

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB140050-O/U.doc

Mitwirkend: Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider, Vorsitzende, Oberrichter  
Dr. H.A. Müller und Oberrichterin Dr. D. Scherrer sowie  
Gerichtsschreiber lic. iur. G. Kenny

## Urteil vom 11. Dezember 2014

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwältin lic. iur. X.\_\_\_\_\_,

gegen

**B.\_\_\_\_\_,**

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y.\_\_\_\_\_,

betreffend **Versicherungsvertrag / Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung, vom  
8. Mai 2014 (CG100238-L)**

**Modifiziertes Rechtsbegehren:**  
(act. 38 S. 2)

- " 1. Es sei festzustellen, dass die Kündigung des Lebensversicherungsvertrages zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) durch die Beklagte vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam ist;
2. Eventualiter: Es sei die Kündigung des Lebensversicherungsvertrages zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) durch die Beklagte vom 26. Mai 2009 aufzuheben und der vorgenannte Versicherungsvertrag wieder in Kraft zu setzen;
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

**Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 3. Abteilung:**

In Gutheissung der Klage wird festgestellt, dass der Rücktritt der Beklagten vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam ist.

Die Entscheidungsbüher wird festgesetzt auf:

Fr. 12'000.– ; die Barauslagen betragen:

Fr. 406.– Zeugenentschädigung

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Beklagten verrechnet.

Der Barvorschuss des Klägers in der Höhe von Fr. 600.– wird diesem zurückerstattet.

Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.– (wovon Fr. 5'000.– zu 7.6% und Fr. 15'000.– zu 8% MwSt.) zu bezahlen.

(Schriftliche Mitteilung)

(Berufung)

### **Berufungsanträge:**

der Beklagten und Berufungsklägerin (Urk. 91 S. 2):

- " 1. Es sei Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2014, CG100238-L/U, aufzuheben und es sei die Klage des Klägers und Berufungsbeklagten vom 16. Dezember 2010 abzuweisen und festzustellen, dass der Rücktritt vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police Nr. ...) gemäss Erklärung der Beklagten und Berufungsklägerin vom 26. Mai 2009 rechtswirksam ist.
2. Es sei Dispositiv Ziff. 3 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2014, CG100238-L/U, aufzuheben und es seien die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren vollumfänglich dem Kläger und Berufungsbeklagten aufzuerlegen und es sei das Bezirksgericht Zürich anzuweisen, der Beklagten und Berufungsklägerin den von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 200.– zurückzuerstatten.
3. Es sei Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2014, CG100238-L/U, aufzuheben und es sei der Kläger und Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Beklagten und Berufungsklägerin eine Prozessentschädigung von CHF 20'000.– zu bezahlen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

### **Eventualanträge**

- " 1. Es sei Dispositiv Ziff. 2 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2014, CG100238-L/U, aufzuheben und es sei die Höhe der Gerichtsgebühr unter Berücksichtigung eines Streitwerts von CHF 71'991.60 auf CHF 8'000.– (zuzüglich Barauslagen von CHF 406.–) festzusetzen.
2. Es sei Dispositiv Ziff. 5 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich vom 8. Mai 2014 CG100238-L/U, insofern aufzuheben, als die Höhe der Prozessentschädigung unter Berücksichtigung eines Streitwerts von CHF 71'991.60 auf CHF 13'000.– (wovon CHF 3'500.– zu 7,6% MwSt und CHF 9'500.– zu 8% MwSt) festzusetzen ist.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers und Berufungsbeklagten."

des Klägers und Berufungsbeklagten (Urk. 99 S. 2):

- " 1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen;
2. Das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich zu bestätigen;
3. unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zuzüglich Mehrwertsteuer, zulasten der Berufungsklägerin und Beklagten."

### **Erwägungen:**

#### **I.**

1. Gegenstand der vorliegenden Auseinandersetzung ist ein Lebensversicherungsvertrag betreffend eine gebundene Kapitalversicherung mit einer Laufzeit bis 1. September 2029 sowohl für den Erlebensfall als auch für den Todesfall. Nachdem der Kläger bei der Beklagten Anspruch auf Prämienbefreiung infolge seiner Erwerbsunfähigkeit beantragte, erklärte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Mai 2009 die Kündigung des Versicherungsvertrages mit der Begründung, dass der Kläger zahlreiche ihm im Antragsformular gestellte Fragen betreffend seinen Gesundheitszustand nicht wahrheitsgemäss beantwortet habe. Der Kläger verlangt mit seiner Klage, es sei festzustellen, dass die Kündigung der Lebensversicherung durch die Beklagte rechtsunwirksam sei.

2. Mit Urteil vom 8. Mai 2014 hiess das Bezirksgericht Zürich die Klage gut und stellte fest, dass der Rücktritt der Beklagten vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam sei, unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten (Urk. 92 S. 40). Mit Eingabe vom 13. Juni 2014, eingegangen am 18. Juni 2014, erhob die Beklagte rechtzeitig Berufung gegen dieses Urteil (Urk. 91). Am 19. Juni 2014 wurde der Beklagten Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten des

Berufungsverfahrens einen Vorschuss von Fr. 10'600.– zu leisten (Urk. 96). Dieser ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 97). Mit Verfügung vom 14. August 2014 wurde dem Kläger Frist zur Beantwortung der Berufung angesetzt (Urk. 98). Die Berufungsantwort ging rechtzeitig am 17. September 2014 hierorts ein (Urk. 99). Am 22. September 2014 wurde die Berufungsantwort der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 102). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

## II.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Da die vorliegende Klage im Jahre 2010 anhängig gemacht wurde (Urk. 1; Urk. 2), galten für das erstinstanzliche Verfahren die altrechtlichen Prozessbestimmungen des Kantons Zürich. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Der vorinstanzliche Entscheid datiert vom 8. Mai 2014 und wurde den Parteien am 15. Mai 2014 zugestellt (Urk. 88 und 89). Somit ist für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar. Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, wird deshalb zu prüfen sein, ob die Vorinstanz die für ihr Verfahren massgeblichen Normen des bisherigen (kantonalen) Rechts richtig angewandt hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt (vgl. Art. 404 Abs. 1 ZPO; ZR 110 Nr. 6; BGE 138 I 1 E. 2.1 S. 3; BGer 5A\_330/2013 vom 24.9.2013 E.2.2).

2. Unstrittig ist gemäss den Ausführungen der Vorinstanz folgende Ausgangslage (Urk. 92 S. 5 ff.): Der Kläger unterzeichnete am 28. August 2002 als Antragsteller und zu versichernde Person ein Antragsformular für eine Kapital- und Risikoversicherung bei der Beklagten, zusammen mit einem weiteren Formular "Ergänzung zum Antrag", wobei er sich für eine Kapitalversicherung, gebundene Vorsorgeversicherung nach BVV3 (nachfolgend

"Lebensversicherung" genannt), entschied (Urk. 4/11-12). Neben der Auszahlung einer Versicherungssumme im Erlebens- oder Todesfall sah diese Versicherung eine nach dem Grad der Erwerbsunfähigkeit abgestufte ganze oder teilweise Übernahme der Prämienzahlung für die Dauer der Erwerbsunfähigkeit nach einer Wartezeit von 12 Monaten vor (Urk. 4/3-6). Das Formular "Ergänzung zum Antrag" (Urk. 4/12) enthielt eine Reihe von Fragen über den Gesundheitszustand des Klägers. Auf die Frage, ob bei ihm irgendwelche Gesundheitsstörungen, Anomalien, Folgen eines Unfalles, einer Krankheit oder eines Geburtsgebrechens bestehen, lautete die Antwort des Klägers "nein". Ebenso beantwortete er die auf dem Ergänzungsformular aufgeführte Frage, ob er in den letzten fünf Jahren in medizinischer Behandlung oder Betreuung, die mehr als vier Wochen gedauert habe, gewesen sei oder ob er sich in dieser Zeit wiederholten Kontrollen habe unterziehen müssen, mit "nein". Auch die Fragen, ob er Medikamente nehme oder im gleichen Zeitraum regelmässig Medikamente genommen habe sowie ob im gleichen Zeitraum eine Untersuchung durchgeführt worden sei, die ein nicht normales Resultat ergeben habe, wurden vom Kläger mit "nein" beantwortet. Das Gleiche trifft für die Fragen zu, ob er in den letzten zwölf Monaten Ärzte oder medizinische Fachpersonen konsultiert habe (abgesehen von einem Unfall im Juli 2002, welchen er deklarierte) sowie ob eine Verminderung der Sehfähigkeit oder des Hörvermögens bestehe, die mit Hilfsmitteln nicht vollständig korrigiert werden könne (Urk. 4/12).

Im Mai 2001 stellte sich beim Kläger ein Visusabfall ein, aufgrund dessen sein Hausarzt Dr. med. C. \_\_\_\_\_ ihn gleichentags an den Ophthalmologen Dr. med. D. \_\_\_\_\_ überwies (Urk. 4/9). Dieser stellte eine Verdachtsdiagnose betreffend einer toxischen Optikusneuropathie und verwies den Kläger zu einer MRI-Untersuchung, damit eine Erkrankung an Multipler Sklerose hätte ausgeschlossen werden können (Urk. 4/8). Anlässlich der rund 14 Tage später erfolgten MRI-Untersuchung durch die Hirslanden Klinik Im Park stellten die Ärzte eine 'diskrete Signalveränderung in der weissen Substanz des Gehirns und speziell auch im Bereich des N. opticus retrobulbär links fest, die insgesamt bei entsprechender klinischen Situation zu Entmarkungen im Rahmen einer Multiplen Sklerose passen würden' (Urk. 4/10). Dem entsprechenden Schreiben, welches

an Dr. med. D. \_\_\_\_\_ adressiert ist, ist zu entnehmen, dass sich dieser Befund erst bei der definitiven Auswertung ergeben habe. Der Patient habe dagegen noch den provisorischen Bescheid erhalten, die Untersuchung habe nichts Negatives ergeben. Im Sommer 2003 wurde der Kläger erneut durch seinen Hausarzt Dr. med. C. \_\_\_\_\_ der Augenklinik im Universitäts-Spital Zürich zugewiesen. Die dortigen Ärzte stellten die Diagnose einer toxisch bedingten Optikusneuropathie oder als Differentialdiagnose einer Encephalitis disseminata (Multiple Sklerose) (Urk. 4/13). Nachdem der Kläger im Sommer 2005 Dr. med. E. \_\_\_\_\_, Fachärztin für Neurologie, zugewiesen worden war, stellte diese die Encephalomyelitis disseminata (Multiple Sklerose) fest (Urk. 17/3).

In der Folge meldete sich der Kläger im Oktober 2006 bei der eidgenössischen Invalidenversicherung zum Leistungsbezug an (Urk. 4/16) und erhob bei der Beklagten Anspruch auf Prämienbefreiung bezüglich der Lebensversicherung zufolge Erwerbsunfähigkeit (Urk. 4/17). Mit Schreiben vom 26. Mai 2009 verneinte die Beklagte ihre Leistungspflicht und erklärte die Kündigung des Versicherungsvertrages mit der Begründung, der Kläger habe die im Antragsformular gestellten Fragen Nr. 2, 4, 5, 6, 7 und 15 zu seinem Gesundheitszustand nicht wahrheits-gemäss mit 'nein' beantwortet (Urk. 4/7). Sie stützte sich auf eingezogene Auskünfte und machte geltend, dass beim Kläger seit 2001 eine Multiple Sklerose mit Status nach beidseitiger Retrobulbärneuritis und massiver Visusstörung bestehe. Zu den vorliegenden Gesundheitsstörungen hätten gemäss Ansicht der Beklagten in den Fragen 2, 4, 5, 6 & 7 der Gesundheitsdeklaration vom 28. August 2002 bei Vertragsschluss detaillierte Angaben gemacht werden müssen (Urk. 4/7).

2.a) Die Vorinstanz prüfte vorab die Frage, ob auf den vorliegenden Sachverhalt das seit 1. Januar 2006 in Kraft getretene, teilrevidierte Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 17. Dezember 2004 oder noch die bis 31. Dezember 2005 geltende Fassung des Versicherungsvertragsgesetzes Anwendung finde. Sie führte aus, dass die Teilrevision keine übergangsrechtlichen Bestimmungen enthalte. Das Bundesgericht habe jedoch entschieden, dass intertemporal diejenige Fassung von Art. 6 VVG zur

Anwendung gelange, welche beim Abschluss des Vertrages in Kraft gewesen sei (BGer 4A\_427/2010 vom 12. Oktober 2010; 4A\_261/2008 vom 1. Oktober 2008 E. 3.1; 4A\_163/2010 vom 2. Juli 2010 E. 2.2). Da der Abschluss der Lebensversicherung vor dem 1. Januar 2006 erfolgt sei, seien die altrechtlichen Bestimmungen des Art. 6 VVG massgebend. Betreffend den vorliegend ebenfalls in Frage stehenden Art. 4 VVG sei festzuhalten, dass dieser bei der Teilrevision nicht verändert worden sei (Urk. 92 S. 13 f.). Diesen Ausführungen ist beizupflichten.

Gemäss Art. 6 aVVG steht dem Versicherer bei einer Anzeigepflichtverletzung des Versicherungsnehmers einseitig das Recht zu, binnen vier Wochen, nachdem er von der Verletzung der Anzeigepflicht Kenntnis erhalten hat, vom Vertrag zurückzutreten. Von der Vorinstanz war zu beurteilen, ob die Beklagte in ihrem Schreiben vom 26. Mai 2009 (Urk. 4/7 S. 2) einen solchen Rücktritt erklärt hatte, spricht sie doch dort explizit von einer "Kündigung", von ihrem Recht, den Vertrag zu "kündigen" sowie der "Wirkung der Kündigung" und nicht von Rücktritt. Auch in ihrem Schreiben vom 8. Juni 2010 spricht die Beklagte von der Berechtigung des Versicherers, gemäss Art. 6 VVG den Vertrag schriftlich "zu kündigen" (Urk. 4/21). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass es sich aufgrund der konkreten Konstellation wohl so verhalte, dass sich die Beklagte auf die geltenden gesetzlichen Bestimmungen bezogen habe und ihr wahrscheinlich entgangen sei, dass nicht das seit 2006 in Kraft stehende Recht, gemäss welchem bei einer Anzeigepflichtverletzung eine Kündigung ausgesprochen werden kann, anwendbar sei, sondern dass die altrechtliche Bestimmung von Art. 6 VVG vorliegend zur Anwendung gelange. Gemäss dieser Bestimmung hätte von der Beklagten nicht eine Kündigung, sondern ein Rücktritt erklärt werden müssen. Der Kläger habe die Behauptung der Beklagten, dass das Kündigungsschreiben als Rücktritt rechtswirksam sei (Urk. 16 S. 7 f.), jedoch nicht bestritten (Urk. 21). Da sich aus dem Schreiben der Beklagten klar ergebe, dass sie die rechtlichen Konsequenzen der in ihren Augen bestehenden Anzeigepflichtverletzung in Kraft setzen möchte, dies aber konsequenterweise der Rücktritt wäre, sei ihre Willensäusserung als Rücktritt vom Vertrag zu qualifizieren

(Urk. 92 S. 12 f.). Dieser Auffassung der Vorinstanz ist zu folgen. Sie blieb im Berufungsverfahren auch unangefochten (Urk. 91 Rz 69; Urk. 99).

b) Die Vorinstanz liess die Frage, ob auf den vorliegenden Vertragstyp der sogenannt gemischten Lebensversicherung mit Leistungen im Falle der Erwerbsunfähigkeit das VVG anwendbar sei, offen. Sie kam zum Schluss, dass gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts im Bereich der aufsichtsfreien Versicherungsverhältnisse die Verletzung der Anzeigepflicht und deren Folgen bei Fehlen entsprechender statutarischer bzw. reglementarischer Regeln nicht nach den Regeln über die Mängel beim Vertragsabschluss (Art. 23 ff. OR), sondern analogieweise gemäss Art. 4 VVG zu beurteilen seien (Urk. 92 S. 14 f.). Im Berufungsverfahren erklärte die Beklagte dazu, dass das VVG direkt anwendbar sei, was sich sowohl aus den gesetzlichen Bestimmungen wie auch aus dem Verweis in Art. 23 der anwendbaren allgemeinen Vertragsbedingungen (Urk. 95/3) ergebe. Mit Ausnahme von Rückversicherungen finde das VVG auf alle Versicherungsverträge Anwendung, die von der Versicherungsaufsicht unterstellten Versicherungsunternehmen abgeschlossen würden (Urk. 91 Rz 18). Dieser Auffassung ist beizupflichten (VVG-Nebel, Art. 101 N 13). Diese Frage ist allerdings nicht entscheiderelevant – wie auch die Beklagte zutreffend bemerkte (Urk. 91 Rz 18) – da auch eine analoge Anwendung zu keinem andern Resultat führen würde.

3. Strittig ist die Frage, ob die Beklagte zu Recht die Kündigung – bzw. gemäss den obigen Ausführungen – den Rücktritt vom Vertrag infolge der nach ihrer Auffassung wahrheitswidrig ausgefüllten Gesundheitsdeklaration und damit einer Verletzung der Anzeigepflicht erklärte.

a) Mit seiner Klage verlangt der Kläger die Feststellung der Rechtsungültigkeit der Kündigung (beziehungsweise sinngemäss des Rücktritts vom) des Lebensversicherungsvertrages zwischen den Parteien und beruft sich im Wesentlichen darauf, dass er seine Anzeigepflicht nicht verletzt habe, da er bei Unterzeichnung des Antragsformulars weder an einer (bestehenden) Visusverminderung gelitten, noch Kenntnis von einer Erkrankung an Optikusneuropathie, Multipler Sklerose oder einer entsprechenden

Verdachtsdiagnose gehabt habe (Urk. 2 S. 7 ff.; Urk. 21 S. 7 ff. und S. 14 ff.). Er sei von den Ärzten nie entsprechend aufgeklärt worden, sondern habe aufgrund derer Angaben vielmehr davon ausgehen dürfen, dass sich im Rahmen der genannten Untersuchungen nichts Negatives ergeben habe (Urk. 21 S. 4 ff.). Von seiner Erkrankung an Multipler Sklerose habe er erst im Herbst 2005 erfahren (Urk. 2 S. 3). Die im Mai 2001 aufgetretene Sehstörung sei sodann im August 2002 vollständig abgeklungen gewesen (Urk. 21 S. 7 f.). Auch das Vorliegen einer chronischen Pansinusitis wird vom Kläger bestritten (Urk. 21 S. 8 und 17). Weder habe er je eine solche Diagnose erhalten, noch sich je wegen einer solchen behandeln lassen. Sodann sei zwar zutreffend, dass er in den letzten zwölf Monaten vor Abschluss des Versicherungsvertrages seinen Hausarzt besucht habe, indem er indessen eine Impfung und eine Warzenentfernung in der Gesundheitsdeklaration nicht erwähnt habe, habe er seine Anzeigepflicht nicht verletzt (Urk. 21 S. 9).

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, dass in der vom Kläger handschriftlich ausgefüllten Gesundheitserklärung jegliche Hinweise sowohl auf die Wahrscheinlichkeit einer toxischen Optikusneuropathie, beziehungsweise den Verdacht auf Multiple Sklerose als auch auf die Visusverminderung an sich fehlten (Urk. 16 S. 5). Die diversen, teilweise notfallmässig von verschiedenen Ärzten durchgeführten Untersuchungen und Kontrollen seien vom Kläger bewusst nicht erwähnt worden. Unerwähnt geblieben sei sodann das in der Klinik Im Park vorgenommene MRI. Auch die chronische Pansinusitis habe der Kläger gegenüber der Beklagten verschwiegen. Eine Reihe der auf dem genannten Formular aufgeführten Fragen über den Gesundheitszustand des Klägers habe dieser wahrheitswidrig mit 'nein' beantwortet (Urk. 26 S. 7). Zahlreiche Auskünfte des Klägers zu seinem Gesundheitszustand auf der dem Lebensversicherungsantrag zugehörigen Ergänzung seien somit zweifelsfrei unrichtig und/oder unvollständig erteilt worden. Aufgrund dieser festgestellten Anzeigepflichtverletzung habe die Beklagte den Versicherungsvertrag rechtmässig gekündigt bzw. den Rücktritt erklärt, weshalb die Klage vollumfänglich abzuweisen sei.

b) Nachdem die Vorinstanz ein Beweisverfahren durchgeführt hatte, kam sie nach erfolgter Beweismwürdigung zum Schluss, dass es der Beklagten nicht gelungen sei zu beweisen, dass der Kläger die von ihr geltend gemachten Fragen der Gesundheitsdeklaration falsch bzw. wider Treu und Glauben ausgefüllt habe. Die Klage wurde daher gutgeheissen und festgestellt, dass der Rücktritt der Beklagten vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam sei (Urk. 92 S. 39).

4. Die Beklagte kritisierte die vorinstanzliche Beweismwürdigung im Berufungsverfahren und machte geltend, dass der Kläger entgegen der Ansicht der Vorinstanz verschiedene Fragen der Beklagten in der Ergänzung zum Antrag falsch beantwortet und dadurch mehrere Anzeigepflichtverletzungen nach Art. 4 VVG begangen habe (Urk. 91 Rz 67 ff.).

4.1. Vorab ist auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz zu Inhalt und Zweck der Anzeigepflicht gemäss dem Versicherungsvertragsrecht zu verweisen (Urk. 91 S. 15 ff.), welche wie folgt lauten: "Gemäss Art. 4 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer anhand 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 (Abs. 1). Erheblich sind diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben (Abs. 2).

Gefahrstatsachen im Sinne des Art. 4 VVG sind alle Tatsachen, die bei der Beurteilung der Gefahr in Betracht fallen und den Versicherer demzufolge über den Umfang der zu deckenden Gefahr aufklären können; dazu sind nicht nur jene Tatsachen zu rechnen, welche die Gefahr verursachen, sondern auch solche, die bloss einen Rückschluss auf das Vorliegen von Gefahrenursachen gestatten. Die Anzeigepflicht des Antragstellers weist indessen keinen umfassenden Charakter auf. Sie beschränkt sich vielmehr auf die Angabe jener Gefahrstatsachen, nach denen der Versicherer ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt hat; der Antragsteller ist daher ohne entsprechende Fragen nicht verpflichtet, von sich aus

über bestehende Gefahren Auskunft zu geben. In zeitlicher Hinsicht erstreckt sich die Anzeige- bzw. Nachmeldspflicht auch auf (erhebliche) Gefahrstatsachen, die zwar nach Einreichung des Antrages, aber vor Abschluss des Vertrages entstehen, unabhängig davon, ob die Vertragswirkungen früher oder später einsetzen. Hat der Antragsteller beim Abschluss einer Versicherung eine für ihn erkennbare erhebliche Gefahrstatsache im soeben dargelegten Sinn, nach der er ausdrücklich und in unzweideutiger Art gefragt worden war, unrichtig beantwortet oder verschwiegen, so steht dem Versicherer nach Art. 6 VVG (in der bis Ende 2005 gültig gewesenen, hier anwendbaren Fassung; vgl. ab 1. Januar 2006: Art. 6 Abs. 1 und 2 VVG) das Recht zu, binnen vier Wochen seit Kenntnis der Verletzung der Anzeigepflicht vom Vertrag zurückzutreten (BGE 116 V 218 E. 5a S. 226 f. mit zahlreichen Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung; vgl. auch BGE 118 II 333 E. 2a S. 336; 116 II 338 E. 1a S. 339, je mit Hinweisen; Urteil B 42/96 vom 14. Mai 1997, E. 3., publ. in: SZS 1998, S. 375). Die Rücktrittserklärung muss, um beachtlich zu sein, ausführlich auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen. Eine Rücktrittserklärung, welche die ungenau beantwortete Frage nicht erwähnt, erfüllt diese Anforderung nicht (Urteil 4A\_488/2007 vom 5. Februar 2008, E. 3.1.f.; BGE 129 III 713 E. 2.1 S. 714 mit Hinweisen).

Für das Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung nach Art. 6 VVG (in der bis Ende 2005 gültig gewesenen, hier anwendbaren Fassung) ist das Bestehen eines Kausalzusammenhangs zwischen der unrichtig mitgeteilten oder verschwiegenen Gefahrstatsache und dem eingetretenen Schadensereignis nicht erforderlich (VVG-Nef, N 5 zu Art. 6). Nach der bundesgerichtlichen Praxis treten die Rechtsfolgen der Anzeigepflichtverletzung auch dann ein, wenn zwischen der unrichtigen Mitteilung des Antragstellers und dem Entschluss des Versicherers, den Vertrag so und nicht anders abzuschliessen, kein Kausalzusammenhang besteht (VVG-Nef, N 6 zu Art. 6).

Im Gegensatz zum vertraglich vereinbarten Rechtsnachteil bei der Verletzung einer Obliegenheit gemäss Art. 45 Abs. 1 VVG fällt die Frage nach dem Verschulden im Bereiche des Art. 6 VVG ausser Betracht. Ob die

Anzeigepflicht verletzt ist, beurteilt sich verschuldensunabhängig nach subjektiven wie auch nach objektiven Kriterien. Denn nach dem Wortlaut von Art. 4 und 6 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer in Beantwortung entsprechender Fragen nicht nur die ihm tatsächlich bekannten (von seinem positiven Wissen erfassten) erheblichen Gefahrstatsachen mitzuteilen, sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein müssen. Damit stellt das Gesetz ein objektives (vom tatsächlichen Wissen des Antragstellers über den konkreten Sachverhalt unabhängiges) Kriterium auf, bei dessen Anwendung jedoch die Umstände des einzelnen Falles, insbesondere die persönlichen Eigenschaften (Intelligenz, Bildungsgrad, Erfahrung) und die persönlichen Verhältnisse des Antragstellers, zu berücksichtigen sind. Entscheidend ist somit, ob und inwieweit ein Antragsteller nach seiner Kenntnis der Verhältnisse und gegebenenfalls nach den ihm von fachkundiger Seite erteilten Auskünften eine Frage des Versicherers in guten Treuen verneinen durfte. Er genügt seiner Anzeigepflicht nur, wenn er ausser den ihm ohne Weiteres bekannten Tatsachen auch diejenigen angibt, deren Vorhandensein ihm nicht entgehen können, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt (BGE 134 III 511; 118 II 333 E. 2b S. 337; 116 II 338 E. 1c S. 341; 116 V 218 E. 5b S. 227 f.; Urteil B 42/96 vom 14. Mai 1997, E. 3b, publ. in: SVR 1997 BVG Nr. 81 S. 249).

Gemäss Art. 4 Abs. 3 VVG gilt eine Vermutung dafür, dass die Gefahrstatsachen, auf welche die schriftlichen Fragen des Versicherers "in bestimmter, unzweideutiger Fassung gerichtet sind", erheblich sind. Damit stellt das Gesetz eine widerlegbare Rechtsvermutung für die Erheblichkeit derjenigen Tatsachen auf, über die der Versicherer mit den schriftlichen Fragen Auskunft verlangt (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1995, S. 253; vgl. VVG-Nef, N 50 zu Art. 4). Der Sinn und die Tragweite der gestellten Fragen sind jedoch nach denselben Auslegungsgrundsätzen zu ermitteln, wie sie für Verträge gelten, somit normativ nach dem Grundsatz von Treu und Glauben (Vertrauensprinzip) sowie unter Berücksichtigung der speziell für den Versicherungsvertrag im Gesetz (Art. 4 Abs. 3 VVG) statuierten Erfordernisse der Bestimmtheit und Unzweideutigkeit der Fragenformulierung. Danach verletzt ein Versicherter die Anzeigepflicht, wenn er eine bestimmte und

unzweideutig formulierte Frage zu den bei ihm bestehenden oder vorbestandenen gesundheitlichen Störungen verneint, denen er nach der ihm zumutbaren Sorgfalt Krankheitscharakter beimessen müsste. Hingegen würde es zu weit führen, wenn der Aufnahmebewerber vereinzelt aufgetretene Unpässlichkeiten, die er in guten Treuen als belanglose, vorübergehende Beeinträchtigungen des körperlichen Wohlbefindens betrachten darf und bei der gebotenen Sorgfalt nicht als Erscheinungsformen eines ernsthafteren Leidens beurteilen muss, anzuzeigen verpflichtet wäre. Das Verschweigen derartiger geringfügiger Gesundheitsstörungen vermag keine Verletzung der Anzeigepflicht zu begründen (BGE 106 V 170 E. 3b S. 174 betreffend Art. 5 Abs. 3 des bis 31. Dezember 1994 in Kraft gewesenen Bundesgesetzes über die Krankenversicherung [KUVG] vom 13. Juni 1911, das eine dem Art. 4 VVG weitgehend analoge, allerdings verschuldensabhängige Regelung der Anzeigepflichtverletzung kannte; vgl. auch BGE 134 III 511 und 116 II 338 E. 1b S. 340).

4.2. Nach Auffassung der Beklagten in der ursprünglichen Rücktrittserklärung (Kündigung) hat der Kläger die Anzeigepflicht dadurch verletzt (Urk. 4/7), dass er in der am 28. August 2002 ausgefüllten Gesundheitsdeklaration die Fragen

Nr. 2 – "Bestehen bei ihnen irgendwelche Gesundheitsstörungen, Anomalien, Folgen eines Unfalls, einer Krankheit oder eines Geburtsgebrechens",

Nr. 4 – "Waren Sie in den letzten 5 Jahren in medizinischer Behandlung oder Betreuung, die mehr als 4 Wochen dauerte oder mussten Sie sich in dieser Zeit wiederholten Kontrollen unterziehen",

Nr. 5 – "Nehmen oder nahmen Sie in den letzten 5 Jahren regelmässig Medikamente?",

Nr. 6 – "Wurde bei Ihnen in den letzten 5 Jahren eine Untersuchung durchgeführt, DIE EIN NICHT NORMALES RESULTAT ERGAB? Beispiele:

Röntgen, Tomographie, EKG, Aids-Test, Blutanalyse, Urinuntersuchung, andere Spezialuntersuchungen",

Nr. 7 – "Konsultierten Sie in den letzten 12 Monaten Ärzte/Ärztinnen oder medizinische Fachpersonen?",

und Nr. 15 - "Besteht eine Verminderung der Sehfähigkeit oder des Hörvermögens, die mit Hilfsmitteln (z.B. Brille, Hörgerät) NICHT VOLLSTÄNDIG KORRIGIERT werden kann?",

verneint bzw. unvollständig beantwortet habe. Gemäss dem Bericht von Dr. med. E. \_\_\_\_\_, welcher sich bei den IV-Akten befinde, habe beim Kläger eine Multiple Sklerose mit Status nach beidseitiger Retrobulbärneuritis und massiver Visusstörung seit 2001 bestanden (Urk. 4/7). Der Kläger habe im Zeitpunkt des Ausfüllens der Gesundheitserklärung um die Möglichkeit des Bestehens einer toxischen Optikusneuropathie und den Verdacht auf Multiple Sklerose gewusst, wie auch um die weiterhin bestehende Visusverminderung und die chronische Pansinusitis (Urk. 16 Rz 17, Rz 38), es jedoch unterlassen, diese Gesundheitsstörungen zu deklarieren.

a) Die Beklagte hatte sich auf den Standpunkt gestellt, dass der Kläger bei Frage Nr. 2 bezüglich bestehender Gesundheitsstörungen u.a. die Visusverminderung hätte angeben müssen (Urk. 16 Rz 17). Im Frühjahr 2001 sei bei ihm plötzlich eine bleibende Sehstörung aufgetreten. Der Kläger bestritt dies und machte geltend, dass die im Mai 2001 aufgetretene Sehstörung im August 2002 vollständig abgeklungen sei. Er habe damals nicht einmal eine Brille benötigt (Urk. 21 Rz 17, Rz 57). Der Beklagten wurde entsprechend der Beweis dafür auferlegt, dass beim Kläger im Zeitpunkt der Gesundheitsdeklaration am 28. August 2002 eine plötzlich eingetretene, bleibende Sehverminderung bestanden habe bzw. dass er davon Kenntnis hatte bzw. hätte haben müssen (Urk. 49 S.2: Beweissätze 1 und 2).

Die Vorinstanz kam aufgrund der eingereichten Unterlagen sowie der Zeugeneinvernahmen zum Schluss, dass für den fraglichen Zeitpunkt August

2002 keinerlei medizinische Unterlagen vorliegen würden, welche einen solchen Befund beinhalteten und der als Zeuge befragte behandelnde Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ habe daran festgehalten, dass die Sehkraft erst nach dem zweiten Schub der Multiplen Sklerose im Jahr 2003 wieder ein Thema gewesen sei. Alle drei als Zeugen einvernommenen Ärzte hätten bestätigt, dass der vom Kläger geschilderte Verlauf, wonach sich die Sehstörung zunächst wieder verbessert und beim zweiten Schub verschlechtert habe, typisch für den Verlauf der Krankheit Multiple Sklerose sei (Urk. 92 S. 28 f.). Die Behauptungen des Klägers, wonach er im Frühjahr 2001 einen ersten Schub der bei ihm mittlerweile ausgebrochenen Krankheit Multiple Sklerose erlitten, welcher sich in Form einer Sehstörung manifestiert habe, diese Störung in der Folge jedoch wieder abgeklungen, bis im Jahre 2003 ein zweiter Schub erfolgt sei, seien nachvollziehbar (Urk. 92 S. 28 f.). Der Kläger habe nach den medizinischen Abklärungen, welche aufgrund des ersten Auftretens der Sehschwäche im Mai 2001 erfolgt seien, den ärztlichen Bericht erhalten, dass man bei ihm nichts Negatives habe entdecken können. Etwas Anderes habe von der Beklagten nicht bewiesen werden können. Aufgrund der Zeugenaussage von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ könne davon ausgegangen werden, dass er mit dem Kläger über die Möglichkeit eines bleibenden Sehschadens aufgrund seines übermässigen Alkoholkonsums gesprochen, die Möglichkeit einer Multiplen Sklerose aber nicht erwähnt habe. Mit Hinblick auf den Wissenstand des Klägers im August 2002 sowie den Umstand, dass sich seine Sehschwäche zumindest soweit erholt habe, dass sie ihn bei der Arbeit nicht beeinträchtigte (etwas Anderes habe von der Beklagten nicht bewiesen werden können), erscheine es unter dem Grundsatz von Treu und Glauben als korrekt, dass der Kläger die entsprechende Frage mit "nein" habe beantworten dürfen (Urk. 92 S. 28 f.).

Die Beklagte kritisierte diese Schlussfolgerungen als unhaltbar, weil sie den Aussagen des Klägers selbst und dessen Ehefrau widersprächen. Anlässlich der persönlichen Befragung durch die Vorinstanz, ob der Kläger im August 2002 Mühe mit dem Sehvermögen gehabt hätte, habe er ohne Zögern ausgesagt, dass er eine kleine Einbusse gehabt habe. Er habe alles gesehen, aber wie durch einen Film. Er habe gedacht, dass er die Augen einfach gut waschen müsse, da

er alles verschwommen gesehen habe. Auf die Frage, ob dies auch am 28. August 2002 so gewesen sei, habe der Kläger mit "ja" geantwortet. Auf die weitere Frage, ob er noch wisse, ob er im Zeitpunkt der Unterschrift unter den Versicherungsantrag eine eingeschränkte Sehfähigkeit gehabt habe, habe der Kläger gesagt, dass er trüber gesehen habe. Er habe nicht gewusst weshalb, aber gedacht, es lege sich wieder. Es treffe zwar zu, dass der Kläger im Laufe der persönlichen Befragung durch die Vorinstanz gewisse Mühe bekundet habe, Ereignisse zeitlich genau einzuordnen und Jahreszahlen zu nennen, doch gelte dies insbesondere für denjenigen Teil der Befragung, der nach der Zeugenaussage der Ehefrau des Klägers und einer kurzen Pause (in welcher er sich mit seinem Anwalt und der Ehefrau habe besprechen können) erfolgt sei. Bei den hier thematisierten Fragen habe sich der Kläger jedoch nicht an eine Jahreszahl, sondern lediglich an den Vorgang erinnern müssen. An diesen Zeitpunkt habe er sich offensichtlich gut erinnert, seien die Antworten doch ohne irgendwelchen Vorbehalt und widerspruchsfrei gemacht worden (Urk. 91 Rz 22 ff.). Auch die Ehefrau des Klägers habe im Rahmen ihrer Befragung als Zeugin erklärt, dass der Kläger Probleme mit den Augen gehabt habe. Er habe dies beim Lesen des Fernsehheftes bemerkt. Von der Vorinstanz seien diese Aussagen der Ehefrau, welche sich auf den fraglichen Zeitpunkt bezogen hätten, bei der Würdigung der Aussagen völlig ausgeklammert worden wie auch die entsprechenden Aussagen des Klägers selbst (Urk. 91 Rz 26).

b) Dieser Interpretation der klägerischen Aussagen anlässlich der persönlichen Befragung des Klägers durch die Beklagte kann nicht gefolgt werden: Auf die Frage, ob sich der Kläger an seinen Gesundheitszustand im August 2002 erinnere, antwortete er, dass er damals 100% arbeitsfähig gewesen sei (Prot. I S. 16). Auf die nächste Frage, ob er im damaligen Zeitpunkt Mühe mit dem Sehvermögen gehabt habe, erklärte er, dass er eine kleine Einbusse gehabt habe (Prot. I S. 17). Er habe alles gesehen, aber durch einen Film. Er habe gedacht, er müsste einfach die Augen gut waschen, da er alles verschwommen gesehen habe. Er habe jedoch alle Bestellungen und Einsatzpläne auf dem PC noch machen können. Dies sei auch im August 2002 noch so gewesen. Die Frage, ob es zutreffend sei, dass er im Mai 2001 Probleme beim Sehen gehabt

habe, machte der Kläger geltend, dass er die MS schubweise erhalten habe. Er wisse nicht mehr, wann der zweite Schub gewesen sei. Er wisse auch nicht mehr, ob er damals schon den ersten Schub gehabt habe. Als er dann konkret gefragt wurde, ob er sich an das Datum Mai 2001 noch erinnere, verneinte er dies, ebenso die Frage, ob er sich erinnern könne, im Frühling 2001 wegen Sehproblemen beim Hausarzt gewesen zu sein. Auf die Frage, weshalb er das nicht mehr wisse entgegnete der Kläger, dass seither zu viel Zeit verstrichen sei (Prot. I S. 17). Als dem Kläger der Vorhalt gemacht wurde, dass er am 28. August 2002 die Frage nach einer Verminderung der Sehfähigkeit, welche mit Hilfsmitteln nicht vollständig korrigiert werden könne, verneint habe, meinte der Kläger, dass es mit der Multiplen Sklerose eine komplexe Sache sei. Einmal habe er getrübt gesehen, dann sei es wieder gut gewesen was bedeute, dass er ohne Trübung gesehen habe. Diese Schwankungen seien in Zeitabständen von einem Jahr erfolgt. Beim ersten Schub habe er eine Trübung auf den Augen gehabt, habe nicht mehr scharf gesehen. Das habe sich jedoch wieder verbessert, bis hin zum Normalzustand. Dann habe er nach etwa einem Jahr einen zweiten Schub gehabt und dann sei es nicht mehr gut geworden. Aus seiner Erinnerung sei der erste Schub im Jahre 2002 gewesen. Er sei in die Klinik im Park gegangen, weil Dr. D.\_\_\_\_\_ nicht mehr weiter gewusst habe. Damals habe er den ersten Schub gehabt (Prot. I S. 18). Auf Vorhalt, dass er demnach das Jahr 2001 meine, da sich dieser Vorfall im Jahre 2001 abgespielt habe, antwortete der Kläger mit "Ja". An das Datum vermöge er sich nicht mehr zu erinnern. Wenn er aber im Jahre 2001 bei Dr. D.\_\_\_\_\_ und danach in der Klinik gewesen sei, dann sei es 2001 gewesen. Er wisse auch nicht mehr, wann der zweite Schub gekommen sei. Auf die Frage, ob die Sehfähigkeit im Zeitpunkt der Unterschrift unter den Versicherungsantrag eingeschränkt gewesen sei, erklärte der Kläger, dass er - wie gesagt - trüber gesehen habe, er dies aber nicht beurteilen könne. Er habe damals 100% gearbeitet und hätte dies anzeigen müssen, weil er dann diverse Arbeiten nicht mehr hätte verrichten können. Das sei jedoch nicht der Fall gewesen (Prot. I S. 19).

Aus diesen - insbesondere auch den zuletzt zitierten - Antworten des Klägers geht klar hervor, dass der Kläger Mühe hat, sich an die eine genaue

zeitliche Abfolge des Krankheitsverlaufs zu erinnern. Dies ist auch nicht erstaunlich. Seit dem ersten Vorfall sind mehr als 10 Jahre vergangen. In den ersten Jahren der sporadisch auftretenden Symptome wurde zudem auch noch keine klare Diagnose gestellt, so dass dieser Umstand die Zuordnung der einzelnen Vorfälle zusätzlich erschweren dürfte. Zudem ist der Kläger inzwischen schwer erkrankt und hat viel durchmachen müssen, was die Erinnerung an einzelne, weit zurückliegende Ereignisse und den damals konkreten Gesundheitszustand ebenfalls erschweren dürfte. Seine Aussagen bezüglich der zeitlichen Einordnung der Beeinträchtigung seiner Sehfähigkeit können daher nicht ohne Weiteres zum Nennwert genommen werden. Dies ergibt sich auch klar daraus, dass der Kläger nicht mehr sagen konnte, wann er den ersten Schub gehabt habe. Der Kläger konnte sich einzig daran erinnern, dass sich seine Sehfähigkeit nach einer ersten Trübung wieder bis zum Normalzustand verbessert und es sich erst nach dem zweiten Schub nicht mehr normalisiert habe. Dass diese Erinnerung wahrscheinlich zutreffend ist, ergibt sich auch daraus, dass der Kläger nach dem ersten Ereignis seine Arbeit ohne Einschränkungen wie bisher verrichten konnte und – soweit den Akten zu entnehmen ist – aus diesem Grund keine weiteren ärztlichen Konsultationen im Jahre 2002 erfolgten. Aus den sich teilweise widersprechenden Aussagen des Klägers kann jedenfalls nicht mit der erforderlichen Gewissheit geschlossen werden, dass der Kläger die Begleitumstände nach dem ersten und zweiten Schub (2003) seiner Krankheit Multiple Sklerose auseinanderhalten konnte, sondern es besteht eine grosse Wahrscheinlichkeit, dass er diese teilweise vermischte oder verwechselte. Aus dem Gesamtzusammenhang seiner Aussagen geht klar hervor, dass Kläger sein Sehvermögen im August 2002 rückblickend nicht mehr zuverlässig beurteilen konnte. Diese Aussagen des Klägers genügen daher entgegen der Auffassung der Beklagten und ihren entsprechenden Einwendungen (Urk. 91 Rz 25) nicht, um den Beweis dafür, dass der Kläger bei der Unterzeichnung des Versicherungsantrages im August 2002 an einer Sehschwäche litt und davon Kenntnis hatte bzw. haben musste, mit dem erforderlichen Regelbeweismass von mindestens 90% (BK-Walter, N 136 zu Art. 8 ZGB) zu erbringen.

Auch die Zeugenaussagen der Ehefrau des Klägers vermögen diesen Beweis nicht zu erbringen, da sich auch diese Aussagen nicht mit Sicherheit auf den fraglichen Zeitpunkt August 2002 eingrenzen lassen. F.\_\_\_\_\_ gab auf die Frage, ob ihr bekannt sei, dass der Kläger Ende August 2002 eine Sehverminderung aufgewiesen habe als Zeugin zu Protokoll, dass der Kläger ein Jahr zuvor den Augenarzt Dr. med. D.\_\_\_\_\_ aufgesucht habe. Dieser habe jedoch nichts herausgefunden und den Kläger in die Klinik im Park verwiesen habe. Dort hätte man nichts festgestellt und gesagt, dass man Dr. med. D.\_\_\_\_\_ informieren würde, wenn nachträglich noch etwas herauskommen sollte (Prot. I S. 32). Danach sei der Kläger nicht mehr bei Dr. med. D.\_\_\_\_\_ gewesen (Prot. I S. 33). Als die Zeugin in der Folge danach gefragt wurde, was für Probleme ihr Mann damals mit den Augen gehabt habe, antwortete sie, er habe beim Lesen des Fernsehhefts gemerkt, dass er Probleme habe, inwiefern genau, wisse sie jedoch nicht (Prot. I S. 33). Soviel sie wisse, habe er vorher normal gesehen. Auf die Frage, ob sich die geschilderten Probleme mit dem Lesen des Fernsehheftchens in der Folge gebessert oder verschlechtert hätten, meinte die Zeugin, dass es dann Jahre später erst schlechter geworden sei. Ob es sich zwischendurch verbessert habe, wisse sie nicht mehr. Bezüglich der Frage, ob der Kläger zwischen Mai 2001 und Ende August 2002 über Probleme beim Sehen geklagt habe, erklärte die Zeugin, dass es nur das soeben Gesagte gewesen sei. Der Kläger habe nicht gesagt, dass es sonst schlechter geworden sei oder er gewisse Sachen nicht mehr habe machen können (Prot. S. 34). Diesen Aussagen lässt sich ebenfalls nicht mit genügender Bestimmtheit entnehmen, dass der Kläger seit 2001 durchgehend dieselben Probleme mit dem Sehvermögen aufwies und insbesondere auch nicht, wie der genaue Zustand im August 2002 war. Die Zeugin wusste nicht, ob sich das Sehvermögen zwischenzeitlich einmal verbesserte. Aufgrund ihrer Aussagen ist jedoch davon auszugehen, dass es sich nicht verschlechterte, da anzunehmen ist, dass sich der Kläger sonst darüber geäußert und möglicherweise auch wieder einen Arzt konsultiert hätte, wie er dies dann bei der später eingetretenen Verschlechterung auch wieder machte. Zusammenfassend lässt sich auch aufgrund dieser Aussagen das Sehvermögen

des Klägers im relevanten Zeitpunkt August 2002 nicht genügend zuverlässig beurteilen.

c) Entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk. 91 Rz 29) ist es somit nicht zutreffend, dass der Kläger und dessen Ehefrau übereinstimmend und widerspruchsfrei ausgeführt haben, dass der Kläger im August 2002 in seinem Sehvermögen eingeschränkt war bzw. unter einer Sehschwäche litt. Die Beklagte berief sich zum Beweis für die Richtigkeit ihrer entsprechenden Behauptung im Berufungsverfahren praktisch ausschliesslich auf die Aussagen des Klägers und dessen Ehefrau. Sie erachtete die weiteren Beweismittel für den fraglichen Zeitpunkt offenbar für nicht tauglich. Die Beklagte machte nämlich geltend, dass die drei als Zeugen befragten Ärzte Dr. med. C. \_\_\_\_\_ (Prot. I S. 44 ff.), Dr. med. D. \_\_\_\_\_ (Prot. I S. 67 ff.) und Dr. med. E. \_\_\_\_\_ (Prot. I S. 60 ff.) keine konkreten Aussagen zur Frage des Sehvermögens des Klägers im August 2002 hätten machen können, da der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht bei ihnen in Behandlung gewesen sei. Zum Krankheitsverlauf hätten die Ärzte daher lediglich theoretische Ausführungen gemacht und erklärt, was möglich gewesen oder im Rahmen einer Erkrankung an Multipler Sklerose typisch sei (Urk. 91 Rz 27).

Was die Würdigung der eingereichten Urkunden (Urk. 58/1-3) anbelangt, kann auf die zutreffenden Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 92 S. 24 f.), wobei zu bemerken ist, dass im Überweisungsschreiben von Dr. med. C. \_\_\_\_\_ an Dr. med. D. \_\_\_\_\_ vom 25. Mai 2001 vermerkt ist, dass ein Visusabfall beim Kläger seit zwei Wochen bestehe (Urk. 58/2; vgl. auch Prot. I S. 46, 47). Die Feststellungen in diesen ärztlichen Berichten betreffen alle einen späteren Zeitpunkt als August 2002, wie die Vorinstanz richtig ausführte (Urk. 92 S. 24 f.). Der als Zeuge befragte Dr. med. D. \_\_\_\_\_ konnte keine Angaben über das Sehvermögen des Klägers im August 2002 machen, da er den Kläger nach dem 25. Mai 2001 nicht mehr gesehen und gesprochen hatte (Prot. I S. 73). Es kann diesbezüglich auf die Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 92 S. 25). Der Hausarzt Dr. med. C. \_\_\_\_\_ erklärte als Zeuge, dass er den Kläger nach Mai 2001 noch wegen diverser Bagatelluntersuchungen in der Praxis gehabt habe, wobei das Sehvermögen nie mehr ein Thema gewesen sei. Es

müsse sich also in der Zwischenzeit wieder erholt haben. Es sei auch für ihn in dieser Zeit in den Hintergrund getreten, und er habe den Kläger nie mehr danach gefragt (Prot. I S. 47). Sie seien froh gewesen, dass es mit dem Sehen wieder besser geworden sei (Prot. I S. 57). Erst am 1. April 2003 sei eine gravierende Verschlechterung eingetreten. Der Kläger habe einen massiven Visusabfall erlitten (Prot. I S. 47). Bezüglich der weiteren Aussagen von Dr. med. C.\_\_\_\_\_ kann auf deren Wiedergabe im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 92 S. 26 f.). Dr. med. E.\_\_\_\_\_ konnte keine Angaben zum Sehvermögen des Klägers im August 2002 machen, da sie den Kläger erstmals im September 2005 sah (Prot. I S. 61).

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass keine Anhaltspunkt bestehen, dass diese Zeugenaussagen nicht der Wahrheit entsprechen könnten, weshalb auf sie abzustellen ist. Aufgrund des Beweisverfahrens steht fest, dass die Beklagte mit den angebotenen Beweismitteln (Urk. 59 S. 4 ff.) nicht beweisen konnte, dass der Kläger im August 2002 unter einer damals bestehenden (und bleibenden) Sehschwäche litt bzw. von einer solchen Gesundheitsstörung Kenntnis hatte bzw. haben musste.

d) Die Beklagte hatte weiter geltend gemacht, dass der Kläger bei Beantwortung der Frage 6, in welcher danach gefragt wird, ob beim potentiellen Versicherungsnehmer in den letzten 5 Jahren eine Untersuchung durchgeführt wurde, die ein nicht normales Resultat ergab, hätte deklarieren müssen, dass bei ihm eine Verdachtsdiagnose betreffend toxische Optikusneuropathie bzw. eine Multiple Sklerose bestanden habe (Urk. 16 N 3 ff.). Dies war - wie erwähnt - vom Kläger bestritten worden. Entsprechend war der Beklagten der Beweis für diese Behauptungen auferlegt worden (Urk. 49 S. 2: Beweissätze 3 und 4). Die Vorinstanz kam zum Schluss, dass sich aus den von den Parteien bezeichneten Urkunden (Urk. 58/1, 58/3+4, Urk. 58/6+7, Urk. 54/1-3) in keiner Weise ergebe, dass der Kläger von den Ärzten über das Vorliegen der genannten Verdachtsdiagnose informiert worden sei. Im Bericht der Klinik Hirslanden Im Park an Dr. med. D.\_\_\_\_\_ (Urk. 54/1 S. 2) werde sogar explizit festgehalten, dass man

dem Kläger provisorisch einen positiven Bescheid gegeben und mitgeteilt habe, dass sie nichts Negatives herausgefunden hätten (Urk. 92 S. 34 f.).

Der Kläger war von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ am 25. Mai 2001 wegen des Visusabfalls für ein MRI in der Klinik Im Park angemeldet worden, wobei vor allem der Ausschluss von Multipler Sklerose abgeklärt werden sollte. Daneben erwähnte Dr. D.\_\_\_\_\_ als möglichen Grund für den Visusabfall auch eine toxische Optikusneuropathie (Urk. 4/8). Als Zeuge gab Dr. med. D.\_\_\_\_\_ zu Protokoll, dass er den Kläger für ein MRI angemeldet habe mit der Verdachtsdifferentialdiagnose Multiple Sklerose. Der Bericht der Neuroradiologie der Klinik Im Park vom 7. Juni 2001 sei ein Befund, der das Vorliegen einer MS nicht zu 100% beweise, aber ein gewisses Verdachtsmoment beinhalte (Prot. I S. 70). Er habe den Befund gemäss seinen Aufzeichnungen mit dem Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ besprochen. Nachdem die Verdachtsdiagnose entweder einer Multiplen Sklerose oder einer toxischen Schädigung gestellt worden sei, wobei die Multiple Sklerose im Vordergrund gestanden sei, nehme er an, dass er mit Dr. med. C.\_\_\_\_\_ darüber gesprochen habe (Prot. I S. 71). Dr. med. C.\_\_\_\_\_ erklärte als Zeuge, dass er mit Dr. med. D.\_\_\_\_\_ am 12. Juni 2001 die Frage nach der alkoholbedingten Optikusneuropathie besprochen habe, wobei er Dr. med. D.\_\_\_\_\_ erklärt habe, dass dies möglich sei, weil er mit dem Kläger ab 1995 eine Antabustherapie durchgeführt habe (Prot. I S. 49). Dr. med. C.\_\_\_\_\_ erklärte weiter, dass er das Schreiben der Klinik Im Park mit dem Kläger nicht besprochen habe. Da im Bericht stehe, dass die Veränderungen diskret und schwierig zu entdecken seien, habe er den Kläger darüber nicht informiert. Bei Erkrankungen, bei denen man therapeutisch nichts machen könne, habe man gewisse Hemmungen, den Patienten damit zu konfrontieren (Prot. I S. 50). Aus dem Bericht der Klinik Im Park sei hervorgegangen, dass man dem Patienten den provisorischen Bericht erteilt habe, wonach die Untersuchung nichts Negatives ergeben habe. Er habe dieses Schreiben der Klinik so interpretiert, dass man dem Patienten gesagt habe, man habe keinen schlechten Bericht bzw. Befund. Er habe die Entscheidung getroffen, mangels klinischer therapeutischer Relevanz keine weiteren Abklärungen zu treffen. Die therapeutische Option sei nicht gegeben und daher sei dies irrelevant gewesen. Es sei eine Diagnose, bei der

man sowieso nichts machen könne (Prot. I S. 51). Der Kläger habe bezüglich der Verdachtsdiagnose nur gewusst, was man ihm gesagt habe. Soviel er wisse, habe man dem Kläger gegenüber nur die alkoholische Neuropathie erwähnt. Ganz sicher habe er nichts von MS gesagt (Prot. I S. 51). Der Verdacht auf alkoholische Neuropathie sei dem Kläger von Anfang an kommuniziert worden. Dr. med. D.\_\_\_\_\_ habe das zum ersten Mal formuliert und er habe es übernommen. Es habe zu dieser Verdachtsdiagnose aber immer ein Fragezeichen gegeben. Der Kläger habe den Bericht der Klinik im Park vom 7. Juni 2001 (Urk. 4/10) nie erhalten (Prot. I S. 52). Auf die Frage, ob eine toxische Neuropathie eine bleibende Störung darstelle, meinte Dr. med. C.\_\_\_\_\_, dass dies bei uns (wohl gemeint hier in der Schweiz) selten geworden sei. Er habe damit keine grosse Erfahrung. Er denke aber, dass es sehr atypisch sei, dass sich eine toxische Neuropathie in Schüben zeige, während dies für die Multiple Sklerose sehr typische sei. Als der zweite Schub erfolgt sei, sei dann der Groschen gefallen (Prot. I S. 53). Er habe dem Kläger im Frühling 2001 gesagt, dass mit einem bleibenden Seh Schaden gerechnet werden müsste, wenn sich der Verdacht auf toxische Neuropathie bestätigen würde (Prot. I S. 54). Ob er dies dem Kläger auch nach Erhalt des Berichts der Klinik Im Park vom 7. Juni 2001 nochmals gesagt habe, wusste er nicht mehr sicher. Es sei seine eigene Verdachtsdiagnose gewesen (Prot. I S. 55). Ab 2006 habe der Kläger mit einer bleibenden Sehverminderung rechnen müssen (Prot. I S. 55).

Aufgrund der vorhandenen Unterlagen ist davon auszugehen, dass Dr. med. D.\_\_\_\_\_ in der Anmeldung zur Röntgenuntersuchung vom 25. Mai 2001 zwecks Abklärung der Ursache für den Visusabfall den Verdacht auf toxische Optikusneuropathie als Anamnese nannte und als Untersuchungszweck den Ausschluss von Multipler Sklerose angab (Urk. 4/8). Wie bereits erwähnt, war Dr. med. D.\_\_\_\_\_ nach eigenen Angaben ambivalent bezüglich der Diagnose. Dass es aber in erster Linie darum ging, nicht einen toxischen Schaden, sondern eine allenfalls bestehende Multiple Sklerose abzuklären, ergibt sich auch daraus, dass Dr. med. D.\_\_\_\_\_ davon ausging, dass ein toxischer Schaden radiologisch in der Regel nicht nachweisbar sei (Prot. I S. 71). Im Bericht der Klinik Im Park vom 7. Juni 2001 (Urk. 4/10) ist eingangs die Visusabnahme vermerkt und, dass eine

toxische Optikusneuropathie nach Dr. med. D.\_\_\_\_\_ mögliche Ursache sein könnte. Weiter wird jedoch festgehalten, dass es um den Ausschluss einer MS gehe. Die nachfolgende Untersuchung erfolgte dann offenbar im Hinblick auf diesen Ausschluss von MS. Im Rahmen der Beurteilung wurde festgehalten, dass diskrete Signalveränderungen in der weissen Substanz des Gehirns und speziell auch im Bereich des N.opticus retrobulbär links, die insgesamt bei entsprechender klinischer Situation zu Entmarkungen im Rahmen einer MS passen würden, vorhanden seien. Aktive Herde sehe man nicht. Bezüglich einer bestehenden oder möglichen toxischen Optikusneuropathie ist nichts vermerkt; es geht aus dem Bericht auch nicht hervor, dass diesbezügliche spezifische Untersuchungen vorgenommen wurden. Dem Kläger wurde von der Klinik mitgeteilt, dass man nichts Negatives gefunden habe (Urk. 4/10). Aufgrund dieses Berichts sowie der Zeugenaussage von Dr. med. D.\_\_\_\_\_ ist somit nicht nachgewiesen, dass eine solche Abklärung überhaupt vorgenommen wurde. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ hatte ebenfalls nicht explizit behauptet, dass er dem Kläger diese Verdachtsdiagnose aufgrund dieses Berichts eröffnet habe. Er sagte ausdrücklich, dass er den Bericht vom 7. Juni 2001 mit dem Kläger nicht besprochen habe (Prot. I S. 50). Zwischen ihm und Dr. med. D.\_\_\_\_\_ war der Verdacht auf toxische Optikusneuropathie offenbar schon von Anfang an ein Thema gewesen (Prot. I S. 47); Dr. med. D.\_\_\_\_\_ habe schon anlässlich des Telefongesprächs vom 25. Mai 2001 diesen Verdacht geäußert (Prot. I S. 48). Entsprechende Untersuchungen durch Dr. med. C.\_\_\_\_\_ oder Dr. med. D.\_\_\_\_\_ sind nicht dokumentiert. Es ist deshalb anzunehmen, dass sie lediglich aufgrund des festgestellten Visusabfalls zu dieser Verdachtsdiagnose kamen und weil der Kläger ein Alkoholproblem hatte. Dr. med. C.\_\_\_\_\_ wusste nicht mehr genau, wann er mit dem Kläger über diese Verdachtsdiagnose gesprochen hatte (Prot. I S. 52, 53, 54), meinte aber, schon im Frühling 2001 (Prot. I S. 54). Es bestehen aber keine Aussagen darüber, ob und allenfalls wann er diese Verdachtsdiagnose nach dem Vorliegen des Berichtes der Klinik Im Park gegenüber dem Kläger wiederholte. Konkret wusste Dr. med. C.\_\_\_\_\_ nicht mehr, ob er diesen Verdacht dem Kläger vor dessen Abreise in die Ferien Ende Oktober 2001 nochmals kommuniziert habe (Prot. I S. 53). Dies war offenbar die erste Konsultation des

Klägers bei Dr. med. C.\_\_\_\_\_ nach Vorliegen des Klinikberichts (Prot. I S. 50). Dr. med. C.\_\_\_\_\_ erklärte auch, dass er in der Folge den Kläger bis Frühjahr 2003 nur wegen diverser Bagatelluntersuchungen (Warzen etc.) in der Praxis gehabt habe, wobei das Sehvermögen nie mehr ein Thema gewesen sei und er den Kläger auch nicht danach gefragt habe (Prot. I S. 47), wie der Kläger selbst offenbar auch keine entsprechenden Fragen stellte (Prot. I S. 22 f.).

Sachverhaltsmässig ist demnach nicht erstellt, dass diese Verdachtsdiagnose auf toxische Optikusneuropathie gegenüber dem Kläger nach Vorliegen des Berichts der Klinik im Park vom 7. Juni 2001 nochmals thematisiert wurde. Da keine entsprechenden Anhaltspunkte vorliegen, ist anzunehmen, dass dies nicht der Fall war. Demgemäss ist davon auszugehen, dass der Kläger nach der erfolgten Untersuchung durch die Klinik im Park davon ausgehen durfte, dass sich diese Verdachtsdiagnose nicht mehr aufrechterhalten liess und die Ärzte kein abnormales Resultat zur Erklärung des Visusabfalls hatten eruieren können. Aufgrund der gesamten Umstände durfte der Kläger demgemäss auf den ihm mitgeteilten provisorischen Bericht, wonach die Untersuchung nichts Negatives ergeben habe, in guten Treuen vertrauen. Da sich das Sehvermögen des Klägers zudem wieder erholte, hatte er bis im Frühjahr 2003 auch keinen Anlass an diesem Befund zu zweifeln. Der Kläger musste dieser vorübergehenden Störung in guten Treuen keinen bleibenden Krankheitswert beimessen und demgemäss entgegen der Auffassung der Beklagten (Urk.91 Rz 32 ff.) auch nicht von einer Gesundheitsstörung oder anderen bleibenden Folgen eines die Gesundheit betreffenden Vorfalls im Sinne von Frage 2 des Ergänzungsantrages (Urk. 4/12) ausgehen. Der Kläger musste aufgrund der obigen Ausführungen im August 2002 keineswegs mit einem "letztlich bleibenden Sehschaden" (Urk. 91 Rz 37) rechnen. Eine Verletzung von Art. 4 VVG ist demnach nicht gegeben.

Aufgrund dieser Ausführungen und Feststellungen erscheinen auch die diesbezüglichen Einwendungen der Beklagten (Urk. 91 Rz 49 ff.) in Bezug auf Frage 6 unbehelflich. Der nur vorübergehende Visusabfall kann zufolge des dem Kläger mitgeteilten Berichts der Klinik Im Park, wonach die Untersuchung nichts Negatives ergeben habe, nicht als "nicht normales Resultat" im Sinne von Frage 6 des Ergänzungsantrages (Urk. 4/12) qualifiziert werden. Zudem ist entgegen den

Ausführungen der Beklagten davon auszugehen, dass die Untersuchung in der Klinik die einzig relevante war. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte, dass beim Kläger zwecks Abklärung des Visusabfalls zuvor irgendwelche weiteren Spezialuntersuchungen, nach denen in Frage 6 explizit gefragt wird (z.B. Röntgen, Tomographie, EKG, Aids-Test, Blutanalyse, Urinuntersuchung, andere Spezialuntersuchungen) gemacht wurden. Dies hat die Beklagte im Berufungsverfahren auch nicht behauptet bzw. substantiiert. Allein ein Sehtest, welcher allenfalls zur Feststellung der Verminderung des Sehvermögens gemacht wurde, kann nicht unter diese Untersuchungskategorie subsumiert werden. In diesem Sinne ist der Beklagten der Beweis im Sinne von Beweissatz 3 (Urk. 49 S. 2) misslungen. Auch wenn dem Kläger gegenüber im Frühling 2001 der Verdacht auf toxische Optikusneuropathie geäussert worden war, wurde dieser in der Folge gemäss den obigen Erwägungen nicht bestätigt, weshalb der Kläger im relevanten Zeitpunkt August 2002 nicht mehr davon ausgehen musste, dass eine solche Verdachtsdiagnose bestehe. Zu diesem Ergebnis gelangte auch die Vorinstanz (Urk. 92 S. 38).

Die Vorinstanz war zum Schluss gelangt, dass es der Beklagten nicht gelungen sei zu beweisen, dass der Kläger im Zeitpunkt des Ausfüllens der Gesundheitsdeklaration im August 2002 vom Bericht der Klinik im Park Kenntnis hatte (Urk. 92 S. 36). Da aufgrund der weiteren Beweismittel - insbesondere der Zeugenaussagen der behandelnden Ärzte und Urkunden - keine Anhaltspunkte eruierbar sind, welche darauf hinweisen, dass der Kläger über den Verdacht des Vorliegens einer Multiplen Sklerose orientiert worden war, ist in Übereinstimmung mit der Vorinstanz (Urk. 92 S. 35 ff.) davon auszugehen, dass der Kläger im relevanten Zeitpunkt 2002 keine diesbezüglichen Kenntnisse haben konnte oder musste. Im Berufungsverfahren erklärte die Beklagte nun auch, dass offen bleiben könne, ob der Kläger damals von der Verdachtsdiagnose auf MS Kenntnis gehabt habe (Urk. 91 Rz 53). Offensichtlich kam die Beklagte ebenfalls zur Erkenntnis, dass dem Kläger dieses Wissen für den fraglichen Zeitpunkt nicht nachgewiesen werden konnte. Abschliessend ist daher festzuhalten, dass der Kläger die Frage 6 - wie im Übrigen auch die Frage 2 - unter diesen Umständen ohne Weiteres mit nein beantworten durfte.

e) Die Beklagte stellte sich weiter auf den Standpunkt, dass der Kläger auch die Frage 4, ob er in den letzten 5 Jahren in medizinischer Behandlung oder Betreuung, die mehr als 4 Wochen dauerte, gewesen sei, oder sich wiederholten Kontrollen unterzogen habe, zu Unrecht mit Nein beantwortet habe (Urk. 16 Rz 19.; Urk. 26 Rz 31). Die Vorinstanz stimmte dieser Auffassung nicht zu. Sie erwo, dass die Behandlungsdauer bezüglich des vom Kläger erlittenen Visusabfalls bloss zwei Wochen gedauert habe und nach erfolgter MRI-Untersuchung mit dem Bericht der Klinik Im Park vom 7. Juni 2001 abgeschlossen gewesen sei. In der Folge sei der Kläger wegen dieser Problematik nicht mehr in ärztlicher Behandlung gewesen. Die Argumentation der Beklagten, dass der Kläger im Zusammenhang mit dem Visusabfall von mindestens drei Ärzten untersucht worden sei, weshalb man zweifellos von wiederholten "Kontrollen" sprechen müsse, lasse sich nicht halten. Indem der Kläger am 25. Mai 2001 wegen des Visusabfalls seinen Hausarzt Dr. med. C.\_\_\_\_\_ aufgesucht, ihn dieser gleichentags notfallmässig an den Augenarzt Dr. med. D.\_\_\_\_\_ überwiesen habe und Dr. med. D.\_\_\_\_\_ seinerseits den Kläger zu einer Kernspintomographie in die Klinik Im Park weiter gewiesen habe, habe sich der Kläger nicht wiederholten Kontrollen unterzogen, sondern es sei vielmehr die aufgetretene Gesundheitsstörung durch verschiedene Ärzte genauer abgeklärt worden. Gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch könne von wiederholten Kontrollen nur dann gesprochen werden, wenn eine festgestellte Erkrankung bzw. Gesundheitsstörung immer wieder überprüft werde (ihre Besserung oder aber ihr Fortschreiten). Dies sei vorliegend zwischen 2001 und 2002 nicht der Fall gewesen (Urk. 92 S. 32 f.). Diesen Ausführungen der Vorinstanz ist vollumfänglich beizupflichten. Die von der Beklagten dagegen im Berufungsverfahren vorgebrachten Argumente (Urk. 91 Rz 41 ff.) sind in keiner Weise überzeugend. Der durchschnittlich begabte Versicherungsnehmer kann die Frage nach wiederholten Kontrollen im gesamten Kontext in guten Treuen nur so verstehen, wie die Vorinstanz dies ausgeführt hat, auch wenn der Begriff gemäss Duden noch andere Bedeutungen aufweisen kann. Der Begriff "Untersuchung" kann in diesem Zusammenhang dem Begriff "Kontrolle" nicht gleichgesetzt werden. Andernfalls müsste sich die Beklagte vorhalten lassen, dass die Frage

missverständlich formuliert ist, woraus die Beklagte jedoch nichts zu ihren Gunsten ableiten könnte. Indem der Kläger diese Frage mit Nein beantwortete, hat er seine Anzeigepflicht gemäss Art. 4 VVG nicht verletzt.

f) Die Beklagte vertrat die Ansicht, dass der Kläger auch die Frage 15 der Ergänzung zum Antrag falsch beantwortet habe. Da der Kläger im Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Antrages nachgewiesenermassen verschwommen gesehen und demgemäss eine Sehstörung vorgelegen habe, welche nicht mittels einer Brille habe korrigiert werden können, hätte er die Frage nicht verneinen dürfen (Urk. 91 Rz 60 ff.). Die Vorinstanz hatte dazu ausgeführt, dass die Frage 15 grossmehrheitlich dieselbe Fragestellung betreffe, wie sie bereits unter Frage 2 abgehandelt worden sei. Wie schon mehrfach festgehalten worden sei, habe von der Beklagten nicht bewiesen werden können, dass der Kläger die von ihr geltend gemachten Fragen der Gesundheitsdeklaration falsch bzw. wider Treu und Glauben ausgefüllt habe (Urk. 92 S. 39). Diesen vorinstanzlichen Erwägungen ist zu folgen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist nicht nachgewiesen, dass der Kläger im Zeitpunkt der Unterzeichnung des Versicherungsantrages eine Sehstörung aufwies und auch nicht, dass er von einer entsprechenden Verdachtsdiagnose ausgehen musste. Der Kläger durfte davon ausgehen, dass dieser Verdacht inzwischen ausgeräumt war. Es kann hierzu auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

g) Schliesslich machte die Beklagte noch geltend, dass der Kläger bei der Beantwortung der Frage 7 die chronische Pansinusitis verschwiegen habe. Die Beklagte anerkannte zwar, dass die chronische Pansinusitis von ihr nicht als Kündigungsgrund genannt worden sei. Es sei auch möglich, dass sie vom Kläger nicht als ernsthafte Krankheit habe aufgefasst werden müssen. Auch die weiteren Arztkonsultationen seien im Schreiben der Beklagten nicht als Kündigungsgrund aufgeführt worden, wie die Vorinstanz (Urk. 92 S. 38) zutreffend ausführe. Dennoch sei in diesem Zusammenhang darauf hinzuweisen, dass der Kläger in der Ergänzung zum Antrag schlicht sämtliche Fragen nach seinem Gesundheitszustand oder nach Arztbesuchen derart beantwortet habe, wie wenn er absolut gesund gewesen wäre und ausser Schülfungen aufgrund eines

Velounfalls in den letzten fünf Jahren kein einziges Mal in ärztlicher Behandlung gestanden oder sich irgendwelchen Kontrollen oder Untersuchungen hätte unterziehen müssen. Hätte der Kläger über die von der Beklagten gestellten Fragen ernsthaft nachgedacht, hätte er ohne Weiteres zum Schluss gelangen müssen, dass er nicht einfach jede Frage mit "Nein" beantworten durfte, sondern insbesondere die Vorkommnisse vom Frühjahr 2001, die aktuelle Sehstörung und die Verdachtsdiagnose toxische Optikusneuropathie hätte anzeigen müssen. Dabei habe es sich um weit gravierendere Gesundheitsbeeinträchtigungen als Hautschürfungen gehandelt. Die Verneinung der Fragen 2, 4, 6 und 15 der Ergänzung zum Antrag stellten allesamt Anzeigepflichtverletzungen dar, wie auch die lückenhafte Beantwortung von Frage 7. Es sei jedoch zutreffend, dass die Beklagte dies gegenüber dem Kläger nicht form- und fristgerecht geltend gemacht habe, weshalb sie daraus keine Rechte ableiten könne. Auch diese Umstände und der daraus entstehende Gesamteindruck einer Vertuschung des tatsächlichen Gesundheitszustandes seien bei der Würdigung des Sachverhaltes jedoch zu berücksichtigen (Urk. 91 Rz 65 ff.).

Diese Ausführungen sind unbehelflich. Nachdem es die Beklagte im Rahmen ihres Kündigungsschreiben (Urk. 4/7) versäumte, anderes als Kündigungsgrund als die Multiple Sklerose mit Status nach beidseitiger Retrobulbärneuritis und massiver Visusstörung aufzuführen, kann sie sich heute nicht auf eine generelle Verletzung der Anzeigepflicht des Klägers wegen Vertuschung seines tatsächlichen Gesundheitszustandes berufen. Wie schon die Vorinstanz zutreffend ausführte, muss die Versicherung nach gefestigter Rechtsprechung bei einem Vertragsrücktritt aufgrund einer Anzeigepflichtverletzung in der Rücktrittserklärung konkret auf die verschwiegene oder ungenau mitgeteilte Gefahrstatsache hinweisen und die ungenau beantwortete Frage erwähnen (Urk. 92 S. 30 mit Verweis auf die einschlägige Rechtsprechung). Relevant ist vorliegend allein, ob dem Kläger nachgewiesen werden kann, dass er die von der Beklagten im Versicherungsformular konkret gestellten Fragen, falsch beantwortete, indem er ihm bekannte oder bekannt sein müssende Gefahrstatsachen, welche nach Auffassung der Beklagten konkret vorhanden und im Kündigungsschreiben erwähnt waren, verschwiegen. Solches

konnte dem Kläger jedoch nicht nachgewiesen werden. Dieser pauschale, unsubstantiierte Vorwurf der Beklagten lässt sich daher nicht aufrechterhalten. Wie oben ausgeführt, durfte der Kläger aufgrund seines damals aktuellen Kenntnisstandes die betreffenden relevanten Fragen mit "Nein" beantworten.

Die von der Beklagten noch vor Vorinstanz thematisierte Verletzung der Anzeigepflichtverletzung zufolge des Vorliegens einer chronischen Pansinusitis, welche von der Vorinstanz zutreffend verneint wurde, weil sie in der Rücktrittserklärung von der Beklagten ebenfalls nicht genannt worden war (Urk. 92 S. 30), wurde im Berufungsverfahren nicht mehr thematisiert (Urk. 91).

4.3. Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte (Urk. 92 S. 39), ist es der Beklagten nicht gelungen zu beweisen, dass der Kläger die von ihr geltend gemachten Fragen aufgrund der nach ihrer Auffassung damals bestandenen und im Kündigungsschreiben erwähnten Gesundheitsstörungen falsch bzw. wider Treu und Glauben ausfüllte, weil er um deren Vorhandensein wusste oder hätte wissen müssen. Die Vorinstanz hat die Klage daher in zutreffender Weise gutgeheissen und festgestellt, dass der Rücktritt der Beklagten vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam ist. Die Berufung der Beklagten ist daher abzuweisen.

### III.

1. Zur Festlegung der Kosten- und Entschädigungsfolgen bestimmte die Vorinstanz vorab den Streitwert. Bei der Berechnung ging sie von einer Versicherungssumme von Fr. 82'045.– (per 1. September 2029) plus einer wertmässigen Prämienbefreiung von Fr. 64'077.20 (22 x 2'912.60), also insgesamt Fr. 146'122.20 (Urk. 92 S. 40) aus. Im Berufungsverfahren wurde diese Streitwertberechnung von der Beklagten als unrichtig kritisiert. Sie machte geltend, dass die Prämienbefreiung unter den Parteien nicht strittig sei; sowohl bei Klageabweisung wie auch bei Gutheissung der Klage sei der Kläger von der Prämienzahlung entbunden. Einzig die versicherte Erlebens- und

Todesfallsumme von Fr. 82'045.–, die bei Gutheissung der Klage spätestens per 1. September 2029 zu entrichten wäre, sei Gegenstand des Verfahrens. Hinzu komme, dass die Beklagte dem Kläger unbestrittenermassen und wie bereits im Schreiben vom 26. Mai 2009 (Urk. 95/9) festgehalten, auch bei Abweisung der Klage den Rückkaufswert auszurichten habe. Dieser habe per Mai 2009 Fr. 10'053.40 betragen. Der Streitwert belaufe sich somit auf Fr. 71'991.60 (Urk. 91 S. 22). Der Kläger widersetzte sich dieser Streitwertberechnung im Berufungsverfahren nicht (Urk. 99 Rz 71 ff.). Er machte geltend, dass der Streitwert mindestens Fr. 71'991.60 betrage. Wie die Beklagte selber ausführe, hätten die Parteien den Streitwert in der Referentenaudienz vom 8. Dezember 2011 übereinstimmend mit "ca. Fr. 70'000.–" angegeben (Urk. 99 Rz 75). Der Kläger beantragte für den Fall einer Gutheissung dieses Antrages der Beklagten, dass die entsprechenden Kosten auf die Gerichtskasse zu nehmen seien, da er – der Kläger – nichts zu einer allenfalls fehlerhaften Streitwertberechnung durch die Vorinstanz beigetragen habe (Urk. 99 Rz 30).

Die Einwendungen der Beklagten gegen die vorinstanzliche Streitwertberechnung sind begründet. Wie sie zu Recht geltend machte, sind die Prämienzahlungen zwischen den Parteien nicht umstritten. Lediglich die Versicherungssumme, welche nach Ablauf der Vertragsdauer im Jahre 2029 bezahlt werden müsste, wenn der Vertrag nicht aufgehoben würde, ist Gegenstand des Verfahrens. Der Streitwert bemisst sich daher nur nach diesem Wert, abzüglich des Rückkaufswerts im Zeitpunkt des Rücktritts der Beklagten vom Vertrag. Dies entspricht auch der Sichtweise des Klägers. Demnach ist von einem Streitwert von Fr. 71'991.60 auszugehen.

2. Ausgangsgemäss wurden der Beklagten von der Vorinstanz richtigerweise die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens auferlegt (§ 64 Abs. 1 i.V.m. § 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Ausserdem wurde sie verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung zu bezahlen. Aufgrund des korrigierten Streitwertes, muss die Gerichtsgebühr wie auch die Prozessentschädigung jedoch neu berechnet werden, auf der Basis des Streitwertes von Fr. 71'991.60.

a) Gemäss § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 gilt die bisherige Anwaltsgebührenverordnung vom 21. Juni 2006 weiterhin für Verfahren, auf welche wie vorliegend die Bestimmungen des kantonalen Prozessrechts Anwendung finden. Die Grundgebühr im Sinne von § 3 Abs. 1 aAnwGebVO beträgt bei diesem Streitwert Fr. 8'980.–. In Anwendung von § 6 Abs. 1 und Abs. 2 aAnwGebVO gewährte die Vorinstanz darauf einen Zuschlag von rund 50% für weitere Rechtsschriften und Aufwendungen im Beweisverfahren, was von den Parteien nicht kritisiert wurde und auch zutreffend erscheint. Die volle Parteientschädigung ist somit auf rund Fr. 13'400.– zu bemessen. Was die Problematik des Mehrwertsteuersatzes anbelangt, kann auf die zutreffenden vorinstanzlichen Erwägungen verwiesen werden (Urk. 92 S. 40). Es scheint gerechtfertigt, einem Viertel der Prozessentschädigung (Fr. 3'350.–) den Satz von 7,6% (Fr. 254.60) und dem Rest (Fr. 10'050.–) den Satz von 8% (Fr. 804.–) zugrunde zu legen, wie dies auch die Vorinstanz machte und was von den Parteien nicht beanstandet wurde. Die Prozessentschädigung beläuft sich demnach insgesamt auf rund Fr. 14'460.–. Ausgangsgemäss hat die Beklagte dem Kläger diese Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 i.V.m. § 64 Abs. 2 ZPO/ZH).

b) Wie die Vorinstanz korrekt ausführte, ist auf ihr Verfahren die Gebührenverordnung des Obergerichtes vom 4. April 2007 anwendbar (Urk. 92 S. 40). Gemäss § 4 Abs. 1 und § 9 aGebVO beträgt diese beim angegebenen Streitwert vorliegend Fr. 9'000.–. Die Gerichtskosten sind der Beklagten aufzuerlegen (§ 64 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Gerichtskosten sind mit den von der Beklagten geleisteten Barvorschüssen zu verrechnen. Der vom Kläger erbrachte Barvorschuss von Fr. 600.– wird diesem zurückerstattet.

3.a) Die Prozesskosten werden auch im Berufungsverfahren nach Massgabe ihres Unterliegens und Obsiegens auferlegt (Art. 106 Abs. 2 ZPO). Die Beklagte unterliegt im Berufungsverfahren mit ihrem Hauptantrag auf Klageabweisung, dringt aber mit ihrem Eventualantrag auf Neufestsetzung der Kosten- und Entschädigungsfolgen zufolge Neuberechnung des Streitwerts mehrheitlich durch. Da sich der Kläger dem Eventualantrag grundsätzlich nicht

widersetzte und keinen anderen Antrag stellte, kann er im Berufungsverfahren diesbezüglich nicht als unterliegende Partei betrachtet werden. Das Gericht kann Gerichtskosten, die weder eine Partei noch Dritte veranlasst haben, aus Billigkeitsgründen dem Kanton auferlegen. Es rechtfertigt sich daher im Folgenden, die der Beklagten aufzuerlegende Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren entsprechend leicht zu reduzieren. Eine Parteientschädigung an die Beklagte aus diesem Grund ist mangels gesetzlicher Grundlage nicht möglich (§ 200 GOG).

b) Bei einem Streitwert von Fr. 71'991.60 beträgt die Gerichtsgebühr – welche sich im Berufungsverfahren nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 richtet – rund Fr. 7'310.– (§§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 1 GebVO). Aufgrund des weitgehend gutzuheissenden Eventualantrages der Beklagten rechtfertigt es sich, diese ihr grundsätzlich ausgangsgemäss aufzuerlegende Gebühr auf Fr. 6'800.– zu reduzieren. Die Beklagte hatte für das Berufungsverfahren einen Kostenvorschuss von Fr. 10'600.– geleistet (Urk. 97). Dieser wird zur Tilgung der Entscheidgebühr verwendet werden.

c) Die volle Parteientschädigung beläuft sich bei diesem Streitwert auf Fr. 8'980.–. Sie ist im Berufungsverfahren auf einen bis zwei Drittel herabzusetzen (§§ 2 Abs. 1, 4 Abs. 1, 13 Abs. 1 und 2 AnwGebVO vom 8. September 2010) und vorliegend mit Fr. 6'000.– (bzw. Fr. 6'480.– inkl. 8% MwSt.) zu bemessen. Die Beklagte ist zu verpflichten, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6480.– zu bezahlen.

### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird gutgeheissen. Es wird festgestellt, dass der Rücktritt der Beklagten vom Lebensversicherungsvertrag zwischen den Parteien (Police-Nr. ...) vom 26. Mai 2009 rechtsunwirksam ist.
2. Die erstinstanzliche Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'000.– ; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 406.– Zeugenentschädigung.

Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.

3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'800.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit den geleisteten Vorschüssen der Beklagten verrechnet. Im Mehrbetrag stellt die Obergerichtskasse Rechnung.
5. Der Barvorschuss des Klägers in der Höhe von Fr. 600.– wird diesem zurückerstattet.
6. Die Entscheidgebühr für das zweitinstanzliche Verfahren wird der Beklagten auferlegt und mit dem geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
7. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das erstinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 14'460.– zu bezahlen.
8. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das zweitinstanzliche Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 6'480.– zu bezahlen.
9. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, sowie an das Bezirksgericht Zürich, 3. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

10. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche nicht vermögensrechtliche arbeitsrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 71'991.60.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 11. Dezember 2014

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. L. Hunziker Schnider

lic. iur. G. Kenny

versandt am:  
mc