ein und die Deliberationsfrist wird überflüssig (Nef, a.a.O., Art. 41 Rz 16 und Rz 20).

### **E. 6.3.2**

Die Klägerin lässt mit der Replik einen ab dem 19. Juli 2007 laufenden Verzugszinsanspruch von 5 % auf Fr. 63'836.40 geltend machen (Urk. 29 S. 2; vgl. auch Urk. 1 S. 2, 25 S. 2). Vom 19. Juli 2007 datiert ihr Schreiben an die Beklagte, mit welchem sie diese aufforderte, die vertraglichen Leistungen für eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit ab dem 12. Dezember 2006, einstweilen bis und mit dem 19. Juli 2007, zu erbringen. Den geschuldeten Betrag bezifferte sie damit nicht und legte das erforderliche Arztzeugnis nicht bei (Urk. 22/24). Am 15. August 2007 lehnte die Beklagte ihre Leistungspflicht für die am 13. November 2006 eingetretene Arbeitsunfähigkeit und die Erbringung von Taggeldleistungen bis zum 19. Juli 2007 definitiv ab (Urk. 22/25). Der Taggeldanspruch vom 13. Dezember 2006 bis zum 19. Juli 2007 im Gesamtbetrag von Fr. 25'094.05 (Fr. 1'424.05 zuzüglich Fr. 23'670.- [200 x Fr. 118.35]) ist damit ab dem 15. August 2007 zu verzinsen. Mit der Klage vom 1. Oktober 2007 liess die Klägerin die auch zwischenzeitlich entstandenen Taggelder ab dem 20. Juli 2007 bis zum 30. September 2007 geltend machen. Der entsprechende Taggeldanspruch von Fr. 8'639.55 (73 x Fr. 118.35) ist mit der Klageeinleitung vom 1. Oktober 2007 zu verzinsen. Damit beläuft sich der ab dem 1. Oktober 2007 zu verzinsende Betrag auf gesamthaft Fr. 33'733.60. Für den Gesamtbetrag von Fr. 63'836.40 (Urk. 29 S. 2) besteht eine Verzugszinspflicht erst ab der Geltendmachung vom 19. März 2009 (Urk. 25). Die Klage ist damit bezüglich der Taggelder vollständig und bezüglich des Zinses teilweise gutzuheissen.

## **E. 7**

Nach § 34 Abs. 1 des Gesetzes über das Sozialversicherungsgericht (GSVGer) hat die obsiegende Person Anspruch auf Ersatz der Parteikosten. Diese werden ohne Rücksicht auf den Streitwert nach der Bedeutung der Streitsache, der Schwierigkeit des Prozesses und dem Mass des Obsiegens bemessen (§ 34 Abs. 3 GSVGer). Angesichts des beinahe vollständigen Obsiegens hat die Beklagte der Klägerin eine ungekürzte Prozessentschädigung im Betrag von Fr. 3'500.-- (inklusive Barauslagen und Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.