

## **Auszug aus dem Protokoll des Vorstandes der SGHVR vom 5. März 2010**

### **1.3. Haftpflichtrecht**

#### **Christine Chappuis**

##### **ATF 135 III 397**

CO 44, 45; pas de réduction de l'indemnité pour frais funéraires au motif que la mort serait en tous les cas survenue dans un avenir proche pour une autre raison, notamment le grand âge de la victime.

##### **Arrêt du TF 4A\_282/2009 du 15 décembre 2009**

CO 99 III; notion de dommage; la privation de l'usage d'une chose se trouve éventuellement à l'origine d'un dommage, mais n'en constitue pas un à elle seule; privation de l'usage d'une villa en raison du retard du cocontractant; le versement d'intérêts afférents à l'emprunt hypothécaire contracté pour l'acquisition de la villa, parce que dus indépendamment du retard, ne constituent pas un dommage.

##### **Arrêt du TF 4A\_493/2009 du 1er décembre 2009**

CO 398; responsabilité niée; l'avocat qui dépose tardivement et en violation de son devoir de diligence un recours au Tribunal fédéral peut-il être tenu pour responsable de la ruine de son client (installation fermée en raison des effets polluants de son activité; faillite de l'entreprise); à défaut d'établir que le recours déposé en temps utile aurait "indiscutablement" été admis, causalité naturelle niée.

##### **Arrêt du TF 4A\_494/2009 du 17 novembre 2009**

LCR 58; responsabilité niée; traumatisme de type "coup du lapin"; nécessité d'une documentation précise et vérifiable du déroulement de l'accident et d'une première clarification médicale, suivies d'expertises détaillées; causalité naturelle niée, en raison de la faible vitesse lors de la collision (4,5 km/h) et des premiers diagnostics niant la commotion cérébrale.

##### **Arrêt du TF 1C\_264/2009 du 9 octobre 2009**

CO 45, LAVI 19; réparation du préjudice; en matière LAVI, la notion de dommage correspond en principe à celle du droit de la responsabilité civile; le droit cantonal détermine si les frais d'avocat relatifs à la procédure devant les autorités cantonales LAVI sont indemnisés; indemnisation des frais de réception en cas de mort d'homme, dans la mesure où ces derniers ne sont pas excessifs.

##### **Arrêt du TF 4A\_154/2009 du 8 septembre 2009**

CO 42; responsabilité du transporteur pour la disparition d'une œuvre d'art; faute d'avoir fourni les éléments utiles à l'estimation du dommage au moment prescrit par la loi de procédure, le lésé ne peut se prévaloir de la preuve facilitée instaurée à CO 42; dans ce cadre, pas d'arbitraire à retenir que le dommage correspond à la valeur annoncée dans le contrat

de transport et non au montant d'une offre de vente, laquelle n'a d'ailleurs pas abouti.

#### **Arrêt du TF 4A\_170/2009 du 7 juillet 2009**

CO 56 et 58; responsabilité niée; absence de lien de causalité; il ne peut être exigé d'un éleveur qu'il surveille ses pâturages en permanence afin de prévenir qu'un tiers malintentionné en ouvre le portail; critiquable en ce que la preuve à charge de la victime n'est pas différenciée selon le fondement de responsabilité invoqué (CO 56 ou 58).

#### **Arrêt du TF 6B\_81/2009 du 30 juin 2009**

CO 41; prestations d'aide sociale indûment perçues; la violation de dispositions de lois d'aide sociale, lesquelles ont notamment pour but de protéger la collectivité publique prestataire, peut constituer un acte illicite; sur cette base, obligation de réparer le dommage pécuniaire subi en raison de leur versement indu.

#### **Arrêt du TF 4A\_80/2009 et 4A\_88/2009 du 5 juin 2009**

Responsabilité fondée sur la confiance niée; une tierce partie au contrat peut devoir répondre de la mauvaise exécution de ce dernier en vertu de la responsabilité fondée sur la confiance; responsabilité solidaire envisageable avec le cocontractant fautif du lésé, mais uniquement dans la mesure où la tierce partie a éveillé la confiance quant à sa responsabilité directe et personnelle quant à la correcte exécution du contrat.

#### **Arrêt du TF 4A\_45/2009 du 25 mars 2009**

CO 41; responsabilité admise; pas d'interruption de la causalité en raison d'une prédisposition constitutionnelle du lésé; le responsable doit se voir imputer l'entier du préjudice si le dommage ne serait pas survenu sans l'accident, même si la prédisposition malade en a favorisé la survenance ou augmenté l'ampleur; une prédisposition constitutionnelle ne justifie pas à elle seule une réduction de l'indemnité; d'autres circonstances doivent intervenir, telles une disproportion manifeste entre la cause fondant le dommage et l'importance du préjudice subi par le lésé.

#### **Arrêt du TF 4A\_20/2009 du 23 mars 2009**

CO 58; responsabilité niée; le propriétaire d'un escalier verglacé ne répond d'un défaut d'entretien que si l'ouvrage en question avait dû être déblayé avant le moment de la survenance de l'accident.

#### **Arrêt du TF 4A\_527/2008 du 11 mars 2009**

Responsabilité fondée sur la confiance en matière d'assurance responsabilité civile professionnelle; action directe des lésés contre l'assureur; l'assureur n'est tenu à aucun devoir de surveillance sur le professionnel assuré, pas plus qu'il n'assume une position de garant à l'égard des tiers, cela même si la conclusion d'une assurance responsabilité civile professionnelle est obligatoire pour l'exercice de la profession; la confiance créée par l'existence d'une telle assurance n'est pas digne de protection.

## 1.4. Privatversicherungsrecht

**Stephan Fuhrer**

### 1. Bundesgericht, 12.12.2009, 8C\_239/2008: Versicherungsdetektiv im Ausland

#### **Sachverhalt**

Ein 50-jähriger Angestellter erlitt kurz hintereinander einen Skiunfall und einen Treppensturz. Der Verunfallte machte auch noch Jahre nach den Unfällen multiple Beeinträchtigungen geltend. Die AXA als UVG-Versicherer hatte Zweifel an der Arbeitsunfähigkeit und liess den sich vorübergehend im Ausland (Deutschland und Österreich) aufhaltenden Versicherten durch einen Privatdetektiv überwachen.

Die Überwachung bestätigte den Verdacht des Versicherers. Sie ergab, dass der Versicherte sportlich aktiv und in seinen Bewegungen nicht eingeschränkt war. Krückstöcke verwendete er z.B. nur dann, wenn ein Arztbesuch bevorstand.

Gestützt auf die Ergebnisse der Überwachung stellte die AXA ihre Zahlungen ein. Dagegen wehrte sich der Versicherte, im Wesentlichen indem er die Rechtmässigkeit der Überwachung im Ausland in Zweifel zog.

#### **Erwägungen**

Unter Berufung auf seine bisherige Rechtsprechung zur Überwachung von Versicherten stellte das Bundesgericht zunächst fest, dass die AXA in der Schweiz befugt gewesen wäre, ihren Versicherten observieren zu lassen. Da in Deutschland und Österreich vergleichbare Rahmenbedingungen für die Überwachung durch einen Privatdetektiv gelten, erwies sich die Massnahme der AXA als nicht widerrechtlich.

Offen gelassen hat das Bundesgericht die Frage, ob aufgrund des Freizügigkeitsabkommens der Amtshilfeweg einzuschlagen gewesen wäre, da auch dann die mit der Überwachung gewonnenen Beweise nach schweizerischem Recht verwertbar gewesen wären. Eine allfällig fehlende Zustimmung einer ausländischen Behörde stellt eine grundsätzlich nachholbare formelle Voraussetzung dar. Angesichts des gewichtigen Interesses an der Verhinderung eines Versicherungsmissbrauchs kann eine fehlende formelle Voraussetzung nicht zur Unverwertbarkeit des Beweises führen; dies gilt umso mehr, als ohne weiteres angenommen werden darf, dass bei Einhaltung des Amtshilfeweges die Zustimmung erteilt worden wäre.

#### **Anmerkung**

Die Konturen des um einen weiteren Mosaikstein erweiterten Bildes der Rechtsprechung zum Einsatz von Privatdetektiven bei der Bekämpfung des Versicherungsmissbrauchs lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Mit einer Observierung werden die Persönlichkeitsrechte des Überwachten verletzt. Das Interesse des Versicherers an einer wirksamen Missbrauchsbekämpfung stellt im Privatversicherungsrecht einen **Rechtfertigungsgrund** dar (BGer, 18.12.1997, 5C.187/1997). Im Sozialversicherungsrecht (zur gesetzlichen Grundlage: BGer, 01.07.2009, 8C\_571/2008; 15.06.2009, 8C\_807/2008) besteht sogar ein öffentliches Interesse an der Missbrauchsbekämpfung (BGE 129 V 323). Der Sozialversicherer ist jedoch gehalten, dabei die

verfassungsmässigen Rechte des Überwachten zu wahren (BGE 135 I 169). Einer solchen Überwachung steht auch die Europäische Menschenrechtskonvention nicht entgegen (EuGMR, 28.06.2001, 41953/98, publ. in VPB 65.134).

- Die Überwachung durch einen Privatdetektiven setzt einen hinreichenden **Anfangsverdacht** voraus. Dabei ist die Rechtsprechung eher grosszügig. Es genügt, dass Zweifel an den geäusserten Beschwerden aufkommen, z.B. weil sie somatisch nicht objektivierbar sind. Es genügt sogar der Verdacht einer blossen Aggravation (BGer, 02.11.2001, U 482/00).
- Überwacht werden dürfen lediglich Tatsachen, die sich im öffentlichen Raum (Gemeinbereich) verwirklichen und von jedermann wahrgenommen werden können (z.B. Gehen, Treppensteigen, Autofahren, Tragen von Lasten oder Ausüben sportlicher Aktivitäten). Es ist mit anderen Worten die **Privatsphäre** des Betroffenen zu **wahren** (BGE 135 I 169, 118 IV 41).
- Die Überwachung muss **verhältnismässig** sein, d.h. sie muss sich die Verifizierung der geltend gemachten Beschwerden beschränken und das geeignete und erforderliche Mittel zur Klärung des Anfangsverdachts sein.
- Der Betroffene hat bis zum Abschluss der Überwachung kein **Auskunftsrecht** (Art. 8 DSGVO). Im Anschluss daran, dürfte dieses nur in begründeten Ausnahmefällen verweigert werden (vgl. BGer, 25.04.2005, U 19/05).
- **Observierungen im Ausland** sind unter den gleichen Bedingungen wie solche in der Schweiz zulässig (BGer, 12.12.2009, 8C\_239/2008)

Im Rahmen der im Parlament hängigen Totalrevision des UVG hat der Bundesrat vorgeschlagen, die bisherige Praxis im Bereich der Sozialversicherung durch die Aufnahme eines neuen Art. 44a ATSG zu kodifizieren (Geschäftsdatenbank 08.047). Die Bestimmung hat folgenden Wortlaut (BBl 2008, 5483 f.):

*Art. 44a ATSG (neu) Überwachung*

<sup>1</sup> Eine Person, welche Versicherungsleistungen beantragt oder bezieht, kann ohne ihr Wissen überwacht werden, wenn:

- a. der Versicherer einen begründeten Verdacht hat, dass diese Person unrechtmässig Leistungen bezieht respektive bezogen hat oder zu erhalten versucht; und wenn
- b. die bisherigen Abklärungen zu keinem Ergebnis geführt haben, ohne Aussicht auf Erfolg sind oder sich als ausserordentlich schwierig erweisen.

<sup>2</sup> Die Anordnung der Überwachung wird mit Angaben über die den Verdacht begründenden Tatsachen in den Akten eingetragen.

<sup>3</sup> Die Überwachung darf nur auf öffentlichem Grund erfolgen. Sie kann die Benutzung von Bildaufzeichnung beinhalten.

<sup>4</sup> Die erfassten Daten werden im Dossier abgelegt. Falls sich der Verdacht nicht erhärtet, werden sie nach spätestens 10 Tagen gelöscht.

<sup>5</sup> Der Versicherer kann einen Dritten mit der Überwachung beauftragen.

<sup>6</sup> Er informiert die betroffene Person nach der Beendigung der Überwachung.

Im Privatversicherungsrecht ist die Rechtslage durchaus vergleichbar. Die Schranken der zulässigen Überwachung haben ihre Grundlage im Persönlichkeitsrecht des zu Überwachenden sowie im DSGVO. Im Ergebnis

kann deshalb von identischen Rahmenbedingungen im Privat- und im Sozialversicherungsrecht ausgegangen werden.

## **2. Bundesgericht, 23.10.2009, 9C\_475/2009: Parteientschädigung für Rechtsschutzversicherer**

### ***Sachverhalt***

Eine Rechtsschutzversicherung erstritt für einen ihrer Versicherten ein für diesen günstiges Urteil des Bundesgerichts in einer IV-Sache (9C\_100/2008). Das Bundesgericht wies das kantonale Versicherungsgericht an, über die Verteilung der Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens zu entscheiden. Das Sozialversicherungsgericht versagte dem Rechtsschutzversicherten eine Entschädigung, weil diesem durch das Verfahren keine Kosten angefallen seien und er im Falle der Zusprechung einer Entschädigung er diese aufgrund der Bestimmungen des Rechtsschutzversicherungsvertrages an den Rechtsschutzversicherer abliefern müsste, weshalb er kein eigenes wirtschaftliches Interesse an einer Entschädigung habe.

Der Betroffene, weiterhin vertreten durch seinen Rechtsschutzversicherer, wehrte sich gegen diesen Entscheid mit einer Beschwerde in öffentlich-rechtlicher Angelegenheit.

### ***Erwägungen***

Das Bundesgericht hiess die Beschwerde in Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung gut: Im Übrigen ist es willkürlich, einer Partei nur deshalb eine Parteientschädigung vorzuenthalten, weil sie rechtsschutzversichert ist (BGE 117 Ia 295). Im kantonalen Sozialversicherungsverfahren ergibt sich ein Anspruch auf Parteientschädigung auch aus Art. 61 lit. g ATSG.

## **3. Bundesgericht, 22.10.2009, 4A\_285/2009: Richtiger oder falscher Lenker**

### ***Sachverhalt***

Ein knapp 20jähriger Serbe versicherte einen VW Golf. Ein Jahr später schloss er einen weiteren VW Golf in die gleiche Police ein (Wechselschild). Im folgenden Jahr tauschte er den zweiten Golf gegen einen BMW aus. Der Versicherer liess jeweils einen Antrag ausfüllen, in dem der Versicherungsnehmer als häufigsten Lenker wahrheitswidrig seinen Vater angab.

In den folgenden Jahren kam es nochmals zu zwei Mutationen: Zuerst wurde durch den Ausschluss des verbleibenden VW Golf das Wechselschild aufgehoben und kurz darauf durch den Einschluss eines Opel Kadett wieder eingelöst. In beiden Fällen wurden die Anträge elektronisch erzeugt und nur vom Agenten, nicht aber vom Versicherungsnehmer unterzeichnet. Dieser erhielt jedoch Policen, in denen sein Vater als häufigster Lenker genannt wurde.

Ein halbes Jahr nach der letzten Mutation verursachte der Vater des Versicherungsnehmers einen Unfall. Der Versicherer erbrachte Leistungen von rund Fr. 40'000.-. Ein Jahr später kündigte der Versicherungsnehmer den Vertrag.

Drei Jahre später entdeckte der Versicherer die falsche Antragsdeklaration, kündigte den Vertrag und verlangte die erbrachten Leistungen zurück.

### ***Erwägungen***

Das Bundesgericht liess die Frage, ob es sich bei den Mutationen um Vertragsänderungen oder um Neuabschlüsse handelte, ausdrücklich offen, da es die Anzeigepflicht auch dann als verletzt ansah, wenn es sich um Neuabschlüsse handelte.

Ist von Neuabschlüssen auszugehen, so muss die Verletzung der Anzeigepflicht bei der letzten Mutation erfolgt sein. Vorliegend wurde die Gefahrdeklaration bei der letzten Mutation vom Versicherungsnehmer nicht unterzeichnet. Art. 4 VVG verlangt jedoch, dass die Gefahrdeklaration schriftlich erfolgen muss. Das Bundesgericht interpretierte diese Formvorschrift als Schriftlichkeit i.S. von Art. 13 OR (eigenhändige Unterschrift). Demnach erfolgte die Gefahrdeklaration nicht formgültig.

Der Versicherungsnehmer schloss daraus, dass nach Art. 8 Ziff. 6 VVG die falschen Angaben folgenlos bleiben (die Annahme eines Antrages mit einer formungültigen Gefahrdeklaration sei als Verzicht des Versicherers auf die Beantwortung der Fragen zu werten). Das Bundesgericht verwehrte dem Versicherungsnehmer allerdings die Berufung auf die an und für sich klare Rechtslage mit der Begründung, dass sein Verhalten rechtsmissbräuchlich sei. Den Rechtsmissbrauch erblickte es darin, dass der Versicherungsnehmer mit der widerspruchslosen Entgegennahme der Police mit dem darin enthaltenen Vermerk seines Vaters als häufigstem Lenker, beim Versicherer ein berechtigtes Vertrauen in die unveränderte Gültigkeit der früheren Gefahrdeklarationen erweckte. Die spätere Berufung auf einen Formmangel verdiente deshalb keinen Rechtsschutz. Das Bundesgericht qualifizierte somit das Verhalten des Versicherungsnehmers als Anzeigepflichtverletzung.

Der Versicherungsnehmer wandte noch ein, dass der Umstand, dass ein junger Versicherungsnehmer eine ältere Person als häufigsten Lenker bezeichnet, beim Versicherer den Verdacht auf das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung hätte wecken müssen. Wäre er diesem Verdacht nachgegangen, so hätte er die Anzeigepflicht frühzeitig erkennen können. Die vierwöchige Verwirkungsfrist des Art. 6 Abs. 2 VVG wäre deshalb zum Zeitpunkt der Kündigung durch den Versicherer längst abgelaufen. Das Bundesgericht verwarf diesen Einwand. Aufgrund einer allgemeinen Vermutung, d.h. ohne konkrete Hinweise, ist der Versicherer nicht zur Vornahme von Abklärungen verpflichtet.

Schliesslich machte der Versicherungsnehmer geltend, dass zwischen falsch angezeigter Gefahrtatsache und dem Schadenfall kein Kausalzusammenhang bestand. Im Gegenteil: Der Versicherungsnehmer hatte als häufigsten Lenker seinen Vater angegeben. Just dieser hatte den Unfall, um den es im vorliegenden Fall ging, verursacht. Da der Fall klarerweise dem alten Recht untersteht, kommt es auf den fehlenden Kausalzusammenhang nicht an. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es dem Gesetzgeber mit der Revision des Rechts der Anzeigepflichtverletzung just darum ging, eine Leistungsbefreiung bei fehlender Kausalität zu verhindern. Der strafrechtliche Grundsatz der Anwendung des mildereren Rechts (Art. 2 Abs. 2 StGB) gilt im Zivilrecht nicht.

Damit war der Klage des Versicherers stattzugeben.

### **Anmerkung**

Das Urteil ist korrekt, aber hart. Am Ergebnis gibt es nichts zu kritisieren. Die einzelnen Schritte der Argumentationskette des Bundesgerichts betreffen jedoch praktisch wichtige und zum Teil umstrittene Fragen, weshalb an dieser Stelle näher darauf einzugehen ist.

Da ist zunächst die offen gelassene Frage, ob die verschiedenen Mutationen Vertragsänderungen oder Neuabschlüsse darstellen. Im ersten Fall muss sich der Versicherungsnehmer falsche Angaben beim Abschluss des Vertrages auch nach den Mutationen noch entgegen halten lassen. Im zweiten Fall kommt es ausschliesslich auf die anlässlich der Mutation abgegebenen Erklärungen an. Wie der vorliegende Fall zeigt (vgl. auch BGE 132 III 264 [Vertragsänderung]; BGer 01.05.2007, 5C.252/2006 [Neuabschluss]), ist diese Abgrenzung von grosser praktischer Bedeutung. Es wäre sehr hilfreich, wenn das Bundesgericht klare und einfach zu handhabende Kriterien für diese Unterscheidung aufstellen würde. Vorgeschlagen wird, einen Fahrzeugwechsel immer als Neuabschluss zu werten. Den Einschluss eines Fahrzeuges in eine Police durch das Lösen eines Wechselschildes hat das Bundesgericht im Entscheid 5C.252/2006 als Vertragsänderung qualifiziert. Im Sinne einer allgemeinen Regel könnte man daraus ableiten, dass immer dann, wenn mindestens ein Fahrzeug unverändert eingeschlossen bleibt, von einer Vertragsänderung und nicht von einem Neuabschluss auszugehen ist. Wendet man diese Regeln auf den vorliegenden Fall an, so liegen Vertragsänderungen vor, d.h. die Gefahrdeklaration zu Beginn der vertraglichen Beziehung war zum Zeitpunkt der Kündigung immer noch gültig.

Das Bundesgericht befand, dass das Schriftformerfordernis in Bezug auf die Gefahrdeklaration nach Art. 4 VVG im Sinne von Art. 13 OR (eigenhändige Unterschrift) auszuliegen ist. Wenn das VVG von Schriftform

spricht, meint es häufig nicht eigenhändige Unterschrift, sondern eine bloss lesbare, aber unterschriftslose Erklärung (sog. Textform nach § 126b BGB). Ob bei Art. 4 VVG Textform genügt oder nicht, ist in der Literatur umstritten (dafür: SCHÖBI, *Have* 2003, 208; offen gelassen: CARRÉ, *LCA* 2000, 129; MAURER, *PVersR* 1995, 251 ff.; VIRET, *PVersR* 1991, 111; KOENIG, *PVersR* 1967, 176; dagegen: BSK-NEF, 2001, Art. 4 VVG N 29; ROELLI/KELLER, 1968, *Komm. VVG*, Bd. I, 112). Die Expertenkommission, welche die Totalrevision des VVG vorbereitete, schlug Textform vor (Art. 8 Abs. 1 des Entwurfes). Schriftlichkeit i.S. von Art. 13 OR würde bedeuten, dass bei Vertragsabschlüssen über das Internet die Gefahrdeklaration nur unter den strengen Voraussetzungen des Art. 14 Abs. 2<sup>bis</sup> OR möglich wäre. Dies spricht dafür, Textform genügen zu lassen. Auch der vorliegend zu beurteilende Sachverhalt spricht dafür: Der Agent des Versicherers tippt die ihm mündlich erteilten Angaben in seinen PC ein. Der Versicherungsnehmer erhält entweder sofort oder zusammen mit der Police einen Ausdruck mit seinen Angaben. Eine formgültige Gefahrdeklaration sollte auf diese Weise möglich sein. Fragen kann man sich einzig, ob dies auch dann gelten soll, wenn der Versicherer dem Versicherungsnehmer keinen Ausdruck mit dessen Gefahrdeklaration aushändigt. Dies ist zu bejahen. Der Verzicht des Versicherungsnehmers auf einen Ausdruck ist gleich zu bewerten, wie wenn der Versicherungsnehmer das vom Agenten aufgrund der mündlichen Angaben des Versicherungsnehmers ausgefüllte Formular ungelesen unterzeichnet. Zustimmung verdient das Bundesgericht mit seinen Ausführungen zur Pflicht des Versicherers, Verdachtsmomenten nachzugehen. Solange solche nur allgemeiner Art sind (d.h. sich auf Erfahrungen aus früheren Fällen ableiten), kann dies den Versicherer nicht verpflichten, Abklärungen vorzunehmen. Erst wenn konkrete, sich auf den Fall beziehende Umstände vorliegen, gebieten Treu und Glauben, dass der Versicherer diesen nachgeht.

Extrem stossend, wenn auch rechtliche nicht zu beanstanden, sind die Ausführungen des Bundesgerichts zum anwendbaren Recht. Vorliegend hat der fälschlicherweise als häufigster Lenker angegebene Vater den Unfall verursacht. Ein klarerer Fall von fehlender Kausalität ist gar nicht möglich. Das Fehlen des Kausalitätserfordernisses zur Begründung der Leistungsbefreiung stellte einen der zentralen Kritikpunkte der in dieser Frage einstimmigen Lehre dar. Die in der Werbung immer wieder hervorgehobene Fairness hätte deshalb eine andere Regulierung des Falles durch den Versicherer auch in Frage kommen lassen.

#### **4. Bundesgericht, 07.09.2009, 4A\_141/2009: Parametrisierung**

##### ***Sachverhalt***

Ein Versicherungsnehmer setzt Erodiermaschinen (abtragende Werkzeugmaschinen, die zur Bearbeitung von elektrisch leitenden Materialien mittels des Funkenerodieren-Verfahrens dienen) zur Herstellung von Spinddüsen ein. Fünf dieser Maschinen wurden durch ein Hochwasser zerstört. Der Schaden belief sich auf rund CHF 10 Mio.

Der Versicherungsnehmer verlangte darüberhinaus vom Versicherer die Übernahme der sog. Parametrisierungskosten im Umfang von über CHF 18 Mio. Für jeden Kundenauftrag ist eine Parametrisierung erforderlich. Für gleichartige Kundenaufträge kann auf bereits erstellte Parametrisierungen zurückgegriffen werden. Der Versicherungsnehmer verfügte für seine bisherigen neun (fünf zerstörte und vier unbeschädigte) Maschinen über

die Fähigkeit, 1'820 Strukturen für seine Kunden anfertigen zu können. Da die (mit Zustimmung des Versicherers) neu angeschafften Maschinen mit den alten nicht kompatibel waren, konnten die bisherigen Parametrisierungen nicht übernommen werden. Der Versicherungsnehmer stellte sich auf den Standpunkt, dass sein Schaden erst dann ersetzt sei, wenn seine Produktionsfähigkeit wieder hergestellt sei. Die nicht parametrisierten neuen Maschinen seien für ihn wertlos.

Der Versicherer war demgegenüber der Meinung, dass das versicherte Interesse der Neuwert der Maschine und nicht die Aufrechterhaltung der Produktionsfähigkeit sei. Er lehnte deshalb die Übernahme der Parametrisierungskosten ab.

### ***Erwägungen***

Das Bundesgericht schützte den Standpunkt des Versicherers. Da Parametrisierungen im Hinblick auf einen konkreten Kundenauftrag erstellt werden, können sie nicht in allgemeiner Weise der Funktionstauglichkeit einer Maschine zugerechnet werden. Im Rahmen einer Sachschadendeckung sind deshalb die Parametrisierungskosten nicht zu ersetzen.

### ***Anmerkung***

Der Sachverhalt lässt viele Fragen offen. Grundlage der Ansprüche des Versicherungsnehmers war eine im Rahmen der Aushandlung einer Konzernpolice ausgestellte vorläufige Deckungszusage eines ausländischen Versicherers. Ob der Versicherungsnehmer oder nur dessen Muttergesellschaft durch einen Makler vertreten wurden, ist unklar. In beiden Fällen ist unverständlich, dass eine derart wichtige Frage ungeklärt blieb. Dem Versicherungsnehmer und vor allem dem Makler musste klar sein, dass das Risiko der Neuparametrisierung schwerer wog als jenes des Verlustes der Maschinen.

Das Bundesgericht erwog, ob im Rahmen der Sachversicherung von einem auf Substanzbeeinträchtigungen beschränkten oder auf Funktionsbeeinträchtigungen erweiterten Sachschadenbegriff auszugehen sei. Es liess die Frage schliesslich offen, weil auch bei Annahme der erweiterten Definition die geltend gemachten Ansprüche keinen Sachschaden darstellten. Der Entscheid überzeugt. Haftpflichtrechtlich wäre wohl anders zu entscheiden gewesen (Differenztheorie). Dies zeigt, dass eine haftpflichtrechtliche Betrachtungsweise nicht unbesehen ins Versicherungsrecht übertragen werden kann.

Von praktischer Bedeutung ist schliesslich die Anmerkung, dass der eine vorsorgliche Deckung ablösende Hauptvertrag nicht rückwirkend per Beginn der vorsorglichen Deckung in Kraft gesetzt werden kann, da dies gegen das Rückwärtsversicherungsverbot (Art. 9 VVG) verstiesse.

## **5. Bundesgericht, 13.07.2009, 6B\_225/2009: Vorgetäushtes Schleudertrauma**

### ***Sachverhalt***

Ein Versicherter erleidet bei einem Verkehrsunfall ein Schleudertrauma. Obwohl er nach einigen Wochen wieder beschwerdefrei war, täuschte er gegenüber den Sozialversicherern sowie verschiedenen Ärzten vor, weiterhin an den Folgen des Unfalls zu leiden. Er erschlich sich auf diese Weise Sozialversicherungsleistungen von rund Fr. 200'000.-. Die

kantonale Gerichte verurteilten ihn zu einer vierjährigen Freiheitsstrafe wegen gewerbsmässigem Betrug.

### ***Erwägungen***

Die dagegen erhobene Beschwerde in Strafsachen lehnte das Bundesgericht ab. Betrug setzt Arglist voraus. Diese liegt vor, wenn der Täter ein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich besonderer Machenschaften oder Kniffe bedient. Einfache falsche Angaben gelten dann als arglistig, wenn deren Überprüfung nicht oder nur mit besonderer Mühe möglich oder nicht zumutbar ist, und wenn der Täter den Getäuschten von der möglichen Überprüfung abhält oder nach den Umständen voraussieht, dass dieser die Überprüfung der Angaben auf Grund eines besonderen Vertrauensverhältnisses unterlassen wird.

Diese Voraussetzungen sah das Bundesgericht im vorliegenden Fall durch die Täuschung der Ärzte als erfüllt an.

### ***Anmerkung***

Das Bundesgericht verschärft mit dieser Entscheidung seine bisherige Praxis deutlich (vgl. dazu BGer, 29.11.2004, 6S.379/2004 und 11.10.2007, 6B\_299/2007). In den bisherigen Fällen bestätigte das Bundesgericht bei ähnlichen Sachverhalten kantonale Verurteilungen wegen Betruges. Im vorliegenden Fall fällt erstens das hohe Strafmass von vier Jahren Freiheitsentzug auf und zweitens verdient Beachtung, dass der Täter nicht nur wegen einfachem Betrug (Art. 146 Abs. 1 StGB), sondern wegen gewerbsmässigem Betrug (Art. 146 Abs. 2 StGB) verurteilt wurde.

## **6. Bundesgericht, 19.06.2009, 4A\_487/2007: Rechtsmissbrauch**

### ***Sachverhalt***

Eine 69-jährige Velofahrerin wurde durch einen Verkehrsunfall schwer verletzt. Sie hatte bei der "W"-Versicherung ein Todesfall- (Versicherungssumme: Fr. 5'000.-) und ein Invaliditätskapital (Summe: Fr. 100'000.- mit Progression bis 225%) versichert (= Police 1). Rund anderthalb Jahre nach dem Unfall sandte der Versicherer seiner Kundin aus Anlass ihres 70. Geburtstages eine neue Police, dergemäss neu ein Todesfallkapital von Fr. 20'000.- und ein Invaliditätskapital von Fr. 40'000.- (mit Progression bis 225%) versichert war (= Police 2).

Kurz danach bestätigte der behandelnde Arzt gegenüber dem Versicherer, dass die Verletzte als alleinige Folge des Unfalles und ohne Hoffnung auf Besserung an mehreren schweren Gebrechen litt. Der Versicherer wollte den Fall noch nicht regulieren, da er zur Bestimmung des Ausmasses der Invalidität ein Gutachten abwarten wollte, das der Haftpflichtversicherer des Unfallversuchers in Auftrag zu geben versprach. Ein Jahr später erhielt die Versicherte auf Nachfrage hin die gleiche Antwort. Auch im nachfolgenden Jahr gelang es nicht, das Gutachten in Auftrag zu geben. Kurz darauf verstarb die Versicherungsnehmerin.

Ein halbes Jahr später bot der Versicherer den Hinterbliebenen (Ehemann und zwei Kinder) an, das Todesfallkapital von Fr. 5'000.- zu bezahlen. Der Ehemann beauftragte daraufhin einen Anwalt mit der Vertretung der Interessen der Hinterbliebenen.

Dieser machte geltend, dass die Verstorbene vor ihrem Tod zu 100% invalid war und verlangte deshalb nach Massgabe der Police 2 neben der Todesfallsumme von Fr. 20'000.- das volle Invaliditätskapital von Fr. 40'000.-. Der Versicherer war "ausnahmsweise und unpräjudiziell"

damit einverstanden, den Fall mit einer Zahlung von Fr. 60'000.- abzuschliessen.

Der Ehemann liess daraufhin mitteilen, dass gemäss der vertraglich vereinbarten Progression ein Invaliditätskapital von Fr. 40'000.- zu einer Zahlung von Fr. 90'000.- führen müsse. Der Versicherer wandte daraufhin ein, dass die Ansprüche des Ehemanns verjährt seien. Er anerkannte lediglich eine Schuldpflicht im Umfang von Fr. 60'000.- (was sich wohl mit der verjährungsunterbrechenden Wirkung der vorhergehenden Anerkennung erklärt) und überwies in der Folge diesen Betrag.

Der Ehemann bestritt den Eintritt der Verjährung und stellte sich auf den Standpunkt, dass sich die Bemessung des Invaliditätskapitals nach Police 1 (d.h. Fr. 225'000.-) und jene des Todesfallkapitals nach Police 2 (d.h. Fr. 20'000.-) richte. In der Folge verklagte er den Versicherer auf den noch nicht bezahlten Teil des geltend gemachten Invaliditätskapitals (d.h. Fr. 185'000.- = Fr. 225'000.- abzüglich die bereits bezahlten Fr. 40'000.-).

Das kantonale Sozialversicherungsgericht (nach Art. 85 VAG zuständig, weil es sich bei der Versicherung um eine Zusatzversicherung zur sozialen Krankenversicherung handelte) entschied, dass vorliegend die Police 1 massgebend sei und verurteilte den Versicherer zur Bezahlung von Fr. 130'000.- (Fr. 225'000.- Invaliditätskapital und Fr. 5'000.- Todesfallkapital) unter Abzug der bereits bezahlten Fr. 60'000.-. Zur Frage der Verzinsung äusserte sich das Urteil nicht. Beide Parteien wandten sich daraufhin an das Bundesgericht.

### ***Erwägungen***

Massgebend für die Leistungspflicht des Versicherers sind die Bestimmungen der Police 1, da diese zum Zeitpunkt des Unfalls (= Eintritt der versicherten Gefahr) in Kraft war.

Die Verjährung der Invaliditätsleistung begann vorliegend mit dem Schreiben des behandelnden Arztes zu laufen, da dieser feststellte, dass keine Aussichten mehr auf eine Besserung des Gesundheitszustandes bestehen, womit die Invalidität als eingetreten gilt. Die zweijährige Verjährungsfrist (Art. 46 VVG) war deshalb zum Zeitpunkt der Geltendmachung des Invaliditätskapitals bereits verstrichen.

Allerdings kann sich ein Schuldner dann nicht auf die Verjährung berufen, wenn er den Gläubiger auf eine hinterlistige Art und Weise davon abhält, verjährungsunterbrechende Handlungen vorzunehmen. Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner ohne böswillige Absicht sich so verhält, dass der Gläubiger verleitet wird, auf verjährungsunterbrechende rechtliche Schritte zu verzichten. Voraussetzung ist, dass sich der Verzicht des Gläubigers adäquat-kausal auf sachliche und nachvollziehbare Gründe abstützen lässt. In einem solchen Fall handelt der sich auf die Verjährung berufende Schuldner rechtsmissbräuchlich.

Der Versicherer musste sich vom Bundesgericht sagen lassen, dass sein Verhalten (Vertrösten auf das Gutachten des Haftpflichtversicherers) von seiner Kundin so verstanden werden durfte, dass die Leistungspflicht grundsätzlich anerkannt und lediglich das Ausmass der Invalidität noch offen sei. Das Hinhalten des Versicherers war entscheidend dafür, dass verjährungsunterbrechende Handlungen unterblieben. Die Berufung auf die Verjährung war deshalb rechtsmissbräuchlich und das Invaliditätskapital im eingeklagten Ausmass geschuldet.

Das Todesfallkapital war nicht Gegenstand des Prozesses. Der Ehemann hat es nicht eingeklagt. Da es auch vom Versicherer nicht zum Prozessthema gemacht wurde, erweist sich sein Einbezug in das kantonale Urteil als willkürlich. Es bleibt deshalb bei der vom Versicherer bereits geleisteten Zahlung von Fr. 20'000.-.

Dass sich das kantonale Gericht nicht zur Frage der Verzinsung aussprach, qualifiziert das Bundesgericht als formelle Rechtsverweigerung. Die Fälligkeit von Versicherungsleistungen richtet sich nach Art. 41 VVG (vier Wochen nachdem der Versicherer im Besitz aller Unterlagen ist, aufgrund derer er sich von der Richtigkeit des Anspruchs überzeugen kann). Die Fälligkeit alleine begründet aber keine Pflicht zur Bezahlung von Verzugszinsen. Dazu bedarf es nach Art. 102 OR einer Mahnung des Gläubigers. Eine solche erblickte das Bundesgericht im Brief der Hinterbliebenen, in dem sie erstmals die Auszahlung des Invaliditätskapitals verlangten. Ab diesem Tag war die Versicherungssumme mit 5% (Art. 104 OR) zu verzinsen.

### **Anmerkung**

Das Verhalten des Versicherers "W" ist – zumindest so, wie es vom Bundesgericht dargestellt wird – unverständlich. Politische Forderungen nach einer Regulierung der Schadenbehandlung (vgl. z.B. Art. 79c SVG) erscheinen vor diesem Hintergrund als zumindest nachvollziehbar. Da vorliegend klarerweise auf die erste Police abzustellen ist, haben die Hinterbliebenen letztlich Fr. 15'000.- zu viel erhalten. Das Bundesgericht begründete seine diesbezügliche Entscheidung mit einem formellen Fehler des Versicherers. Man mag darin einen kleinen Ausgleich dafür sehen, dass die Versicherte zeit ihres Lebens trotz klar bestätigter Invalidität keinen Rappen von ihrer Versicherung erhielt.

Von grosser praktischer Bedeutung sind die Erwägungen des Bundesgerichts zur rechtsmissbräuchlichen Berufung auf die Verjährung. Ergänzend sei noch auf zwei wichtige Anmerkungen des Bundesgerichts hinweisen: Erstens führte es aus, dass ein Rechtsmissbrauch umso eher angenommen werden kann, je kürzer die Verjährungsfrist sei. Zweitens vertrat es die Meinung, dass die Begründung, mit der das Parlament vor hundert Jahren die im Quervergleich sehr kurze Verjährung von Versicherungsansprüchen statuierte, aus heutiger Sicht nicht mehr trägt. Klarer könnte ein Hinweis des höchsten Gerichts an den Gesetzgeber, der sich in Kürze mit einer Totalrevision des VVG befassen wird, nicht ausfallen.

Ebenfalls praktisch wichtig ist die Feststellung, dass Verzugszinsen nur geschuldet sind, wenn der Versicherer nach den allgemeinen Bestimmungen des OR in Verzug gesetzt worden ist.

## **1.5. Sozialversicherungsrecht**

### **Martin Gienal**

#### **1. BVGer-E vom 29.05.2009, C\_6570/2007: Regelung der Diagnoseweitergabe in einem Tarifvertrag**

Das KVG enthält mit Art. 42 Abs. 3 und 4 KVG, in Verbindung mit Art. 84 und 84a KVG, eine genügende rechtliche Grundlage für eine tarifrechtlich vereinbarte systematische Weitergabe der Diagnose und des Eingriffcodes in (in der Regel) nicht anonymisierter Form.

Die Weitergabe der Diagnose und des Eingriffcodes mit der Eintrittsmeldung respektive der Rechnungsstellung ist im Rahmen des Verhältnismässigkeitsprinzips und der übrigen datenschutzrelevanten Bestimmungen zulässig, wenn deren genaue Ausgestaltung gemäss dem Prinzip des geringstmöglichen Eingriffs von den Parteien tarifvertraglich geregelt wird.

## **2. BGer-E vom 09.11.2009, 9C\_725/2008 (zur Publikation vorgesehen) Tarifschutz und stationäre Behandlung in Privatabteilungen von Spitälern**

Kein Tarifschutz bei der "zusätzlichen" Rechnungsstellung eines medizinisch bedingten Verlegungstransports (CHF 255.-) während eines Aufenthalts auf der privaten Abteilung eines öffentlichen Spitals. In diesem Grundsatzurteil ist die gesamte bisherige Rechtsprechung im Zusammenhang mit Tarifschutz und stationären Behandlungen in Privatabteilungen von Spitälern beispielhaft wiedergegeben, verbunden mit der "erstaunlichen" Schlussfeststellung, dass nicht nur "Mehrleistungen" bei einer stationären Privatabteilungen in Rechnung gestellt werden dürfen.

### **Franz Erni**

## **Urteil 8C\_718/2009 vom 30.11.2009 betreffend Unfallbegriff**

Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob das Springen in eine ca. 80 cm tiefe Grube, mit einem Kugelschreiber im Mund (was zu einer Zahnschädigung führte), als Unfall im Rechtssinne gelte. Nach höchstrichterlicher Auffassung kann allein der Sprung in die Grube, selbst bei allenfalls unebener und steiniger Bodenbeschaffenheit, nicht als ungewöhnlich bezeichnet werden. Es habe sich denn auch nichts Ungewolltes, Programmwidriges ereignet. Eine andere Beurteilung ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass sich der Geschädigte einen Kugelschreiber in den Mund gesteckt hatte und damit der unmittelbar betroffene Zahn bei der Landung einer besonderen Belastung ausgesetzt war. Dem Biss auf den Kugelschreiber sei die erforderliche Sinnfälligkeit abzuspreehen, denn der Versicherte habe ihn sich selbst bewusst in den Mund gesteckt. Das Zusammenkommen zweier gewöhnlicher Faktoren, nämlich der Sprung in die Grube und der Kugelschreiber im Mund, vermöge ein schadenspezifisches Zusatzgeschehen nicht zu begründen. Im Umstand, dass der Biss auf den bewusst in den Mund gesteckten Kugelschreiber bei der Landung zu einer Zahnschädigung geführt hat, liege auch keine besondere Sinnfälligkeit. Damit sei das Begriffsmerkmal der Ungewöhnlichkeit nicht erfüllt.

## **1.6. 2. Säule Rechtsprechung – Berufliche Vorsorge**

**Isabelle Vetter**

### **Sanierungsbeiträge von rentenberechtigten Personen**

**BGE vom 3.7.2009, 9C\_708/2008, 9C\_709/2008, 9C\_899/2008  
und 9C\_904/2008**

Das Urteil betraf eine ehemalige betriebliche Pensionskasse, die im Frühjahr 1999 eine Teilliquidation durchführte. Die freien Mittel wurden dazu verwendet, den Austretenden die Austrittsleistung, den verbleibenden aktiven Versicherten die versicherten Leistungen und den Rentenbezüglern die Rentenhöhe zu erhöhen. Im 2003 stellte die Stifterfirma ihren Betrieb ein, infolgedessen alle aktiven Versicherten austraten und die Vorsorgeeinrichtung in eine Rentnerkasse mutierte. Als zu einem späteren Zeitpunkt der Deckungsgrad auf 86.3 % sank, beschloss der Stiftungsrat unter anderem, von allen Rentnern, die in den Genuss von Leistungen aus der Teilliquidation 1999 gelangt waren, einen Sanierungsbeitrag zu erheben. Mitbetroffen waren damit auch diejenigen Versicherten, die 1999 bei der Zuteilung der freien Mittel noch aktive Versicherte waren und erst später Rentenbezüglern wurde. Das Bundesgericht hat das Vorgehen geschützt.

Das Bundesgericht machte verschiedene grundsätzliche Ausführungen zur Zulässigkeit der Erhebung von Sanierungsbeiträgen von Rentnern. Unter anderem wies es darauf hin, dass eine reglementarische Grundlage erforderlich sei, wobei es genüge, wenn diese dann geschaffen werde, wenn ein Rentnerbeitrag ins Auge gefasst werde.

### **Verzinsung des Altersguthabens**

**BGE vom 25.9.2009, 9C\_227/2009**

Im Entscheid ging es eigentlich um die Frage der Verzinsung der bei Scheidung zu übertragenden Austrittsleistung während der Zeit zwischen Ehescheidung und Überweisung der Austrittsleistung. Die Verzinsung des BVG-Guthabens entspricht grundsätzlich der Mindestverzinsung, kann aber in Anwendung von Art. 65d Abs. 4 BVG auch tiefer liegen. Das überobligatorische Altersguthaben kann zum reglementarischen Zinssatz verzinst werden. Dieser kann null sein, darf aber ausserhalb einer Unterdeckung nicht negativ sein. Eine wichtige, in der Praxis aber sehr kontrovers diskutierte Feststellung ist, dass ausserhalb einer Unterdeckung ganz generell keine Nullverzinsung des gesamten Altersguthabens im Sinne einer Präventivmassnahme erfolgen darf.

### **Anspruch Waise vs. Lebenspartner**

**BGE vom 16.12.2009, 9C\_488/2009**

Das Bundesgericht hatte sich mit der Frage zu befassen, ob der Lebenspartner der verstorbenen Person in der überobligatorischen Vorsorge besser gestellt werden darf als die Waisen. Mit anderen Worten: In welchem Verhältnis stehen die Begünstigten nach Art. 19 und 20 BVG zu denen nach Art. 20a BVG?

Das Bundesgericht ging von der Feststellung aus, dass das Recht der 2. und 3. Säule den Vorsorgeeinrichtungen bzw. den Versicherten im Verhältnis zwischen Lebenspartner und Waise grundsätzlich eine erhebliche Gestaltungsfreiheit einräumt und verwies auf Art. 15 Abs. 2 FZV sowie Art. 2 Abs. 2 BVV 3. Ausgehend von diesem Grundsatz hielt es fest, dass keinerlei Anhaltspunkte vorhanden sind, die nahe legen würden, dass diese Autonomie mit der Regelung von Art. 20a BVG hätte eingeschränkt werden sollen. Damit ist es zulässig, in der überobligatorischen Vorsorge den Lebenspartner besser zu stellen als die Waisen.

### **Keine Teil-Barauszahlung an Selbständigerwerbende**

#### **BGE 8.10.2009, 9C\_301/2009**

Ein Selbständigerwerbender hatte sich bei einer Vorsorgeeinrichtung freiwillig versichert. Er stellte bei dieser Kasse ein Gesuch um Auszahlung eines Betrages von CHF 200'000, damit er den Investitionskredit amortisieren könne. Die Vorsorgeeinrichtung lehnte ab, was vom Bundesgericht letztinstanzlich geschützt wurde.

Das Bundesgericht hielt fest, dass das zwischen dem Versicherten und der Kasse bestehende Rechtsverhältnis keinen Anspruch auf einen Teilbezug des Vorsorgekapitals unter Aufrechterhaltung des Versicherungsverhältnisses einräume. Von Gesetzes wegen sei dies, mit Ausnahme der Wohneigentumsförderung, ebenfalls nicht vorgesehen. Auch bei Aufnahme einer selbständigen Erwerbstätigkeit sehe Art. 5 Abs. 1 FZG keinen Teilbezug vor.

### **Anrechnung von hypothetischen Resterwerbseinkommen beim Invaliden**

#### **BGE vom 3.11.2009, 9C\_419/2009**

Strittig war die Höhe des zumutbarerweise erzielbaren Resterwerbseinkommens, weil die IV dieses nicht selbst errechnete, sondern sich auf die Berechnung der Suva abstützte. Das Bundesgericht liess nun offen, ob (wie von der Pensionskasse gemacht) auf die Berechnung der Suva abgestellt werden kann und nahm gleich selbst die entsprechende Berechnung vor, die zur Abweisung der Beschwerde führte.

### **Übergangsrecht, Anpassung Invalidenrente**

#### **BGE vom 10.8.2009, 9C\_122/2009**

Aufgrund vorgenannter Rechtsprechung gilt für die Anpassung von Invalidenrenten übergangsrechtlich Folgendes:

Für vor dem 1.1.2005 entstandene Renten gilt, dass sie ohne Revision dem alten Recht unterstellt bleiben. Erhöht sich der IV-Grad infolge einer Rentenrevision, kommen die neuen Bestimmungen (Rentenskala) zur Anwendung. Altes Recht bleibt allerdings anwendbar, wenn der IV-Grad revisionsbedingt sinkt (lit. f Abs. 1 und 3 der BVG-Übergangsbestimmungen zur 1. BVG-Revision).

Für zwischen dem 1.1.2005 und 31.12.2006 entstandene Renten ist die Anwendung des neuen Rechts intertemporalrechtlich für eine bestimmte Zeit suspendiert. Sie sind aber ab dem 1.1.2007 automatisch, d.h. ohne revisionsbedingte Änderung des IV-Grades, der neuen Rentenskala

anzupassen; davor galt für diese Renten noch die altrechtliche Skala (lit. f Abs. 2 der BVG-Übergangsbestimmungen zur 1. BVG-Revision).

### **Kinderzulagen als mutmasslich entgangener Verdienst, Anrechnung von Kinderrenten**

#### **BGE vom 27.1.2010, 9C\_753/2009**

Nach der bisherigen Rechtsprechung sind im Rahmen von Art. 24 BVV 2 bei der Ermittlung des mutmasslich entgangenen Einkommens auch die kantonalrechtlichen Familienzulagen (Kinderzulagen) zu berücksichtigen, auf welche der Versicherte Anspruch gehabt hätte, wenn er nicht invalid geworden wäre. Hat auch der Ehepartner des Versicherten Anspruch auf eine Teil-Kinderzulage, ist beim Versicherten derjenige Teil anzurechnen, den er erhielt. Ob das Inkrafttreten des Bundesgesetzes über die Familienzulagen vom 24. März 2006 Anlass gibt, diese Rechtsprechung zu ändern, namentlich im Hinblick darauf, dass heute auch Nichterwerbstätige Anspruch auf Kinderzulagen haben, konnte das Bundesgericht offen lassen.

Im überobligatorischen Bereich können sich die Vorsorgeeinrichtungen weitgehend frei einrichten. Art. 34a BVG und Art. 24 BVV 2 gelten daher nicht, sondern die reglementarischen Bestimmungen, welche auch strenger sein können als diejenige der BVV 2. Im Überobligatorium bestehe auch keine zwingende Korrelation zwischen Berücksichtigung der Kinderzulagen beim mutmasslich entgangenen Verdienst einerseits und der Kinderrenten bei den anrechenbaren Einkünften andererseits.

### **Aufhebung Invalidenrente**

#### **BGE vom 2.2.2010, 9C\_889/2009**

Das Gericht führte aus, dass eine rechtskräftig zugesprochene Rente der IV im Rahmen eines Revisionsverfahrens oder einer Wiedererwägung der entsprechenden Verfügung aufgehoben werden kann. Eine auf dem Entscheid der IV beruhende Invalidenrente aus (obligatorischer) beruflicher Vorsorge ist unter den Voraussetzungen von Art. 17 Abs. 1 ATSG revisionsweise anzupassen. Diese Regelungen schliessen indessen weitere Möglichkeiten der Aufhebung einer Rente aus beruflicher Vorsorge nicht aus. Insbesondere im Bereich der überobligatorischen Vorsorge und dort, wo die Vorsorgeeinrichtung den Rentenentscheid ohne Bindung an jenen der IV getroffen hat, kann aus der bisherigen Ausrichtung einer Rente nicht auf einen Anspruch für die Zukunft geschlossen werden in dem Sinn, dass die Einstellung der Zahlungen lediglich nach einer wesentlichen Änderung in den tatsächlichen Verhältnissen zulässig wäre. Es liegt namentlich keine Willkür vor, wenn eine Vorsorgeeinrichtung von der früheren – befristeten – Anerkennung eines Rentenanspruchs in besserer Erkenntnis der Sach- oder Rechtslage Abstand nimmt und in der Folge keine Leistungen mehr ausrichtet.

Vorliegend war der medizinische Sachverhalt für eine materielle Beurteilung des Rentenanspruchs durch die IV nicht genügend abgeklärt, da sich die Versicherte in Verletzung ihrer Mitwirkungspflicht einer von der IV-Stelle angeordneten medizinischen Begutachtung widersetzte. Der Rentenanspruch gegenüber der IV wurde letztinstanzlich durch das Bundesgericht abgelehnt. Die von der Pensionskasse bereits vorgängig zugesprochene Invalidenrente wurde in der Folge eingestellt. Die

Versicherte verlangte klageweise die weitere Ausrichtung der Invalidenrente.

Die strittige Frage, ob der versicherten Person ihre schuldhafte Verletzung der Mitwirkungspflicht im Verfahren der IV auch in jenem der beruflichen Vorsorge entgegenzuhalten ist, konnte das Bundesgericht offen lassen. Es wies indessen darauf hin, dass unabdingbare Voraussetzung für einen Entscheid aufgrund der Akten trotz ungenügend abgeklärtem Sachverhalt ist, dass sich der Leistungsansprecher in Kenntnis der rechtlichen Konsequenzen, nach Durchführung eines schriftlichen Mahn- und Bedenkzeitverfahrens, einer Anordnung widersetzt. Die Versicherte ist nie darauf hingewiesen worden, dass ihre Verweigerung der Mitwirkungspflicht im IV-Verfahren zur Folge haben kann, dass auch der Anspruch aus beruflicher Vorsorge aufgrund der Akten beurteilt würde. Schliesslich kann ihr im Verfahren betreffend die berufliche Vorsorge, mangels entsprechender Aufforderung oder Anordnung, keine ungenügende Mitwirkung vorgeworfen werden. Die Sache wurde deshalb an die Vorinstanz zurückgewiesen, damit sie, nach weiteren Abklärungen, über den Anspruch entscheide.