

Kantonsgericht St. Gallen, 23. August 1996,
T. c. National Versicherung, Basel

Tatbestand: Am 26. September 1989 unterzeichnete T. einen Antrag zum Abschluss einer Kollektiv-Krankentaggeldversicherung bei der National Versicherung. In der Folge erkrankte er verschiedentlich. Gemäss einer Zusammenstellung der Praxis Dr. med. A.-J. war der Kläger vom 30. Juli bis 24. September 1990 zu 100 %, vom 24. September bis 6. November 1990 zu 50 %, vom 6. November 1990 bis 16. Februar 1991 zu 100 %, vom 3. bis 16. April 1991 zu 100 % und ab 16. April 1991 bis auf weiteres zu 50 % arbeitsunfähig. Der ihn behandelnde Arzt, Dr. med. O., stellte anlässlich der ersten Konsultation am 30. Juli 1990 ein Leiden an der linken Schulter fest. Er habe an einen Gelenkschaden gedacht. Mit Hilfe einer Gelenkarthrographie (Röntgenbilder und Computertomogramm) sei dann eine Ruptur der linken Rotatorenmanschette festgestellt worden.

Mit Zwischenabrechnung vom 12. Oktober 1990 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass er für die Zeit vom 30. Juli bis 23. September 1990 Anspruch auf 48 Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 5'480.15 habe. Der Betrag wurde überwiesen. Am 28. Dezember 1990 erklärte die Beklagte dem Kläger, sie sei gemäss Art. 6 VVG nicht an den Vertrag gebunden, da er, T., mindestens zwei Fragen im Antragsformular falsch beantwortet habe. Die zwischenzeitlichen Abklärungen hätten nämlich ergeben, dass er seit 1987 wegen Schulterschmerzen in ärztlicher Behandlung stehe; Antragsfrage 10g habe er jedoch verneint. Gemäss seinen eigenen (zwischenzeitlichen) Angaben habe er sich im Jahre 1982 in der Klinik S. in D. aufgehalten; die Frage 6a im Antragsformular habe er jedoch ebenfalls verneint.

Am 8. Juni 1991 forderte der klägerische Rechtsvertreter die Beklagte auf, die vertraglich geschuldeten Leistungen zu erbringen. Es treffe nicht zu, dass im Antragsformular falsche Angaben betreffend eine Schultererkrankung gemacht worden seien. Eine Schultererkrankung sei erst nach Vertragsschluss ausgebrochen. Zwar habe T. vorher einmal einen Arzt aufgesucht, doch habe es sich dabei nicht um eine Rheumaerkrankung gehandelt. Die Frage nach einem Aufenthalt im Sanatorium, Krankenhaus andererseits habe er deshalb mit "nein" beantwortet, weil der Agent V. ihn entgegen der Formulierung im Formular lediglich gefragt habe, ob er in den letzten fünf Jahren in einem Krankenhaus gewesen sei, was nicht zugefallen habe.

Nachdem sich die Parteien nicht einigen konnten, wurde am 31. März 1993 die Vermittlung durchgeführt. Mit Klageschrift vom 19. Mai 1993 wurde der Prozess beim Bezirksgericht Unterrheintal hängig. Gemäss Beweisbeschluss vom 17. Juni 1994 wurden vom Bezirksgericht die Zeugen Dr. med. O. und Dr. med. J. einvernommen. Mit Urteil vom 2. Juni 1995 wies das Bezirksgericht die Klage ab, auferlegte dem Kläger die Gerichtskosten von Fr. 3'150.-- und verpflichtete ihn zu einer Parteientschädigung von Fr. 15'576.40.

Gegen dieses am 31. Juli 1995 versandte Urteil erhob der Kläger mit Eingabe vom 12. September 1995 rechtzeitig Berufung mit dem eingangs erwähnten Begehren. Die Beklagte stellte Antrag auf Abweisung der Berufung.

Die Vorinstanz ging - nachdem die Parteien unterschiedliche Streitwerte angaben - für das erstinstanzliche Verfahren von einem Streitwert von Fr. 80'000.— aus. Der Kläger ficht zwar das Urteil grundsätzlich an, eingeschlossen die Kosten- und Entschädigungsregelung. Aufgrund der Berufungsbegründung ist jedoch davon auszugehen, dass er die erstinstanzliche Streitwertbestimmung nicht mehr bestreitet. Im übrigen sind die Überlegungen der Vorinstanz zur Klagereduktion während des Verfahrens zutreffend. Im Berufungsverfahren beträgt der Streitwert Fr. 40'693.95.

Art. 6 VVG lautet: "Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschluss der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, so ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage zurücktritt."

Zu beurteilen sind nur die von der Beklagten im Antragsformular gestellten Fragen, da die Anzeigepflicht nur insofern und insoweit besteht, als die Fragen des Versicherers reichen (Roelli/Keller, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bd. I, Bern 1968, 94). Die Anzeigepflicht betrifft nur die für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen. Die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind, werden als erheblich vermutet (Art. 4 Abs. 3 VVG). Die Vorinstanz begründete ausführlich und zutreffend, dass die Fragen 6a und b sowie 10g des beklaglichen Antragsformulars erhebliche Tatsachen in diesem Sinn sind; es wird darauf verwiesen.

Der Kläger anerkennt in der Berufungsschrift ausdrücklich, dass die im Antragsformular gestellten Fragen erhebliche Gefahrstatsachen gemäss Art. 4 VVG betreffen. Bezogen auf die Fragen 6a und b erfolgt die Anerkennung uneingeschränkt. Hingegen macht er geltend, bei Frage 10 könne nicht von einer bestimmten, unzweideutigen Fassung gemäss Art. 4 Abs. 3 VVG gesprochen werden. Erforderlich ist, dass sich die Fragen "auf bestimmte, klar festgestellte Tatsachen beziehen, dergestalt, dass der Anzeigepflichtige über den Inhalt und den Umfang der von ihm geforderten Angaben verständigerweise nicht im Zweifel sein kann. Allgemein gehaltene, dem Inhalt oder Umfang nicht fest abgegrenzte Fragen begründen nur für diejenigen Gefahrstatsachen, die aus der Fragestellung in bestimmter Fassung hervortreten, eine Vermutung für die Erheblichkeit." Massgebend ist der Sprachgebrauch des täglichen Lebens (Roelli/Keller, 100 f. und bei Anm. 6). Der an der Berufungsverhandlung vom Kläger gemachte Hinweis auf den Grundsatz "in dubio contra stipulatorem" geht fehl, weil eine schematische Auslegungsregel für privatrechtliche Willenserklärungen abzulehnen ist (vgl. Roelli/Keller, S. 458) und zudem - wie sich aus den nachstehenden Erwägungen ergibt - unklare Fragestellungen im vorliegenden Fall ohnehin nicht gegeben sind. Es ist offensichtlich, dass nicht von fehlender Bestimmtheit gesprochen werden kann, wenn konkret nach einer bestimmten Krankheit oder Krankheitsgruppe gefragt wird, wie bei Frage 10g ("Knochen- oder Gelenkkrankheiten, Rheumatismus, Wirbelsäulebeschwerden, Kreuzschmerzen, Hexenschuss, Ischias"). Zwar wird nicht ganz eng eingegrenzt nach "Schulterschmerzen" gefragt. Aber das kann auch nicht gemeint sein, denn sonst müssten im Formular sämtliche Glieder und Körperteile konkret angeführt werden, um dem Bestimmtheitserfordernis zu genügen. Auch Sammelbezeichnungen wie "Kreuzschmerzen" wurden vom Bundesgericht als "für jedermann verständlich" bezeichnet (BGE 101 II 339ff., 344 Mitte). Um so mehr gilt das für noch eingegrenztere Ausdrücke wie "Gelenkkrankheiten" oder "Rheumatismus".

Die Vermutung der Erheblichkeit gemäss Art. 4 Abs. 3 VVG gilt somit für alle hier massgeblichen Fragen: 6a, 6b, 8a, 10g. Die Vermutung kann widerlegt werden; der Versicherungsnehmer muss die Unerheblichkeit entgegen der Vermutung nachweisen, nämlich, dass der Versicherer den Vertrag so, wie er zustande kam, auch dann abgeschlossen hätte, wenn die Angabe über die betreffenden Tatsachen gefehlt oder anders gelautet hätte. Der Kläger hat diesbezüglich nichts behauptet, lediglich die Bestimmtheit bestritten. Die entsprechenden Fragen betreffen somit erhebliche Gefahrstatsachen im Sinn des Gesetzes.

Weiter ist gemäss Art. 6 VVG erforderlich, dass der Anzeigepflichtige die erheblichen Gefahrstatsachen objektiv unrichtig mitteilt. Und subjektiv wird vorausgesetzt, dass er diese kannte oder kennen musste. Der Anzeigepflichtige hat daher die ihm ohne weiteres bekannten, aber auch jene Gefahrstatsachen zu deklarieren, die ihm verständigerweise nicht unbekannt bleiben konnten und die sich ihm ihrer Erscheinung oder Bedeutung wegen bleibend oder jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Erfüllung der Anzeigepflicht als beachtenswert einprä-

gen mussten. Dabei ist den persönlichen Eigenschaften (Intellekt, Bildung, praktische Erfahrung) und den Verhältnissen des Anzeigepflichtigen Rechnung zu tragen (Roelli/Keller, 106 f.; A. Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, 254; BGE 118 II 337 E. 2b = Pra 82 [1993], Nr. 210; BGE 116 II 340 E. 1c = Pra 79 [1990] Nr. 273). Worauf es schliesslich ankommt, ist die Frage, ob und inwieweit der Antragsteller eine Frage des Versicherers nach Treu und Glauben verneinend beantworten durfte, entsprechend seiner Kenntnis, die er von der Situation hatte und gegebenenfalls entsprechend der Auskünfte, die er von qualifizierten Personen erhalten hat. Das VVG verlangt vom Antragsteller, dass er sich ernsthaft fragt, ob es eine Tatsache gibt, auf die die Fragen des Versicherers gerichtet sind. Es verlangt von ihm jedoch nicht, dass er Erkundigungen über das Vorliegen einer solchen Tatsache einholt. Der Antragsteller erfüllt seine Pflicht, wenn er neben den Tatsachen, die ihm ohne weiteres bekannt sind, jene Tatsachen anzeigt, die ihm nicht entgehen können, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt. Die Verletzung der Anzeigepflicht darf wegen der strengen Rechtsfolgen nur mit grosser Zurückhaltung angenommen werden (BGE 118 II 337f. E. 2b BGE 116 II 341 E. 1c und d).

Besteht in diesem Sinn eine Anzeigepflichtverletzung, ist der Versicherer an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen nach deren Kenntnis vom Vertrag zurücktritt (Art. 6 VVG). Die Rücktrittsfrist beginnt erst zu laufen, wenn er über alle Tatsachen vollständig orientiert ist, welche die Verletzung der Anzeigepflicht betreffen, und er davon sicher Kenntnis hat. Blosser Zweifel oder auch ernsthafte Verdachtsgründe vermögen die Rücktrittsfrist nicht auszulösen (BGE 118 II 340, 109 II 160; Maurer, 255). Zwischen der Verletzung der Anzeigepflicht und einem später gemeldeten Versicherungsfall muss kein Kausalzusammenhang bestehen (Maurer, 255 m.w.N.; BGE 92 II 352). Für jede einzelne Verletzung der Anzeigepflicht beginnt für den Versicherer mit der jeweiligen Kenntnisnahme eine selbständige Frist zu laufen (BGE 116 II 341f. E. 2a; BGE 109 II 159ff.; Maurer, 254f. bei Anm. 553). Diese Voraussetzungen sind nachfolgend bezogen auf jede umstrittene Teilfrage zu prüfen:

Frage 6a lautete: "Weilten Sie in einem Krankenhaus, Sanatorium oder Heilbad? Wurden Ihnen Ruhe-, Diät-, Entziehungs- oder sonstige Kuren verschrieben? Wenn ja, wann? Weshalb?" Der Kläger antwortete mit "nein". Der Kläger musste nach seinen eigenen Angaben 1964 nach einer Operation wegen Drüsentuberkulose vorerst während drei Monaten und dann während sieben Monaten nach D., sowie in den folgenden Jahren immer wieder, letztmals 1982. Diesbezüglich liegt eine klare Verletzung der Anzeigepflicht vor. Die Beklagte machte zudem gestützt auf die Zeugenaussagen von Dr. J. geltend, der Kläger habe auch verschwiegen, dass er bei Herrn Dr. W. im Spital in H. in Behandlung war. Die Zeugenaussage lässt sich aber eher so verstehen, dass der Kläger wegen TBC vorerst durch Dr. E. und dann durch Dr. W. behandelt wurde, wobei letzterer im Spital in H. tätig war. Daraus kann nicht auf einen Krankenhausaufenthalt geschlossen werden. Der Kläger wendet ein, der Versicherungsagent V. habe ihn lediglich nach Spital- und Kuraufenthalten in den letzten fünf Jahren gefragt, was er (Kläger) richtigerweise mit nein beantwortet habe; diese Antwort rechtfertige daher keinen Vertragsrücktritt. Ob der Versicherungsagent dem Kläger die Frage 6a in der behaupteten eingeschränkten Fassung vorgelegt hat, braucht hier nicht weiter geprüft zu werden. Denn hinsichtlich der Anzeigepflichtverletzung zu Frage 6a hat die Beklagte das Rücktrittsrecht ohnehin zu spät ausgeübt.

Die Vorinstanz nahm an, dass bezüglich des nicht deklarierten Sanatoriumsaufenthaltes die Rücktrittserklärung vom 28. Dezember 1990 verspätet erfolgte. Der Sanatoriumsaufenthalt sei erstmals mit Zeugnis von Dr. A.-J., dass die Beklagte nur wenig später sichere Kenntnis davon erhalten habe. Die Beklagte ist in der Berufungsantwort nicht auf die diesbezüglich verpasste Frist eingegangen, während sie etwa bezüglich der Falschdeklaration zu Frage 6b ausdrücklich festhält, die Kündigung sei fristgerecht erfolgt. Die Beklagte trägt die Beweislast, dass die Frist eingehalten wurde (Roelli/Keller, 141). Unterlässt sie entsprechende Behauptungen, so ist von den im übrigen nachvollziehbaren Annahmen der Vorin-

stanz auszugehen. Die Verletzung der Anzeigepflicht betreffend Frage 6a ist somit verspätet geltend gemacht worden.

Frage 6b lautete: "Wurde Ihnen eine physiotherapeutische Behandlung verordnet? Wenn ja, welche? Weshalb? Wann?" Der Kläger antwortete mit "nein". Aus der Zeugenaussage von Dr. med. J. ergibt sich, dass dieser den Kläger zwischen März und August 1989 behandelte. Am 27. April 1989 habe er ihm ein Cortisondepot appliziert. "Vorher" - also zwischen März und dem 27. April 1989 "habe ich ihn auch noch in die Physiotherapie, die entsprechend den Angaben des Patienten nicht zum Erfolg geführt hat, geschickt. Am 18. Mai 1989 sagte Herr T., es gehe leidlich, und auf die Physiotherapie an der linken Schulter habe er verzichtet, weil er ortsabwesend gewesen sei". Daraus folgt, dass dem Kläger nicht nur eine Physiotherapie verordnet wurde, sondern dass er - wie übrigens der klägerische Rechtsvertreter an der Berufungsverhandlung ausdrücklich anerkannte - sogar in einer solchen war, diese aber nach seinen eigenen Angaben gegenüber dem Arzt nicht zum Erfolg führte. Bei dieser Sachlage ist auszuschliessen, dass ihm die Bedeutung einer Physiotherapie nicht klar war. Zu Recht ging die Vorinstanz daher von einer Falschdeklaration gemäss Art. 6 VVG aus.

Der Kläger bestreitet diesbezüglich die Rechtzeitigkeit der Kündigung, jedoch ohne weitere Begründung. Aus den Arztzeugnissen, welche der Beklagten zur Verfügung standen, ergibt sich kein Hinweis auf die Physiotherapie. Entsprechend bezog sich die Beklagte im Rücktrittsschreiben vom 28. Dezember 1990 noch nicht auf diesen Punkt. Erstmals erfuhr sie davon aus der Zeugeneinvernahme von Dr. med. J. vom 7. Dezember 1994. Die Rücktrittserklärung vom 28. Dezember 1990 erfolgte lange vor diesem Zeitpunkt. Binnen vier Wochen seit dem 30. Dezember 1994 (Eingang Einvernahmeprotokoll beim beklagten Rechtsvertreter) erfolgte keine weitere Rücktrittserklärung mehr. Die Beklagte berief sich innert dieser Frist auch nicht auf diese weitere Anzeigepflichtverletzung. In der Beweiswürdigungseingabe vom 17. Januar 1995 wird die Falschaussage bezüglich der Physiotherapie nicht erwähnt. Erstmals stellte das Bezirksgericht fest, dass eine Falschaussage auch bezüglich der Physiotherapie vorliege. Die Beklagte berief sich daraufhin auch auf diese Falschdeklaration in der Berufungsantwort vom 15. Februar 1996. Zu prüfen ist somit, ob die frühere Rücktrittserklärung genügt, oder weitere später entdeckte Falschdeklarationen noch zusätzlich geltend gemacht werden müssen.

Die Rücktrittsfrist ist eine Verwirkungsfrist (BGE 118 II 338 E. 3 mit Hinweisen). Das Rücktrittsrecht ist ein Gestaltungsrecht; durch die Rücktrittserklärung kann der Versicherer den Vertrag mit Wirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses aufheben (Roelli/Keller, S. 128 und 133). Wie bei anderen vergleichbaren Gestaltungsrechten (z.B. Art. 31 OR) ist der Streit um die Rücktrittsberechtigung (bestand zumindest eine Anzeigepflichtverletzung?) vorfrageweise im Rahmen der Erfüllungsklage zu entscheiden (Schmidlin, Berner Kommentar, N 69 zu Art. 31 OR). Wegen der damit bewirkten Rechtsfolgen muss die Rücktrittserklärung bestimmt sein; der Versicherer muss damit klar seinen Willen zum Ausdruck bringen, wegen einer Verletzung der Anzeigepflicht den Vertrag nicht aufrechterhalten zu wollen. Entsprechend ist die Erklärung auch bedingungsfeindlich. Entscheidend ist somit im Hinblick auf die Rechtssicherheit des Vertragsgegners die Erklärung des Rücktritts als solcher. Nicht entscheidend ist dessen Begründung. Entsprechend heisst es auch in der Lehre, mit der Erklärung, den Vertrag nicht aufrechterhalten zu wollen, müsse die Mitteilung des konkreten Tatbestandes der Verletzung der Anzeigepflicht nicht verbunden werden (Roelli/Keller, 129). Ausgehend von dieser Rechtsnatur ist es materiell-rechtlich zulässig, wenn der Versicherer im Laufe des Verfahrens weitere, später entdeckte Anzeigepflichtverletzungen vorbringt und damit den früher erfolgten Rücktritt zusätzlich begründet. Ob dies rechtzeitig erfolgt, ist nur noch eine prozessrechtliche Frage (Novenrecht). Prozessual war es zulässig, dass sich die Beklagte erst im Berufungsverfahren auf diese weitere Falschdeklaration berief (Art. 230 Abs. 1 lit. c ZPO). Diese Auslegung von Art. 6 VVG entspricht auch Sinn und

Zweck der Norm: Der Gesetzgeber wollte mit der Verwirkungsfrist "dem passiven Verhalten des Versicherers entgegenzutreten, der Versuchung, dass der Versicherer, obwohl er die Verletzung der Anzeigepflicht kennt, schweigt und den Vertrag zunächst noch fortsetzt" (Roelli/Keller, 132 f. m.w.N.).

Die umgekehrte Auffassung würde voraussetzen, dass die Begründung des Rücktritts (Angabe der konkreten Falschdeklaration) zu den essentialia der Rücktrittserklärung gehört. In diesem Sinn liesse sich allenfalls die Äusserung verstehen, zwar müsse der Versicherer die Rücktrittserklärung nicht wiederholen, wenn er - nachdem er bereits vom Vertrag zurückgetreten ist - weitere falsche Aussagen entdecke, doch müsse er die in diesen Aussagen liegende Verletzung der Anzeigepflicht innert der durch Art. 6 VVG vorgeschriebenen Frist geltend machen (Roelli/Keller, 130). Diese Lehrmeinung bezieht sich aber auf einen diesbezüglich nicht einschlägigen Entscheid (Roelli/Keller, 130 bei Anm. 3). Danach muss der Versicherer, auch wenn der Vertrag bereits für die Zukunft aufgehoben worden ist (Art. 21, 36, 42, 54 Abs. 3 VVG), den Rücktritt gemäss Art. 6 VVG erklären, wenn ihm nachträglich eine Verletzung der Anzeigepflicht zur Kenntnis gelangt und er vom Vertrag mit Wirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zurücktreten will (SVZ 1953/54, 380). - Auch der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist nichts zu entnehmen, wonach jede einzelne Falschdeklaration innert der Frist von Art. 6 VVG gerügt werden müsste, auch wenn bereits früher ein Rücktritt erklärt wurde. So wird in einem Entscheid von 1938 festgehalten: "Ist der Versicherer wegen Verschweigung einer Gefahrstatsache vom Vertrag zurückgetreten, so braucht er, falls er in der Folge von weiteren ihm unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Gefahrstatsachen Kenntnis erhält, seine Rücktrittserklärung nicht zu wiederholen. Er kann vielmehr die neue Tatsache zur weiteren Begründung seines Rücktritts herbeiziehen" (SVZ 1939/40, 361ff., 363 = VAS VIII, 72). In BGE 109 II 161f. wird dieser Entscheid ohne Änderung wie folgt bestätigt: "Elle relève à juste titre que, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (RBA VIII p. 72), l'assureur qui s'est départi du contrat, en raison d'une réticence dans le délai de quatre semaines à compter du moment où il l'a connue, n'a pas à répéter sa déclaration de résolution si une autre réticence parvient ultérieurement à sa connaissance; il ne lui est cependant pas interdit de le faire." Freilich heisst es dann im Leitsatz zu BGE 110 II 449ff., der Rücktritt sei dann rechtsgültig, wenn mitgeteilt worden sei, welche Tatsache verschwiegen worden sei, und zugleich der Wille bekundet werde, vom Vertrag zurückzutreten. Es liesse sich allenfalls aus diesem Leitsatz ableiten, die Nennung der konkreten Falschdeklaration sei notwendiger Inhalt der Rücktrittserklärung. Allerdings wurden die früheren, oben zitierten Entscheide nicht erwähnt, so dass nicht anzunehmen ist, jene Rechtsprechung hätte damit geändert werden sollen. Dafür spricht auch, dass es in diesem Entscheid einzig darum ging, dass es genüge, wenn die Versicherung einen konkreten Sachverhalt nenne und es nicht entscheidend sei, ob daraus eine Falschdeklaration in bezug auf diese oder jene Ziffer eines Antragsformulars abgeleitet werde.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass der Rücktritt auch mit der Falschdeklaration betreffend Physiotherapie (Frage 6b) begründet werden kann.

Frage 8a lautete: "Hat jemals eine Röntgenuntersuchung (z.B. Thorax, Magen-Darm-Trakt, Harnorgane, Gallenwege, Schädel) stattgefunden? Wenn ja, wann? Weshalb? Durch wen? Ergebnis?" Der Kläger antwortete mit "nein". In der Klageschrift liess er ausführen, erstmals sei er am 2. August 1990 bei Dr. O. geröntgt worden. In der Replik gab er dann an, er sei bei Dr. J. in Behandlung gewesen und dieser habe eine Radiographie erstellt; die zwei vom 4. April 1989 datierenden Röntgenaufnahmen reichte er als kläg. act. 6 ein (nach Rückgabe wurden die Röntgenbilder im Berufungsverfahren von neuem eingereicht). Dr. med. J. bestätigte in der Zeugeneinvernahme, dass er im April 1989 wegen der linksseitigen Schulterschmerzen ein Röntgenbild gemacht habe. Der Kläger hat somit die Frage 8a falsch beantwortet. Es schadet nicht, dass bei den Beispielen in der Klammer der Fragestellung nicht sämtliche möglichen Anwendungsbereiche einer Röntgenabklärung erwähnt sind. Es handelt

sich dort klar nur um Beispiele. Der Kläger kann schliesslich auch nicht geltend machen, dass ihm die Röntgenabklärung und deren Bedeutung nicht bekannt war. Zum einen fand auch die Röntgenuntersuchung erst wenige Monate vor Unterzeichnung des Antragsformulars statt. Vor allem aber gab er gegenüber dem späteren Arzt, Dr. O., an, dass er zuvor wegen seiner linken Schulter einen Arzt aufgesucht habe; dieser habe unter anderem "Bilder" gemacht (Zeugeneinvernahme Dr. O., 3). Es liegt somit auch bezüglich Frage 8a eine Falschdeklaration vor.

Die Beklagte berief sich erstmals in ihrer Klageantwort vom 25. August 1993 auf diesen weiteren Rücktrittsgrund, nachdem sie davon durch die Klageschrift vom 19. Mai 1993 (Eingang 2. Juni 1993) Kenntnis erhalten hatte. Es gilt das oben unter lit. b Ausgeführte; die Versicherung konnte sich im laufenden Prozess auf diesen weiteren Rücktrittsgrund berufen. Der Rücktritt vom 28. Dezember 1990 kann auch damit begründet werden. Es bedurfte keiner Wiederholung.

Frage 10g lautete: "Hatten Sie jemals eine der folgenden Gesundheitsstörungen: Knochen-, oder Gelenkkrankheiten, Rheumatismus, Wirbelsäulebeschwerden, Kreuzschmerzen, Hexenschuss, Ischias?" Der Kläger antwortete mit "nein".

Erstinstanzlich hatte der Kläger insbesondere bestritten, dass ein Schulterleiden schon vor Ausfüllen des Antragsformulars bestanden habe. Dr. med. A.-J. diagnostizierte gemäss Arzteugnis vom 2. Oktober 1990 eine Rotatoren-Manschetten-Ruptur, wobei die ersten Symptome dieses Leidens seit längerer Zeit aufgetreten seien. Dr. med. M. bestätigte gemäss Arzteugnis vom 5. Oktober 1990 gestützt auf Untersuchungen im Juli/August 1990 eine "Periarthropathie linke Schulter" und dass die ersten Symptome dieses Leidens vor zirka zwei Jahren aufgetreten seien. Am 16. Oktober 1990 hielt Dr. med. A.-J. in einem weiteren Arzteugnis wiederum fest, dass die ersten Symptome der erwähnten Krankheit beim Kläger "seit mehreren Jahren" aufgetreten seien. Gegenüber Dr. med. J., der in der Folge ebenfalls ein ärztliches Zeugnis ausstellte, antwortete der Kläger auf die Frage, wann die ersten Symptome der Schulterschmerzen aufgetreten seien: "Seit 1987". Letzteres bestätigte Dr. J. anlässlich seiner Zeugeneinvernahme. Er habe ein Weichteilproblem als Ursache postuliert und seine Arbeitshypothese dem Kläger mitgeteilt. Die Vorinstanz hat daher zu Recht festgestellt, dass im Zeitpunkt der Antragstellung das Schulterleiden objektiv bereits seit längerem bestand. Der Kläger bestreitet dies in der Berufung nun auch nicht mehr konkret.

Zu prüfen bleibt, inwieweit diese objektive Tatsache dem Kläger erkennbar war bzw. erkennbar sein musste. Der Kläger machte geltend, er habe damals Dr. J. wegen einer Grippe aufgesucht. Dr. J. habe gemeint, dass es sich beim Schulterschmerz um eine Erkältung oder eine Muskelzerrung handeln könne, die weggehe. Dr. J. sagte anlässlich der Einvernahme aus, dass bei jener Konsultation im März 1989 die Schulterschmerzen "nicht unbedingt im Vordergrund" standen; "er suchte mich hauptsächlich wegen einer Bronchitis auf. Zusätzlich klagte er über Schmerzen in der linken Schulter" (Zeugeneinvernahme Dr. J., S. 2 und 4 oben). Nach jener Behandlung waren die Schmerzen offenbar weitgehend abgeklungen (vgl. Zeugenaussage Dr. J., S. 3; Arzteugnis Dr. J. vom 11. Dezember 1990; Zeugenaussage Dr. O., S. 3). Nur wenige Monate später unterzeichnete der Kläger das Antragsformular. Ob er im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Antragsformulars schmerzfrei war, ist nicht bekannt. Angesichts des "erfolgreichen" Behandlungsverlaufs mag es sein, dass der Kläger den Schulterschmerzen bei Unterzeichnung nicht allzuviel Gewicht beimass. Dafür spricht auch die Aussage von Dr. O., wonach der Kläger ihm gesagt habe, nach dem ersten Mal sei es gut gewesen und er sei davon ausgegangen, es habe sich um eine Erkältung gehandelt. Davon konnte und durfte er aber bei einigermaßen ernsthafter Überlegung nicht ausgehen, namentlich wegen der Dauer und der Art der Behandlung durch Dr. J. Er hatte erstmals solche Schmerzen vor rund zwei Jahren. Er selbst wies gegenüber dem Arzt darauf hin. Da konnte er - selbst wenn man im Sinne seiner wiederholten Hinweise von einem nur geringen Bildungsstand ausgeht nicht annehmen, es handle sich um eine bloss einmalige Erkältung. Dr.

J. spricht in seiner Zeugeneinvernahme auch nicht von einer Erkältung. Vielmehr habe er - nachdem aufgrund der Röntgenbilder Knochenverletzungen auszuschliessen waren - ein Weichteilproblem diagnostiziert und dies dem Kläger auch mitgeteilt. Auch die erfolgte Behandlung - Applikation eines Cortisondepots, der Kläger spricht von "Spritzen"; Verordnung einer Physiotherapie; Röntgenabklärung - hätte dem Kläger bewusst machen müssen, dass es um nicht leicht zu nehmende Schmerzen ging, dass er jedenfalls Anlass gehabt hätte, auf diese beim Ausfüllen des Antragsformulars hinzuweisen.

Im Berufungsverfahren macht der Kläger bezogen auf diese Anzeigepflichtverletzung vor allem geltend, die Fragestellung sei zu unklar gewesen; es habe ihm bei dieser Fragestellung nicht klar werden müssen, dass nach dieser Art Schmerzen gefragt werde. Davon kann nicht die Rede sein. Das Bundesgericht hat bezüglich einer Frage nach Bronchitis festgestellt, selbst wenn der Versicherungsnehmer die Frage aufgrund des gewählten medizinischen Fachausdrucks nicht verstanden hätte, habe er sie nicht einfach verneinen dürfen. Vielmehr hätte er den Agenten nach dem Sinn des ihm unbekanntem Ausdrucks fragen müssen. Andernfalls handle er auf eigene Gefahr, wie wenn er den Fragebogen mit den vom Agenten eingesetzten Antworten ungelesen unterschreibe (BGE 96 II 205ff., 212). Offengelassen wurde lediglich, ob am Grundsatz der Erkundigungspflicht auch dann festzuhalten ist, wenn ein ganz unbekannter Fachausdruck (nämlich "Lumbago", statt Kreuzschmerzen) verwendet wird. Die Fragepflicht sei also überall dort gerechtfertigt, wo es sich um Ausdrücke handle, "die - wenn auch vielleicht nicht in ihrem genauen technischen Sinngehalt in weiten Kreisen der Bevölkerung bekannt sind und auch im täglichen Leben gebraucht werden" (BGE 101 II 339ff., 343). Hier kann indessen sogar davon ausgegangen werden, dass die Ausdrücke in Frage 10g klar waren, namentlich die Frage nach "Gelenkkrankheiten". Dem Kläger wäre dann keine Anzeigepflichtverletzung vorzuwerfen, wenn er den Agenten V. auf die seit 1987 festgestellten Schmerzen in der linken Schulter hingewiesen hätte und dieser trotzdem "nein" angekreuzt hätte in der Annahme, es handle sich um eine Bagatelle, jedenfalls keine "Gelenkkrankheit". Dann hätte er auf dessen Belehrung vertrauen dürfen (BGE 96 II 212ff.). Der Kläger hat aber gegenüber dem Versicherungsagenten nie - auch nicht in unbedarfter, unmedizinischer, laienhafter Ausdrucksweise - auf die erstmals 1987 festgestellten Schmerzen in der Schulter hingewiesen, jedenfalls wurde nichts derartiges behauptet. Angesichts des wiederholten Auftretens der Schmerzen über einen Zeitraum von rund zwei Jahren und der ärztlichen Untersuchung und Behandlung (Röntgen, Cortisondepot, Physiotherapie) konnte der Kläger nicht einfach in guten Treuen annehmen, es handle sich um eine gegenüber der Versicherung zu verschweigende Bagatellsache. Dass in Frage 10g nicht explizit nach Schulterbeschwerden gefragt wurde, ändert daran nichts. So wie der Kläger gegenüber Dr. J. auf diese Schmerzen hinwies, hätte er es auch gegenüber dem Agenten tun müssen. Die Frage nach Gelenkkrankheiten hätte bei einigermaßen ernsthafter Überlegung, wie sie die Rechtsprechung verlangt, genügend Anlass dafür gegeben. Demnach besteht auch bezüglich Frage 10g eine Anzeigepflichtverletzung.

Die Vorinstanz ging zu Recht davon aus, dass der Rücktritt vom 28. Dezember 1990 innert vier Wochen seit Kenntnis dieser Anzeigepflichtverletzung erfolgte. An der zweitinstanzlichen Verhandlung machte der Kläger geltend, dass die Beklagte mit der Geltendmachung der Anzeigepflichtverletzung zu lange gewartet habe. Dr. A.-J. und Dr. M. hätten bereits in ihren Arzzeugnissen vom Oktober 1990 festgehalten, dass das diagnostizierte Schulterleiden seit längerer Zeit bzw. zwei Jahren bestehe. Tatsächlich wird in den vorgenannten Arzzeugnissen von Dr. A.-J. und Dr. M. vom Oktober 1990 festgehalten, dass die ersten Symptome des Schulterleidens (Rotatoren-Manschetten-Ruptur, Periarthropathie linke Schulter) vor rund zwei Jahren bzw. mehreren Jahren aufgetreten seien. Die Beklagte musste daher bereits ab Empfang dieser Zeugnisse Zweifel haben, ob die Angaben betreffend früherer Krankheiten richtig waren. Da aber in den Zeugnissen bezüglich der Zeit vor der Antragstellung nur von Symptomen die Rede ist, hatte die Versicherung noch keine hinreichende Kenntnis von der

Ernsthaftigkeit des Leidens. Zweifel an der Richtigkeit der Antworten des Antragstellers genügen aber nach der Rechtsprechung nicht. Zu Recht ging die Vorinstanz davon aus, dass frühestens mit den Angaben Dr. J., wonach der Kläger wegen seines Schulterleidens in der Zeit vor Abschluss des Versicherungsvertrages in ärztlicher Behandlung war, ein genügender Wissensstand vorlag. Ob das mit dem Empfang des Arztzeugnisses vom 11. Dezember 1990 oder jenem vom 6. Dezember 1990 zutrifft - auf letzteres deutet hin, dass die Beklagte in ihrer Anfrage vom 6. Dezember 1990 an Dr. J. betreffend Erstellung eines Arztzeugnisses erstmals konkret auf eine "Behandlung Schulterleiden 1987" hinweist - ist unerheblich. Das Schreiben vom 28. Dezember 1990 erfolgte auf jeden Fall innert vier Wochen.

Der Versicherer kann, auch wenn die Anzeigepflicht verletzt ist, vom Vertrag nicht zurücktreten, wenn er selber die Verschweigung oder unrichtige Angabe veranlasst hat (Art. 8 Ziff. 2 VVG). Der Kläger beruft sich auf verschiedene Umstände, welche letztlich eine Veranlassung im Sinne dieser Bestimmung bedeuteten, so dass seines Erachtens die Beklagte die Falschdeklaration zu vertreten habe.

Insbesondere macht der Kläger geltend, dass er aufgrund seiner Fremdsprachigkeit das Formular nicht verstanden habe. Die Vorinstanz erachtete diesen Einwand als nicht glaubhaft, nachdem der Kläger seit über 30 Jahren in der Schweiz lebe, im Gastwirtschaftsgewerbe tätig sei und damit Kontakt zur einheimischen Bevölkerung gehabt habe und schliesslich als Inhaber einer Pizzeria auch entsprechenden Kontakt mit den Behörden in deutscher Sprache habe pflegen müssen. Der Kläger wendet ein, dass er mit Hilfe von deutschsprachigen Mittelsmännern den Behördenkontakt gepflegt habe und beantragt deren Einvernahme als Zeugen. Letzteres ist aus mehreren Gründen nicht notwendig:

Unbestritten füllte der Regionalvertreter der Beklagten, V., das Formular aus, nachdem er dem Kläger die entsprechenden Fragen gestellt hatte. Unbestritten blieb, dass der Kläger dabei von V. auf italienisch befragt wurde. Der Kläger ging zwar in der Replik (S. 4/5) auf Einzelheiten der Befragung ein (z.B. dass Herr V. das Formular ausfüllte und er lediglich unterschrieb, S. 4), bestritt auch ganz allgemein, dass eine korrekte Befragung erfolgt sei, ging aber mit keinem Wort auf die verwendete Sprache ein. Damit ist davon auszugehen, dass die Antworten in einem deutschsprachigen Formular eingetragen wurden, das Gespräch zwischen Agent und Versicherungsnehmer aber auf italienisch erfolgte, was überdies vom klägerischen Rechtsvertreter an der Berufungsverhandlung bestätigt wurde. Die vorerst entscheidende Frage ist somit nicht die (angebliche) Sprachunkundigkeit, sondern vielmehr, ob V. die Fragen gemäss Formular dem Kläger richtig übersetzte und erklärte. Die beratende und aufklärende Tätigkeit des Agenten gewinnt an rechtlicher Bedeutung, wenn der Antragsteller die Sprache, in der der Antrag abgefasst ist, nicht oder nicht genügend beherrscht (BGE 73 II 54). Nun hat der Kläger selbst aber nie behauptet, V. habe bezüglich sämtlicher hier zur Diskussion stehenden Fragen nicht gemäss Wortlaut gefragt. Vielmehr hat er einzig geltend gemacht, bei Frage 6a (Krankenhausaufenthalt etc.) habe V. nicht gemäss Wortlaut gefragt. Wie bereits gezeigt wurde, ist auf Frage 6a aus anderen Gründen nicht weiter einzugehen. Im übrigen ist aber davon auszugehen, dass die Befragung dem Wortlaut nicht widersprach und in Italienisch erfolgte. Schliesslich hat der Kläger auch nie behauptet, V. habe die Fragen nicht entsprechend der von ihm, dem Kläger, erteilten Antworten beantwortet, d.h. dass beim Ausfüllen wahrheitswidrige Diskrepanzen entstanden seien, die er mangels Deutschkenntnissen beim Durchlesen des Formulars nicht hätte erkennen können. Es kommt daher zum vornherein nicht darauf an, dass das Formular selbst in Deutsch abgefasst war.

Im übrigen ging die Vorinstanz zu Recht von der Unglaubwürdigkeit der fehlenden Deutschkenntnisse aus. Es ist in der Tat nicht nachvollziehbar, dass der Kläger nach rund dreissigjähriger Tätigkeit in der Schweiz, am Schluss als Selbständigerwerbender, nicht wenigstens ein Alltagsverständnis der deutschen Sprache entsprechend einem wenig gebildeten Einheimischen entwickelt haben soll, selbst wenn tatsächlich Treuhänder bzw. Vertreter des Fürsorgeamtes die Verhandlungen mit IV und kantonaler Verwaltung geführt hätten. Er

hat schliesslich auch immer - zuerst vorprozessual und dann in allen Rechtsschriften - geltend gemacht, die Frage nach dem Sanatoriumsaufenthalt sei ihm von V. nicht nach dem Antragsformular gestellt worden und nur deshalb habe er sie falsch beantwortet. Dieser im ganzen Verfahren zentrale Vorwurf macht aber keinen Sinn, wenn er schon die Fragestellung nicht verstanden hatte.

Namentlich in der Berufungsschrift und an der mündlichen Verhandlung rügte der Kläger wiederholt, es sei nicht verständlich, weshalb man ihm nicht einen italienischen Fragebogen vorgelegt habe, die Beklagte verfüge ja über einen solchen. Letzteres wurde nicht bestritten. Der Kläger wusste, dass die Beklagte grundsätzlich über deutsche und italienische Formulare verfügte, hatte er doch ein Jahr zuvor als Angestellter des Restaurants D. Q. ein italienisches Antragsformular für die Kollektiv-Krankenversicherung (Arbeitnehmerformular) unterzeichnet. - Der Versicherungsnehmer hat grundsätzlich für den Inhalt der Antworten, die in dem von ihm unterzeichneten Fragebogen abgegeben worden sind, einzustehen. Er hat daher die vom Agenten redigierten Antworten auf ihre Richtigkeit nachzuprüfen. Unterlässt er es, handelt er auf eigene Gefahr. Vermag er indessen die unterlassene Nachprüfung im konkreten Fall zu rechtfertigen, beispielsweise darzutun, dass er sprachunkundig ist, so wäre er aufgrund von Art. 8 Ziff. 2 VVG der Verantwortung für die vom Agenten besorgte Niederschrift enthoben (Roelli/Keller, 157f.). Hier kann sich der Kläger aber nicht in diesem Sinn rechtfertigen. Er hätte ohne weiteres ein italienisches Formular verlangen können, tat dies aber nicht (jedenfalls ist nichts diesbezügliches behauptet). Damit verhält er sich widersprüchlich, wenn er im vorliegenden Verfahren beanstandet, dass man ihn ein deutsches Formular unterzeichnen liess. Im übrigen spricht aber auch dieses damalige Verhalten dafür, dass er den deutschen Text genügend verstand, sonst hätte er eben das italienische Formular verlangt.

Der Kläger machte sodann geltend, Herr V. sei "ganz schnell" vorbeigekommen, "und zwar meistens in Stosszeiten, so dass man für die Besprechung wenig Zeit hatte". Der Einwand des Versicherungsnehmers, dass es bei den Vertragsverhandlungen "sehr rasch" zugegangen sei, wird indessen regelmässig nicht gehört (Roelli/Keller, 158). Ebenso gilt der an der Berufungsverhandlung vorgebrachte Einwand des Klägers, der auf Provisionsbasis bezahlte Agent der Versicherung sei am Vertragsabschluss besonders interessiert und neige deshalb zu einer tendenziösen Befragung, allgemein als unerheblich (BGE 118 II 336f. = Pra 82 [1993] Nr. 210, S. 796). Auch im konkreten Fall finden sich keine substantiierten Hinweise auf eine unkorrekte Befragung.

Zusammenfassend sind die Voraussetzungen für eine rückwirkende Vertragsaufhebung gemäss Art. 6 VVG erfüllt, weshalb sich die Klage auf Zahlung von Versicherungsleistungen als unbegründet erweist.

Schliesslich bestreitet die Beklagte die Aktivlegitimation des Klägers, weil dieser allfällige Ansprüche gegenüber der Beklagten gemäss Abtretungserklärung vom 21. März 1994 an das Fürsorgeamt St. M. zediert habe. Eine Retrozession sei vom Kläger nicht vorgelegt worden. Nach der Zessionsurkunde hat der Kläger am 21. März 1994 die gesamte Forderung (Versicherungsleistung) gegenüber der Beklagten, höchstens jedoch in der Höhe der vom Fürsorgeamt St. M. geleisteten Vorschüsse, abgetreten. Auf richterliche Befragung erklärte der Kläger persönlich an der Berufungsverhandlung, sämtliche Vorschüsse des Fürsorgeamtes seien zurückbezahlt. So sei eine IV-Nachzahlung von Fr. 38'000.-- zur Tilgung der Vorschüsse in Höhe von Fr. 31'000.-- verwendet worden.

Ob die Sachverhaltsdarstellung des Klägers zutrifft, muss hier offengelassen werden. Laut Abtretungserklärung vom 21. März 1994 ist die Zession an das Fürsorgeamt St. M. zahlungshalber erfolgt. Dem Kläger stünden wieder sämtliche Ansprüche aus dem im vorliegenden Verfahren zu beurteilenden Versicherungsverhältnis zu, falls die von ihm bezogenen Fürsorgeleistungen zurückerstattet wären. Immerhin geht aus einer Aktennotiz vom Januar 1996, die im Zusammenhang mit der Abklärung der Anspruchsvoraussetzungen für die unentgeltliche Prozessführung erstellt wurde, hervor, dass gemäss einer telefonischen Auskunft der So-

zialversicherungsanstalt St. Gallen der Kläger ca. Mitte Februar 1996 mit der Verfügung einer IV-Rentennachzahlung von rund Fr. 38'000.-- rechnen könne; diese Nachzahlung sei aber bis zum Gesamtbetrag der Schulden von rund Fr. 36'000.-- gegenüber dem Fürsorgeamt zediert worden. Nach dieser Abklärung wirkt die Behauptung des Klägers, dass die IV-Nachzahlung inzwischen erfolgt und dadurch sämtliche Fürsorgebeiträge zurückbezahlt seien, keineswegs abwegig. Ob aber die Aktivlegitimation des Klägers für die streitige Forderung ganz oder teilweise gegeben ist, braucht nicht mehr geprüft zu werden, nachdem die eingeklagten Versicherungsleistungen infolge des berechtigten Vertragsrücktrittes der Beklagten keine Grundlage haben und die Klage bereits deshalb abgelehnt werden muss.

Bei diesem Verfahrensausgang - die Berufung ist abzuweisen - sind die zweitinstanzlichen Prozessekosten dem Kläger aufzuerlegen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidegebühr ist auf Fr. 3'500.-- festzusetzen. Da dem Kläger für das Berufungsverfahren die unentgeltliche Prozessführung bewilligt wurde, ist er von der Bezahlung dieser Gerichtskosten befreit. Weiter ist die der obsiegenden Beklagten zustehende Parteienschädigung festzusetzen. Rechtsanwalt Dr. H. macht für seine Bemühungen im Berufungsverfahren ein Honorar von Fr. 4'062.-- geltend, wobei er - ausgehend von einem Streitwert von Fr. 40'000.-- ein mittleres Honorar von Fr. 6'770.-- berechnet (Art. 14 lit. c HonO) und hiervon einen Zuschlag gemäss Art. 26 lit. b HonO von 60% berücksichtigt. Dieses Honorar ist tarifgemäss und angemessen. Zusammen mit den Barauslagen von Fr. 214.10 und der geltend gemachten Mehrwertsteuer von Fr. 264.-- resultiert eine Parteienschädigung von Fr. 4'540.10. Diese ist vom Kläger zu leisten, denn die unentgeltliche Prozessführung befreit nicht von der Entschädigung der obsiegenden Gegenpartei (Art. 282 ZPO, BGE 112 Ia 18).

In gleicher Weise ist bei der Honorarbemessung für den unentgeltlichen Vertreter des Klägers zu verfahren. Auch hier rechtfertigt sich praxisgemäss ein Zuschlag von 60% für das mit mündlicher Verhandlung durchgeführte Berufungsverfahren (Art. 26 lit. b HonO). Das Honorar beläuft sich somit ebenfalls auf Fr. 4'062.--. Hinzu kommen Barauslagen von Fr. 202.10 und die Mehrwertsteuer von Fr. 277.15 (6,5% von Fr. 4'264.10). Der Entschädigungsanspruch von Rechtsanwalt Dr. Z. gegenüber dem Staat beträgt Fr. 4'541.25.

Demgemäss wird
zu Recht erkannt:

Die Berufung wird abgewiesen.