



Kantonsgericht St.Gallen

III. Zivilkammer

Präsidentin Dr. Beatrice Uffer-Tobler, Kantonsrichter Hans Schawalter, Kantonsrichter Dr. Christian Schöbi; Gerichtsschreiberin Dr. Jeanne Malacarne

Entscheid vom 12. November 2012

in der Sache

A.,

**Kläger und
Berufungsbeklagter,**

vertreten von Rechtsanwalt Dr. Jürg Kugler,

gegen

X. Versicherungen,

**Beklagte und
Berufungsklägerin,**

vertreten von Rechtsanwalt Bruno A. Hubatka,

betreffend

Forderung aus Versicherungsvertrag (Krankentaggeld)

Anträge vor Kreisgericht

a) des Klägers

1. (gemäss Klageschrift:) Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf die Police Nr. _____ ab 1.3.2010 ein Taggeld von CHF 263.– oder bis zum Datum der Einreichung der Rechtschrift, eingereicht am 30.6.2010, 122 Tage à CHF 263.–, ergibt CHF 32'086.– zu bezahlen unter Aufrechnung der periodischen Leistungen in gleicher Höhe, nämlich pro Tag CHF 263.–, bis zum Urteilstag. Im Urteil seien die seit Klageeinreichung fällig gewordenen Raten inkl. Zins auf den mittleren Verfall zu berücksichtigen bis zum 17.1.2011 unter der Voraussetzung, dass nicht in der Zwischenzeit eine gesetzliche Subrogation für künftige Leistungen stattfinden wird.
(An Schranken:) Es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger gestützt auf die Police Nr. _____ ab 1.3.2010 und bis zum 17.1.2011 ein Taggeld von CHF 263.– zu bezahlen. Das sind 323 Tage à CHF 263.–, das ergibt CHF 84'949.–.
2. Es sei dem Kläger weiterhin die unentgeltliche Prozessführung unter Verbeiständung durch den unterzeichnenden Rechtsanwalt zu gewähren.
Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

b) der Beklagten

Die Klage sei unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

Entscheid des Kreisgerichts Rorschach vom 20. September 2011

1. Die nachträgliche Prozesseingabe vom 18. Mai 2011 wird aus dem Recht gewiesen.
2. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 65'608.00 zu bezahlen.
3. Es werden keine Gerichtskosten erhoben.
4. Die Beklagte hat den Kläger für Parteikosten mit Fr. 7'775.00 zu entschädigen.
5. Der Staat entschädigt den unentgeltlichen Rechtsvertreter des Klägers mit Fr. 6'578.90.

Anträge vor Kantonsgericht

a) der Beklagten

Es seien Ziffern 1, 2 und 4 des angefochtenen Entscheids aufzuheben und die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge abzuweisen.

b) des Klägers

1. Es sei die Berufung unter Bestätigung des vorinstanzlichen Urteils abzuweisen.
2. Für den Fall, dass die Berufung nicht vollumfänglich abgewiesen wird, sei dem Berufungsbeklagten im prozentualen Umfang ihres Schutzes sowohl für das erst- als auch das zweitinstanzliche Verfahren, soweit die Berufungsklägerin nicht zur Zahlung der Parteientschädigung verpflichtet wird, die unentgeltliche Prozessführung zu gewähren, unter Bestätigung der Verbeiständung des unterzeichnenden Anwaltes als dessen Vertreter für beide Instanzen.
Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Berufungsklägerin.

Erwägungen

I.

1. Der Kläger war Inhaber der Einzelfirma "Firma B." mit Sitz in _____, die im Juni 1996 im Handelsregister eingetragen wurde und im März 2010 infolge Geschäftsausgabe erlosch (Handelsregisterauszug bekl.act. 1). Am 1. Juni 2007 schloss er als Inhaber der Einzelfirma rückwirkend per 1. Januar 2007 bei der Beklagten eine Kollektiv-Krankentaggeldversicherung für sich selbst als versicherte Person ab (Police Nr. _____ [kläg.act. 2]). Dabei wurde für den Fall krankheitsbedingter Erwerbsunfähigkeit ein Krankentaggeld von 80% des Tageslohns auf der Basis eines Jahreslohns von Fr. 120'000.– während 730 Tagen innert 900 Tagen bei einer Wartefrist von 30 Tagen pro Versicherungsfall vereinbart, wobei sich die Höhe der Auszahlung jeweils nach dem Grad der Erwerbsunfähigkeit bemessen sollte. Die Jahresprämie betrug Fr. 2'286.– (kläg.act. 2, S. 2; Allgemeine Bedingungen der Beklagten zum Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag [= Anhang zu kläg.act. 2], insbes. Ziffer B2 und C1/1).

Anfang 2009 wurde beim Kläger – der schon seit längerem von einer hochgradigen Innenohrschwerhörigkeit betroffen war und im Jahr 2006 einen ersten Herzinfarkt erlitten hatte – im Anschluss an einen Treppensturz im Januar 2009 ein Re-Infarkt diagnostiziert. In der Folge litt er unter anderem anhaltend an Schwindel, Synkopen ("Aussetzen"), vegetativen Störungen wie Erbrechen, Schwitzen und Augenflimmern sowie einem Post-Fall-Syndrom (s. zur Krankheitsentwicklung und den medizinischen Befunden die IV-Akten [= Sammelactorum kläg.act. 3] und dort insbes.: interner Bericht Kantonsspital C. vom 20. Mai 2009 zum Konsilium vom 19. Mai 2009, Bericht Kantonsspital C. zu Händen des Vertrauensarztes der Beklagten vom 26. Mai 2009, Austrittsbericht Kantonsspital C. zu Händen von Dr. med. D. vom 9. Juni 2009 sowie Austrittsbericht der Klinik H. zu Händen von Dr. med. D. vom 3. August 2009). In diesem Zusammenhang meldete der Kläger bei der Beklagten am 23. Februar 2009 eine krankheitsbedingte Arbeitsunfähigkeit an (vgl. Klageantwort, S. 4, bekl.act. 2 ff.). Die Beklagte entrichtete dem Kläger in der Folge für die Zeit von 16. Februar 2009 bis 31. Januar 2010 Taggelder im Gesamtbetrag von Fr. 86'264.–, nämlich für 44 Tage (16. Februar bis 31. März 2009) je Fr. 131.50 (bei Annahme einer 50%-igen Arbeitsunfähigkeit) und für 306 Tage (1. April 2009 bis 31. Januar 2010) je Fr. 263.– (bei Annahme einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit; Klageantwort, S. 5 i.V.m. kläg.act. 5 f.). Am 30. Mai 2009 meldete sich der

(damals noch in Amriswil wohnhafte) Kläger bei der IV-Stelle des Kantons Thurgau unter Geltendmachung einer 100%-igen Arbeitsunfähigkeit für eine IV-Rente an (s. Anmeldeformular in IV-Akten Sammelactorum kläg.act. 3).

Am 5. Mai 2009 führte der Kläger – obschon er gemäss ärztlicher Krankenkarte der Beklagten seit Ende März 2009 zu 100% arbeitsunfähig geschrieben war (bekl.act. 6) – einen Rohrreinigungsauftrag aus und beschädigte dabei einen Zaun. Die Beklagte erfuhr davon, weil das involvierte Motorfahrzeug bei ihr haftpflichtversichert war und daher der Schadenfall über sie abgewickelt wurde (Klageantwort, S. 4; bekl.act. 8). Anfang 2010 liess die Beklagte den Kläger durch eine Privatdetektei observieren, wobei er während vier Tagen (3., 8. und 9. Februar sowie 1. März 2010) überwacht sowie an acht Tagen (alle im Februar 2010) Kurzkontrollen unterzogen wurde (bekl.act. 12 und 14). Weitere Aktivitäten des Klägers für seine Rohrreinigungsfirma ergaben sich dabei zwar nicht. Doch zeigte sich, dass der Kläger – der mittlerweile an der _____ in _____ bei seinem Kollegen F. wohnte, welcher in dieser Liegenschaft eine Bäckerei betreibt – regelmässig frühmorgens in der Backstube Hand anlegte sowie Backwaren in ein nahegelegenes Altersheim trug (kläg.act. 12 und 14; Klageantwort, S. 5 f.; s. auch Einvernahmeprotokoll Zeuge F. vi-act. 46, S. 2). Auf den 1. März 2010 – mithin den letzten Tag der Überwachung – lud die Beklagte den Kläger zu einem Gespräch in ihr "Support Center" in St. Gallen ein. Dieses fand zwischen dem Kläger und zwei Vertretern der Beklagten statt, wobei Letztere ein "Besprechungsprotokoll" erstellten, welches sie auch vom Kläger unterzeichnen liessen (bekl.act. 9). Danach berichtete der Kläger, es gehe ihm "sehr schlecht", er habe Mühe mit Sehen und Hören, gelegentlich starre Hände, leide an Schwindel und könne nicht mehr als 50 Meter gehen. Er räumte aber auch ein, er helfe seinem Kollegen in der Bäckerei, reinige zum Beispiel die Bleche, oder mache für diesen manchmal etwas im Garten; wenn "es gut" gehe, könne er zehn Minuten arbeiten, dann müsse er aufhören, da es ihm "flimmere", manchmal müsse er dann eine Stunde Pause machen oder stehe nur da. Die Frage, ob er "heute" für seinen Kollegen "gearbeitet" habe, bejahte er, indem er ausführte: "Am Morgen ein bisschen – etwa ein(e) halbe bis dreiviertel Stunden". Gemäss einem "Nachtrag zum Besprechungsprotokoll vom 1. März 2010" (bekl.act. 11) konfrontierten die Vertreter der Beklagten den Kläger alsdann mit dem Ergebnis der Observation; sie hielten ihm vor, er sei allein im Februar 2010 bei mehr als zehn Kontrollen beobachtet worden, wie er "während mehrerer Stunden" und "ohne sichtbare körperliche Einschränkungen" im Bäckereibetrieb gearbeitet habe, was zeige, dass er "nicht die Wahrheit gesagt" habe. Der Kläger räumte in der Folge auf die Frage, wie er sich dazu stelle, ein, er "gebe zu ... eine Arbeitstätigkeit wahr genommen" zu haben, er wohne seit zirka Oktober/November

2009 bei F. und "verrichte dort Arbeiten". Ebenfalls am 1. März 2010 unterzeichneten die Parteien den folgenden von der Beklagten aufgesetzten Vergleich, wobei sich aus den Parteivorbringen nicht ergibt, ob die Unterzeichnung vor oder nach der Konfrontation mit dem Observationsergebnis erfolgte, die Umstände aber Letzteres nahelegen (bekl.act. 10 [Rechtschreibversehen korrigiert]):

- "1. Herr A. anerkennt, dass er während der Zeit, als er vom Arzt 100% arbeitsunfähig geschrieben war und ist, Arbeitstätigkeiten wahrgenommen hat, die nicht mit den ärztlichen Attesten zu vereinbaren sind.
2. Herr A. ist damit einverstanden, dass der Schadenfall per 01.03.2010 per Saldo aller Ansprüche abgeschlossen wird.
3. Herr A. ist damit einverstanden, dass der Vertrag Nr. _____ aufgrund von Artikel 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag ungültig ist.
4. Herr A. verzichtet ausdrücklich auf einen generellen Leistungsanspruch aus Vertrag Nr. _____.
5. Im Gegenzug verzichtet die X. Versicherungen auf die Rückforderungen eines Teils der Leistungen aus Schadenfall Nr. _____ und auf die Einleitung allfälliger strafrechtlicher Massnahmen.

Herr A. bestätigt, den vorliegenden Vergleich verstanden zu haben. Dieser ist in gegenseitigem Einverständnis zu Stande gekommen.

Ich wurde zu nichts gezwungen und die Verhandlungen mit den verantwortlichen Personen der X. Versicherungen verliefen anständig und höflich."

2. Mit Eingabe vom 29. Juni 2010 reichte der Kläger nach erfolglosem Vermittlungsverfahren (kläg.act. 1) beim Kreisgericht Rorschach eine Klage mit den vorn zitierten Rechtsbegehren ein, deren Ziffer 1 er später an Schranken dahin modifizierte, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm für die Zeit von 1. März 2010 bis 17. Januar 2011 Fr. 84'949.– (Taggelder für 323 Tage à Fr. 263.–) zu bezahlen (vi-act. 1 und 31). Die Beklagte ersuchte in der Klageantwort vom 6. Oktober 2010 und an Schranken um Abweisung der Klage (vi-act. 9 und 32). Mit Verfügung der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, IV-Stelle Thurgau, vom 29. April 2011 wurde dem Kläger unter Annahme eines Invaliditätsgrades von 100% rückwirkend per 1. Januar 2010, mithin auf den Zeitpunkt nach Ablauf der einjährigen Wartefrist, eine ganze IV-Rente zugesprochen (kläg.act. 12). Am 20. September 2011 fällte die Vorinstanz nach durchgeführtem Beweisverfahren (Befragung von Dr. med. D. [Hausarzt des Klägers], E. [Verkäuferin in der Bäckerei F.] sowie F. als Zeugen; vi-act. 45 ff.) ihren Entscheid, den sie am Folgetag im Dispositiv eröffnete (vi-act. 49) und am 20. Dezember 2011 in begründeter Ausfertigung versandte (vi-act. 56). Sie wies vorab eine nachträgliche Eingabe der Beklagten vom 18. Mai 2011 aus dem Recht (Ziffer 1). Die Klage hiess sie im Umfang von Fr. 65'608.– (Fr. 84'949.– abzüglich Fr. 19'341.– [Anspruchsreduktion aufgrund von Nachzahlungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung, s. dazu nachfolgend E. III.5]) gut (Ziffer 2). Gerichtskosten wurden gestützt auf aArt. 85 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 VAG (AS 2005 5269) keine erhoben (Ziffer 3), und die Beklagte wurde verpflichtet, den Kläger mit Fr. 7'775.– für die

Hälfte seiner Parteikosten zu entschädigen (Ziffer 4). Zudem wurde dem Rechtsvertreter des Klägers zufolge unentgeltlicher Prozessführung eine Entschädigung des Staates von Fr. 6'578.90 zugesprochen (Ziffer 5).

3. Am 1. Februar 2012 erhob die Beklagte Berufung beim Kantonsgericht mit dem Antrag, es seien die Ziffern 1, 2 und 4 des erstinstanzlichen Entscheids aufzuheben und die Klage abzuweisen (B/1). Mit Berufungsantwort vom 16. März 2012 ersuchte der Kläger um Abweisung der Berufung (B/9). Zugleich stellte er den Antrag, falls die Berufung nicht vollumfänglich abgewiesen werde, sei ihm für das erst- und zweitinstanzliche Verfahren insoweit die umfassende unentgeltliche Rechtspflege zu gewähren, als nicht die Beklagte dazu verpflichtet werde, ihm die Parteikosten zu ersetzen. Mit Brief vom 20. März 2012 wurde den Parteien mitgeteilt, dass voraussichtlich ohne Verhandlung und ohne zweiten Schriftenwechsel aufgrund der Akten entschieden werde (B/11).

II.

1. Der angefochtene Entscheid wurde nach Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung (1. Januar 2011) eröffnet. Unter Vorbehalt der nachfolgenden Erwägung 2 richtet sich daher das vorliegende Berufungsverfahren – anders als das erstinstanzliche Verfahren, welches noch st. gallischem Prozessrecht unterstand – nach neuem Verfahrensrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

2. Anders als das frühere Verfahrensrecht sieht die st. gallische Ausführungsgesetzgebung zur im vorliegenden Rechtsmittelverfahren anwendbaren Schweizerischen Zivilprozessordnung für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung – und um eine solche Streitigkeit handelt es sich hier (s. VOCK, Basler Kommentar, N 6 zu Art. 7 ZPO) – nur noch eine kantonale Instanz (Versicherungsgericht) und damit keinen kantonalen Instanzenzug mehr vor (Art. 9 EG-ZPO i.V.m. Art. 7 ZPO, der eine solche Regelung erlaubt). Hier stellt sich daher die Frage, ob der erstinstanzliche Entscheid direkt beim Bundesgericht anfechtbar gewesen wäre. In BGer 4A_153/2011 und 4A_416/2011 trat das Bundesgericht in Verfahren betreffenden Krankentaggelder, die unter altem Verfahrensrecht eingeleitet und unter neuem erstinstanzlich entschieden worden waren, auf Beschwerden gegen den erstinstanzlichen Entscheid ein. Beide Fälle unterschieden sich vom vorliegenden Fall jedoch insofern, als auf kantonomer Ebene das jeweilige Sozialversicherungsgericht entschieden hatte, welches unter altem Recht erste Instanz war und unter neuem einzige kantonale Instanz sowie in der

jeweiligen kantonalen Gerichtshierarchie ein oberes Gericht ist. Damit war Art. 75 BGG Genüge getan, der bestimmt, dass die Beschwerde an das Bundesgericht (nur) gegen Entscheide letzter kantonalen Instanzen zulässig ist (Abs. 1) und von den Kantonen "obere Gerichte" als solche einzusetzen sind (Abs. 2; in diesem Sinne BGer 4A_416/2011 E. 1.2). Im vorliegenden Fall entschied erstinstanzlich das Kreisgericht und damit kein "oberes Gericht", weshalb davon auszugehen ist, dass das Bundesgericht auf eine direkte Beschwerde nicht eintreten würde und es daher eines kantonalen Instanzenzugs bedarf. Die kantonale Berufung ist damit zulässig, wobei mangels abweichender Regelung das Kantonsgericht Berufungsinstanz ist (Art. 16 Abs. 1 EG-ZPO), und nicht etwa das Versicherungsgericht, welches unter neuem Recht in Streitigkeiten wie der vorliegenden als einzige kantonale Instanz amtiert (s. vorn).

Damit, und da auch die weiteren von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen des Berufungsverfahrens erfüllt sind (Art. 59 f., Art. 308 Abs. 1 lit. a und Abs. 2, Art. 311 ZPO), ist auf die Berufung einzutreten. Für die Beurteilung zuständig ist die III. Zivilkammer (Art. 14 Abs. 1 lit. d GO).

3. Mit der Berufung nach Art. 308 ff. ZPO kann die unrichtige Rechtsanwendung oder die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO).
4. Grundsätzlich sind im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und neue Beweismittel nur zulässig, wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgetragen werden konnten sowie ohne Verzug geltend gemacht werden (Art. 317 Abs. 1 ZPO). Dies gilt entgegen der Ansicht der Beklagten (Berufung, S. 3) auch dann, wenn auf das erstinstanzliche Verfahren noch kantonales Prozessrecht anwendbar war und dieses – wie die Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen – für das Berufungsverfahren ein Novenrecht vorsah (Art. 227 Abs. 2 ZPO/SG); denn auf einen übergangsrechtlichen Vorbehalt zugunsten des in dieser Hinsicht allenfalls weniger strengen kantonalen Rechts hat der Gesetzgeber verzichtet (s. dazu FREIBURGHaus/AFHELDT, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 5 zu Art. 405 ZPO). Ob es sich allenfalls in Ausnahmefällen mit ausgesprochen langer erstinstanzlicher Prozessdauer, die nicht der betroffenen Partei anzulasten ist, rechtfertigen könnte, von Art. 317 Abs. 1 ZPO abzuweichen, kann hier offen bleiben. Denn der vorliegende Prozess wurde nur gerade sechs Monate vor Inkrafttreten der Schweizerischen Zivilprozessordnung, nämlich Ende Juni 2010, anhängig gemacht, weshalb die Parteien in jedem Fall damit rechnen mussten, dass auf ein allfälliges Rechtsmittelverfahren neues Ver-

fahrensrecht anwendbar sein würde, und sie es in der Hand hatten, ihre erstinstanzlichen Prozesshandlungen darauf auszurichten.

Eine andere, in der Literatur und Rechtsprechung kontrovers beantwortete Frage ist, ob in Fällen, in denen – wie hier (s. dazu sogleich [E. 5]) – die beschränkte Untersuchungsmaxime gilt, aufgrund von Art. 229 Abs. 3 ZPO (auch) im Berufungsverfahren neue Tatsachenbehauptungen und Beweismittel bis zur Urteilsberatung zu berücksichtigen sind (verneinend: MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, S. 490; HOHL, Procédure Civil, Tome II, 2^e éd., Berne 2010, N 2410, N 2415; Obergericht des Kantons Zürich, I. Zivilkammer, Entscheide vom 27. Mai 2011 [ZR110/2011 Nr. 96] und 27. März 2012 [ZR 111/2012 Nr. 35]; bejahend u.a.: SEILER, Die Berufung nach der Schweizerischen Zivilprozessordnung, N 1263 f.; LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, N 12.53; REETZ/HILBER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., N 70 zu Art. 317 ZPO; Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, Entscheid vom 6. Dezember 2011 [ZR 110/2011 Nr. 112]). Wie nachfolgend noch zu zeigen ist (E. III.1 und 5), ist diese Frage vorliegend für den Verfahrensausgang nicht relevant, weshalb sie letztlich offen bleiben kann.

5. Für Streitigkeiten aus Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung sieht die Schweizerische Zivilprozessordnung – wie schon das frühere Recht – ein vereinfachtes Verfahren mit beschränkter Untersuchungsmaxime vor (Art. 243 ff. ZPO, insbes. Art. 243 Abs. 2 lit. f und Art. 247 ZPO; s. zum früheren Recht aArt. 85 Abs. 2 VAG).

III.

1. Die Beklagte ersucht um Aufhebung von Ziffer 1 des erstinstanzlichen Entscheids, mit der ihre nachträgliche Prozesseingabe vom 18. Mai 2011 – gemeint sind die an der Hauptverhandlung eingereichten bekl.act. 15-19, aus denen sie eine Anspruchsreduktion herleitet, die über der von der Vorinstanz berücksichtigten liegt – aus dem Recht gewiesen wurde (vi-Entscheid, S. 5 ff. und 12 sowie Berufung, S. 4). Indem die Beklagte diesen Verfahrensentscheid – der formell nicht zum Endentscheid gehört – beanstandet, macht sie implizit eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und, als Folge davon, eine unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend. Wie es sich damit – insbesondere im Lichte der vorliegend anwendbaren beschränkten Untersuchungsmaxime – verhält, kann ebenso offen bleiben wie die Frage, ob die betreffenden Parteiakten al-

lenfalls gestützt auf Art. 229 Abs. 3 ZPO im Berufungsverfahren zuzulassen wären (s. dazu vorn E. II.4). Denn wie nachfolgend zu zeigen ist (E. 5), kann die Anspruchsreduktion aufgrund der Verfügung der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, IV-Stelle Thurgau, vom 29. April 2011, welche die Beklagte als bekl.act. 15 zu den Akten gereicht hat, berechnet werden, und ist nicht ersichtlich, inwiefern die Parteiakten bekl.act. 16-19 am Ergebnis etwas ändern sollten. Die IV-Verfügung vom 29. April 2011 wiederum wurde auch vom Kläger – und zwar rechtzeitig – als kläg.act. 12 zu den Akten gereicht (s. vi-Entscheid, S. 6), weshalb sie bei der Entscheidung ungeachtet dessen berücksichtigt werden kann, ob sie von der Beklagten rechtzeitig oder verspätet eingereicht wurde. Auf den Antrag der Beklagten, Ziffer 1 des erstinstanzlichen Entscheids sei aufzuheben, ist bei dieser Sachlage nicht einzutreten, da es an einem schützenswerten Interesse fehlt (Art. 59 Abs. 2 lit. a ZPO).

2.a) Zusatzversicherungen zur sozialen Krankenversicherung unterstehen den Bestimmungen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (VVG [SR 221.229.1]; STOESEL, Basler Kommentar zum VVG, Allgemeine Einleitung N 22; Art. 12 Abs. 3 i.V.m. Abs. 2 KVG). Gemäss Art. 40 VVG – der die Marginalie "Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches" trägt – ist der Versicherer unter anderem dann, wenn der Anspruchsberechtigte (oder sein Vertreter) Tatsachen, welche die Leistungspflicht ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt oder verschweigt, gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden. Die Bestimmung setzt nach der Lehre und Rechtsprechung voraus, dass vom Anspruchsberechtigten (oder seinem Vertreter) Fakten unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen werden, dass diese Fakten geeignet sind, die Leistungspflicht des Versicherers zu begründen oder zu erhöhen respektive auszuschliessen oder zu mindern, und dass der Anspruchsberechtigte (oder sein Vertreter) beabsichtigt, die Versicherung mit diesem Vorgehen zu täuschen, um daraus einen Vermögensvorteil zu erlangen. Nicht erforderlich ist, dass die beabsichtigte Täuschung auch wirklich eintritt oder gar zu einer Leistung führt. Der Versicherer hat das Vorliegen aller Tatbestandselemente zu behaupten und zu beweisen, wobei die Täuschungsabsicht – als innere Tatsache – in der Regel nur indirekt über Indizien nachgewiesen werden kann (vgl. zum ganzen: SARBACH, Vertragsrechtliche Folgen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches gemäss Art. 40 VVG, in: Recht 2006, S. 180 ff., insbes. S. 181, und NEF, Basler Kommentar, N 8 ff., N 56 ff. zu Art. 40 VVG). Sind alle Tatbestandselemente erfüllt, ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten "an den Vertrag nicht gebunden". Lehre und Praxis leiten daraus das Recht des Versicherers ab, die Leistung zu verweigern und – wenn der betrügerische Anspruchsteller zugleich Versicherungsnehmer ist –

vom Vertrag zurückzutreten (BSK-NEF, N 44 ff. zu Art. 40 VVG). Ob beim Vertragsrücktritt das Dahinfallen des Vertrags auf den Zeitpunkt des Eintritts des Versicherungsfalls oder auf den Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung zurückzubeziehen ist, wird in der Doktrin nicht einheitlich beantwortet, kann aber hier mangels Relevanz offen bleiben (s. dazu BSK-NEF, N 53 zu Art. 40 VVG und SARBACH, a.a.O., S. 181 ff., je mit Hinweisen).

b) Die Leistungspflicht der Beklagten aus dem mit dem Kläger abgeschlossenen Krankentaggeldversicherungsvertrag setzt eine krankheitsbedingte Erwerbsunfähigkeit des Versicherten voraus, wobei sich die Höhe des Taggelds nach deren Grad bemisst (Allgemeine Bedingungen der Beklagten zum Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag [= Anhang zu kläg.act. 2], Ziffern B2 und C1/1). Hier bestehen aufgrund der umfangreichen medizinischen Akten im Sammelactorum kläg.act. 3 (= IV-Akten) keine Zweifel, dass der Kläger aus medizinischer Sicht wegen der vorn (E. I.1) beschriebenen gesundheitlichen Störungen ab dem Zeitpunkt des zweiten Herzinfarkts bis Ende März 2009 jedenfalls über keine 50% überschreitende Erwerbsfähigkeit verfügte und er danach bis Ende 2009 zu 100% erwerbsunfähig war. Es ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf die nachfolgenden ärztlichen Berichte und Bescheinigungen aus den IV-Akten zu verweisen, die dem Kläger einhellig eine dementsprechende Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit attestieren: Bescheinigung Dr. med. D. zu Händen der Beklagten vom 17. März 2009; Bericht Dr. med. D. an die Beklagte vom 28. April 2009; Bericht Kantonsspital C. an den Vertrauensarzt der Beklagten vom 26. Mai 2009, insbes. S. 2; Bescheinigung Spital C. zu Händen der Beklagten vom 18. Juni 2009; Bescheinigung Dr. med. D. zu Händen der Beklagten vom 10. Juli 2009; Bericht Dr. med. D. zu Händen der Eidgenössischen Invalidenversicherung vom 13. Juli 2009; Berichte G. vom 4./14. September 2009 an die Beklagte respektive die Klinik H.; Bericht Dr. med. D. an die Beklagte vom 9. Oktober 2009; s. auch Case Report des Amtes für AHV und IV des Kantons Thurgau vom 7. Dezember 2009, insbes. Verlaufsrapport S. 8. Weiter ist aufgrund der IV-Akten davon auszugehen, dass sich der Gesundheitszustand des Klägers im Jahr 2010 nicht wesentlich veränderte und insbesondere nicht verbesserte und er daher aus medizinischer Sicht auch von Januar 2010 bis 17. Januar 2011 zu 100% erwerbsunfähig war. Zu verweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf den Austrittsbericht der G. zu Händen der Klinik H. vom 14. September 2009 (bei IV-Akten), in welchem dem Kläger für die zuletzt ausgeübte Tätigkeit eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt und festgehalten wird, Perspektiven für eine gestufte und adaptierte Wiedereingliederung bestünden bei den gegebenen Defiziten nicht (S. 2 unten, mit Verweis auf den [nicht bei den Akten befindlichen] Austrittsbericht Berufstherapie), sowie

den Brief der IV-Stelle des Kantons Thurgau vom 7. Dezember 2009 an den Kläger (ebenfalls bei IV-Akten), wonach keine beruflichen Eingliederungsmassnahmen möglich seien. Dass der Kläger ab dem Zeitpunkt des zweiten Herzinfarkts bis Ende März 2009 über keine 50% überschreitende Erwerbsfähigkeit verfügte und er danach zu 100% erwerbsunfähig war, hat sein Hausarzt Dr. med. D. auch als Zeuge bestätigt. Zugleich führte dieser im Zeugenstand aus, er habe den Kläger zu einer Beschäftigungstherapie motiviert, was jedoch nichts daran ändere, dass er diesen als erwerbsunfähig erachte; der Kläger sei in seiner Mobilität (Stehen und Gehen) eingeschränkt und leide neben den Hörschwierigkeiten an Schwindelanfällen, Konzentrationsstörungen, einer Vigilanzminderung sowie kognitiven Defiziten und habe ihn in der hier massgebenden Zeit mehrfach wegen Sturzfolgen konsultiert, so am 18. Februar 2010, 12. März 2010, 25. Mai 2010 (Sturz mit Brustbeinprellung) und 25. Juni 2010 (Kollaps im Garten; Einnahmeprotokoll Zeuge Dr. med. D., S. 3-5). Dies alles deckt sich auch mit dem Umstand, dass dem Kläger wie erwähnt mit Verfügung der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, IV-Stelle Thurgau, vom 29. April 2011 unter Annahme eines Invaliditätsgrades von 100% rückwirkend per 1. Januar 2010, mithin auf den Zeitpunkt nach Ablauf der einjährigen Wartefrist, eine ganze IV-Rente zugesprochen wurde (kläg.act. 12).

Dass der Kläger in der hier massgebenden Zeit – aus medizinischer Sicht – im vorndargelegten Sinn erwerbsunfähig war, ist damit offenkundig. Zu prüfen bleibt, ob er dennoch – wie die Beklagte unter Berufung auf das Observationsergebnis geltend macht – einer Erwerbstätigkeit nachgegangen ist.

c) Der Kläger bestreitet nicht, dass er am 5. Mai 2009 mit seiner Einzelfirma Rohrreinigungsarbeiten ausführte. Er stellt auch nicht in Abrede, dass er – wie durch die von der Beklagten mandatierte Privatdetektei festgestellt – im Februar/März 2010 im Bäckerbetrieb von F. ausgeholfen hat. Er vertritt aber den Standpunkt, Ersteres sei ein gescheiterter Arbeitsversuch gewesen und Letzteres eine blosser Beschäftigungstherapie (insbes. Klage, S. 4 ff.).

Eine über den Einsatz vom 5. Mai 2009 hinausgehende Tätigkeit des Klägers für seine Einzelfirma wird von der Beklagten weder substantiiert behauptet noch belegt. Sie äusserte im erstinstanzlichen Verfahren nur die pauschale Vermutung, der Kläger habe wohl noch weitere Aufträge ausgeführt, wozu sie in der Duplik den unbeachtlichen – da auf einen unzulässigen Ausforschungsbeweis hinauslaufenden – Beweisantrag stellte, der Kläger sei zu verpflichten, "die Geschäftsbücher aus dem Jahre 2008 und 2009 voll-

ständig zu edieren" (Duplik, S. 6; s. dazu Art. 161 Abs. 1 lit. f ZPO/SG sowie LEUENBERGER/UFFER-TOBLER, Kommentar zur Zivilprozessordnung des Kantons St. Gallen, N 7a zu Art. 161 ZPO/SG, mit weiteren Hinweisen). Es ist daher davon auszugehen, dass der Einsatz vom 5. Mai 2009 ein einmaliger und gescheiterter Arbeitsversuch war.

Zu prüfen bleibt, wie die Arbeiten des Klägers für F. einzustufen sind. In dieser Hinsicht fällt vorab in Betracht, dass der Kläger mit F. seit der Kindheit befreundet ist und ihn dieser – wie sich aus seiner Zeugenaussage ergibt – in Absprache mit der G. nicht als Arbeitskraft, sondern aus sozialen Gründen bei sich aufgenommen hat und ihn auch in diesem Sinn betreut (Einvernahmeprotokoll Zeuge F. vi-act. 46, S. 2 und 4; s. zur Absprache mit der G. auch Klage, S. 4 unten [unbestritten]). Der Zeuge führte aus, der Kläger sei nicht bei ihm, weil er ihn "brauche", sondern weil er ja "irgendwo sein" müsse; man habe sich immer gegenseitig geholfen, und als der Kläger im Spital C. gewesen sei, habe er ihm gesagt, wenn "alle Stricke reissen", könne er zu ihm kommen, was nach dem Aufenthalt in der Klinik Zihlschlacht dann aktuell geworden sei. Der Zeuge gab zudem glaubhaft an, dass er dem Kläger keinen Lohn ausbezahlt und dieser zu keiner Arbeitsleistung verpflichtet ist, sondern ohne zeitliche Vorgaben im Bäckereibetrieb und Garten aushilft, wenn und soweit es seine gesundheitliche Verfassung erlaubt, und er bei Ausfällen denn auch nicht ersetzt werden muss, da die von ihm wahrgenommenen Arbeiten – wenn sie auch eine gewisse Entlastung mit sich bringen – durch das bestehende Personal nebenbei erledigt werden können. Der Zeuge erklärte weiter, die Verfassung des Klägers sei nicht jeden Tag gleich; es komme vor, dass es ihm nicht gut gehe und er nicht erscheine. Man müsse ihm seine Arbeiten "vorgeben", wobei er den Grundablauf inzwischen kenne, doch habe er Mühe, sobald es "etwas mehr" sei (Einvernahmeprotokoll Zeuge F. vi-act. 46, S. 2 f.). Von einer Erwerbstätigkeit im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses – welches neben Entgeltlichkeit im Sinne eines Austauschverhältnisses die Eingliederung des Arbeitnehmers in die Arbeitsorganisation des Arbeitgebers sowie ein umfassendes Weisungsrecht des Letzteren voraussetzen würde – kann unter diesen Umständen keine Rede sein (s. Art. 319 OR sowie – anstelle Vieler – STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl., N 2 ff. zu Art. 319 OR). Daran ändert auch nichts, dass F., wie er als Zeuge weiter einräumte, den Kläger unentgeltlich bei sich wohnen lässt. Denn nach den übrigen Ausführungen des Zeugen zu schliessen geschieht dies weniger im Sinne eines arbeitsrechtlichen Austauschverhältnisses als vielmehr aus freundschaftlicher Fürsorge, und liesse er den Kläger wohl auch dann unentgeltlich bei sich wohnen, wenn ihm dieser nicht zu Hand gehen könnte. Von einer eigentlichen Beschäftigungstherapie, wie der Kläger geltend macht (Klage, S. 7 f.), kann zwar auf der anderen Seite ebenfalls nicht gesprochen werden. Seine Leistungen

rücken aber immerhin in die Nähe einer solchen, indem er sich damit nicht nur gegenüber F. erkenntlich zeigen kann, sondern zugleich eine seinen gesundheitlichen Defiziten angepasste sinnvolle Beschäftigung hat. Mit Letzterem kommt er denn auch dem ausdrücklichen Ratschlag seines Hausarztes nach (s. vorn E. 2.b und Einvernahmeprotokoll Zeuge Dr. med. D. vi-act. 45, S. 4 unten).

Daraus folgt, dass es hier schon an der Voraussetzung fehlt, dass der Kläger der Beklagten Tatsachen verschweig, die ihre Leistungspflicht ausgeschlossen oder vermindert hätten: Er ging weder einer Erwerbstätigkeit nach, noch kann davon ausgegangen werden, dass er der Beklagten eine auf dem Arbeitsmarkt verwertbare Resterwerbsfähigkeit verschieg. An diesem Schluss vermag auch das Ergebnis der von der Beklagten in Auftrag gegebenen Observation nichts zu ändern: Die DVD-Aufnahmen bekl.act. 12 dokumentieren nur, wie der Kläger verschiedentlich auf der Strasse unterwegs war, und lassen nicht auf eine Erwerbstätigkeit schliessen. Der "Ermittlungs- und Observationsbericht" bekl.act. 14 zeigt zwar auf, dass der Kläger im Bäckereibetrieb von F. ausgeholfen hat; dass seine Mithilfe weiterging, als F. als Zeuge bestätigt hat, ergibt sich daraus aber nicht.

d) Schliesslich ist auch nicht dargetan, dass der Kläger der Beklagten die Beschäftigung bei F. verschieg, um diese zu täuschen und daraus einen Vermögensvorteil zu erlangen, womit es (auch) an diesem subjektiven Tatbestandsmerkmal fehlt. Zwar fällt zugunsten der beweisbelasteten Beklagten in Betracht, dass die Täuschungsabsicht – wie vorn dargelegt – als innere Tatsache in der Regel nur indirekt über Indizien nachgewiesen werden kann. Solche Indizien sind hier indes nicht ersichtlich und werden von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Stattdessen fällt auf, dass der Kläger an der Besprechung vom 1. März 2010 im "Support Center" der Beklagten – noch bevor er über die Observation informiert und mit deren Ergebnis konfrontiert wurde – auf die blosse Frage, welche Arbeiten ihm "noch möglich" seien, von sich aus erzählte, er helfe seinem Kollegen in der Bäckerei, reinige zum Beispiel die Bleche, oder helfe manchmal auch im Garten, und er auch die weitere Frage, ob er am gleichen Tag für seinen Kollegen gearbeitet habe, offen bejahte (bekl.act. 9, S. 3). Dies ist ein klares Indiz, dass der Kläger gerade nicht das Bewusstsein hatte, der Beklagten in dieser Hinsicht etwas Wesentliches zu verschweigen, woran auch nichts zu ändern vermag, dass er im fraglichen Gespräch bei der Schilderung seines Gesundheitszustands wohl untertrieb. Ebenfalls klar gegen eine Täuschungsabsicht spricht weiter der Umstand, dass der Kläger auch gegenüber seinem Hausarzt – der seinerseits regelmässig mit der Be-

klagten in Kontakt stand (s. IV-Akten) – angab, er helfe im Betrieb von F. aus (Zeugeneinvernahmeprotokoll Dr. med. D. vi-act. 45, S. 3 f.).

e) Daraus folgt im Sinne eines Zwischenergebnisses, dass keine betrügerische Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vorliegt und es der Beklagten daher nicht offen gestanden wäre, gestützt auf diese Bestimmung vom Vertrag zurückzutreten und ihre Leistung zu verweigern.

3. Zu prüfen bleibt, ob die Beklagte die Leistung der hier eingeklagten Taggelder für 1. März 2010 bis 17. Januar 2011 gestützt auf die Vereinbarung vom 1. März 2010 verweigern kann. Der Kläger verneint dies und macht geltend, diese Vereinbarung sei für ihn unverbindlich, da ihn die Beklagte durch absichtliche Täuschung und Drohung zu deren Abschluss verleitet respektive bestimmt habe (insbes. Klage, S. 6 ff.), was die Beklagte ihrerseits in Abrede stellt (insbes. Klageantwort, S. 6 ff.).

a) Gemäss Art. 23 OR ist ein Vertrag für denjenigen unverbindlich, der sich beim Abschluss in einem wesentlichen Irrtum befand. Ist ein Vertragsschliessender durch absichtliche Täuschung seitens des andern Vertragspartners zum Vertragsschluss verleitet worden, ist der Vertrag für ihn gemäss Art. 28 Abs. 1 OR auch dann nicht verbindlich, wenn der erregte Irrtum kein wesentlicher war. Weiter ist ein Vertrag gemäss Art. 29 f. OR für denjenigen unverbindlich, der durch Erregung begründeter Frucht zu dessen Abschluss bestimmt wurde.

Ein wesentlicher Irrtum im Sinne von Art. 23 OR liegt insbesondere vor, wenn der Irrende einem Erklärungsirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 OR oder einem Grundlagenirrtum im Sinne von Art. 24 Abs. 1 Ziff. 4 OR unterlag. Ein Grundlagenirrtum setzt voraus, dass der Irrtum einen Sachverhalt betrifft, den der Irrende als notwendige Grundlage des Vertrags betrachtet hat, indem dieser unerlässliche Voraussetzung dafür war, dass er diesen überhaupt schloss (subjektives Merkmal), und er den fraglichen Sachverhalt nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte (objektives Merkmal). Fehlt es zumindest an einem dieser qualifizierenden Merkmale, liegt bloss ein unwesentlicher Motivirrtum vor (s. zum Ganzen GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl., N 761 ff., N 775 ff.).

Absichtliche Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR setzt ein täuschendes Verhalten des Vertragspartners voraus, das in der Vorspiegelung falscher oder im Verschweigen vorhandener Tatsachen bestehen kann. Letzteres liegt unter anderem vor, wenn

der Vertragspartner nach Treu und Glauben zur Aufklärung des Irrenden verpflichtet gewesen wäre, dies aber unterliess. Dabei kann sich die Aufklärungspflicht aus einem Informationsvorsprung ergeben haben, indem der Verpflichtete hinsichtlich der in Frage stehenden Umstände besonders kundig, der Irrende hingegen besonders unkundig war. Die Täuschung muss absichtlich erfolgt sein, wobei *dolus eventualis* genügt; zudem muss sie für die Abgabe der Willenserklärung kausal gewesen sein (SCHWENZER, Basler Kommentar, N 3 ff. zu Art. 28 OR; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 854 ff., s. insbes. zur Aufklärungspflicht N 863).

Den Regeln über die Willensmängel untersteht grundsätzlich auch der – gerichtliche oder aussergerichtliche – Vergleich. Beruft sich der Irrende auf einen Grundlagenirrtum, ist allerdings zu beachten, dass sich dieser nicht auf bestrittene oder ungewisse Punkte beziehen darf, die durch den Vergleich gerade geregelt werden sollten. Als Umstände, deren irrtümliche Würdigung die Unverbindlichkeit des Vergleichs zu begründen vermag, fallen vielmehr nur solche in Betracht, die von beiden Parteien oder doch von einer Partei, nämlich der irrenden, mit Wissen der Gegenpartei dem Vergleich als feststehend zugrunde gelegt wurden (GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, a.a.O., N 938 ff.; BSK-SCHWENZER, N 26 zu Art. 24 OR a.E.; SCHMIDLIN, Berner Kommentar, N 354 ff. zu Art. 23/24 OR, je mit weiteren Hinweisen, insbesondere auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts).

b) Hier erklärte der Kläger mit Unterzeichnung der Vereinbarung vom 1. März 2010 (bekl.act. 10), er sei "damit einverstanden", dass der dem vorliegenden Streit zugrunde liegende Versicherungsvertrag "aufgrund von Artikel 40 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag ungültig" sei, verzichte "ausdrücklich auf einen generellen Leistungsanspruch" aus diesem Vertrag und sei damit "einverstanden, dass der Schadenfall per 01.03.2012 per Saldo aller Ansprüche abgeschlossen" werde (Ziffern 2 bis 4). Die Beklagte ihrerseits gab "im Gegenzug" dazu die Erklärung ab, "auf die Rückforderungen eines Teils der Leistungen ... und ... die Einleitung allfälliger strafrechtlichen (recte: strafrechtlicher) Massnahmen" zu verzichten (Ziffer 5). Vor diesem Hintergrund bestehen keine Zweifel, dass der Kläger den Vergleich in der – nach dem vorn Dargelegten falschen – Annahme unterschrieb, die Beklagte könnte andernfalls alle bereits geleisteten Zahlungen von ihm zurückfordern und strafrechtliche Schritte gegen ihn einleiten. Ein anderer vernünftiger Grund, der ihn dazu hätte veranlassen können, auf künftige Taggeldleistungen zu verzichten, ist nicht ersichtlich und wird von der Beklagten auch nicht geltend gemacht. Es liegt weiter auf der Hand, dass der Kläger – der offensichtlich rechtsunkundig und im vorliegenden Zusammenhang auch nicht geschäftserfahren ist – nicht etwa von sich aus zu dieser Erkenntnis kam, sondern den Schluss, die Versiche-

zung habe einen Rückforderungsanspruch und sein Verhalten sei strafrechtlich relevant, aufgrund von Äusserungen der Vertreter der Beklagten zog, und dies für Letztere auch erkennbar war. Dass die Vertreter der Beklagten – die im vorliegenden Zusammenhang im Gegensatz zum Kläger als sachkundig und geschäftserfahren zu gelten haben – den Kläger zumindest darüber aufgeklärt hätten, die rechtlichen Umstände seien in dieser Hinsicht nicht klar – wozu sie aufgrund ihres Wissensvorsprungs nach Treu und Glauben verpflichtet gewesen wären – behauptet die Beklagte nicht und ergibt sich ebenso wenig aus dem Besprechungsprotokoll (bekl.act. 9 und 11); erst recht liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass solche offen gelegten Unklarheiten mit dem Vergleich gerade geregelt werden sollten. Hinzu kommt dass der Vergleich nach Darstellung des Klägers von der Beklagten vorformuliert worden war (Replik, S. 8), was diese nicht substantiiert bestreitet. Es ist daher davon auszugehen, dass der Vergleich nicht gemeinsam erarbeitet, sondern dem Kläger schon aufgesetzt vorgelegt wurde, weshalb aus dem Umstand, dass dieser mit seiner Unterschrift zugleich die Erklärung abgab, der Vergleich sei "in gegenseitigem Einverständnis zu Stande gekommen" und er habe ihn "verstanden", im vorliegenden Zusammenhang nichts Entscheidendes zugunsten der Beklagten hergeleitet werden kann. Beizufügen bleibt, dass auf eine Befragung der beiden Mitarbeiter der Beklagten, die das Gespräch vom 1. März 2010 mit dem Kläger führten (s. dazu den beklagischen Beweisantrag in Klageantwort und Duplik, je S. 7), verzichtet werden kann: Weder die Beklagte noch der Kläger behaupten, das Besprechungsprotokoll sei unvollständig oder fehlerhaft, weshalb von einer Befragung, die im Berufungsverfahren im Übrigen auch nicht mehr beantragt wird, keine zusätzlichen Aufschlüsse zu erwarten sind.

Im Ergebnis muss dem Kläger bei dieser Sachlage zugestanden werden, dass er die Vereinbarung vom 1. März 2010 unterzeichnete, weil er hinsichtlich der ihr zugrunde liegenden Umstände einer von der Beklagten zu verantwortenden Täuschung unterlag. Der Beklagten ihrerseits ist in diesem Zusammenhang zumindest Eventualabsicht vorzuwerfen: Die vorn in E. 2.b aufgeführten ärztlichen Berichte, Bescheinigungen und weiteren medizinischen Unterlagen aus den IV-Akten, aus denen sich ergibt, dass der Kläger in der hier massgebenden Zeit aus medizinischer Sicht zu 100% erwerbsunfähig war, waren zu einem erheblichen Teil an sie gerichtet oder gingen ihr zumindest in Kopie zu und waren ihr im Zeitpunkt der Besprechung vom 1. März 2010 auch bekannt (insbes. Bericht Kantonsspital C. vom 26. Mai 2009, Bescheinigung Kantonsspital C. vom 18. Juni 2009, Bescheinigung Dr. med. D. vom 10. Juli 2009, Bericht G. vom 4. September 2009, Bericht Dr. med. D. vom 9. Oktober 2009, Brief der Eidgenössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung vom 7. Dezember 2009, wo-

nach keine Eingliederungsmassnahmen möglich seien). Es wäre daher lebensfremd, anzunehmen, die Beklagte habe nicht zumindest in Kauf genommen, der Kläger könnte ungeachtet des Ergebnisses der Observation eben doch zu 100% erwerbsunfähig sein. Es bestehen weiter keine Zweifel, dass die Beklagte im Zeitpunkt, als sie den Kläger die Vereinbarung vom 1. März 2010 unterzeichnen liess, aufgrund der vorausgegangenen Befragung – in welcher dieser von sich aus berichtet hatte, er gehe F. in der Bäckerei und im Garten zur Hand – zumindest damit rechnete, dass es auch an einer Täuschungsabsicht des Klägers fehlen könnte, und sie dies billigend in Kauf nahm. Dies alles erklärt im Übrigen auch, warum die Beklagte nicht – was das Nächstliegende gewesen wäre – gestützt auf Art. 40 VVG vom Vertrag zurücktrat und weitere Taggeldleistungen verweigerte (wobei es ihr selbstredend auch hier offen gestanden wäre, von Rückforderungen und strafrechtlichen Schritten abzusehen), sondern sich stattdessen veranlasst sah, das schriftliche "Einverständnis" des Klägers einzuholen, wonach der Versicherungsvertrag aufgrund dieser Bestimmung "ungültig" sei.

Daraus folgt, dass die Vereinbarung vom 1. März 2010 für den Kläger wegen absichtlicher Täuschung im Sinne von Art. 28 Abs. 1 OR unverbindlich ist. Ob er sich daneben auch darauf berufen kann, die Vereinbarung sei gestützt auf Art. 29 f. OR unverbindlich, weil ihm die Beklagte für den Fall, dass er sie nicht unterzeichne, strafrechtliche Schritte in Aussicht gestellt habe, kann bei diesem Ergebnis offen bleiben.

c) Beizufügen bleibt, dass der Kläger selbst dann, wenn man davon ausginge, es liege keine absichtliche Täuschung (und auch keine Drohung) vor, wohl nicht an die Vereinbarung vom 1. März 2010 gebunden wäre, da er (auch) einem Grundlagenirrtum unterlag: Dass nicht davon ausgegangen werden kann, die Parteien hätten Unklarheiten über die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG mit dem Vergleich gerade ausräumen wollen, wurde schon dargelegt (E. 3.b). Dem Kläger wäre im Lichte des vorn Gesagten weiter zuzugestehen, dass für ihn unerlässliche Voraussetzung für den Vertragsschluss war, dass die Beklagte gestützt auf Art. 40 VVG einen Rückforderungsanspruch hätte, den es abzuwenden galt, und er dies nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr auch als notwendige Vertragsgrundlage betrachten durfte. Daran vermag auch nichts zu ändern, dass er in diesem Zusammenhang wohl einem echten Rechtsirrtum unterlag, indem er den Wortlaut von Art. 40 VVG nicht kannte oder – sofern ihm dieser von der Beklagten vorgelegt wurde, was aus dem Besprechungsprotokoll allerdings nicht hervorgeht – nicht richtig verstand. Zwar ist ein echter Rechtsirrtum in der Regel als unwesentlicher Motivirrtum zu qualifizieren. Anders verhält es sich allerdings dann, wenn ein Spezialgesetz betroffen ist und sich der Irrende zur massgebenden Zeit in einer Situation befand,

die es ihm unzumutbar machte, sich die notwendigen Informationen zum richtigen Verständnis der Norm zu beschaffen (s. dazu BK-SCHMIDLIN, N 308 ff., N 327 ff., insbes. N 329 ff. und N 335 f. zu Art. 23/24 OR). Solches müsste dem Kläger hier wohl zugestanden werden: Der Versicherungsvertrag verwies bloss in den Allgemeinen Bedingungen pauschal auf das VVG und dessen Artikel 40, ohne Letzteren umfassend zu zitieren (Allgemeine Bedingungen der Beklagten zum Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag [= Anhang zu kläg.act. 2], Ziffern E2/3 und E 11). Der Kläger hatte auch keinen Anlass, sich im Hinblick auf die Sitzung vom 1. März 2010 mit dem VVG und dessen Artikel 40 vertraut zu machen, da diese Besprechung von Seiten der Beklagten bloss als "erste Kontaktaufnahme" sowie "um seine aktuelle Situation abzuklären" und "sich gegenseitig kennenzulernen" anberaumt worden war (Klage, S. 5 f. und Besprechungsprotokoll bekl.act. 9, S. 1). An der Sitzung vom 1. März 2010 wiederum sass der Kläger nicht nur allein zwei Spezialisten der Beklagten gegenüber, sondern sah sich unvermittelt mit möglichen Rückforderungen und strafrechtlichen Sanktionen konfrontiert, wobei ihm der Vergleich vorformuliert zur Unterschrift unterbreitet wurde, weshalb ihm wohl zugestanden werden müsste, dass ihm nähere Abklärungen rechtlicher Natur nicht zumutbar waren. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte nicht behauptet, sie habe dem allein und unvorbereitet erschienenen Kläger im Hinblick auf die Unterzeichnung der Vereinbarung eine Bedenkfrist angeboten, und solches auch im Besprechungsprotokoll nicht verzeichnet ist.

4. Daraus folgt, dass der eingeklagte Taggeldanspruch für die Zeit von 1. März 2010 bis 17. Januar 2011 von Fr. 84'949.– (323 Tage x Fr. 263.–) ausgewiesen ist.

5. Die Vorinstanz hat vom vorstehenden Betrag gestützt auf Art. 22 Abs. 2 lit. b ATSG und Ziffer A5 der Allgemeinen Bedingungen der Beklagten zum Kollektiv-Krankentaggeldversicherungsvertrag (s. Anhang zu kläg.act. 2) aufgrund von Nachzahlungen der Eidgenössischen Invalidenversicherung einen Betrag von Fr. 19'341.– in Abzug gebracht (vi-Entscheid, S. 12). Die Beklagte macht eine höhere Anspruchsreduktion von Fr. 23'059.60 geltend (Berufung, S. 4). In dieser Hinsicht fällt vorab in Betracht, dass die Beklagte diesen Betrag aufgrund der IV-Leistungen für die Zeit von 1. Februar 2010 bis 15. Februar 2011 berechnet, indes für den Monat Februar 2010 und für die Zeit ab 18. Januar 2011 Taggelderleistungen der Beklagten an den Kläger nicht aktenkundig respektive hier nicht eingeklagt sind (s. Klageantwort, S. 5, kläg.act. 5 und 6 sowie klägerisches Rechtsbegehren Ziffer 1), weshalb eine Reduktion aufgrund von IV-Leistungen für Februar 2010 und die Zeit ab 18. Januar 2011 entfällt. Für die verbleibende Zeitdauer von 1. März 2010 bis 17. Januar 2011 ergibt sich gestützt auf die Verfügung der Eidge-

nössischen Alters-, Hinterlassenen- und Invalidenversicherung, IV-Stelle Thurgau, vom 29. April 2011 (kläg.act. 12) eine Anspruchsreduktion von Fr. 19'576.35 (März bis Dezember 2010: durchschnittliche IV-Rente pro Tag von Fr. 60.55 x 306 Tage = Fr. 18'528.30; 1. bis 17. Januar 2011: durchschnittliche IV-Rente pro Tag von Fr. 61.65 x 17 Tage = Fr. 1'048.05), was geringfügig über dem von der Vorinstanz berücksichtigten Betrag von Fr. 19'341.– liegt. Zu einem anderen Ergebnis führen auch die beklagischen Parteiakten bekl.act. 16-19 nicht.

6. Damit ist der von der Vorinstanz zugesprochene Betrag minim, nämlich um Fr. 235.35, nach unten zu korrigieren und die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger Fr. 65'372.65 zu bezahlen.

IV.

1. Bei diesem Verfahrensausgang bleiben die von der Vorinstanz angeordneten Entschädigungsfolgen unverändert.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Kosten erhoben (Art. 114 lit. e ZPO).

Die Beklagte hat den Kläger für dessen Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 4'211.35 zu entschädigen (Streitwert Fr. 65'608.–, mittleres Honorar Fr. 9'373.50 [Art. 14 lit. d HonO], davon 40% = Fr. 3'749.40 [Art. 26 lit. a HonO], zuzüglich 4% pauschal für Barauslagen [Art. 28bis Abs. 1 HonO], zuzüglich 8% Mehrwertsteuer [Art. 29 HonO]).

Das Gesuch des Klägers um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung für das Berufungsverfahren wird damit gegenstandslos. Ob ihm angesichts der unbestimmten Formulierung von Ziffer 2 des Rechtsbegehrens in der Berufungsantwort hätte entsprochen werden können, kann dahin gestellt bleiben.

Die III. Zivilkammer hat

entschieden:

1. Die X. Versicherungen wird verpflichtet, A. Fr. 65'372.65 zu bezahlen.
2. Ziffern 3 bis 5 des erstinstanzlichen Entscheids bleiben unverändert. Auf den Antrag der Beklagten, Ziffer 1 des erstinstanzlichen Entscheids sei aufzuheben, wird nicht eingetreten.
2. Für das Berufungsverfahren werden keine Gerichtskosten erhoben.
3. Die X. Versicherungen wird verpflichtet, A. für dessen Parteikosten im Berufungsverfahren mit Fr. 4'211.35 zu entschädigen.

Der Präsidentin

Die Gerichtsschreiberin

Dr. Beatrice Uffer-Tobler

Dr. Jeanne Malacarne

Versand an

- Rechtsanwalt Dr. Jürg Kugler (GU)
- Rechtsanwalt Bruno A. Hubatka (GU)
- Kreisgericht Rorschach (S)

am

Rechtsmittelbelehrung

Streitwert: Fr. 65'608.–

Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG): Wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– (in arbeits- und mietrechtlichen Fällen mindestens Fr. 15'000.–) beträgt oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Mit der Beschwerde können die in Art. 95-97 BGG aufgeführten Beschwerdegünde geltend gemacht werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten.

Subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 113 ff. BGG): Ist keine Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG zulässig, kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten. Wird gleichzeitig Beschwerde erhoben, weil sich allenfalls auch eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, sind beide Rechtsmittel in einer Rechtsschrift einzureichen.

Hinweis zur Vollstreckbarkeit

Gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG hat eine Beschwerde an das Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung. Dieses Urteil ist deshalb vollstreckbar, auch wenn es beim Bundesgericht angefochten wird. Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin des Bundesgerichts kann von Amtes wegen oder auf Antrag über die aufschiebende Wirkung andere Anordnungen treffen.

Hinweis zur Rechtsquelle

Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110; <http://www.admin.ch/ch/d/sr/173.110.de.pdf>

Hinweis zum Fristenlauf

Die Rechtsmittelfrist beginnt an dem auf die Aushändigung dieses Entscheids folgenden Tag zu laufen. Wird eine Abholungseinladung im Briefkasten hinterlassen, ist der Adressat berechtigt, die Sendung innert sieben Tagen auf der Post entgegenzunehmen. Unterlässt er dies oder eröffnet die Post eine längere oder zweite Frist, so gilt die Sendung trotzdem mit Ablauf des siebten Tags als zugestellt. Am folgenden Tag beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Die Erteilung eines Postrückbehalteauftrags vermag den Lauf der Frist nicht zu beeinflussen: Auch in diesem Fall gilt die Sendung am siebten Tag als zugestellt.