

Handelsgericht des Kantons Zürich



Geschäfts-Nr. HG990412/U/ei

Mitwirkend: Die Obergerichter Dr. Eric Mazurczak, Vizepräsident, und Dr. Roger Wyler, die Handelsrichter Dr. Th. Lörtscher, M. Berger und M. Fischer sowie die juristische Sekretärin Mirjam Balmer

Beschluss und Urteil vom 21. Juni 2002

in Sachen

X

Kläger und Widerbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Alfred Schütz, c/o Naegeli & Streichenberg
Rechtsanwälte, Stockerstr. 38, 8002 Zürich

gegen

Y Leben,
Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Gerhard Stoessel, c/o Lehner & Stoessel,
Bergstr. 31, 8702 Zollikon

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

Hauptklage

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger CHF 28'000.--, zuzüglich 5 % Zins ab 1. April 1999 zu bezahlen;

der Kläger behält sich vor, weitergehende Ansprüche ab 1. November 1999 bis 28. Februar 2033 im Rahmen einer Nachklage geltend zu machen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Widerklage

- "1. Es sei festzustellen, dass die Beklagte an die in Police G
XXXX zusammengefassten Versicherungsverträge mit dem
Kläger nicht gebunden ist und auch für die Zeit ab 1.11.1999 keine
Leistungen schuldet.*
- 2. Der Kläger sei zu verpflichten, der Beklagten CHF 30'098.-- nebst
Zins zu 5% seit 19.6.1999 zu bezahlen.*
- 3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers."*

Das Gericht zieht in Erwägung:

A. Einleitung und Sachverhalt

Am 2. Februar 1995 stellte der Kläger bei den Y Versicherungen den Antrag zum Abschluss einer kollektiven Krankentaggeldversicherung und bei der Beklagten den Antrag für den Abschluss einer Erwerbsunfähigkeitsversicherung inkl. Prämienbefreiung bei Erwerbsunfähigkeit ("w + gebundene Vorsorgepolice"). Am 10. Februar 1995 nahm die Beklagte den Antrag des Klägers an. Am 10. Mai 1995 stürzte der Kläger bei der Arbeit von einer Löffelmauer vier Meter in die Tiefe und ist seither zu 100 % arbeits- und erwerbsunfähig. Ab 10. Mai 1997 erbrachte die Beklagte die vertraglichen Leistungen, bis sie am 31. Au-

gust 1998 die Rentenzahlungen an den Kläger einstellte und mit Schreiben vom 5. Januar 1999 unter Hinweis auf Art. 6 VVG vom Vertrag zurücktrat, mit der Begründung, dass der Kläger im Antrag zur Versicherung die Fragen 45 und 49 nicht richtig und unvollständig beantwortet habe. Mit Schreiben vom 17. März 1999 wurde der Rücktritt bestätigt. Der Kläger klagt auf Zahlung der Versicherungsleistungen vom 1. September 1998 bis zum 8. Oktober 1999, da der Rücktritt der Beklagten vom Versicherungsvertrag zu unrecht erfolgt sei. Mit der Widerklage verlangt die Beklagte, es sei festzustellen, dass sie nicht an die in der Police G 3.047.699 zusammengefassten Versicherungsverträge mit dem Kläger gebunden sei und auch für die Zeit ab 1. November 1999 keine Leistungen schulde und fordert die an den Kläger geleisteten Zahlungen zurück.

B. Prozessgeschichte

Mit Eingabe vom 23. November 1999 (act. 1) und unter Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes Winterthur Kreis I vom 26. Oktober 1999 (act. 3) machte der Kläger die Klage mit obgenanntem Rechtsbegehren am 24. November 1999 anhängig. Nach Eingang der Klageantwort und Widerklage vom 1. März 2000 (act. 8) wurden die Parteien auf den 8. Mai 2000 zu einer Referentenaudienz vorgeladen, anlässlich welcher ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt, auszuüben bis 8. Juni 2000, geschlossen werden konnte (Prot. S. 5 f.). Nach rechtzeitigem Widerruf des Vergleichs wurde das Verfahren schriftlich fortgesetzt. Am 17. Oktober 2000 gingen die Replik und Widerklageantwort (act. 17) und am 29. Dezember 2000 die Duplik und Widerklagereplik (act. 20) ein. Die Stellungnahme zu den Noven in der Duplik und die Widerklageduplik erfolgte mit Datum vom 16. Februar 2001 (act. 26). Mit Verfügung des Instruktionsrichters vom 12. März 2002 wurde die Beklagte aufgefordert, die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts für die von ihr erhobene Widerklage substantiiert darzutun und die Höhe des Streitwertes von Ziffer 1 des Rechtsbegehrens der Widerklage anzugeben (Prot. S. 11). Die Eingabe der Beklagten vom 5. April 2002 ging am 8. April 2002 ein (act. 30). Der Kläger erstattete seine Stellungnahme mit Eingabe vom 11. April 2002 am 15. April 2002 (act. 33).

C. Klage

I. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus § 2 ZPO. Da die Klage am 1. Januar 2001 bereits rechtshängig war, bleibt dieser Gerichtsstand auch unter dem Bundesgesetz über den Gerichtsstand erhalten (Art. 38 GestG).

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus § 63 Ziff. 1 GVG.

II. Ansprüche

1. Allgemeines

Der Kläger leitet seinen Anspruch aus der mit der Beklagten abgeschlossenen Erwerbsausfallversicherung ab. Voraussetzung vertraglicher Ansprüche sind der gültige Abschluss sowie der Fortbestand des Vertrags. Der zunächst entstandene Anspruch kann durch die Ausübung eines aufhebenden Gestaltungsrechts wie Rücktritt wieder vernichtet worden sein.

2. Gültiges Zustandekommen des Versicherungsvertrags/Rücktritt

1. Das gültige Zustandekommen des Versicherungsvertrags zwischen den Parteien ist unbestritten (vgl. act. 1 Ziff. 12, act. 8 Ad 12; act. 17 Ad 12).

2. Die Beklagte macht geltend, am 5. Januar 1999 zu Recht und innert Frist nach Art. 6 VVG vom Vertrag mit dem Kläger zurückgetreten zu sein. Der Rücktritt sei wirksam. Sie sei deshalb dem Kläger zu keinerlei Leistungen verpflichtet (act. 8 Ad 25, Ad 28, Ad 42; act. 20 Ad 42).

3. Gemäss Art. 6 VVG ist der Versicherer, wenn der Anzeigepflichtige beim Abschlusse der Versicherung eine erhebliche Gefahrstatsache, die er kannte oder kennen musste, unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat, an den Vertrag nicht

gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage zurücktritt. Ein Rücktritt ist nach Art. 6 VVG demnach zulässig, wenn eine Anzeigepflichtsverletzung vorliegt.

3. Anzeigepflichtverletzung

1. Gemäss Art. 4 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen. Dabei sind diejenigen Gefahrstatsachen erheblich, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben. Als erheblich werden die Gefahrstatsachen vermutet, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind.

Inhalt und Umfang der Anzeigepflicht werden durch die im Fragebogen festgehaltenen Fragen begrenzt (Nef, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel/Zürich 2000, Art. 4 N 22). Der Antragssteller hat dem Versicherer nur insofern bzw. insoweit eine Mitteilung zu machen, als der Versicherer eine Frage stellt bzw. als die Fragen des Versicherers reichen (Nef, a.a.O., Art. 4 N 23). Der Antragsteller hat dem Versicherer alle Gefahrstatsachen anzuzeigen, soweit und so wie sie ihm bei Vertragsabschluss bekannt sind oder bekannt sein müssen (Nef, a.a.O., Art. 4 N 26).

Eine Anzeigepflichtverletzung liegt demnach vor, wenn es der Antragsteller unterlassen hat, auf entsprechende Frage dem Versicherer erhebliche Gefahrenstatsachen mitzuteilen. Der Beweis, dass die Anzeigepflicht verletzt wurde, obliegt dem Versicherer (Nef, a.a.O., Art. 6 N 14).

2.a) Die Beklagte wirft dem Kläger vor, im Formular "Angaben zur Person" zum Antrag an die Beklagte auf die Frage, ob er folgende Gesundheitsstörungen habe oder gehabt habe: "Krankheiten der Knochen und Gelenke wie Hexen-

schuss, Ischias, Wirbelsäulebeschwerden, Arthritis, Rheumatismus und andere", mit "nein" geantwortet zu haben (act. 8 Ad 11; act. 4/6 Ziff. 49). Dabei habe er verschwiegen, dass er seit 1988 beidseits an Periarthritis Humeruscapularis gelitten habe (act. 8 Ad 11 mit Verweis auf act. 4/9), dass er 1993 eine Schädigung des nervus medianus rechts im Handgelenk und am 6. Juni 1994 eine Schnittverletzung im Rumpf erlitten habe, sowie, dass er am 18. Juli 1994 wegen Torticollis in ärztlicher Behandlung gewesen sei (act. 8 Ziff. Ad 11 und Ad 16 mit Verweis auf act. 9/1, act. 4/18 und act 4/19).

Die Beklagte macht geltend, sie habe am 11. Dezember 1998 die IV-Akten erhalten. Daraus sei hervorgegangen, dass beim Kläger schon im Alter von 14 bis 24 Jahren wiederholt Lähmungserscheinungen beider Schultern aufgetreten seien, dass er 1991 in Berlin bei einem Raubüberfall eine Messerstichverletzung im Thoraxbereich erlitten habe, 1993 an Paraesthesien der rechten Hand gelitten habe, und offenbar 1994 bei einer Bombenexplosion durch einen Granatsplitter verletzt worden sei. Nach diesen neuen Erkenntnissen sei die Beklagte am 5. Januar 1999 zu Recht und innert vier Wochen gemäss Art. 6 VVG vorsorglich vom Vertrag zurückgetreten (act. 8 Ad 25, Ad 28; act. 20 Ad 28).

b) Der Kläger anerkennt, dass in den Formularen "Gesundheitsfragen" der Y -Versicherungen (act. 4/5) und "Angaben zur Person" der Beklagten (act. 4/6) sein Gesundheitszustand nicht den Tatsachen entsprechend wiedergegeben werde (act. 1 Ziff. 11; act. 17 Ad Ziff. 11). Replicando macht er jedoch verschiedene Einwendungen geltend, auf welche nachfolgend einzugehen ist.

4. Fehlende Kenntnis der Antragsfragen

1.a) Der Kläger behauptet, H habe sowohl die Antragsunterlagen für eine kollektive Krankentaggeldversicherung der Y -Versicherungen (act. 4/4 und 4/5) als auch den Fragebogen mit der Überschrift "Angaben zur Person" im Rahmen des Antrags zur Erwerbsunfähigkeitsversicherung "w + gebundene Vorsorge" der Beklagten ohne Erläuterung und Rück-

sprache mit dem Kläger ausgefüllt und anschliessend den Kläger aufgefordert, diese zu unterzeichnen. Die Beklagte habe ihre Aufklärungspflicht verletzt, indem sie den Kläger weder auf die Fragestellung betr. Gesundheitszustand noch auf die Tragweite der Richtigkeit der Beantwortung derselben aufmerksam gemacht habe. Dem noch jugendlichen und handwerklich ausgebildeten Kläger habe es an der Kenntnis der Antragsfragen gefehlt, weshalb ihm keine Anzeigepflichtsverletzung vorgeworfen werden könne (act. 17 Ad. Ziff. 6-7, Ad Ziff. 10, Ad Ziff 11, Ad Ziff. 31).

b) Die Beklagte bestreitet diese Darstellung und weist insbesondere darauf hin, dass die detaillierten Angaben zu Körpergrösse und -gewicht sowie die Nennung der Schnupfen-Allergie mit Behandlung bei Dr. med. V zeigten, dass zumindest im Einzelnen der Fragenkatalog mit dem Kläger durchgegangen worden sei und die Eintragungen aufgrund seiner Angaben erfolgt seien, wenn der Kläger das Formular nicht selbst ausgefüllt haben wolle. Auch habe der Kläger die Antragsformulare nicht "blind" unterzeichnet, vielmehr habe er das Formular "Angaben zur Person" der Beklagten (act. 4/6) unmittelbar unter dem Hinweis auf die Bedeutung richtiger und vollständiger Angaben und auf die Verantwortlichkeit des Antragsstellers für deren Richtigkeit eigenhändig unterzeichnet; damit habe er sehr wohl um die Bedeutung richtiger Angaben gewusst. Mit der Unterzeichnung der Formulare habe der Kläger zudem die Verantwortung für deren Inhalt übernommen (act. 20 Ad 6./7., Ad 10, Ad 31).

2.a) Das Gesetz legt in Art. 4 Abs. 1 VVG ausdrücklich fest, dass der Antragsteller die Auskünfte dem Versicherer schriftlich mitzuteilen hat. Die Mitteilung der Gefahrstatsachen durch den Antragsteller unterliegt den Formvorschriften von Art. 13 - 15 OR. Der Antragsteller soll damit vor Übereilung, Unachtsamkeit und Sorglosigkeit geschützt werden. Um der Schriftform zu genügen, muss der Antragsteller die Deklaration grundsätzlich eigenhändig unterschreiben, hingegen muss er die Antworten nicht selbst schriftlich aufzeichnen. Unterschreibt er den von einem Dritten (z.B. Agenten) ausgefüllten Fragebogen, so wird dessen Inhalt durch seine Unterschrift zu seiner eigenen Erklärung. Unerheblich ist dabei, ob der Antragsteller den Inhalt der Fragen bzw. die vom Dritten aufgezeichneten

Antworten zur Kenntnis genommen hat. Prüft der Antragsteller die vom Dritten in den Fragebogen eingetragenen Antworten nicht auf ihre Richtigkeit, so hat er die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Beantwortung zu tragen (Nef, a.a.O., Art. 4 N 29; BGE 108 II 555; Roelli/Keller, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, Bern 1968, S. 157; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 251 FN 545).

b) Der Kläger hat das Formular "Angaben zur Person" eigenhändig unterschrieben. Damit hat er nach dem oben Gesagten den Inhalt des Formulars zu seiner eigenen Erklärung gemacht, und zwar unabhängig davon, ob er die Fragen oder die angeblich von H aufgezeichneten Antworten zur Kenntnis genommen hat. Er hat die Rechtsfolgen der fehlerhaften Beantwortung der Fragen zu tragen. Die diesbezüglichen Einwendungen des Klägers sind damit unbehelflich. Überdies hat der Kläger das Formular unterhalb eines Hinweisblockes unterzeichnet, der auf die Wichtigkeit der Richtig- und Vollständigkeit der Angaben und auf die Verantwortlichkeit des Unterzeichners des Antrages für die Richtigkeit der Erklärungen hinweist (act. 4/6 S. 3 unten). Schliesslich bleibt zu bemerken, dass das genannte Formular Angaben zu den Körpermassen und zu Arztkonsultationen des Klägers enthält. Dass diese Angaben nicht richtig bzw. erfunden seien, hat selbst der Kläger nicht geltend gemacht. Abschliessend ist daher festzuhalten, dass der Kläger sich die von ihm unterzeichneten Angaben als seine Erklärung anzurechnen lassen hat.

5. Keine anzeigepflichtige Gefahrtatsachen

1.a) Der Kläger lässt weiter ausführen, dass er nicht verpflichtet gewesen sei, Gesundheitsstörungen anzugeben, die allgemein als vorübergehend gelten und nicht als Symptome eines eigentlichen Leidens zu qualifizieren seien. Damit stelle sich die Frage, ob der Kläger damals in der Lage gewesen sei zu beurteilen, was als anzeigepflichtige Gesundheitsstörung im Sinne eines eigentlichen Leidens gelte und ob der Kläger auf seine Anzeigepflicht in geeigneter Weise aufmerksam gemacht worden sei. Es sei daher irrelevant, dass der Kläger die von

solche, deren Vorhandensein ihm nicht hätten entgehen können, wenn er über die Frage des Versicherers ernsthaft nachgedacht hätte. Auch Stichverletzungen bei einem Raubüberfall sowie eine Granatsplitterverletzung im Militärdienst, die ärztliche Behandlung erfordert habe, seien keine Bagatellen, von denen der Kläger habe annehmen dürfen oder können, sie seien nicht mehr relevant (act. 20 Ad 11, Ad 16).

2. Für das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung genügt die Nichtdeklaration einer einzigen anzeigepflichtigen Tatsache. Wie der Kläger selbst ausführt, seien die Schädigung des nervus medianus im Handgelenk und die Periarthritis Humeruscapularis solche anzeigepflichtigen Tatsachen.

Der klägerische Hinweis auf BGE 116 V 218 und darauf, dass er nicht verpflichtet gewesen sei, Gesundheitsstörungen anzugeben, die allgemein als vorübergehend gelten und nicht als Symptome eines eigentlichen Leidens zu qualifizieren seien, geht fehl. Die im zitierten Entscheid getroffenen Feststellungen betrafen offene Fragen wie, "ob sich der Antragssteller für gesund und voll arbeitsfähig halte". Vorliegendenfalls geht es aber gerade nicht um eine solche Frage. Vielmehr macht die Beklagte eine Anzeigepflichtsverletzung betreffend der Frage 49 (Krankheiten der Knochen und Gelenke) geltend.

Zusammenfassend ist von einer Anzeigepflichtsverletzung des Klägers bezüglich der Schädigung des nervus medianus und der Periarthritis Humeruscapularis auszugehen, was letztlich auch der Kläger anerkennt. Das Vorliegen der weiteren, von der Beklagten geltend gemachten und vom Kläger bestrittenen Anzeigepflichtsverletzungen kann zur Zeit offen bleiben.

6. Folgen der Anzeigepflichtverletzung

1. Die Folgen der Anzeigepflichtverletzung sind in den Art. 6 ff. VVG geregelt. Gemäss Art. 6 VVG ist der Versicherer bei Vorliegen einer Anzeigepflichtsverletzung an den Vertrag nicht gebunden, wenn er binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrage

zurücktritt. Jedoch kann der Versicherer, auch wenn die Anzeigepflicht verletzt ist, in den Fällen von Art. 8 VVG nicht vom Vertrag zurücktreten.

2. Der Kläger macht geltend, dass die Beklagte trotz Anzeigepflichtsverletzung sowohl wegen Vorliegens eines Falles im Sinne von Art. 8 Ziff. 3 VVG, als auch wegen Vorliegens eines Falls im Sinne von Art. 8 Ziff. 5 VVG nicht habe vom Vertrag zurücktreten können. Sodann bestreitet er, dass die Beklagte ihr Rücktrittsrecht nach Massgabe des Art. 6 VVG rechtzeitig ausgeübt habe. Er bestreitet die Rechtswirksamkeit des Rücktrittes der Beklagten (act. 1 Ziff. 28; act. 17 Ad Ziff. 28).

7. Art. 8 Ziff. 3 VVG

1. Dem Versicherer steht das in Art. 6 VVG vorgesehene Rücktrittsrecht nicht zu, wenn er die verschwiegene Tatsache gekannt hat oder gekannt haben muss (Art. 8 Ziff. 3 VVG); dasselbe gilt für unrichtig angezeigte Tatsachen, die der Versicherer richtig gekannt hat oder gekannt haben muss (Art. 8 Ziff. 4 VVG).

Das Vorliegen des Tatbestandes von Art. 8 Ziff. 3 (bzw. Ziff. 4) VVG hat, in Übereinstimmung mit Art. 8 ZGB, der Versicherungsnehmer zu beweisen (Nef, a.a.O., Art. 8 N 37).

2.a) Der Kläger macht geltend, im vorliegenden Fall sei durch die Y
-Versicherungen der Hausarzt des Klägers durch Zustellung eines Formulars mit Datum vom 9. Februar 1995 aufgefordert worden, Angaben über den Gesundheitszustand des Klägers zu machen. Der ärztliche Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 decke die Unvollständigkeit der im Versicherungsantrag gemachten Angaben zum Gesundheitszustand des Klägers umfassend auf und gebe einen genauen Bericht über den tatsächlichen Zustand des Klägers (act. 1 Ziff. 15 und 16). Dieser ärztliche Bericht habe auch der Beklagten zur Verfügung gestanden. Falls die Beklagte von dieser ihr bekannten Informationsmöglichkeit nicht Gebrauch gemacht haben sollte, so sei sie gleichwohl so zu stellen, wie wenn sie die vorhandene Gefahrstatsache gekannt hätte. Aus dem

Vorliegen des ärztlichen Berichts im Zugriffsbereich der Beklagten könne und müsse dessen Inhalt als der Beklagten bekannt vorausgesetzt werden (act. 1 Ziff. 32).

b) Die Beklagte erklärt, die "w + gebundene Vorsorgepolice" (act. 4/8) am 10. Februar 1995 erstellt und dem Kläger zugesandt zu haben (act. 8 Ziff. 12.1). Als sie den Antrag des Klägers am 10. Februar 1995 angenommen habe, habe der Arztbericht vom 21. Februar 1995 noch gar nicht existiert (act. 8 Ad 14, Ad 33).

c) Der Kläger anerkennt, dass am 10. Februar 1995, als die Beklagte den Antrag des Klägers annahm, der Arztbericht von Dr. med. S noch nicht vorgelegen habe (act. 17 Ad 14 zu Abs. 3, Ad Ziff. 16 Zu Abs. 5) - anders noch in der Klageschrift, wo der beklagtische Standpunkt vorsorglich bestritten wurde (act. 1 Ziff. 33). Er macht aber geltend, dass Dr. med. S am 9. Februar 1995 zur Einreichung eines Berichts aufgefordert worden sei, da nach Ansicht der Y Versicherungen die gesundheitliche Situation des Klägers im Verhältnis zu den beantragten Versicherungsleistungen offenbar nicht klar gewesen sei, weshalb für die Beklagte bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt Anlass bestanden habe, mit der Annahme des Antrages zuzuwarten, bis die nachgefragten Informationen vorgelegen hätten; da sie dies nicht getan habe, habe die Beklagte sich vorwerfen zu lassen, nicht die im Verkehr übliche Sorgfalt angewandt zu haben bzw. sich absichtlich der Kenntnisnahme entzogen zu haben; sie könne sich daher nicht auf eine Anzeigepflichtverletzung berufen (act. 17 Ad 14 zu Abs. 3, Ad Ziff. 16 Zu Abs. 5, Ad Ziff. 33).

d) Dem hält die Beklagte entgegen, dass sie und die Y Versicherungen die - gegenseitig nicht bedingten - Anträge unabhängig voneinander bearbeiten würden, weshalb sie bei Annahme des klägerischen Antrages durch Ausstellung der Police am 10. Februar 1995 nicht habe wissen können, dass die Y Versicherungen die gesundheitlichen Verhältnisse des Klägers näher habe abklären wollen. Die Kriterien für die Beurteilung eines Versicherungsantrages seien bei kollektiven Krankentaggeld-Versicherungen anders als bei Versicherungen der Erwerbsunfähigkeit durch Lebensversicherer (act. 20 Ad 14 Absatz

3). Die Beklagte sei nicht gehalten gewesen, die vom Kläger unterzeichneten Erklärungen zu den Gefahrstatsachen zu überprüfen und ebensowenig, mit der Annahme des Antrages zuzuwarten. Die vom Kläger beantragte Versicherung habe mit Rücksicht auf sein Alter, die Antworten in der Gesundheitsdeklaration und die Höhe der versicherten Leistungen keine ärztlichen Untersuchungen erfordert, so dass die Beklagte nach Art. 1 Abs. 1 VVG lediglich bis zum 16. Februar 1995 Zeit gehabt habe, den Antrag vom 2. Februar 1995 anzunehmen (act. 20 Ad 33).

3.a) Massgeblicher Zeitpunkt der Kenntnis der verschwiegenen Tatsachen ist für den Versicherer der Vertragsabschluss. Eine erst nach Vertragsabschluss erlangte Kenntnis ist im Zusammenhang mit Art. 8 VVG ohne Belang, sie ist jedoch im Hinblick auf die Wahrung der Rücktrittsfrist gemäss Art. 6 VVG von Bedeutung (Nef, a.a.O., Art. 8 Rz. 20 f.; Roelli/Keller, a.a.O., S. 164).

Das VVG enthält keine vom OR abweichenden Bestimmungen zum Zustandekommen des Versicherungsvertrages (Nef, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 1 - 3 N 19). Der Versicherungsvertrag kommt in dem Augenblick zustande, in welchem die Annahmeerklärung des Versicherers beim Antragssteller eintrifft. Die Annahme ist auch durch konkludentes Verhalten möglich, z.B. durch Zusendung der Police an den Antragsteller (Nef, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 1-3 N 19 und 14; Roelli/Keller, a.a.O., S. 51; Maurer, a.a.O., S. 216).

Auch wenn für das Zustandekommen des Versicherungsvertrages der Zugang der Annahmeerklärung massgebend ist, so muss - entgegen dem oben Ausgeführten - als massgeblicher Zeitpunkt der Kenntnis der verschwiegenen Tatsache der Moment gelten, in welchem der Versicherer die Annahmeerklärung abgibt und diese Erklärung den Herrschaftsbereich des Erklärenden verlässt. Dies hat zumindest als Grundsatz zu gelten. Gründe, die eine von diesem Grundsatz abweichende Behandlung aufdrängen, wurden nicht geltend gemacht und sind auch nicht ersichtlich. Vielmehr anerkennt der Kläger selbst, dass die Beklagte bei der Annahmeerklärung diese Kenntnisse nicht hatte (act. 17 Ad Ziff 14 Zu Abs. 3, Ad Ziff. 16 Zu Abs. 5).

b) Es bleibt zu prüfen, ob die Beklagte - ihre Kenntnis von den Abklärungen der Y Versicherungen vorausgesetzt - gehalten gewesen wäre, mit der Annahme des Antrages des Klägers zuzuwarten.

Gemäss Lehre und Rechtsprechung darf, wer von seinem Vertragspartner eine positive (oder negative) Auskunft erhält, sich darauf verlassen, ohne diese auf ihre Richtigkeit nachprüfen zu müssen, indem er Nachforschungen anstellt, selbst in dem Fall, wo darüber Zweifel herrschen (Pra 82 Nr. 210 = BGE 118 II 333; Nef, a.a.O., Art. 8 N 23 mit weiteren Hinweisen).

Der Kläger hat das Formular "Angaben zur Person" der Beklagten ausgefüllt und - wie oben dargelegt - durch die Unterzeichnung zu seiner Erklärung gemacht. Die Beklagte durfte sich auf die Richtigkeit dieser Angaben verlassen, und zwar selbst dann, wenn sie Zweifel daran gehabt hätte. War nun aber schon die Beklagte nicht gehalten, die Angaben zu überprüfen, die der Kläger ihr gegenüber gemacht hatte, war sie umso weniger verpflichtet, mit der Annahme des Antrages zuzuwarten, bis das Ergebnis der von einem Dritten - der Y Versicherungen - getätigten Abklärungen vorlag. Unter diesen Umständen kann offen bleiben, ob die Beklagte überhaupt Kenntnis von den Abklärungen der Y Versicherungen hatte und bis wann die Beklagte Zeit hatte, den klägerischen Antrag anzunehmen.

4. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass kein Fall von Art. 8 Ziff. 3 bzw. Ziff. 4 VVG vorliegt.

8. Art. 8 Ziff. 5 VVG

1. Der Versicherer kann trotz einer Anzeigepflichtverletzung nicht vom Vertrag zurücktreten, wenn er auf sein Rücktrittsrecht verzichtet hat (Art. 8 Ziff. 5 VVG).

Der Kläger hat das Tatsächliche des Tatbestandes von Art. 8 Ziff. 5 VVG zu behaupten und zu beweisen (Nef, a.a.O., Art. 8 N 37).

2.a) Der Kläger behauptet, dass die Beklagte anlässlich des Übergangs der Zahlung von Krankentaggeldern durch die Y -Versicherungen zur eigenen Zahlung der Erwerbsausfallrente ab 10. Mai 1997 - insbesondere auch wegen des jugendlichen Alters des Klägers - in die den Kläger betreffenden Akten bei den Y Versicherungen habe Einblick nehmen müssen, um ihre eigene Leistungspflicht und deren Umfang zu ermitteln (act. 17 Ad Ziff. 39). Bei der Einsichtnahme habe die Beklagte sowohl den ärztlichen Bericht vom 21. Februar 1995, als auch den von der Y Versicherungen angebrachten Vorbehalt zur Kenntnis nehmen können. Das fallfremde Wissen sei der Beklagten ab dem Zeitpunkt zuzurechnen, ab welchem Anlass bestanden habe, die entsprechenden medizinischen Unterlagen einzusehen. In den vier Wochen nach der Kenntnisnahme sei die Beklagte nicht nur nicht vom Vertrag zurückgetreten, sondern habe vielmehr die im Vertrag vorgesehene Erwerbsausfallrente vom 10. Mai 1997 bis 31. August 1998 geleistet. Als die Beklagte begonnen habe, den Schaden zu regulieren, habe sie die rücktritts begründenden Tatsachen zweifellos gekannt oder sie hätte sie zumindest kennen müssen. Die Beklagte habe somit schlüssig auf ihr Rücktrittsrecht verzichtet (act. 1 Rz. 40; act. 17 Ad Ziff. 16 zu Abs. 5, Ad Ziff. 18, Ad Ziff 31 letzter Absatz, Ad Ziff. 39).

b) Die Beklagte bestreitet, in jenem Zeitpunkt Einblick in die den Kläger betreffenden medizinischen Unterlagen genommen haben zu müssen; das Wissen der Y Versicherungen könne ihr deshalb auch ab diesem Zeitpunkt nicht zugerechnet werden, da sie in deren Akten nicht habe Einsicht nehmen müssen (act. 20 Ad 16 Absatz 5). Es könne der Beklagten nicht zum Nachteil gereichen, dass sie nach Ablauf der vertraglichen Wartefrist gestützt auf eine Bestätigung der Y Versicherungen bzw. der Ärzte über die andauernde Erwerbsunfähigkeit des Klägers die vertraglichen Leistungen ohne weitere Abklärungen erbracht habe. Auch zu diesem Zeitpunkt sei die Beklagte nicht zu weiteren Abklärungen verpflichtet gewesen (act. 8 Ad 40; act. 20 Ad. 31, Ad 39).

Die Anerkennung und Regulierung von Schäden könne nur dann als schlüssiger Verzicht auf den Rücktritt vom Vertrag gelten, wenn sie in Kenntnis der Tatsachen erfolge, welche den Rücktritt rechtfertigen könnten, was vorliegend offen-

sichtlich nicht der Fall gewesen sei (act. 8 Ad. 39; act. 20 Ad 39). Daraus, dass die Beklagte vom 10. Mai 1997 bis 31. August 1998 die vertragliche Erwerbsausfallrente bezahlt habe, lasse sich nichts zugunsten des Klägers ableiten, insbesondere kein schlüssiger Verzicht auf den Rücktritt vom Vertrag (act. 8 Ad 40).

3. Der Verzicht auf den Rücktritt kann ausdrücklich oder stillschweigend geäußert werden. Das Rücktrittsrecht muss zur Zeit, da der Verzichtsakt vollzogen wird, bereits existieren. Es muss also der Versicherer in diesem Augenblick die Verletzung der Anzeigepflicht bereits gekannt haben. Dass der Versicherer sich zur Zeit, als er den Verzichtsakt vollzog, des bestehenden Rücktrittsrechts bewusst war, ist nicht gefordert. Es genügt vielmehr, dass er sich jenes Rechts, bei Beobachtung der im Geschäftsverkehr gebotenen Aufmerksamkeit, im entscheidenden Moment verständigerweise noch erinnern musste (Roelli/Keller, a.a.O., S. 165 f.). Ein stillschweigender Verzicht erfolgt gelegentlich nach Kenntnisnahme der Verletzung der Anzeigepflicht mittels eines schlüssigen Verzichtsaktes und liegt etwa dann vor, wenn der Versicherer trotz Kenntnis der Anzeigepflichtsverletzung Leistungen bei Teilschäden auszahlt, den Versicherungsfall anerkennt oder vorbehaltlos Prämien für eine neue Versicherungsperiode entgegennimmt (Nef, a.a.O., Art. 8 Rz. 30; Roelli/Keller, a.a.O., S. 165). Der nachträgliche Verzicht des Versicherers wirkt nur bezüglich jener Rücktrittsgründe, von welchen der Versicherer im Zeitpunkt des Verzichtsaktes Kenntnis hatte. Erhält der Versicherer später von weiteren Rücktrittsgründen Kenntnis, so steht ihm in Bezug auf diese ein Rücktritt vom Vertrag weiterhin offen (Nef, a.a.O., Art. 8 N 31).

Dass die Beklagte im Rahmen des Übergangs zu ihrer eigenen Leistungspflicht nicht verpflichtet war, in die den Kläger betreffenden medizinischen Unterlagen bei der Y Versicherung Einsicht zu nehmen - und dabei von der Anzeigepflichtsverletzung Kenntnis nehmen können - wurde bereits oben ausgeführt: die Beklagte war schon bei Annahme des klägerischen Versicherungsantrages nicht verpflichtet, die klägerischen Angaben auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und Nachforschungen anzustellen, weshalb sie es auch beim Übergang zu ihrer eigenen Leistungspflicht nicht war. Die Beklagte musste also höchstens in die für den Übergang zur eigenen Leistungspflicht relevanten Unterlagen

- mithin ob der Kläger während der Karenzfrist arbeitsunfähig war - Einsicht nehmen. Dass die Beklagte dabei von der Anzeigepflichtsverletzung des Klägers habe Kenntnis erlangen können, hat selbst der Kläger nicht behauptet.

Der Kläger hat somit nicht dargetan, dass die Beklagte bei Auszahlung der Erwerbsausfallrente vom 10. Mai 1997 bis zum 31. August 1998 Kenntnis von den Anzeigepflichtsverletzungen des Klägers hatte, weshalb auch ein Verzicht der Beklagten auf ihr Rücktrittsrecht nicht dargetan werden kann.

9. Art. 6 VVG

1. Wenn der Anzeigepflichtige beim Abschlusse 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 (Art. 6 VVG).

2. Voraussetzung für einen Rücktritt durch den Versicherer gemäss Art. 6 VVG ist eine Anzeigepflichtverletzung beim Vertragsabschluss. Das Bestehen eines Kausalzusammenhanges zwischen der unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Gefahrstatsache und dem eingetretenen Schadensereignis ist für das Vorliegen einer Anzeigepflichtsverletzung nicht erforderlich, ebensowenig ein Verschulden des Versicherungsnehmers an der Anzeigepflichtsverletzung. Der Beweis, dass die Anzeigepflicht verletzt wurde, obliegt dem Versicherer (Art. 8 ZGB; Nef, a.a.O., Art. 6 N 3, 5, 9 und 14). Wie dargelegt, ist zumindest von einer Anzeigepflichtsverletzung betreffend Schädigung des nervus medianus und Periarthritis Humeruscapularis auszugehen, was letztlich auch vom Kläger anerkannt wird.

3. Der Versicherer muss binnen vier Wochen nach Kenntnisnahme der Anzeigepflichtverletzung sein Rücktrittsrecht geltend machen (Nef, a.a.O., Art. 6 N 19; Roelli/Keller, a.a.O., S. 132).

Die Rücktrittserklärung des Versicherers ist eine einseitige, rechtsgestaltende und empfangsbedürftige Willenserklärung. Die Rücktrittserklärung muss dem Versicherungsnehmer binnen vier Wochen seit Kenntnisnahme der Anzeigepflichtsverletzung zugehen und klar und deutlich zum Ausdruck bringen, dass der Versicherer aufgrund der Verletzung der Anzeigepflicht den Vertrag nicht aufrecht erhalten will (Nef, a.a.O., Art. 6 N 16; Roelli/Keller, a.a.O., S. 140 Absatz 2, S. 41).

Die Frist beginnt mit dem Tag zu laufen, an welchem der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhält. Im Gegensatz zu den Tatbeständen von Art. 8 Ziff. 3 und 4 VVG ist auf die subjektive Kenntnis des Versicherers abzustellen (Nef, a.a.O., Art. 6 N 21; Roelli/Keller, a.a.O., S. 140). Der Versicherer erlangt in dem Zeitpunkt von der Anzeigepflichtverletzung Kenntnis, in welchem er "vollständig über alle Tatsachen, welche die Verletzung der Anzeigepflicht betreffen, orientiert ist". Blosser Verdacht, Vermutungen, Zweifel oder Gerüchte, welche den Versicherer dazu veranlassen könnten, die Angaben des Versicherungsnehmers zu überprüfen, lösen den Fristenlauf nicht aus. Der Versicherer ist nicht verpflichtet, bei einem allgemeinen Verdacht einer Anzeigepflichtverletzung entsprechende Nachforschungen anzustellen. Sofern sich jedoch die Verdachtsgründe konkretisieren, muss der Versicherer das Nötige vornehmen, um die seine Überzeugung untermauernden Angaben zu erhalten. Hat der Versicherer von verschiedenen Verletzungstatbeständen zuverlässige Kenntnis erhalten, so beginnt mit der Kenntnisnahme jeder Verletzung eine neue, selbständige Frist zu laufen, unabhängig davon, ob Fristen bereits unbenutzt abgelaufen sind. Der Rücktritt kann unabhängig davon erfolgen, ob ein Schadensereignis eingetreten ist (Nef, a.a.O., Art. 6 N 22 u .23; Roelli/Keller, a.a.O., S. 139).

Der Beweis, dass die vierwöchige Frist eingehalten wurde, obliegt dem Versicherer. Dem Versicherungsnehmer bleibt der Gegenbeweis offen, dass der Versicherer sein Rücktrittsrecht nicht rechtzeitig ausgeübt hat (Nef, a.a.O., Art. 6 N 26).

4.a) aa) Die Beklagte geht von der Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit ihres Rücktritts aus (act. 8 Ad 42; act. 20 Ad 42).

Sie habe am 17. November 1998 um Einsichtnahme in die IV-Akten ersucht und diese mit Begleitschreiben der IV vom 9. Dezember 1998 am 11. Dezember 1998 erhalten (act. 8 Ad 37; act. 9/4). Sie habe ihren Rücktritt am 5. Januar 1999, also vor Ablauf von vier Wochen nach Erhalt der IV-Akten am 11. Dezember 1998 erklärt. Die IV-Akten hätten Informationen enthalten, welche für den Entscheid über die Annahme des Antrages vom 2. Februar 1995 wesentlich gewesen wären und die auch aus dem Arztbericht vom 21. Februar 1995 nicht hervorgegangen seien. Sie lösten in jedem Fall eine selbständige Rücktrittsfrist aus.

Zudem habe die Beklagte, aufgeschreckt durch die Informationen aus den IV-Akten, eigene ergänzende Abklärungen getroffen und aus dem Bericht vom Dr. med. S vom 5. März 1999 am 8. März 1999 nochmals weitere Details, namentlich zur Zahl der Konsultationen und betreffend Arbeitsunfähigkeit im Zusammenhang mit Schulterbeschwerden erhalten, die vorher nicht bekannt gewesen seien. Der Umstand nämlich, dass der Kläger wegen seiner Schulterbeschwerden nicht bloss in ärztlicher Behandlung gewesen sei, sondern dass dies wiederholt erfolgt sei und er wegen dieser Beschwerden zwei Mal eine Woche bzw. zehn Tage arbeitsunfähig und wegen Torticollis ein weiteres Mal eine Woche arbeitsunfähig gewesen sei, zeigten erst die Schwere dieser durchgemachten und latent noch immer vorhandenen Leiden auf. Dies alles sei für die Risikobeurteilung ganz entscheidend gewesen. Mit Erhalt des Berichtes von Dr. med. S

am 8. März 1999 habe für die Beklagte in jedem Fall eine neue Rücktrittsfrist zu laufen begonnen. Der schon vorher erklärte Rücktritt vom 5. Januar 1999 sei damit mehr als rechtzeitig gewesen. Mit Schreiben der Beklagten vom 17. März 1999 an Dr. W sei der Rücktritt nochmals bestätigt worden (act. 8 Ad 36; act. 9/6).

bb) Der Kläger bestreitet, dass die Beklagte erst nach dem 8. Dezember 1998 und somit innert vier Wochen vor der Rücktrittserklärung in die IV-Akten Einsicht genommen habe und deshalb spätestens bei dieser Gelegenheit die Verletzung der Anzeigepflicht entdeckt habe. Das Rücktrittsrecht der Beklagte sei spätestens damals mangels Fristwahrung verwirkt (act. 1 Ziff. 37).

b) Ausgehend von einem Fristbeginn am Freitag 11. Dezember 1998 ist die Frist für die Rücktrittserklärung am Freitag 8. Januar 1999 abgelaufen (Art. 77 Abs. 1 Ziff. 2 OR; Nef, a.a.O., Art. 6 N 24).

Der Kläger behauptet zwar, dass die Beklagte die IV-Akten spätestens am 8. Dezember 1998 erhalten habe, aber er hat nicht behauptet, wann genau der Beklagten die IV-Akten zugegangen sein sollen. Er räumt indessen selbst ein, der Aufforderung der Beklagten zur Einreichung einer Kopie des neuesten IV-Entscheids und einer unterzeichneten Vollmacht (vgl. act. 4/15) erst am 10. November 1998 nachgekommen zu sein (act. 1 Ziff. 23). Die Vollmacht des Klägers an die Beklagte betr. Einsichtnahme in die IV-Akten datiert vom 10. November 1998 (act. 4/16). Aus dem Schreiben der SVA des Kantons Zürich vom 9. Dezember 1998 ergibt sich sodann, dass die Anfrage der Beklagten vom 17. November 1998 datiert (act. 9/4); dies deckt sich auch mit der Darstellung der Beklagten (act. 8 Ad 37). Das Begleitschreiben der SVA des Kantons Zürich zu den IV-Akten vom 9. Dezember 1998 (act. 9/4) trägt überdies einen Eingangsstempel der Beklagten "Leistungen, 11. Dez. 1998", womit die Darstellung des Klägers - die Beklagte habe die IV-Akten bis spätestens 8. Dezember 1998 gehabt - aktenmässig widerlegt ist. Dass die Beklagte mit ihrem am 5. Januar 1999 erklärten Rücktritt die am 11. Dezember 1998 beginnende vierwöchige Frist nicht eingehalten hätte, macht selbst der Kläger nicht geltend. Er macht auch nicht geltend, dass ihm die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 5. Januar 1999 nicht bis am 8. Januar 1999 zugegangen sei.

5.a) Der Kläger behauptet, die Beklagte sei eine Tochtergesellschaft der "Y Versicherungen", beide gehörten zur "Y Gruppe" und würden gemeinsam als "Y " auf dem Versicherungsmarkt auftreten und gemeinsam eine umfassende Erwerbsausfallversicherung für Selbständigerwerbende anbieten. Bei den Y Versicherungen würde eine Krankentaggeldversicherung und bei der Beklagten eine ergänzende Erwerbsausfallversicherung abgeschlossen. Beim Abschluss einer solchen kombinierten Versicherung werde regelmässig durch die Y Versicherungen als Krankentaggeldversicherer beim zuständigen Hausarzt ein "ärztlicher Bericht" eingeholt. Diese Tatsache sei

der Beklagten bekannt. Die Beklagte verzichte bei ihren Standardprodukten häufig auf eigene medizinische Abklärungen. Sie mache von ihrem Recht auf Einsichtnahme in medizinische Akten bei der Muttergesellschaft gemäss internen Richtlinien Gebrauch (act. 1 Ziff. 14; act. 17 Ad Ziff. 12.1-2). Es liege eine Situation vor, wo die Mutter- und die Tochtergesellschaft als ein einziger Versicherer betrachtet werden müssten. Vor dem Hintergrund des Konzernverhältnisses der Beklagten und der Y Versicherungen und in Berücksichtigung der Tatsache, dass sich die Beklagte zur Einsichtnahme in medizinische Akten der Muttergesellschaft habe ermächtigen lassen, müssten diejenigen Gefahrstatsachen, die der Muttergesellschaft aus dem Versicherungsvertrag mit dem Kläger bekannt seien, auch der Beklagten zugerechnet werden (act. 1 Ziff. 30; act. 17 Ad Ziff. 30).

Im vorliegenden Fall sei durch die Y Versicherungen eine ärztlicher Bericht eingeholt worden, welcher auch der Beklagten zur Verfügung gestanden habe. Auch wenn die Beklagte von dieser ihr bekannten Informationsmöglichkeit keinen Gebrauch gemacht haben sollte, sei sie gleichwohl so zu stellen, wie wenn sie die vorhandenen Gefahrstatsachen gekannt hätte. Aus dem Vorliegen des ärztlichen Berichts im Zugriffsbereich der Beklagten könne und müsse dessen Inhalt als der Beklagten bekannt vorausgesetzt werden (act. 1 Ziff. 32; act. 17 Ad Ziff. 32). Die 'Y " habe seit dem ärztlichen Bericht von Dr. med. S

vom 21. Februar 1995 Kenntnis über den Gesundheitszustand des Klägers (act. 17 Ad Ziff. 12.1-2). Falls der Umstand, dass der Beklagten der ärztliche Bericht vom 21. Februar 1995 vorgelegen habe, nicht bereits dazu führe, dass die Beklagte schon beim Abschluss des Vertrages die Gefahrstatsachen habe kennen müssen, müsse sie diesen unmittelbar danach zur Kenntnis genommen haben. Aus dem Vorliegen des ärztlichen Berichts im Zugriffsbereich der Beklagten müsse dessen Inhalt als der Beklagten bekannt vorausgesetzt werden. Der am 5. Januar 1999 von der Beklagten erklärte Rücktritt sei daher nicht innert 4 Wochen seit der Kenntnis durch die Beklagte erfolgt (act. 1 Ziff. 36). Die Beklagte müsse sich das Wissen der im ärztlichen Bericht vom 21. Februar 1995 enthaltenen Gefahrstatsachen zurechnen lassen (act. 17 Ad Ziff. 36). Es sei nicht massgebend, welche Gesellschaft der 'Y " wann welchen ärztlichen Bericht eingeholt habe und wann welche Gesellschaft welchen Versicherungsvertrag abgeschlos-

sen habe. Vielmehr sei massgebend, dass der Kläger einen umfassenden Versicherungsschutz für Selbständigerwerbende beansprucht habe, den ihm die 'Y " angeboten habe. Die Kenntnisse der einen Gesellschaft seien unter diesen Umständen der anderen Gesellschaft zuzurechnen (act. 17 Ad Ziff. 12.1-2). Aufgrund des Angebots der "Y " aus einer Hand und der Tatsache, dass der Kläger am selben Tag die zusammenhängenden Anträge für einen umfassenden Versicherungsschutz gestellt habe, sei es der Beklagten im konkreten Fall durchaus zuzumuten gewesen, bei der Risikoprüfung das damit zusammenhängende Dossier mitzubersichtigen. Deshalb müsse sich die Beklagte das Wissen der Y Versicherungen zurechnen lassen (act. 17 Ad Ziff. 14). Entgegen der Ansicht der Beklagten genüge für die Auslösung der Rücktrittsfrist die theoretische Möglichkeit, sich Informationen oder Unterlagen zu beschaffen, aufgrund derer die Beklagte von der Anzeigepflichtsverletzung Kenntnis erhalten hätte, wenn - wie vorliegend - begründeter Anlass für die Einsichtnahme in die genannten Unterlagen bestanden habe. Dieser Anlass habe bereits im Zeitpunkt des Versicherungsabschlusses bestanden, spätestens bei Erbringung der Versicherungsleistungen ab 10. Mai 1997 (act. 17 Ad Ziff. 34). Die Kenntnisse der Muttergesellschaft seien der Beklagte nicht zuletzt deshalb zuzurechnen, weil die internen Richtlinien, wonach die Beklagte Einsicht in die medizinischen Unterlagen der Y Versicherungen Einsicht nehmen könne, dafür geschaffen worden seien, um bei der Bearbeitung eines Versicherungsantrages beachtet zu werden. Unerheblich sei, ob die Beklagte die Information tatsächlich eingeholt habe oder nicht. Die IV-Akten enthielten gegenüber dem Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 keine medizinischen Noven, welche als Gefahrstatsachen zu qualifizieren seien. Ebenso wenig enthalte der Bericht von Dr. med. S vom 5. März 1999 gegenüber seinem Bericht vom 21. Februar 1995 bzw. gegenüber den IV-Akten neue medizinische Tatsachen (act. 17 Ad Ziff. 35). Daher sei der am 5. Januar 1999 erklärte Rücktritt verspätet.

b) Die Beklagte bestreitet nicht, eine Tochtergesellschaft der Y Versicherungen zu sein, stellt jedoch in Abrede, dass sie gemeinsam eine umfassende Erwerbsausfallversicherung anböten, vielmehr böte jede ihre eigenen, teilweise aufeinander abgestimmten Produkte an (act. 8 Ad 14). Der vom Kläger er-

wähnte umfassende Versicherungsschutz sei weder von der 'Y Versicherungen noch von der Beklagten alleine angeboten worden, sondern habe den Abschluss zweier Verträge mit zwei verschiedenen Versicherern bedingt (act. 20 Ad 12). Sie seien zwei verschiedene Gesellschaften, also zwei unabhängige juristische Personen, auch wenn sie Mutter- und Tochtergesellschaft seien und in verschiedenen Bereichen eng zusammenarbeiten würden (act. 8 Ad 30; act. 20 Ad 12). Es treffe zu, dass die 'Y Versicherungen als Krankentaggeld-Versicherer regelmässig einen Bericht des Hausarztes einholen würde. Die Beklagte verzichte mehrheitlich auf eigene medizinische Abklärungen, nämlich dann, wenn die Angaben zum Gesundheitszustand und zu bisherigen Krankheiten keinen Anlass zu weiteren Abklärungen geben würden und auch nicht den Verdachte erweckten, es sei etwas unterschlagen worden. Sie verlasse sich grundsätzlich auf die Richtigkeit der Angaben des Antragstellers. Richtig sei, dass sich die Beklagte im Antragsformular schriftlich ermächtigen lasse, ärztliche Berichte einzuholen und in Akten anderer Versicherer sowie von Amtsstellen Einsicht zu nehmen; dies begründe aber keinerlei Verpflichtung oder Obliegenheit der Beklagten, solche Auskünfte auch tatsächlich einzuholen (act. 8 Ad 14 und Ad 18; act. 20 Ad 14).

Der ärztliche Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 decke tatsächlich die Unrichtigkeit der Angaben des Klägers auf, allerdings nicht gegenüber der Beklagten und nur zum Teil. Der Bericht erwähne nicht, dass der Kläger 1988 fünf Mal und 1990 vier Mal wegen Periarthritis Humeruscapularis sowie 1992 drei Mal wegen Torticollis bei Dr. med. S in Behandlung gewesen sei und die dadurch bedingten Arbeitsunfähigkeiten. Ebensovienig sei die Schnittverletzung im Thoraxbereich vom 6. Juni 1994 erwähnt (act. 8 Ad 16, Ad 26 und Ad 36; act. 20 Ad 11 Absatz 2, Ad 12). Aus den IV-Akten gehe hervor, dass beim Kläger schon im Alter von 14 bis 24 Jahren wiederholt Lähmungserscheinungen beider Schultern aufgetreten seien, dass er 1991 bei einem Raubüberfall in Berlin eine Messerstichverletzung erlitten habe, 1993 an Paraesthesien der rechten Hand gelitten habe und offenbar 1994 bei einer Bombenexplosion durch einen Granatsplitter verletzt worden sei. Die IV-Akten enthielten Informationen, welche auch aus dem Arztbericht vom 21. Februar 1995 nicht hervorgegan-

gen seien (act. 8 Ad 25, Ad 36; act. 20 Ad 11 Absatz 2, Ad 12, Ad 16 Absatz 1 und 2, Ad 25 Absatz 2, Ad 26). Mit Erhalt des Berichtes von Dr. med. S

am 8. März 1999 habe für die Beklagte eine neue Rücktrittsfrist zu laufen begonnen, weshalb der schon vorher am 5. Januar 1999 erklärte Rücktritt mehr als rechtzeitig gewesen sei (act. 8 Ad 36; act. 20 Ad 26). Die Beklagte habe nichts von den Abklärungen der Y Versicherungen gewusst. Sie habe den ärztlichen Bericht vom 21. Februar 1995 zu Händen der Y Versicherungen nicht gehabt. Es sei anzunehmen, dass sie ihn bekommen hätte, wenn sie ihn einverlangt hätte. Der Bericht habe sich nicht in ihrem Zugriffsbereich befunden, und sie habe auch keine Kenntnis davon gehabt, ob und in welchem Umfang die Y Versicherungen Abklärungen im Hinblick auf die Annahme des Antrages getroffen hätten. Die Frist nach Art. 6 VVG laufe zudem erst ab tatsächlicher Kenntnis (act. 8 Ad 32; act. 20 Ad 18). Die theoretische Möglichkeit, sich Informationen oder Unterlagen zu beschaffen, aufgrund derer der Versicherer von der Verletzung der Anzeigepflicht hätte Kenntnis erhalten können, genüge nicht. Ebenso wenig würde ein Verdacht genügen (act. 8 Ad 34). Die Kenntnisse der Y Versicherungen seien der Beklagten nicht zuzurechnen. Die Voraussetzungen für einen Durchgriff oder eine Wissensvertretung lägen nicht vor (act. 8 Ad 35).

c) Der Kläger geht unter Anführung verschiedener Argumente davon aus, dass die Beklagte - wenn nicht selbst, so doch mindestens - aufgrund einer Zurechnung des Wissens der Y Versicherungen vom ärztlichen Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 Kenntnis gehabt habe oder haben müssen. Weil die IV-Akten gegenüber diesem ärztlichen Bericht keine medizinischen Noven enthielten, sei der am 5. Januar 1999 erklärte Rücktritt nicht rechtzeitig erfolgt.

Es ist also im Folgenden zu prüfen, ob die Beklagte gemäss der vom Kläger geltend gemachten Wissenszurechnung bzw. gemäss dessen Argumentation mit dem Konzernverhältnis zwischen der Beklagten und der Y Versicherungen - der Kläger will die Beklagte und die Y Versicherungen als ein einziger Versicherer betrachtet wissen - vom ärztlichen Bericht vom 21. Februar

1995 Kenntnis gehabt hat oder hat haben müssen. In einem weiteren Schritt wird sodann - falls noch nötig - zu prüfen sein, ob gemäss beklagter Argumentation die der Beklagten am 11. Dezember 1998 zugestellten IV-Akten gegenüber dem ärztlichen Bericht vom 21. Februar 1995 nicht doch medizinische Noven enthalten, wodurch am 11. Dezember 1998 eine neue Rücktrittsfrist zu laufen begonnen hätte und die Rechtzeitigkeit des beklagten Vertragsrücktritts vor diesem Hintergrund zu prüfen wäre.

aa) Die Beklagte und die Y Versicherungen sind unabhängige juristische Personen. Unter diesem Aspekt kommt eine Wissenszurechnung grundsätzlich nicht in Frage. Das Wissen einer Person kann einer anderen Person zwar zugerechnet werden, aber nur in gewissen Fällen.

Im Falle der Stellvertretung nach Art. 32 ff. OR muss sich der Vollmachtgeber das Wissen des Bevollmächtigten als eigenes Wissen insoweit anrechnen lassen, als die Vollmacht reicht (Zäch, Berner Kommentar, Bern 1990, OR 32 N 135). Bei einem Geschäftsbetrieb kommt es weiter auf die Bewusstseinslage nicht nur des Vertretenen und des Vertreters an, sondern auch aller weiteren Personen (Angestellte), soweit sie am Tatbestand beteiligt waren oder bei guter Ordnung des Betriebs hätten beteiligt sein sollen. Das Wissen der am Tatbestand (zu Recht) nicht mitwirkenden Betriebsangehörigen ist dem Geschäftsinhaber nicht zuzurechnen (Jäggli, Berner Kommentar, Bern 1966, Art. 3 ZGB N 140). Ein Stellvertretungsverhältnis zwischen der Y Versicherungen und der Beklagten hat aber selbst der Kläger nicht geltend gemacht.

Eine Zurechnung erfolgt sodann im Verhältnis juristische Person - Organ. Gemäss Art. 54/55 Abs. 1 und Abs. 2 ZGB "handeln" juristische Personen durch ihre Organe, d.h. deren "Handlungen" samt allfälligem Verschulden gelten ohne weiteres als entsprechende "Handlungen" der juristischen Person; sie werden dieser an- bzw. zugerechnet. Das gilt aber auch entsprechend für das Ergebnis anderer Einwirkungen auf Organe bzw. für entsprechende Zustände derselben, wie z.B. hinsichtlich des Wissens, sog. Wissensvertretung: Wissen eines Organs gilt als Wissen der betreffenden juristischen Person (Riemer, Berner Kommentar, N 47 ff. zu Art. 54/55 ZGB). Die juristische Person ist aber nicht in dem Sinne wis-

sensfähig, dass sie selber eigene Kenntnis hat, sondern dass der Kenntnisstand ihrer Organe ihr direkt zugerechnet wird (Sieger, Das rechtlich relevante Wissen der juristischen Person des Privatrechts und seine Auswirkungen auf die aktienrechtliche Organhaftung, Diss. Zürich 1979, S. 57). Auch eine Organstellung der Y Versicherungen bei der Beklagten wurde nicht namhaft gemacht.

Da somit diese speziellen Konstellationen nicht vorliegen, findet keine Wissenszurechnung statt.

bb) Wenn der Kläger sodann geltend macht, die Beklagte sei eine Tochtergesellschaft der 'Y Versicherungen', beide gehörten zur "Y Gruppe" und würden gemeinsam als 'Y " auf dem Versicherungsmarkt auftreten, versucht er, allenfalls aus Konzernrecht etwas zu seinen Gunsten abzuleiten.

Die Schweiz verfügt über kein systematisches Konzernrecht. Es gilt daher die formelle Betrachtungsweise, d.h. das Trennungsprinzip: die einzelnen Gesellschaften werden juristisch als separate Einheiten betrachtet; auch eine weitgehende Identität der wirtschaftlichen Interessen von Gesellschaft und Gesellschafter ist grundsätzlich unbeachtlich. Auch das Bundesgericht hat sich gegen eine allgemeine Anwendung des Durchgriffs im Konzern ausgesprochen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Zugehörigkeit zu einem Konzern einfach irrelevant wäre; der blosse Umstand der engen und dauernden Verbindung als solcher erscheint geeignet, die Konzerngesellschaften unter bestimmten Aspekten als rechtliche Einheit zu behandeln. Die einzigen Rechtsfolgen, die sich nach geltendem Recht direkt an den Konzerntatbestand als solchen knüpfen, sind die Transparenzpflichten von Art. 663e ff. OR. Sonst gilt die Regel, dass für die Erzeugung von Rechtsfolgen zusätzliche Voraussetzungen neben dem Konzerntatbestand erfüllt sein müssen. Dabei ist der Konzerntatbestand auch keineswegs einheitlich, sondern je nach Fall kann blosse Beherrschung oder einheitliche Leitung in einem lockeren Sinn genügen, oder aber es wird eine qualifizierte Enge der Beziehung verlangt. Die möglichen Rechtsfolgen sind: der Durchgriff durch die juristische Persönlichkeit auf ein anderes Rechtssubjekt (Durchgriff), die rechtliche Behandlung als Einheit von mehreren oder allen konzernzugehörigen juristischen Perso-

nen (Einheitsbehandlung) oder die Bildung von Vermutungen über gewisse Abläufe oder Gegebenheiten im Fall der Konzernierung (Druey/Vogel, Das schweizerische Konzernrecht in der Praxis der Gerichte, Zürich 1999, S 37 ff.). Es findet in diesem Sinne je nach anzuwendender Norm eine Zurechnung bestimmter Fakten zusätzlich an andere Konzerngesellschaften statt. Dabei braucht es sich nicht um Zurechnung an die Mutter zu handeln, sondern es können auch Umstände einer Tochter zugeordnet werden (Guhl/Druey, Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 2000, § 59 N 46 f.; Böckli, Schweizer Aktienrecht, 2. Auflage, Zürich 1996, N 1177 ff., insbesondere N 1181a und 1182; Dennler, Durchgriff im Konzern, Diss Zürich 1984, S. 41, 47 ff.; Meier-Hayoz, Schweizerisches Privatrecht, Der Konzern, Basel 1997, S. 171; Meier-Hayoz/Forstmoser, Schweizerisches Gesellschaftsrecht, 8. Auflage, Bern 1998, S 44 f.).

Zwischen der Beklagten und der Y Versicherungen besteht unbestrittenermassen ein Konzernverhältnis, die Beklagte ist eine Tochtergesellschaft der Y Versicherungen. Dieser Umstand alleine genügt jedoch noch nicht für die Bewirkung der obgenannten Rechtsfolgen. Die Praxis hat Umstände, die eine Zurechnung bestimmter Fakten an andere Konzerngesellschaften rechtfertigen angenommen etwa im Falle, wo die Geschädigte aufgrund von Werbeunterlagen, die auf das Konzernverhältnis hinwiesen, davon ausgehen durfte, dass die Muttergesellschaft die Tochtergesellschaft in der Aufbauphase mit ausreichenden Mitteln dotieren werde, sich die Muttergesellschaft für ein zuverlässiges und korrektes Geschäftsgebaren der Tochtergesellschaft verbürge und für deren Zuverlässigkeit und Vertrauenswürdigkeit einstehe (BGE 120 II 331 E. 3b und 5b). Hingegen wurde dem Vertretenen das Wissen des bösgläubigen Vertreters nicht zugerechnet, wenn dieser wirtschaftlich identisch mit dem täuschenden Vertragspartner war (BGE 112 II 503). Sodann wurde entschieden, dass das Arbeitsverhältnis nicht unterbrochen werde, wenn es mit der Unternehmung einer wirtschaftlich mit dem Veräusserer identischen juristischen Person in dessen überwiegendem Interesse übertragen werde (BGE 112 II 51 E. 3b). Aufgrund von Art. 55 OR oder Art. 101 OR kann eine Haftung eintreten, wenn die Tochtergesellschaft durch einen Vertrag mit der Muttergesellschaft dazu verpflichtet ist, unmittelbar die Anordnungen und Weisungen der Muttergesellschaft zu befolgen. Um-

gekehrt genügt die blossе Beherrschung nicht (Böckli, a.a.O., N 1181a; Dennler, a.a.O., S. 41 f., 45). Eine juristische Person kann zum Beispiel vorgeschoben werden zur Umgehung der Grundstücksgewinnsteuer oder eines Vorkaufsrechts, zur unerlaubten Risiko- und Haftungsbeschränkung, zur Umgehung eines Konkurrenz- oder Fabrikationsverbots. In Konzernen können die Tochtergesellschaften von der Muttergesellschaft derart beherrscht werden, dass ihnen gegenüber der Muttergesellschaft keine Selbständigkeit mehr zukommt (Meier-Hayoz/Forstmoser, a.a.O., S. 45).

Solche zusätzlichen Voraussetzungen, die zur Erzeugung gewisser Rechtsfolgen neben dem Konzerntatbestand erfüllt sein müssen, sind vorliegendenfalls nicht erfüllt. Der Kläger führt aus, dass er einen umfassenden Versicherungsschutz für Selbständigerwerbende beansprucht habe, den ihm die "Y" angeboten habe. Er führt aber selbst aus, dass dieser umfassende Versicherungsschutz von der Beklagten und der Y Versicherungen zusammen angeboten werde, d.h. die Erlangung des umfassenden Versicherungsschutzes den Abschluss zweier Versicherungsverträge mit zwei Versicherern bedingte. Dies wusste der Kläger bereits zur Zeit des Vertragsabschlusses, denn er hatte für die verschiedenen Versicherungen je separate Fragebogen über den Gesundheitszustand (act. 4/4 und 4/5) auszufüllen. Wenn der Kläger aber wusste, dass er Versicherungsverträge mit zwei verschiedenen Versicherungsgesellschaften abschliessen musste, kann auch nicht mit Fug von einer Einheitsbehandlung der Beklagten mit der Y Versicherungen ausgegangen werden. Auch aus der Tatsache, dass die Beklagte offenbar bei ihren Standardprodukten häufig auf eigene medizinische Abklärungen verzichtet und von ihrem Recht auf Einsichtnahme in medizinische Akten bei der Muttergesellschaft gemäss internen Richtlinien Gebrauch macht, kann der Kläger nichts zu seinen Gunsten ableiten. Denn die Beklagte war seitens der Y Versicherungen (und seitens des Klägers) zwar berechtigt bzw. ermächtigt, in die medizinischen Unterlagen der Y Versicherungen Einsicht zu nehmen, sie war dadurch aber nicht verpflichtet. So dann darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die Beklagte grundsätzlich auf die Angaben des Klägers verlassen durfte und nicht zu einer Nachprüfung seiner Angaben verpflichtet war. Wenn der Kläger weiter geltend macht, der

Arztbericht vom 21. Februar 1995 habe auch der Beklagten zur Verfügung gestanden bzw. habe sich in deren Zugriffsbereich befunden, so ist diesbezüglich festzuhalten, dass die Beklagte den Arztbericht bei der Y Versicherungen, eine von der Beklagten verschiedene, selbständige juristische Person, also von einem Dritten hätte verlangen müssen, was doch mit einem gewissen Aufwand verbunden ist. Der Kläger hat jedenfalls nicht behauptet, dass die Informationen der Y Versicherungen über den Kläger der Beklagten sozusagen per Knopfdruck zur Verfügung gestanden hätten. Deshalb kann der vorliegende Fall auch nicht mit jenen Fällen verglichen werden, in denen der Versicherer Gefahrstatsachen kennt oder kennen muss, weil er an ein zentrales Informationssystem der Versicherer angeschlossen ist (Nef, a.a.O., Art. 8 N 23). Der Kläger hat weiter auch nicht geltend gemacht oder dargelegt, dass die Y Versicherungen die Beklagte derart beherrsche, dass letzterer keine Selbständigkeit mehr zukomme und sich daher eine Einheitsbehandlung der Y Versicherungen und der Beklagten rechtfertigen würde. Schliesslich hat der Kläger auch nicht behauptet, dass die Y Versicherungen der Beklagten mitgeteilt hätte, dass der Kläger ihr gegenüber eine Anzeigepflichtsverletzung begangen habe. Dann nämlich wäre die Beklagte verpflichtet gewesen zu handeln (Nef, a.a.O., Art. 8 N 23). Da nach dem Gesagten die Berufung der Beklagten auf ihre juristische Selbständigkeit auch nicht rechtsmissbräuchlich erscheint, fehlt es so dann an den Voraussetzungen für einen auf Art. 2 ZGB basierenden Zurechnungsdurchgriff (Wissensdurchgriff) bzw. an den für eine Zurechnung des Wissens einer Konzerngesellschaft an eine andere nötigen Umständen. Dass es auch an einer anderen Zurechnungsnorm fehlt, wurde bereits oben ausgeführt.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich die Beklagte das Wissen der Muttergesellschaft nicht anrechnen lassen muss. Unter diesen Umständen aber kann offen bleiben, ob die IV-Akten gegenüber dem ärztlichen Bericht vom 21. Februar 1995 zusätzlich medizinischen Noven enthalten. Der am 5. Januar 1999 erklärte Rücktritt ist somit innert vier Wochen nach Kenntnisnahme der Anzeigepflichtsverletzung durch Vorliegen der IV-Akten am 11. Dezember 1998 erfolgt und war damit rechtzeitig.

d)aa) Weiter macht der Kläger geltend, entgegen der Ansicht der Beklagten lägen keine neuen Erkenntnisse vor, die nicht schon durch den vertrauensärztlichen Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 bekannt gemacht worden seien bzw. die nicht spätestens mit der Ausrichtung der Erwerbsausfallrente mit Wirkung ab 10. Mai 1997 als bekannt zu gelten hätten. Deshalb habe die Rücktrittsfrist für die Beklagte nicht erst mit Zugang der IV-Akten oder gar mit dem Bericht vom 5. März 1999 zu laufen begonnen, sondern am 10. Mai 1997 (act. 17 Ad Ziff. 25 und 26). Spätestens im Frühjahr 1997 müsse sich die Beklagte die fiktive Kenntnis der Anzeigepflichtsverletzung des Hans-Jürg Hoeppli anrechnen lassen, womit die Frist gemäss Art. 6 VVG am 5. Januar 1999 längstens abgelaufen gewesen sei (act. 17 Ad Ziff. 34).

bb) Der Beklagten hat der Bericht von Dr. med. S vom 21. Februar 1995 nicht vorgelegen. Eine Wissenszurechnung findet nach dem oben Gesagten nicht statt. Ebenfalls bereits ausgeführt wurde, dass eine fiktive Kenntnis im Rahmen von Art. 6 VVG nicht relevant ist. Die Beklagte müsste sich das Wissen - auch hinsichtlich Gefahrstatsachen - eines Abschlussagenten als eigenes anrechnen lassen, nicht jedoch jenes eines Vermittlungsagenten (Maurer, a.a.O., S. 209). Es wurde nicht behauptet, dass H Abschlussagent der Beklagten sei. Die Beklagte muss sich daher eine allfällige Kenntnis der Anzeigepflichtsverletzung des H nicht anrechnen lassen.

III. Fazit

Aufgrund der Anzeigepflichtsverletzung des Klägers ist die Beklagte am 5. Januar 1999 rechtsgültig vom Versicherungsvertrag zurückgetreten. Damit ist der Forderung des Klägers die rechtliche Grundlage entzogen. Entsprechend ist die Klage abzuweisen.

D. Widerklage

I. Zuständigkeit

1. Widerklage ist zulässig, wenn das Gericht u.a. auch für den Gegenanspruch sachlich zuständig und für diesen die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist (§ 60 Abs. 1 Satz 1 ZPO; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Auflage, Zürich 1997, § 60 N 5a). So bleibt das Handelsgericht zuständig, wenn der Widerkläger Anspruch gegen eine im Handelsregister eingetragene Firma erhebt und sich der Streitgegenstand auf die Gewerbetätigkeit bzw. die Handelsverhältnisse einer Partei bezieht (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, § 62 N 36 f.). Dabei reicht eine gesetzliche, aber nicht vollzogene Pflicht zur Eintragung für die Begründung der Zuständigkeit nicht aus (Hauser/Schweri, a.a.O., § 62 N 5).

Gemäss § 64 Ziff. 1 GVG können die Parteien, bevor die Klage rechtshängig wird, die Zuständigkeit des Handelsgerichts schriftlich vereinbaren, in Handelssachen mit einem für die Begründung der Zuständigkeit des Handelsgerichts ausreichenden Streitwert, auch wenn im übrigen die Voraussetzungen nach § 62 GVG nicht gegeben sind. Kommt eine gegenseitige Absprache unter den Parteien nicht zu Stande, so bleibt es bei der ursprünglichen Zuständigkeit (Hauser/Schweri, a.a.O., § 64 N 8).

Die Vorschriften über die sachliche und funktionelle Zuständigkeit sind öffentlich-rechtlicher Natur und daher in der Regel zwingenden Rechts. Die gesetzlich gegebene Zuständigkeit kann deshalb durch Prorogation oder Einlassung nicht geändert werden, ausgenommen die genau umschriebenen Einzelfälle von §§ 63 und 64 GVG (Hauser/Schweri, a.a.O., Vorbemerkungen zu §§ 1 ff. N 29 f.). Klagt zum Beispiel ein im Handelsregister nicht eingetragener Käufer nach § 63 Ziff. 1 GVG vor Handelsgericht auf Wandlung, so kann dieses eine Widerklage auf Zahlung des Kaufpreises nur gestützt auf eine vorgängige schriftliche Parteivereinbarung nach § 64 GVG behandeln (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 60 N 9b).

2. Der Kläger ist nicht im Handelsregister als Firma eingetragen. Eine schriftliche Parteivereinbarung über die Zuständigkeit des Handelsgerichts im Sinne von § 64 GVG wurde nicht geltend gemacht.

Sodann können die von der Beklagten gestellten Rechtsbegehren nicht, wie von dieser geltend gemacht, als blosse Nebenbegehren im Sinne von § 25 ZPO bezeichnet werden. Zwar ist § 25 ZPO auch bei Klagenhäufung (§ 58 ZPO) und bei Widerklagen (§ 60 ZPO) anwendbar (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 25 N 5), dies setzt aber gerade das Bestehen einer Widerklage voraus. Nach einem allgemeinen Verfahrensgrundsatz entscheidet der für das Klagebegehren zuständige Richter auch über Vorfragen und Einreden, die als selbständige Klagebegehren zum Zuständigkeitsbereich einer anderen Behörde gehören, dies jedoch lediglich in den Erwägungen, so dass dieser Teil seiner Entscheidung an der Rechtskraft des Endentscheids nicht teil hat. Soll dagegen über den Gegenstand der Vorfrage oder Einrede ein rechtskräftiger Entscheid gefällt werden, so ist er zum Gegenstand eines Klage- bzw. Widerklagebegehrens zu machen und dem hierfür zuständigen Gericht zu überweisen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 6 und 6a). Die Beklagte verlangt die Feststellung, dass sie an die Versicherungsverträge mit dem Kläger nicht gebunden sei. Vorfrageweise wurde diese Frage im Rahmen der vom Kläger geltend gemachten Leistungsklage beantwortet. Da die Beklagte aber an einer, der materiellen Rechtskraft teilhaft werdenden Feststellung über die Gültigkeit des Versicherungsvertrages mit dem Kläger interessiert ist, hat sie eine Widerklage zu erheben, für welche die Voraussetzungen von § 60 ZPO, also auch betreffend Zuständigkeit erfüllt sein müssen.

Damit ist aber die (sachliche) Zuständigkeit des Handelsgerichts mit Bezug auf die Widerklage zu verneinen und demgemäss auf diese nicht einzutreten. Ob - im Hinblick auf eine Überweisung - die weiteren Prozessvoraussetzungen, insbesondere das Feststellungsinteresse betreffend Ziff. 1 des Rechtsbegehrens der Widerklage, gegeben sind, braucht entgegen der Ansicht des Klägers (act. 33 S. 4) nicht weiter geprüft zu werden.

3. Die Beklagte beantragt für den Fall, dass das Handelsgericht auf die Widerklage ganz oder teilweise nicht eintreten sollte, dieselbe an das Bezirksgericht Bülach zu überweisen (act. 30 S. 1 und 6).

Erklärt sich das angerufenen Gericht als unzuständig, wird der Prozess auf Antrag des Klägers dem von ihm als zuständig bezeichneten Gericht überwiesen, wenn dieses nicht offensichtlich unzuständig ist (§ 112 Abs. 1 ZPO). In Gutheissung des Antrages der Beklagten und Widerklägerin ist die Widerklage an das Bezirksgericht Bülach zu überweisen, welches nicht offensichtlich unzuständig ist.

E. Kosten- und Entschädigungsfolgen

1. Der Streitwert der Klage beträgt Fr. 28'000.--, jener der Widerklage Fr. 430'098.--. Es ist vom höheren Streitwert von Fr. 430'098.-- auszugehen (§ 18 Abs. 1 ZPO), eine Zusammenrechnung erfolgt nicht, da sich Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen (§ 19 Abs. 2 ZPO).

2. Die Gerichtskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Obsiegt keine Partei vollständig, werden die Kosten verhältnismässig verteilt (§ 64 Abs. 2 ZPO). Als unterliegende Partei ist auch der Kläger bzw. Widerkläger zu behandeln, auf dessen Klage wegen fehlender Prozessvoraussetzung nicht eingetreten wird. Um das Mass des Obsiegens und Unterliegens einer Partei in einem Prozess mit Widerklage bestimmen zu können, ist die Summe der Streitwerte der Begehren, hinsichtlich deren die Partei obsiegt hat oder unterlegen ist, in Relation zur Summe der Streitwerte von Haupt- und Widerklage zu setzen. Dies gilt auch für den Fall, dass sich - wie vorliegend - Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen (Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., § 64 N 18 und 20). Zu berücksichtigen ist überdies, dass die Prüfung der Klage, insbesondere der präjudizielle Entscheid über den von der Beklagten behaupteten Vertragsrücktritt, im Gegensatz zum Nichteintreten auf die Widerklage sehr aufwendig war; abgesehen davon, dass über letztere noch zu befinden ist und dannzumal auch über deren Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden sein wird.

In Berücksichtigung dieser Umstände ist die Gerichtsgebühr in Anwendung der §§ 3 und 5 der Gerichtsgebührenverordnung auf Fr. 10'000.-- festzusetzen. Zuzufolge der divergierenden Relation von Streitwert und Aufwand sind die Kosten den Parteien je zur Hälfte aufzuerlegen.

3. Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO sind die Prozessentschädigungen wettzuschlagen.

Demgemäss beschliesst das Gericht:

1. Auf die Widerklage wird nicht eingetreten.
2. Der Prozess wird mit Bezug auf die Widerklage an das Bezirksgericht Bülach überwiesen.
3. Die Regelung der Nebenfolgen und Mitteilungen sowie die Rechtsmittelbelehrung erfolgen im Urteilsdispositiv.

Und erkennt sodann:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf:
Fr. 10'000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'092.-- Schreibgebühren
Fr. 684.-- Zustellgebühren
Fr. 120.-- Vorladungsgebühren
3. Die Kosten werden den Parteien je zur Hälfte auferlegt.
4. Es werden keine Prozessentschädigungen zugesprochen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an das Bundesamt für Privatversicherungswesen, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:



Oberrichter Dr. Eric Mazurczak

Die juristische Sekretärin:



lic. iur. Mirjam Balmer