



---

## **Versicherungsrecht**

**22. Juni 2017**

---

**Dauer:** 90 Minuten

- Kontrollieren Sie bitte sowohl bei Erhalt als auch bei Abgabe der Prüfung die Anzahl der Aufgabenblätter. Die Prüfung umfasst 2 Seiten und 2 Fälle.

### **Hinweise zur Bewertung**

- Bei der Bewertung kommt den Aufgaben unterschiedliches Gewicht zu. Die Punkte verteilen sich wie folgt auf die einzelnen Aufgaben:

Fall 1	55 %
Fall 2	45 %
<hr/>	
Total	100%

**Wir wünschen Ihnen viel Erfolg**



## **Prüfung Versicherungsrecht – FS 2017**

### **Fall 1**

Boris (nachfolgend B) schloss 2007 mit der schweizerischen Lebensversicherungsgesellschaft X AG (nachfolgend X AG) einen gültigen Versicherungsvertrag mit jährlicher Prämienzahlung und mit Wirkung ab 1. November 2008. Inhaltlich handelte es sich um eine gemischte Lebensversicherung, bei welcher neben dem Todesfall auch der Erlebensfall des Versicherungsnehmers (Vollendung des 65. Lebensjahres) versichert ist. Für den Todesfall setzte B seine Ehefrau Anna (nachfolgend A) als Begünstigte ein.

Am Dienstag, 15. November 2016, verstarb B im Alter von 46 Jahren im Universitätsspital Basel und hinterliess A als seine Alleinerbin. Aus dem Austrittsbericht des Spitals geht hervor, dass B am 28. Oktober 2016 von einem Rehasentrum, in welchem er sich aufgrund eines im Mai 2016 erlittenen Hirnschlages („Schlaganfall“ = Folge einer Durchblutungsstörung im Gehirn) befand, ins Spital überwiesen worden war. Bereits bei Eintritt ins Spital war B in einem schlechten Gesundheitszustand. Insbesondere hatte er aufgrund des erlittenen Hirnschlages eine schwere Sprachstörung; er konnte ihm gestellte Fragen nur mit Ja oder Nein beantworten. Am Tag seines Todes wurde B wegen des Hirnschlages vom Mai 2016 am Schädel operiert. Postoperativ trat im Gehirn eine neue Durchblutungsstörung unklarer Herkunft auf, welche zum Tod von B führte.

Am 16. November 2016 meldete A der X AG den Todesfall schriftlich und beanspruchte die Todesfalleistung in Höhe von CHF 90'000.–. In der Folge verlangte die X AG Einsicht in die Arztunterlagen von B und erhielt am Montag, 6. Februar 2017, die Akte des behandelnden Arztes zugestellt. Mit unterzeichnetem Schreiben vom 21. Februar 2017, welches A am 23. Februar zuzuging, kündigte die X AG den Vertrag wegen Anzeigepflichtverletzung und verweigerte deswegen jegliche Zahlung. Als Begründung gab sie wahrheitsgemäss an, dass B vor Vertragsschluss im ihm zugesandten Antragsformular die Frage 10a nach seinem Körpergewicht mit 104 kg beantwortet habe, aus seinen Arztunterlagen aber hervorgehe, dass sein Gewicht bei einer kurz zuvor erfolgten Untersuchung 148 kg betragen habe. Aus der Arztakte ergibt sich zudem, dass B bei Beantwortung der Frage einen Body-Mass-Index von 42 aufwies, was einer Adipositas Grad III (höchste Gewichtsklasse) entspricht, welche anerkanntermassen zu einem stark erhöhten Risiko für verschiedene Krankheiten führt, insb. solchen des Herz-Kreislauf-Systems wie Durchblutungsstörungen oder Hirnschlägen.

**Frage: Hat A einen Anspruch auf die Todesfalleistung gegenüber der X AG?**



## Fall 2

Alphonso (nachfolgend A) ist ein leidenschaftlicher Hobby-Ornithologe und interessiert sich besonders für Wellensittiche. Am 14. März 2017 erfüllt er sich seinen lange gehegten Traum und kauft sich 3 Vögel einer seltenen Wellensittichart. Da diese Wellensittiche von erheblichem Wert sind, kontaktiert A Bernhard (nachfolgend B), einen im FINMA-Register eingetragenen Versicherungsvermittler. A beauftragt B, welcher Verträge mit verschiedensten Versicherern vermittelt, die Wellensittiche möglichst umfassend zu versichern, insbesondere für den Todes- und Krankheitsfall. B übergibt dem A ein paar Tage später ein Dossier der schweizerischen Versicherungsgesellschaft X AG (nachfolgend X AG). Darin finden sich unter anderem AVB mit einer abschliessenden Aufzählung der versicherten Krankheiten, wie etwa verschiedene Hautkrankheiten, Gefiederstörungen und Infektionskrankheiten; einzig gedeckte Infektionskrankheit ist die Aspergillose. B merkt an, dass es sich hierbei um eine standardisierte Aufzählung handle, welche alle Versicherer in ihren AVB verwendeten. Er empfiehlt A, den Versicherungsvertrag mit der X AG zu schliessen, da diese als sehr seriös und kulant gelte. A gibt sein Einverständnis und B schliesst am 3. April 2017 mit der X AG einen gültigen Versicherungsvertrag im Namen von A mit einer Laufzeit von 5 Jahren. Als Gegenleistung erhält B von der X AG 15 % jeder von A bezahlten Prämie.

Am 12. Juni 2017 erkranken die Wellensittiche an der Infektionskrankheit Psittakose. Die Behandlungskosten der Wellensittiche belaufen sich insgesamt auf CHF 10'000.–. Als A diesen Betrag von der X AG verlangt, verweigert diese die Zahlung, da von den Infektionskrankheiten einzig die Aspergillose gedeckt ist. A ist sauer und kann nicht glauben, dass es keinen Versicherer gibt, welcher für die Infektionskrankheit Psittakose Deckung anbietet. Nach ein paar Stunden Recherche hat A bereits drei Versicherer ausfindig machen können, welche die Infektionskrankheit Psittakose decken. A will die aufgewendeten Behandlungskosten in Höhe von CHF 10'000.– ersetzt erhalten.

**Frage: Hat er Anspruch darauf?**



## **Prüfung Versicherungsrecht FS 17**

### **Lösungsschema**

#### **Hinweise**

Fett Markiertes (insb. auch fett markierte Artikel) ist für die Erzielung der Punkte zwingend erforderlich, jedoch nicht in jedem Fall ausreichend.

Definitionspunkte werden erteilt für eine korrekte Definition des entsprechenden Begriffes. Für Stichworte werden grundsätzlich keine Definitionspunkte erteilt.

Subsumtionspunkte werden erteilt für eine **begründete** Argumentation mit Bezug auf den Sachverhalt. Aussagen wie „I.c. gegeben.“ erhalten keine Subsumtionspunkte.

Fazitpunkte werden erteilt für die Beantwortung der gestellten Frage.

Zum besseren Verständnis des Lösungsschemas finden sich stellenweise Erläuterungen (in grau), welche nicht zur geforderten Lösung gehören.

<b>Prüfung Versicherungsrecht vom 22. Juni 2017</b>	<b>83 Pt.</b>
<b>Fall 1:</b> Hat A einen Anspruch auf die Todesfalleistung gegenüber der X AG?	<b>Max. 45 Pt. + 8 ZP</b>
<b>I. Anspruchsmethode</b> Zu fragen ist: Wer will was von wem woraus? <ul style="list-style-type: none"> <li>A will die Todesfalleistung in der Höhe von CHF 90'000.- von der X AG aus (Versicherungs-)Vertrag.</li> </ul>	
<b>II. Erfüllungsanspruch auf die Todesfalleistung aus (Versicherungs-)Vertrag</b>  <b>A. Zustandekommen und Gültigkeit des (Versicherungs-)Vertrages</b>  Gemäss SV kam zwischen B und der X AG ein gültiger (Versicherungs-)Vertrag zustande.	
<b>B. Qualifikation des Vertrages</b>  Gemäss SV handelt es sich um einen Versicherungsvertrag.	
<b>C. Anwendbarkeit des VVG</b>  Beim Vertrag darf es sich <b>nicht</b> um einen <b>Rückversicherungsvertrag</b> handeln und die X AG muss der <b>Versicherungsaufsicht unterstellt</b> sein ( <b>Art. 101 VVG</b> ).	½ ½
<i>Es handelt es sich i.c. um einen Erstversicherungsvertrag, weil die X AG gemäss SV Risiken von B und damit einer Privatperson versichert und nicht das Risiko eines VR, aus einem Versicherungsvertrag leistungspflichtig zu werden.</i>  <i>Weiter ist die X AG gemäss SV eine schweizerische Lebensversicherungsgesellschaft. Gemäss Art. 2 Abs. 1 lit. a VAG sind schweizerische Versicherungsunternehmen, welche die Direkt- oder die Rückversicherung betreiben, der Versicherungsaufsicht unterstellt. Da die X AG eine schweizerische Versicherungsgesellschaft ist und, wie bereits ausgeführt wurde, die Erst- bzw. Direktversicherung betreibt, untersteht sie der Aufsicht nach VAG.</i>	½ (Sub.)  ½ (Sub.)
<b>D. Erfüllungsanspruch der A auf die Todesfalleistung</b>  <b>1. Anspruch der A auf Versicherungsleistung</b>  Der VN ist gemäss <b>Art. 76 Abs. 1 VVG</b> befugt, ohne Zustimmung des VR <b>einen Dritten als Begünstigten</b> aus seinem Versicherungsvertrag <b>zu bezeichnen</b> (Vertrag zugunsten Dritter). Gemäss <b>Art. 78 VVG</b> begründet die Begünstigung, unter Vorbehalt von Verfügungen nach Art. 77 Abs. 1 VVG, <b>für den Begünstigten ein eigenes Recht auf den ihm zugewiesenen Versicherungsanspruch</b> , dadurch wird der Begünstigte jedoch nicht Vertragspartei.	1 1

<p><i>Gemäss SV setzte B im Rahmen des Lebensversicherungsvertrages für den Todesfall seine Ehefrau A als Begünstigte ein. B, welcher gemäss SV Vertragspartner der X AG und damit Versicherungsnehmer ist, hat somit von seinem Recht gemäss Art. 76 Abs. 1 VVG Gebrauch gemacht, einen Dritten, nämlich A, als Begünstigten aus seinem Versicherungsvertrag zu bezeichnen, wobei sich die Begünstigung i.c. auf die Todesfalleistung beschränkt. Da dem SV keine Verfügungen i.S.v. Art. 77 Abs. 1 VVG zu entnehmen sind, steht A als vertraglich für den Todesfall begünstigter Person gemäss Art. 78 VVG ein eigenes Recht auf den ihr zugewiesenen Versicherungsanspruch, d.h. der Todesfalleistung in der Höhe von CHF 90'000.–, gegenüber der X AG zu.</i></p>	1 (Sub.)
<p><b>2. Leistungspflicht des VR</b></p> <p>Der Anspruch des VN oder Versicherten auf die Versicherungsleistung entsteht grundsätzlich mit dem <b>Eintritt eines versicherten Ereignisses</b>.</p> <p>Der Eintritt des befürchteten Ereignisses begründet nur unter der Voraussetzung einen Versicherungsanspruch, dass er noch <b>in die Vertragslaufzeit fällt</b>.</p>	1  1
<p><i>Gemäss SV verstirbt B. Beim Versicherungsvertrag zwischen der X AG und B handelt es sich gemäss SV um eine gemischte Lebensversicherung, bei welcher u.a. der Todesfall des Versicherungsnehmers versichert ist. Mit dem Tod von B ist folglich das versicherte Ereignis Todesfall eingetreten.</i></p>	1 (Sub.)
<p><i>Gemäss SV kam zwischen B und der X AG ein Versicherungsvertrag mit Wirkung ab 1. November 2008 zustande. Da gemäss SV neben dem Todesfall auch der Erlebensfall versichert ist, dauert der Vertrag längstens bis zum Erreichen des Erlebensfallalters von 65 Jahren. Gemäss SV trat das schädigende Ereignis am 15. November 2016 ein, B war in diesem Zeitpunkt 46 Jahre alt und A meldete den Schaden zwei Tage später der X AG, daher ereignete sich sowohl das strittige Ereignis als auch die Erstattung der Anzeige nach Beginn der Vertragswirkungen und vor Ablauf der Vertragsdauer und folglich innerhalb der Vertragslaufzeit.</i></p>	1 (Sub.)
<p><b>Zwischenfazit:</b> Es ist ein versichertes Ereignis eingetreten, weshalb grundsätzlich eine Leistungspflicht der X AG besteht.</p>	
<p><b>3. Ablehnung oder Kürzung des Versicherungsanspruches</b></p> <p>Gemäss SV kündigte die X AG den Versicherungsvertrag wegen Anzeigepflichtverletzung und verweigerte deswegen jegliche Zahlung. Es ist daher zu prüfen, ob B seine Anzeigepflicht gemäss Art. 4 VVG verletzt hat und die X AG gestützt darauf berechtigt ist, die Todesfalleistung zu verweigern.</p>	
<p><b>a) Anzeigepflichtverletzung (Art. 6 i.V.m. Art. 4 VVG)</b></p> <p><b>aa) Bestehen einer Anzeigepflicht</b></p> <p><b>aaa) Gefahrstatsache</b></p> <p>Gefahrstatsachen i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und den VR über Art und Umfang von Risikofaktoren aufklären können (sog. Risikoelement; BGE 122 III 458, 460 E. 3b).</p>	1 Def.

<p>Eine andere Definition verwendet FUHRER: Gefahrstatsachen sind jene Tatsachen, die einen Einfluss haben auf die Wahrscheinlichkeit des Eintritts (Schadeneintrittsgefahr) oder auf den Umfang des Schadens bei Eintritt (Schadenumfangsgefahr) des befürchteten Ereignisses [<i>Fuhrer</i><sup>1</sup>, Rz. 6.121].</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Bepunktung nur alternativ zur Definition des BGer</p>	(1)
<p><i>Gemäss SV hat B mit der X AG eine gemischte Lebensversicherung abgeschlossen, bei welcher neben dem Todesfall auch der Erlebensfall (i.c. 65 Jahre) des VN versichert ist. Die versicherten Risiken sind somit der Tod des VN und das Erleben des 65. Altersjahres durch den VN. Das Körpergewicht des VN ist dabei geeignet, einen Einfluss auf die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes bzw. Nicht-eintrittes der versicherten Ereignisse zu haben bzw. kann den VR über Art und Umfang von Risikofaktoren aufklären. Denn wie aus dem SV hervorgeht, erhöht sich das Risiko für verschiedene Krankheiten, insb. solche des Herz-Kreislauf-Systems, bei Übergewicht in Form einer Adipositas Grad III stark. Da Krankheiten des Herz-Kreislauf-Systems zum Tode der erkrankten Person führen können, steigt folglich mit zunehmendem Gewicht auch die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des versicherten Ereignisses Tod. Somit ist die Tatsache, wie hoch das Körpergewicht des Versicherungsnehmers ist, ein Risikoelement und damit eine Gefahrstatsache i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG.</i></p>	1 (Sub.)
<p><u>Korrekturhinweis:</u> Alternativ je 1 Pt für Def. und Sub. indizierender Umstand</p>	
<p><b>bbb) Schriftliche Frage</b></p> <p>Gemäss <b>Art. 4 Abs. 1 VVG</b> hat sich der Versicherer <b>anhand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen</b> nach den Gefahrstatsachen zu erkundigen.</p> <p>Mit Schriftlichkeit i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG ist nicht eine eigenhändige Unterschrift i.S.v. Art. 13-15 OR gemeint. <b>Es genügt eine lesbare, aber unterschriftslose Erklärung in Textform</b> [<i>Fuhrer</i>, Rz. 3.66 m.w.H.].</p>	1  1 ZP für Thematisieren
<p><i>Gemäss SV beantwortete B vor Vertragsschluss eine Frage nach seinem Körpergewicht. Die X AG hatte B somit ihr Antragsformular übergeben, welches eine Frage nach seinem Körpergewicht enthielt. Ein Antragsformular ist eine lesbare Erklärung in Textform und genügt daher den Anforderungen an die Schriftlichkeit i.S.v. Art. 4 VVG. Folglich hat die X AG B schriftlich i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG nach der Gefahrstatsache „Körpergewicht“ befragt.</i></p>	1 (Sub.)

<sup>1</sup> FUHRER STEPHAN, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011.

<p><b>ccc) Erheblichkeit</b></p> <p>Gefahrstatsachen sind gemäss <b>Art. 4 Abs. 2 VVG</b> erheblich, wenn sie <b>geeignet</b> sind, auf den <b>Entschluss des VR den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu schliessen</b>, einen <b>Einfluss auszuüben</b>.</p> <p>Gemäss <b>Art. 4 Abs. 3 VVG</b> werden Gefahrstatsachen, auf welche die <b>schriftlichen</b> Fragen des VR in <b>bestimmter und unzweideutiger Weise</b> gerichtet sind, <b>als erheblich vermutet</b>. Die Fragen müssen klar und unzweideutig formuliert sein.</p>	<p>1</p> <p>1</p>
<p><i>Der SV enthält keine Angaben dazu, ob die Höhe des Körpergewichtes von B auf den Entschluss der X AG, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu schliessen, einen Einfluss ausübte. Gemäss SV wurde B im Antragsformular aber nach seinem Körpergewicht gefragt. Der genaue Wortlaut der Frage geht aus dem SV zwar nicht hervor. Angesichts der Tatsache, dass B die Frage gemäss SV mit 104 kg beantwortet hat, ist aber davon auszugehen, dass er die Frage ohne weiteres richtig verstanden hat, weshalb diese als bestimmt und unzweideutig i.S.v. Art. 4 Abs. 3 VVG qualifiziert werden kann. Da die Frage der X AG nach der Gefahrstatsache Körpergewicht somit bestimmt und unzweideutig war, wird i.c. die Erheblichkeit dieser Gefahrstatsache vermutet.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><i>Gemäss SV führt Übergewicht in Form einer Adipositas Grad III, wie dies gemäss SV bei B vorlag, zu einem stark erhöhten Risiko für verschiedene Krankheiten, insb. solchen des Herz-Kreislauf-Systems, welche erfahrungsgemäss den Tod des Erkrankten bewirken können. Es ist daher davon auszugehen, dass die X AG bei Kenntnis des tatsächlichen Gewichtes von B den Vertrag aus wirtschaftlichen Überlegungen nicht oder zumindest nur gegen eine wesentlich höhere Prämie abgeschlossen hätte. Somit hat die Tatsache, wie hoch das Körpergewicht des Versicherungsnehmers ist, einen Einfluss auf den Entschluss der X AG, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen zu schliessen. Die Gefahrstatsache „Körpergewicht“ ist folglich auch materiell erheblich i.S.v. Art. 4 Abs. 2 VVG.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><b>ddd) Kennen oder Kennenmüssen</b></p> <p>Gemäss <b>Art. 4 Abs. 1 VVG</b> sind nur solche Gefahrstatsachen relevant, die der <b>VN kennt oder kennen muss</b>, d.h. Tatsachen, bezüglich welcher der VN positive Kenntnis hat oder die ihm bekannt sein müssen, wenn er ernsthaft über die Frage des VR nachdenkt [BGE 116 II 338, 339 E. 1]. Hierbei werden die individuellen Fähigkeiten des VN berücksichtigt.</p>	<p>1</p>



<p><i>Aus dem SV geht nicht hervor, ob B sein tatsächliches Gewicht kannte. Jedoch ergibt sich gemäss SV aus den Arztunterlagen von B, dass dessen Gewicht bei einer kurz vor der Beantwortung der Frage erfolgten ärztlichen Untersuchung 148 kg betrug. Selbst wenn B die Höhe seines Gewichtes bei der Untersuchung nicht mitbekommen hat, ist davon auszugehen, dass er spätestens durch seinen Arzt davon erfuhr. Denn der Arzt war dazu verpflichtet, B über die mit dem Übergewicht verbundenen gesundheitlichen Risiken und entsprechend auch über die Höhe des Gewichts selbst aufzuklären. Somit ist davon auszugehen, dass B positive Kenntnis von seinem Gewicht hatte und dieses somit i.S.v. Art. 4 Abs. 1 VVG kannte. Würde man dagegen eine Unkenntnis seines Gewichts unterstellen, so hätte er auf die Frage sein mangelndes Wissen anzeigen müssen und nicht „ins Blaue hinein“ ein Gewicht angeben dürfen. Dass er selbst davon ausgegangen wäre, nur 104 kg zu wiegen, ist nicht anzunehmen.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><b>eee) Grenzen des Fragerechts</b></p> <p>Das Recht des VR, Fragen über Gefahrstatsachen zu stellen, die die Privat- bzw. Intimsphäre des VR betreffen, wird durch den <b>Persönlichkeitsschutz in Art. 28 ff. ZGB begrenzt</b>. Fragen, die in <b>keinem unmittelbarem Zusammenhang</b> zum zu versichernden Risiko stehen, sind unzulässig.</p>	<p>½ ZP ½ ZP</p>
<p><i>Wie bereits aufgezeigt wurde, steigt mit zunehmendem Gewicht des VN die Wahrscheinlichkeit des Eintrittes des versicherten Ereignisses Tod. Folglich steht die Frage nach dem Körpergewicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem zu versichernden Risiko Tod und ist dementsprechend zulässig.</i></p>	<p>1 ZP</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> Es besteht somit vorliegend eine Anzeigepflicht von B über die Höhe seines Körpergewichtes.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Andere Ansicht nicht vertretbar</p>	
<p><b>bb) Verletzung der Anzeigepflicht</b></p> <p>Gemäss <b>Art. 6 Abs. 1 Satz 1 VVG</b> verletzt der VN die Anzeigepflicht, wenn er eine Gefahrstatsache, welche anzeigepflichtig ist, <b>unrichtig mitteilt oder verschweigt</b>.</p>	<p>1</p>
<p><i>Wie ausgeführt wurde, besteht eine Anzeigepflicht von B über die Höhe seines Körpergewichtes. Weiter begründet die X AG gemäss SV ihre Kündigung wegen Anzeigepflichtverletzung wahrheitsgemäss damit, dass B vor Vertragsschluss im ihm zugesandten Antragsformular die Frage 10a nach seinem Körpergewicht mit 104 kg beantwortet habe, obwohl aus seinen Arztunterlagen hervorgehe, dass sein Gewicht bei einer kurz zuvor erfolgten Untersuchung 148 kg betragen habe. B hat der X AG somit ein falsches, viel zu tiefes Körpergewicht angegeben und die anzeigepflichtige Gefahrstatsache „Körpergewicht“ damit unrichtig mitgeteilt. Folglich hat B seine Anzeigepflicht verletzt.</i></p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Andere Ansicht nicht vertretbar</p>	<p>1 (Sub.)</p>

<p><b>cc) Ausnahmetatbestände</b></p> <p>Es ist prüfen, ob allenfalls einer der Ausnahmetatbestände von Art. 8 VVG gegeben ist.</p>	
<p><i>Gemäss SV sind keine Hinweise ersichtlich, dass ein Ausnahmetatbestand gegeben sein könnte.</i></p>	1 (Sub.)
<p><b>dd) Rechtsfolgen der Anzeigepflichtverletzung</b></p> <p><b>aaa) Kündigungsrecht</b></p> <p>Bei Verletzung der Anzeigepflicht durch den VN ist der <b>VR</b> gemäss <b>Art. 6 Abs. 1 VVG</b> berechtigt, den <b>Versicherungsvertrag zu kündigen</b>.</p>	1
<p>Bei Eintritt eines Totalschadens, wie vorliegend einer eingetreten ist, wird die Leistung des VR gemäss h.L. objektiv unmöglich (Art. 119 OR) und als Folge fällt der Vertrag dahin bzw. erlischt (vgl. im Detail unten). Dies stellt für den VR ein Problem dar, weil ein bereits beendeter Vertrag nicht nochmals gekündigt werden kann. Da eine Kündigung nach Art. 6 Abs. 1 VVG aber eine zwingende Voraussetzung einer allfälligen Leistungsbefreiung des VR nach Art. 6 Abs. 3 VVG ist, muss der VR bei Verträgen, welche im Zeitpunkt der Entdeckung der Anzeigepflichtverletzung bereits beendet sind, die Möglichkeit haben, in analoger Anwendung von Art. 6 Abs. 1 VVG innert vier Wochen zu erklären, dass er für bereits eingetretene Schäden, deren Eintritt oder Umfang durch die unrichtig deklarierte Gefahrstatsache beeinflusst wurde, nicht aufkomme bzw. bereits erbrachte Leistungen zurückfordere [zum Ganzen <i>Fuhrer</i>, Rz. 6.161].</p>	1 ZP für Thematisieren
<p><b>Inhalt der Kündigung</b></p> <p>Aus der Kündigungserklärung muss der Wille zur Kündigung ersichtlich sein [BGE 110 II 499, 502 E. 4c].</p> <p>Gemäss der bundesgerichtlichen Rechtsprechung muss die Kündigungserklärung, um beachtlich zu sein, zudem ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen. Eine Erklärung, welche die ungenau beantwortete Frage nicht erwähnt, ist dabei zu wenig ausführlich [BGer 9C_208/2010 vom 20. Mai 2010 E. 3.1 m.w.N.].</p>	½  1 für Thematisieren
<p><i>Gemäss SV kündigte die X AG den Versicherungsvertrag mit Schreiben vom 21. Februar 2017 wegen Anzeigepflichtverletzung und gab als Begründung wahrheitsgemäss an, dass B vor Vertragsschluss im Antragsformular die Frage 10a nach seinem Körpergewicht mit 104 kg beantwortet habe, obwohl aus seinen Arztunterlagen hervorgehe, dass sein Gewicht bei einer kurz zuvor erfolgten Untersuchung 148 kg betragen habe. Die X AG kündigte den Versicherungsvertrag gemäss SV ausdrücklich im Schreiben vom 21. Februar. Weiter führt die X AG in ihrem Schreiben im Detail aus, welche Frage weshalb falsch beantwortet wurde und weist somit <b>ausführlich auf die falsch angezeigte Gefahrstatsache hin</b> und nennt insb. die falsch beantwortete Frage. Die inhaltlichen Anforderungen an die Kündigungserklärung sind somit erfüllt.</i></p>	½ (Sub.)  1 (Sub.)

<p><b>Form, Frist und Adressat der Kündigung</b></p> <p>Gemäss <b>Art. 6 Abs. 1 Satz 1 VVG</b> hat die Kündigung durch „schriftliche Erklärung“ zu erfolgen. Nach der Lehre ist darunter einfache Schriftlichkeit i.S.v. Art. 13 ff. OR zu verstehen [<i>Fuhrer</i>, Rz. 6.19, 6.146].</p> <p>Das Kündigungsrecht erlischt vier Wochen, nachdem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat (<b>Art. 6 Abs. 2 VVG</b>).</p> <p>Adressat der Kündigung ist grundsätzlich der Versicherungsnehmer bzw. sein Vertreter. Bei <b>Tod des Versicherungsnehmers</b> ist die Erklärung an dessen <b>Rechtsnachfolger</b> zu richten [BGer 9C_18/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 5.1 unter Verweis auf <i>Nef</i>, BSK VVG, Art. 6 N 17].</p>	<p>1</p> <p>1</p> <p>1 für Thematisieren</p>
<p><i>Dem SV ist zur Form zu entnehmen, dass die Kündigung der X AG mit unterzeichnetem Schreiben vom 21. Februar 2017 erfolgte. Damit ist die Form der einfachen Schriftlichkeit i.S.v. 13 f. OR erfüllt.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><i>Die X AG begründet gemäss SV ihre Kündigung damit, dass B vor Vertragschluss in ihrem Antragsformular die Frage 10a nach seinem Körpergewicht mit 104 kg beantwortet habe, obwohl aus seinen Arztunterlagen hervorgehe, dass sein Gewicht bei einer kurz zuvor erfolgten Untersuchung 148 kg betragen habe. Mangels abweichender Angaben im SV ist daher davon auszugehen, dass die X AG erst aus den Arztunterlagen von der Anzeigepflichtverletzung erfahren hat. Diese erhielt die X AG gemäss SV am Montag, 6. Februar 2017, zugestellt. <b>Ab diesem Zeitpunkt</b> hat sie folglich <b>Kenntnis</b> von der Pflichtverletzung, weshalb die vierwöchige <b>Verwirkungsfrist</b> ab diesem Zeitpunkt <b>zu laufen begann</b>.</i></p> <p><i>Gemäss SV kündigte die X AG den Vertrag mit Schreiben vom 21. Februar 2017, welches A am 23. Februar 2017 zuing. Folglich traf die Kündigung vor Ablauf der vierwöchigen <b>Frist</b>, welche am <b>6. März 2017</b> endet, bei A ein, womit diese <b>gewahrt</b> ist.</i></p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Bei Angabe von korrektem Ende der Verwirkungsfrist voller Punkt, sonst nur ½ Pt.</p>	<p>1 (Sub.)</p> <p>1 (Sub.)</p>
<p><i>Gemäss SV ging das Schreiben der X AG, welches die Kündigung enthielt, der A zu. Adressat der Kündigung war somit A. Da diese gemäss SV Alleinerbin des verstorbenen Versicherungsnehmers B und somit seine Rechtsnachfolgerin ist, wurde die Kündigungserklärung korrekterweise an A gerichtet.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> Die X AG hat den Versicherungsvertrag mit Schreiben vom 21. Februar 2017 wirksam gekündigt.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Andere Ansicht nicht vertretbar</p>	

<p><b>bbb) Eventualiter: Entbehrlichkeit der Kündigung?</b></p> <p>Gemäss <b>Art. 6 Abs. 1 Satz 2 VVG</b> wird die Kündigung mit Zugang beim VN wirksam. Sie löst den Versicherungsvertrag grundsätzlich <i>ex nunc</i> auf, d.h. mit Wirkung für die Zukunft [vgl. <i>Nef/von Zedtwitz</i>, BSK VVG Nachf.Bd.<sup>2</sup>, Art. 6 ad N 31/32].</p>	<p>1 1</p>
<p>Da mit dem Tod der Gefahrsperson der Lebensversicherungsvertrag seines Zweckes beraubt wird („Wegfall des versicherten Interesses“), wird gemäss h.L. die Leistung des VR objektiv unmöglich (Art. 119 OR) und als Folge fällt der <b>Vertrag dahin bzw. erlischt</b> [vgl. allgemein hierzu <i>Nef</i>, BSK VVG<sup>3</sup>, Art. 42 N 2]. Da eine Kündigung eines nicht mehr bestehenden Vertrags nicht sinnvoll ist, erscheint eine solche entbehrlich, sodass sich der Versicherer in solchen Fällen auch ohne Kündigung auf die Leistungsfreiheit nach Art. 6 Abs. 3 VVG berufen kann. Es würde danach genügen, wenn sich der Versicherer binnen der Frist des Art. 6 Abs. 2 VVG auf die Anzeigepflichtverletzung beruft.</p>	<p>1 für Thematisieren</p>
<p><i>Gemäss SV handelt es sich beim Versicherungsvertrag zwischen der X AG und B um eine gemischte Lebensversicherung, bei welcher u.a. der Todesfall des Versicherungsnehmers versichert ist. Weiter ist der Versicherungsnehmer B gemäss SV am 15. November 2016 verstorben. Mit Eintritt des Todes von B ist das vorliegend versicherte Interesse Leben von B vollständig entfallen. Damit endete der Versicherungsvertrag mit Eintritt des versicherten Ereignisses am 15. November 2016. Einer Kündigung hätte es daher gar nicht bedurft, eine fristgerechte Geltendmachung der Anzeigepflichtverletzung würde ausreichen und liegt gem. SV vor.</i></p>	<p>1 (Sub.) 1 (Sub.)</p>
<p><i>Gemäss SV ging das Schreiben vom 21. Februar 2017, in welchem die X AG die Kündigung erklärte, der A am 23. Februar 2017 zu. Da die Kündigung im Zeitpunkt ihres Zugangs beim VN bzw. dessen Rechtsnachfolger wirksam wird, hätte die Kündigung der X AG daher am 23. Februar 2017 Wirkung entfaltet und den Versicherungsvertrag ab diesem Zeitpunkt für die Zukunft aufgelöst, wenn der Vertrag nicht bereits aufgrund des Todes der Gefahrsperson am 15. November 2016 erloschen wäre.</i></p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Bepunktung auch wenn Beendigung des Vertrages mit Eintritt des versicherten Ereignisses nicht gesehen wurde</p>	<p>1 (Sub.)</p>

<sup>2</sup> HONSELL/VOGT/SCHNYDER/GROLIMUND (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz Nachführungsband, Basel 2012.

<sup>3</sup> HONSELL/VOGT/SCHNYDER (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz, Basel 2001.

<p><b>ccc) Leistungspflicht des VR</b></p> <p>Wird der Vertrag durch eine Kündigung aufgrund einer Anzeigepflichtverletzung (bzw. in der Lebensversicherung durch Eintritt des Versicherungsfalls) aufgelöst, so <b>erlischt</b> gemäss <b>Art. 6 Abs. 3 VVG</b> die <b>Leistungspflicht des VR</b> nur für <b>bereits eingetretene Schäden</b>, deren <b>Eintritt</b> oder <b>Umfang</b> durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche <b>Gefahrstatsache beeinflusst</b> worden ist. Dies gilt auch für die Leistungspflicht des Versicherers gegenüber dem begünstigten oder versicherten Dritten [<i>Gauch</i><sup>4</sup>, 368 f. m.w.H.].</p>	1
<p>Der Begriff der Beeinflussung i.S.v. Art. 6 Abs. 3 VVG ist umstritten. In der Lehre werden dazu unterschiedliche Auffassungen vertreten. Ein Teil der Lehre verlangt einen Kausalzusammenhang i.S.d. Haftpflichtrechtes, andere Autoren wiederum vertreten einen weiten Begriff [zum Ganzen <i>Nef/von Zedtwitz</i>, BSK VVG Nachf.Bd., Art. 6 ad N 5 lit. b) und c) sowie BGer 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 7.3]. Das Bundesgericht hat sich zum Begriff bisher nicht abschliessend geäussert. Im Urteil 4A_150/2015 vom 29. Oktober 2015 E. 7 bejahte das Bundesgericht aber immerhin, dass im konkreten Fall der falsch angezeigte indizierende Umstand den Schaden i.S.v. Art. 6 Abs. 3 VVG beeinflusst habe, auch wenn es die Frage offenliess, ob dies bei allen indizierenden Umständen möglich sei. Zudem führte das Bundesgericht im Urteil 9C_18/2016 vom 7. Oktober 2016 E. 6.2.2 unter Verweis auf das zuvor genannte Urteil aus, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung der Kausalitätsbegriff, wie er in Art. 6 Abs. 3 VVG stipuliert werde, weit zu verstehen sei. Nach aktuellem Stand der Rechtsprechung scheint das Bundesgericht daher einen weiten Begriff der Beeinflussung zu vertreten.</p>	1 ZP für Thematisieren
<p>Die <b>Beweislast</b> für eine Beeinflussung i.S.v. Art. 6 Abs. 3 VVG obliegt dem <b>Versicherer</b>, welcher sich von seiner Leistungspflicht befreien will [vgl. <i>Nef/von Zedtwitz</i>, BSK VVG Nachf.Bd., Art. 6 ad N 5 lit. d)]. Hinsichtlich des <b>Beweismasses</b> spricht wohl vieles dafür, dass kein strikter Beweis zu erbringen ist, sondern ein reduziertes Beweismass gilt. So genügt etwa nach <i>Nef/von Zedtwitz</i> das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit [<i>Nef/von Zedtwitz</i>, BSK VVG Nachf.Bd., Art. 6 ad N 5 lit. e)].</p>	1 ZP  Max. 2 ZP für Thematisieren
<p><i>Wie bereits ausgeführt wurde, hätte die Kündigung der X AG den Versicherungsvertrag am 23. Februar 2017 mit Wirkung für die Zukunft aufgelöst, wenn der Vertrag nicht bereits aufgrund des Totalschadens am 15. November 2016 erloschen wäre. Das versicherte Ereignis, aus welchem A vorliegend Ansprüche geltend macht, nämlich der Tod von B, ist jedoch gemäss SV am 15. November 2016 und damit bereits vor der Auflösung des Versicherungsvertrages durch die Kündigung der X AG eingetreten. Folglich bleibt die X AG trotz der wirksamen Kündigung des Versicherungsvertrages grundsätzlich für den Todesfall von B leistungspflichtig.</i></p>	1 (Sub.)

<sup>4</sup> GAUCH PETER, Das Kündigungsrecht des Versicherers bei verletzter Anzeigepflicht des Antragstellers: Ein Kurzkommentar zu den am 1. Januar 2006 in Kraftgetretenen Änderungen der Art. 6 und 8 VVG, ZBJV 2006, 361.

<p>Es stellt sich nun die Frage, ob der Eintritt oder Umfang des bereits eingetretenen Schadens, d.h. des Todes von B, durch die nicht oder unrichtig angezeigte erhebliche Gefahrstatsache beeinflusst worden ist und die Leistungspflicht der X AG dementsprechend gemäss Art. 6 Abs. 3 VVG erlischt oder nicht.</p> <p><i>Gemäss SV verstarb B mit 46 Jahren im Universitätsspital Basel. Dem SV ist dazu folgendes zu entnehmen: Im Mai 2016 erlitt B einen Hirnschlag und musste deswegen zuerst in einem Rehasentrum und anschliessend gar im Spital behandelt werden. Bereits bei Eintritt ins Spital war B in einem schlechten Gesundheitszustand. Am 17. November wurde B wegen des Hirnschlages vom Mai am Schädel operiert, wobei postoperativ im Gehirn eine neue Durchblutungsstörung unklarer Herkunft auftrat, welche zum Tod von B führte. Aus dieser SV-Schilderung lässt sich die Frage der Beeinflussung wohl nicht eindeutig beantworten. Entscheidend ist hier die Argumentation und die Abwägung der Indizien pro und kontra Beeinflussung.</i></p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Bejahung und Verneinung Beeinflussung vertretbar.</p> <p>Alternativ wurde zudem Verneinung oder Bejahung von natürlichen und adäquatem Kausalzusammenhang ebenfalls bepunktet.</p>	<p>Max. 2 Pt. für Subsumtion</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> Die X AG ist je nach vertretener Ansicht gestützt auf Art. 6 Abs. 3 VVG berechtigt, die Todesfalleistung zu verweigern oder nicht.</p>	
<p><b>b) Anzeige des versicherten Ereignisses (Art. 38 VVG)</b></p> <p>Ist das befürchtete Ereignis eingetreten, so muss der Anspruchsberechtigte, sobald er von diesem Ereignis und seinem Ansprüche aus der Versicherung Kenntnis erlangt, den Versicherer benachrichtigen. Der Vertrag kann verfügen, dass die Anzeige schriftlich erstattet werden muss (Art. 38 Abs. 1 VVG).</p>	
<p><i>Wie bereits dargelegt wurde, stellt der Tod von B ein versichertes Ereignis dar. Dieses ist gemäss SV am 15. November 2017 eingetreten. Gemäss SV meldete A den Todesfall der X AG am 16. November 2016 schriftlich. A als Anspruchsberechtigte ist somit ihrer Anzeigepflicht nachgekommen. Da sie die X AG am Tag nach dem Eintritt des versicherten Ereignisses informiert hat, ist die <b>Anzeige rechtzeitig</b> erfolgt.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><b>Fazit:</b> A hat je nach vertretener Ansicht einen Anspruch auf die Todesfalleistung gegenüber der X AG oder nicht.</p>	<p>1</p>



<p><b>D. Erfüllungsanspruch des Versicherungsnehmers auf die Versicherungsleistung</b></p> <p>Der Versicherungsanspruch entsteht grundsätzlich mit dem <b>Eintritt eines versicherten Ereignisses</b>. Der Eintritt des befürchteten Ereignisses vermag indessen nur unter der Voraussetzung einen Versicherungsanspruch zu begründen, dass er noch <b>in den Deckungszeitraum fällt</b>.</p>	<p>(1)</p> <p>(1)</p>
<p><i>Gemäss SV erfolgte der Vertragsschluss am 3.4.2017, wobei die Vertragsdauer 5 Jahre beträgt. Somit ereignete sich sowohl das strittige Ereignis als auch die Erstattung der Anzeige <b>innerhalb der Vertragsdauer</b>.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><i>Gemäss SV enthalten die AVB eine abschliessende Aufzählung von gedeckten Krankheiten. Aus dieser Liste geht hervor, dass die <b>einzig gedeckte Infektionskrankheit die Aspergillose</b> ist. Somit stellt die Erkrankung an Psittakose und die anschliessende Behandlung <b>kein versichertes Ereignis</b> dar.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p>
<p><b>Fazit:</b> A hat keinen Erfüllungsanspruch gegen X aus Versicherungsvertrag.</p>	<p>1</p>
<p><b>III. Anspruch von A gegen X auf Schadenersatz aus positiver Vertragsverletzung (Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 OR / Art. 34 VVG)</b></p> <p><b>A. Voraussetzungen</b></p> <p>Damit A einen Anspruch gegen die X aufgrund von Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 OR / Art. 34 VVG haben kann, muss <b>B als Hilfsperson bzw. Vermittlungsagent</b> qualifiziert werden können.</p>	<p>1</p>
<p><b>B. Qualifikation von B als Versicherungsvermittler</b></p> <p>Nach <b>Art. 40 VAG</b> sind Versicherungsvermittler, unabhängig von ihrer Bezeichnung, Personen, die im Interesse von Versicherungsunternehmen oder anderen Personen Versicherungsverträge anbieten oder abschliessen.</p> <p>Davon abzugrenzen ist der blosse „<b>Tippgeber</b>“, welcher zwar Abschlussmöglichkeiten vermittelt, sich dabei jedoch auf die blosse Kontaktvermittlung beschränkt und keine weiteren auf die Versicherungsvermittlung gerichteten Handlungen tätigt (FUHRER, Rz. 7.34).</p>	<p>1</p> <p>1</p>
<p><i>Gemäss SV ist B ein im FINMA-Register eingetragener Versicherungsvermittler, welcher Verträge mit verschiedensten Versicherern vermittelt. Er schliesst somit Versicherungsverträge im Interesse von Versicherern ab und kann folglich als Versicherungsvermittler nach Art. 40 VAG qualifiziert werden.</i></p> <p><i>B ist <b>kein blosser „Tippgeber“</b>, da er im Namen von A den Vertrag mit der X schliesst und diese Handlung weit über die blosse Kontaktvermittlung hinausgeht.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p> <p>1 (Sub.)</p>



## C. Qualifikation von B als Vermittlungsagent oder Versicherungsmakler (-broker)

### 1. Abgrenzung

Art. 43 Abs. 1 VAG unterscheidet zwischen **gebundenen und ungebundenen** Versicherungsvermittlern.

### 2. Merkmale Versicherungsagent (gebundener Versicherungsvermittler)

Der Begriff des gebundenen Versicherungsvermittlers nach dem VAG entspricht für gewöhnlich jener des **Agentenbegriffs**.

Ein Versicherungsvermittler gilt als gebunden, wenn er rechtlich, wirtschaftlich oder auf eine andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn er in die Vertriebsorganisation eines Versicherers eingebunden ist [FUHRER, Rz. 7.20]. Dies geschieht für gewöhnlich durch einen Vertrag (Arbeitsvertrag oder Auftrag) des Agenten mit dem Versicherer.

Gemäss **Art. 43 Abs. 2 VAG** haben gebundene Versicherungsvermittler das Recht, sich im FINMA-Register eintragen zu lassen, es besteht jedoch **keine Pflicht** dazu.

Versicherungsagenten sind **Hilfspersonen** der Versicherer. Die Handlungen des Agenten werden **haftungsrechtlich** aufgrund seiner Stellung als Hilfsperson **direkt dem Versicherer zugerechnet** (vgl. Art. 34 VVG).

Beim Umfang der Vollmacht eines Versicherungsagenten unterscheidet man zwischen **Abschluss-** und blossen **Vermittlungsagenten**. Letzterer kann im Gegensatz zum Abschluss-agenten keine Willenserklärungen namens des Versicherers abgeben oder für diesen Rechtsgeschäfte abschliessen [vgl. dazu FUHRER, Rz. 7.61]. Des Weiteren kommen bezüglich der Stellung des Agenten als Stellvertreter des Versicherers die **stellvertretungsrechtlichen Regeln des OR** zur Anwendung (Art. 32 ff. OR) [FUHRER, Rz. 7.43, 7.53].

A.A. ist KUHN, der aufgrund von Art. 34 VVG in jedem Fall von einer Abschluss-vollmacht des Vermittlers (Agent etc.) ausgeht: Dies bedeutet, dass der Versicherer berechtigt und verpflichtet wird, wenn der Agent den Antrag des Versicherungsnehmers annimmt [KUHN, Rz. 473].

Der Versicherungsagent hat gegenüber dem Versicherungsnehmer, abgesehen von den Informationspflichten nach Art. 45 Abs. 1 VAG, keine persönlichen Pflichten.

Im Gegensatz zum Makler schuldet der Agent **kein best advice**, sondern lediglich eine Produktberatung.

Der Versicherungsagent kann gegenüber dem Versicherungsnehmer jedoch als **falsus procurator** nach **Art. 39 OR** haftpflichtig werden [FUHRER, Rz. 7.72].

1

Max. 2 Pt.  
für Nennung  
Merkmale

<p><b>3. Merkmale Versicherungsmakler (-broker) (ungebundener Versicherungsvermittler)</b></p> <p>Der Begriff des ungebundenen Versicherungsvermittlers nach dem VAG entspricht für gewöhnlich jener des <b>Makler</b>begriffs.</p> <p>Ein Versicherungsvermittler gilt als ungebunden, wenn er weder rechtlich, wirtschaftlich noch auf eine andere Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden ist.</p> <p>Gemäss <b>Art. 43 Abs. 1 VAG</b> haben ungebundene Versicherungsvermittler die <b>Pflicht</b>, sich im FINMA-Register eintragen zu lassen.</p> <p>Zwischen dem <b>Makler</b> und dem <b>Versicherungsnehmer</b> besteht ein vertragliches Rechtsverhältnis (Maklervertrag) [FUHRER, Rz. 7.83].</p> <p>Der Makler ist der vom Versicherungsnehmer mit der Beschaffung, Ausgestaltung und Überwachung seines Versicherungsschutzes beauftragte Spezialist, sprich: der <b>treuhänderische Sachverwalter</b> [FUHRER, Rz. 7.77].</p> <p>Der Makler hat gegenüber dem Versicherungsnehmer die Pflicht, diesen umfassend und sorgfältig zu <b>beraten</b>. Dazu gehört einerseits die Pflicht zur <b>Marktanalyse</b> (die Abgabe einer Empfehlung aufgrund der Bedürfnisse des Versicherungsnehmers und den auf dem Markt angebotenen Versicherungsleistungen) sowie die Pflicht der <b>Risikoprüfung</b>. Zusammengefasst schuldet der Makler dem Versicherungsnehmer <b>best advice</b>.</p> <p>Als Gegenleistung erhält der Makler üblicherweise ein Honorar, die sog. <b>Courtage</b>. Dieses Honorar wird i.d.R. jedoch nicht vom Versicherungsnehmer, sondern <b>vom Versicherer bezahlt</b>, indem der Makler von jeder vom Versicherungsnehmer an den Versicherer bezahlten Prämie einen gewissen Prozentsatz erhält [siehe hierzu ausführlich BAUMANN<sup>5</sup>, 221 ff.].</p> <p>Für eine Pflichtverletzung haftet der Makler dem Versicherungsnehmer direkt aus Art. 97 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR [FUHRER, Rz. 7.83 f.].</p>	<p>Max. 2 Pt. für Nennung Merkmale</p>
--	--

<sup>5</sup> BAUMANN HANNES, Die Courtage des Versicherungsmaklers, Zürich 1996

<p><b>4. Qualifikation von B</b></p> <p><i>Pro Makler:</i></p> <p>Gemäss SV vermittelt B in seiner Tätigkeit als Versicherungsvermittler Verträge <b>mit verschiedensten Versicherern</b>. Dies spricht gegen eine rechtliche, wirtschaftliche oder sonstige Abhängigkeit von einem bestimmten Versicherer und dafür, dass B ein ungebundener Versicherungsvermittler i.S.v. Art. 43 Abs. 1 VAG ist.</p> <p>B ist gemäss SV im <b>FINMA-Register eingetragen</b>. Dies stellt für ungebundene Versicherungsvermittler eine zwingende Voraussetzung dar (Art. 43 Abs. 1 VAG).</p> <p>A kommt direkt zu B, um diesen mit der Versicherung der Wellensittiche zu beauftragen, da B ein Versicherungsvermittler mit entsprechenden Kompetenzen und somit ein Experte in solchen Angelegenheiten ist. Dies lässt sich aus dem Eintrag im FINMA-Register schlussfolgern, da eine solche Eintragung zwingend an die Erfüllung der in <b>Art. 44 VAG</b> genannten Kriterien, wie etwa die ausreichende berufliche Qualifikation, gebunden ist. <b>Zwischen A und B</b> ist somit ein <b>Auftrag</b> zustande gekommen und B hat die Funktion des <b>treuhänderischen Sachverwalters</b> von A.</p> <p>B erhält von A den Auftrag, die Wellensittiche möglichst umfassend zu versichern, insbesondere für den Todes- und Krankheitsfall. Somit hat B die Pflicht, den gesamten <b>Versicherungsmarkt entsprechend zu analysieren</b>, um A eine Empfehlung abgeben zu können, welche seinen Bedürfnissen gerecht wird. Folglich schuldet B dem A nicht bloss eine Produktberatung, sondern <b>best advice</b>.</p> <p>Aus dem SV geht nicht hervor, dass A dem B ein Honorar für seine Tätigkeit schuldet. B erhält jedoch <b>von der X 15 %</b> von jeder von A bezahlten Versicherungsprämie. Die stellt eine klassische <b>Courtage</b> dar, wie sie für Versicherungsmakler üblich ist.</p> <p><i>Pro Agent:</i></p> <p>Auch gebundene Versicherungsvermittler haben gemäss Art. 43 Abs. 2 VAG das Recht, sich im FINMA-Register einzutragen.</p> <p>In Abwägung aller Argumente ist B als ein ungebundener Versicherungsvermittler i.S.v. Art. 43 Abs. 1 VAG bzw. als ein Versicherungsmakler (-broker) zu qualifizieren.</p> <p><u>Korrekturhinweis:</u> Andere Ansicht nicht vertretbar</p>	<p>Max. 3 Pt. für Subsumptionen</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> B ist als ungebundener Versicherungsvermittler i.S.v. Art. 43 Abs. 1 VAG bzw. als Versicherungsmakler (-broker) zu qualifizieren.</p>	
<p><b>Fazit:</b> A hat keinen Anspruch gegen X aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 101 OR / Art. 34 VVG, da B keine Hilfsperson der X ist.</p>	<p>1</p>

<p><b>IV. Anspruch von A gegen B aus Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR</b></p> <p>Folgende Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Positive Vertragsverletzung</li> <li>• Schaden</li> <li>• Kausalität</li> <li>• Verschulden</li> </ul>	
<p><b>A. Positive Vertragsverletzung</b></p> <p>Eine positive Vertragsverletzung liegt vor, wenn die vertraglich geschuldete Leistung nicht gehörig erbracht oder eine sekundäre Nebenpflicht verletzt wird [HUGUENIN<sup>6</sup>, Rz. 866].</p> <p>Gemäss <b>Art. 398 Abs. 1 und 2 OR</b> haftet der Beauftragte für die gleiche Sorgfalt wie der Arbeitnehmer im Arbeitsverhältnis. Der Beauftragte schuldet dem Auftraggeber die getreue und sorgfältige Ausführung des ihm übertragenen Geschäfts [HUGUENIN, Rz. 3266].</p>	<p>1</p> <p>1</p>
<p><i>Gemäss SV wurde B von A damit beauftragt, die Wellensittiche insbesondere gegen Krankheit und Todesfall möglichst umfassend zu versichern. B schlug A daraufhin die X als Versicherer vor, mit dem Hinweis, dass alle Versicherer dieselbe abschliessende Aufzählung der versicherten Krankheiten in ihren AVB verwendeten. Somit wies er A implizit darauf hin, dass alle Versicherer ausschliesslich die Infektionskrankheit Aspergillose versicherten und keiner auch die Infektionskrankheit Psittakose. Diese Beratung erwies sich jedoch als nicht zutreffend, da A gemäss SV innert weniger Stunden Recherche gleich mehrere Versicherer fand, welche ebenfalls die Infektionskrankheit Psittakose versicherten. Daraus lässt sich schlussfolgern, dass B seiner Beratungspflicht (best advice) nicht nachgekommen ist, da er A mit der X einen Versicherer empfahl, welcher die Wellensittiche nicht so umfassend wie möglich gegen Infektionskrankheiten versicherte.</i></p> <p><i>B ist seiner Pflicht zur umfassenden Marktanalyse nicht nachgekommen ist. Da er die X als Versicherer vorschlug und meinte, dass alle Versicherer dieselbe abschliessende Aufzählung der versicherten Krankheiten in ihren AVB verwendeten, kannte B nicht den gesamten Markt an Versicherungsleistungen für Wellensittiche. Dies stellte eine Verletzung der Pflicht zur umfassenden Marktanalyse und somit eine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR dar.</i></p> <p><i>Auch denkbar ist, dass B die X als die beste Versicherung empfahl, weil die X im Vergleich zu den umfassenderen Versicherern die höhere Courtage entrichtete. Ob dies gegeben ist, lässt sich dem SV jedoch nicht entnehmen. Ein solches Verhalten stellte aber ggf. eine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR dar, da das von B empfohlene Produkt nicht die beste Empfehlung war, welche er A abgeben konnte.</i></p>	<p>1 (Sub.)</p> <p>1 (Sub.)</p> <p>1 (Sub.)</p>

<sup>6</sup> HUGUENIN CLAIRE, Obligationenrecht Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. Aufl., Zürich Basel Genf 2014.

<p><b>Zwischenfazit:</b> B verletzte seine Pflicht zu best advice, was eine Sorgfaltspflichtverletzung i.S.v. Art. 398 Abs. 1 und 2 OR darstellt. Somit liegt eine positive Vertragsverletzung nach Art. 97 Abs. 1 OR vor.</p>	
<p><b>B. Schaden</b></p> <p>Bei einer Vertragsverletzung i.S.v. Art. 97 OR ist das <b>positive Interesse</b> zu ersetzen, d.h. der Geschädigte ist so zu stellen, wie wenn richtig erfüllt worden wäre [vgl. FUHRER, 7.68].</p> <p>Ein Schaden ist eine <b>unfreiwillige Verminderung des Vermögens</b> und kann in der Verminderung von Aktiven, Vermehrung der Passiven oder entgangenem Gewinn bestehen [HUGUENIN, Rz. 867].</p> <p>Gemäss der <b>Differenztheorie</b> entspricht der Schaden der Differenz des gegenwärtigen Vermögensstandes und des Vermögensstandes, welchen das Vermögen ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses hätte [HUGUENIN, Rz. 867].</p>	<p>1/2</p> <p>1/2</p> <p>1/2</p>
<p><i>Hätte B dem Versicherungsnehmer A vorliegend richtig erfüllt, d.h. pflichtgemäss Auskunft erteilt, so hätte A wohl einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, welcher die Behandlungskosten für die später eingetretene Krankheit Psittakose gedeckt hätte. Damit wäre die Schadenszahlung nicht ausgeblieben.</i></p> <p><i>Vorliegend wäre das Vermögen von A bei Abschluss eines entsprechenden Versicherungsvertrages mit Deckung des eingetretenen Schadens um die Höhe der Schadenszahlung vermehrt worden. Aufgrund der Vertragsverletzung ist diese Vermehrung nicht eingetreten, so dass ein Schaden in Form einer Nichtvermehrung der Aktiven vorliegt. Der gegenwärtige Vermögensstand von A wäre ohne das schädigende Ereignis wäre um CHF 10'000.- höher.</i></p> <p><i>Bei Abschluss eines Versicherungsvertrages mit Deckung solcher Ereignisse wären vermutlich höhere Prämien angefallen, da der Versicherer mehr Risiken trägt. Diese allfällig gesparten höheren Prämienzahlungen wären von den CHF 10'000.- in Abzug zu bringen.</i></p>	<p>1/2 (Sub.)</p> <p>1/2 (Sub.)</p> <p>1 ZP</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> Es liegt ein Schaden i.H.v. CHF 10'000.- vor.</p>	<p>1</p>
<p><b>C. Kausalität</b></p> <p>Die positive Vertragsverletzung ist für den Schaden natürlich kausal, wenn sie für jenen eine <b>conditio sine qua non</b> darstellt [HUGUENIN, Rz. 887].</p> <p>Adäquat kausal ist die positive Vertragsverletzung dann, wenn sie <b>nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung</b> dafür geeignet ist, den Schaden herbeizuführen [HUGUENIN, Rz. 888].</p>	<p>1/2</p> <p>1/2</p>

<p><i>Hätte B dem Versicherungsnehmer A vorliegend keine falsche Auskunft erteilt, so hätte A mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit einen Versicherungsvertrag abgeschlossen, welcher die Behandlungskosten der Infektionskrankheit Psittakose abgedeckt hätte. Damit wäre die berechtigterweise erwartete Schadenszahlung nicht ausgeblieben. Die Verletzung der Pflicht zur best advice ist somit conditio sine qua non für den entstandenen Schaden.</i></p>	½ (Sub.)
<p><i>Nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung ist die Verletzung der Pflicht zum best advice dazu geeignet, dass der Versicherungsnehmer einen Vertrag mit einem Versicherer schliesst, welcher die Risiken nicht möglichst umfassend deckt und somit die berechtigterweise erwartete Schadenszahlung ausbleibt.</i></p>	½ (Sub.)
<p><b>Zwischenfazit:</b> Die positive Vertragsverletzung von B ist kausal für den Schaden</p>	1
<p><b>D. Verschulden</b></p> <p>Es ist ein Verschulden des Schädigers erforderlich d.h. <b>Urteilsfähigkeit</b> sowie <b>Vorsatz oder Fahrlässigkeit</b> [HUGUENIN, Rz. 894].</p> <p>Gemäss Art. 97 Abs. 1 OR wird das Verschulden <b>vermutet</b>.</p>	½ ½
<p><i>Dem SV sind keine Hinweise zu entnehmen, welche an der Urteilsfähigkeit des A zweifeln liessen, weshalb von deren Vorliegen auszugehen ist.</i></p> <p><i>Gemäss SV ist nicht bekannt, ob B wusste, dass er seine Pflicht zu best advice verletzte (vgl. oben). Indem er jedoch die unwahre Aussage tätigte, dass es keinen Versicherer gebe, welche auch die Infektionskrankheit Psittakose versicherte, verletzte er jedenfalls seine Sorgfaltspflicht, da er den Markt nicht genügend sorgfältig analysierte. Somit handelte B zumindest fahrlässig.</i></p> <p><i>Geht man davon aus, dass B darum wusste, dass es Versicherer gab, welche diese Krankheit auch mitversicherten, und A die falsche Auskunft bewusst gab, damit er das für sich bessere Honorar der X im Vergleich zu anderen Versicherern beanspruchen konnte, läge Vorsatz vor.</i></p>	½ (Sub.) 1 (Sub.) 1 (Sub.)
<p><b>Zwischenfazit:</b> B kann sich nicht exkulpieren.</p>	
<p><b>Fazit:</b> A hat einen Schadenersatzanspruch gegen B i.H.v. CHF 10'000.- aufgrund positiver Vertragsverletzung gemäss Art. 97 Abs. 1 OR i.V.m. Art. 398 Abs. 2 OR.</p>	1
<p><b>V. Anspruch von A gegen B aus Art. 41 OR</b></p> <p><b>A. Verhältnis zur Art. 97 OR</b></p> <p>Zwischen Art. 41 OR und Art. 97 OR gilt <b>Anspruchskonkurrenz</b>. Damit Art. 41 OR jedoch als alternative Haftungsgrundlage hinzutritt, muss die positive Vertragsverletzung widerrechtlich sein [BGE 113 II 246 E. 3].</p>	1

<p><b>B. Widerrechtlichkeit</b></p> <p>Ein Verhalten ist widerrechtlich, wenn es ein <b>absolutes Recht</b> des Geschädigten verletzt oder gegen eine <b>qualifizierte Schutznorm</b> verstösst [HUGUENIN, Rz. 1940].</p>	<p>½ ½</p>
<p><i>Vorliegend erleidet A durch die nicht gedeckten Behandlungskosten eine Verminderung seines Vermögens (s. oben). Das Vermögen stellt kein absolutes Recht dar.</i></p> <p><i>Es ist keine qualifizierte Schutznorm ersichtlich, gegen welche B verstossen hat.</i></p>	<p>½ (Sub.) ½ (Sub.)</p>
<p><b>Zwischenfazit:</b> Das Verhalten von B ist nicht widerrechtlich.</p>	
<p><b>Fazit:</b> A hat keinen Schadenersatzanspruch gegen B aus Art. 41 OR.</p>	<p>1</p>