

BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.22 vom 25. Januar 2013

BS Appellationsgericht, 2013-01-25, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bs_appellationsgericht_ZB.2012.22

FR: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.22 du 25 janvier 2013

IT: BS_APPELLATIONSGERICHT ZB.2012.22 del 25 gennaio 2013

Erwägungen

E. 1

Angefochten ist ein Entscheid des Zivilgerichts. Dieser Entscheid ist mit Berufung beim Appellationsgericht anfechtbar: Es liegt ein Endentscheid der ersten Instanz vor (Art. 308 Abs. 1 lit. a der anwendbaren Schweizerischen Zivilprozessordnung, ZPO) und der Streitwert übersteigt CHF 10'000.■ (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Der Berufungskläger hat seine Berufung formgerecht und ■ unter Berücksichtigung des österlichen Fristenstillstands ■ rechtzeitig eingereicht (Art. 311 Abs. 1 und Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO). Auf die Berufung ist demnach einzutreten.

Zum Entscheid über die Berufung ist die Kammer des Appellationsgerichts zuständig (§ 10 Abs.

E. 2

2.1 Umstritten ist vorliegend, ob der Berufungskläger die Anzeigepflicht verletzt hat oder nicht. Das Bundesgericht hat seine Rechtsprechung zur Anzeigepflichtverletzung gemäss Art. 4 und 6 VVG wie folgt zusammengefasst (BGE 134 III 511 E. 3.3 S. 513 ■ 515, mit weiteren Hinweisen): Nach Art. 4 VVG hat der Antragsteller dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschluss 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. 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 geltenden Fassung) das Recht zu, binnen vier Wochen seit Kenntnis der Verletzung der Anzeigepflicht vom Vertrag zurückzutreten (BGE 134 III 511

E. 3.3.2 S. 513 f.).

Im Gegensatz zum vertraglich vereinbarten Rechtsnachteil bei der Verletzung einer Obliegenheit gemäss Art. 45 Abs. 1 VVG fällt die Frage nach dem Verschulden im Bereich des Art. 6 VVG ausser Betracht. Wann 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 Falls, 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 Aufschlüssen 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 kann, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt (BGE 134 III 511 E. 3.3.3 S. 514).

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. 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 134 III 511 E. 3.3.4 S. 514 f.).

2.2 Im angefochtenen Entscheid hat das Zivilgericht zunächst die dargelegte Rechtsprechung wiedergegeben (Erwägung 2a d) und festgehalten, dass POS (psycho-organisches Syndrom, auch Aufmerksamkeits-Defizit-[Hyperaktivitäts-]Störung, ADS/ADHS) eine Krankheit sei und von der IV als Geburtsgebrechen anerkannt werde (Entscheid E. 2. f aa). Sodann hat es die ärztlichen Berichte und Zeugenaussagen referiert (Entscheid E. 2. f bb ff). Gestützt darauf hat es angenommen, dass die Eltern des Berufungsklägers ihre Anzeigepflicht gegenüber der Berufungsbeklagten verletzt haben, indem sie die im Antragsformular gestellte Frage Bestehen bei Ihnen gegenwärtig

gesundheitliche Störungen? ■ im Herbst 2003 mit ■nein■ beantworteten. Für die Bejahung einer Anzeigepflichtverletzung waren für das Zivilgericht folgende Erwägungen wegleitend (Entscheid E. 2. f gg):

Aufgrund der in der Schule bestehenden Probleme sei der Berufungskläger im Alter von 9 Jahren 1997 im Kinderspital abgeklärt worden. Seinen Eltern sei dann mitgeteilt worden, dass ein POS bestehe und sie deshalb aufpassen müssten; dies sei aber keine Krankheit, sondern eine Entwicklungsstörung, die sich auswachsen könne. In der Folge habe sich die Auffälligkeit aber nicht reduziert, sondern fortgesetzt. Der Berufungskläger sei mit 11 Jahren auf Veranlassung des Logopädischen Diensts auch in der Kinder- und Jugendpsychiatrischen Universitäts- und Poliklinik (KJUP) untersucht worden, da für die Eltern hinreichend Anlass bestanden habe, sich Sorgen zu machen. Auch nach dieser Standortbestimmung im Jahr 1999 habe sich die Situation nicht verbessert; vielmehr sei wiederum auf Veranlassung der Schule der nun bereits knapp 14-jährige Berufungskläger im 2002 neurologisch untersucht worden. Auch in dieser Untersuchung sei kein medizinischer Befund diagnostiziert und das Problem an die Schule zurückdelegiert worden. Es sei offensichtlich, so das Zivilgericht weiter, dass die Eltern aufgrund dieser Entwicklung nicht mehr ■ wie im Jahr 1997 ■ davon ausgehen durften, dass es sich beim POS nur um eine belanglose, vorübergehende Beeinträchtigung handle, die sich auswachsen werde. Die Situation habe sich im Lauf der Jahre entgegen der ursprünglichen Hoffnung nicht verbessert, sondern weitere Abklärungen nach sich gezogen. Die Eltern hätten im Lauf der Jahre nicht Grund zu weniger, sondern zu immer mehr Sorgen gehabt. In dieser Lage hätten sie beim Beantworten der Fragen die Diagnose POS nicht einfach verschweigen dürfen.

E. 3

3.1 Zunächst ist fraglich, ob das POS eine Krankheit beziehungsweise eine gesundheitliche Störung ist (vgl. auch Berufungsantwort N 9 ff.). Das Zivilgericht hat festgehalten, aus den Eingaben beider Parteien gehe unbestritten hervor, dass das POS (ADS/ADHS) als Krankheit umschrieben und von der IV als Geburtsgebrechen anerkannt sei (Entscheid E. 2. f aa). Der Berufungskläger macht in seiner Berufung geltend, dass es sich beim POS um eine ■verzögerte psychosoziale Reifung■ handle. Er beruft sich dabei auf eine Publikation der Entwicklungsneurologin A. _____, gemäss welcher das infantile POS ■nicht als Krankheit oder Hirnschaden■, sondern als ■Normvariante menschlicher Entwicklung■ gelte (Das frühkindliche psychoorganische Syndrom, 3. Auflage, Stuttgart/New York 1995, Klagebegründungsbeilage 18; Berufung N 7). Aus dem Umstand, dass POS als Geburtsgebrechen anerkannt sei, dürfe nicht abgeleitet werden, dass es sich um eine Krankheit handle; die Geburtsgebrechen nähmen gemäss dem Bundesgericht (BGE 122 V 113) im System der IV eine besondere Stellung ein und es handle sich weder um Krankheiten noch um Unfälle (Berufung N 37).

3.2 Der Berufungskläger stellt mit diesen Ausführungen seine eigene Bewertung des POS nochmals dar, ohne konkret zu rügen, inwiefern die zivilgerichtliche Qualifikation des POS als Krankheit falsch sein soll. Das ist prozessual ungenügend. Der Berufungskläger muss mit der Berufungsbegründung vielmehr erklären, weshalb der erstinstanzliche Entscheid im angefochtenen Punkt unrichtig sein soll, was mit anderen Worten voraussetzt, dass er sich mit der Begründung des angefochtenen Entscheids auseinandersetzt (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genf 2010, Art. 311 ZPO N 36). Indem der

Berufungskläger seine eigene Bewertung des POS wiederholt, ohne die zivilrechtliche Einordnung konkret zu kritisieren, fehlt es an einer Auseinandersetzung mit der Begründung des zivilgerichtlichen Entscheids.

3.3 Auch wenn die Berufungsbegründung in diesem Punkt als hinreichend zu betrachten wäre, müsste sie in der Sache als unzutreffend zurückgewiesen werden. Die Kriterien zur Diagnose eines POS richten sich nach den Vorgaben der Eidgenössischen Invalidenversicherung; der Begriff des POS ist denn vor allem in der Schweiz gebräuchlich. Das Bundesgericht qualifiziert das POS in einer langjährigen Rechtsprechung, die es in einem Leitentscheid vom 13. Juni 1996 zusammengefasst hat, als Geburtsgebrechen (BGE 122 V 113 ff.). Geburtsgebrechen unterscheiden sich von Krankheiten einzig dadurch, dass sie bereits bei vollendeter Geburt bestehen. Folgerichtig umfassen die Geburtsgebrechen nach der Legaldefinition des ATSG ■diejenigen Krankheiten, die bei vollendeter Geburt bestehen■ (Art. 3 Abs. 2 ATSG; vgl. auch Kieser, ATSG-Kommentar, 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 3 ATSG N 28 und 29). Der Krankheitscharakter des POS entfällt somit nicht deshalb, weil es sich um ein Geburtsgebrechen und damit um einen Unterfall der Krankheit handelt. Folgerichtig bezeichnet das Bundesgericht das POS denn auch als ein ■komplexes Krankheitsbild■ (BGE 122 V 113 E. 3 c/bb S. 123). Damit die Voraussetzungen für dessen Diagnose erfüllt sind, müssen kumulativ eine Reihe von Symptomen nachgewiesen sein (BGE 122 V 113 E. 2 f S. 117; Randziffer 404.5 des Kreisschreibens des BSV über medizinische Eingliederungsmassnahmen [KSME]): Störungen des Verhaltens im Sinn krankhafter Beeinträchtigungen der Affektivität oder der Kontaktfähigkeit, des Antriebs, des Erfassens (perzeptive, kognitive oder Wahrnehmungsstörungen), der Konzentrations- sowie der Merkfähigkeit. Bei allen diesen Symptomen handelt es sich um nicht leicht fass- und messbare Elemente (BGer 8C_300/2007 vom 14. Januar 2008 E. 2.3).

Im Zusammenhang mit dem POS werden international auch die Begriffe der hyperkinetischen Störung und der Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung (ADHS) verwendet. Das Bundesgericht grenzt diese Begriffe, die teilweise als Synonyme gebraucht werden, wie folgt voneinander ab: Das internationale Diagnoseinstrument ICD-10 (Internationale Klassifikation psychischer Störungen) spreche von kinetischen Störungen und berücksichtige neben einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung (F90.0) lediglich eine hyperkinetische Störung des Sozialverhaltens (F90.1). Dem Konzept der hyperkinetischen Störung gemäss ICD-10 entspreche im amerikanischen Diagnoseinstrument DSM-IV (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) die Aufmerksamkeitsdefizit-Hyperaktivitätsstörung (ADHS). Der Begriff des ADHS sei im Vergleich zur hyperkinetischen Störung stärker verhaltensorientiert und angemessener. Im Unterschied zur ICD-10 berücksichtige das DSM-IV drei Untertypen, nämlich den Mischtypus (ADHS), den vorwiegend unaufmerksamen Typ (Aufmerksamkeitsdefizitstörung, ADS) und den vorwiegend impulsiven Typ (HI) (vgl. BGer 8C_300/2007 vom 14. Januar 2008 E. 3.3; vgl. auch BGer I 572/03 vom 15. März 2004 E. 2.6).

3.4 Aufgrund dieser Rechtsprechung steht somit fest, dass es sich beim POS um ein Geburtsgebrechen beziehungsweise eine Krankheit handelt. Die von Dr. A. _____ im Klappentext ihrer Publikation (Das frühkindliche psychoorganische Syndrom) vertretene Auffassung, wonach das POS keine Krankheit, sondern eine ■Normvariante menschlicher Entwicklung■ sei, entspricht damit nicht dem allgemeinen Verständnis, sondern einer

minoritären Auffassung des POS. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass dieselbe Dr. A._____ (in ihrer Funktion als leitende Ärztin in der Entwicklungsneurologie des Kinderspitals) damals in ihrem ■Bericht über die neuromotorische und neuropsychologische Untersuchung■ vom 20. Januar 1997 zusammenfassend folgende Beurteilung abgegeben hat (Klagebegründungsbeilage 15 = Klagantwortbeilage 6):

■Frühkindliches psycho-organisches Syndrom, bestehend aus folgenden Hirnfunktionsstörungen:

1. Minimale Cerebralparese mit Persistenz von Primitivreflexen
2. Taktilkinästhetische Wahrnehmungsstörungen, deutlich retardierte visuell-räumliche Wahrnehmungsfunktionen (diese sind auf Kindergarteniveau), auch auditive Erfassungsspanne nicht altersentsprechend, Hinweise auf intermodale Störungen. Konsekutiv grosse Probleme beim Erwerb der Kulturtechniken
3. Verzögerte psychosoziale Reifung mit Vigilanzproblem und Konzentrationsschwierigkeiten■.

Aus dem Bericht ergibt sich somit ebenfalls, dass das von Dr. A._____ diagnostizierte POS mit durchwegs erheblichen ■Hirnfunktionsstörungen■ einhergeht und damit einer gesundheitlichen Störung entspricht. Dass das POS nach dem allgemeinen Verständnis eine Störung der (psychischen) Gesundheit darstellt, lässt sich somit auch aufgrund des Berichts von Dr. A._____ nicht in Abrede stellen.

E. 4

Fraglich ist sodann, ob im Zeitpunkt des Versicherungsantrags ein POS gemäss der angeführten Rechtsprechung vorlag. Das Zivilgericht hat angenommen, dass das beim Berufungskläger im 1997 erstmals diagnostizierte POS auch im Zeitpunkt der Antragstellung im 2003 bestand. Der Berufungskläger vertritt die Auffassung, dass die medizinischen Akten diesen Schluss nicht zuliessen. Im Jahr 1997, als die POS-Diagnose erstmals gestellt worden sei, sei offenbar keine Handlungsnotwendigkeit gesehen worden; es habe keine Folgebehandlung und keine Medikation gegeben. Bei den weiteren Untersuchungen in den Jahren 1999 und 2002 sei die Diagnose nicht mehr genannt worden. Aus Sicht des Neurologen Dr. B._____ sei im Jahr 2002 alles in Ordnung und keine medizinische Problematik auszumachen gewesen. Es sei nicht nachgewiesen, dass bei der Antragstellung im 2003 eine (seit 1997 anhaltende) gesundheitliche Störung vorgelegen habe (Berufung N 38, 40 und 41).

Die Berufungsbeklagte wendet dagegen zunächst ein, dass die Behauptung des Berufungsklägers verspätet sei. Dieser habe vor der Vorinstanz nie behauptet, dass die Berufungsbeklagte den Nachweis eines im 2003 noch bestehenden POS nicht erbracht habe, beziehungsweise habe er nie behauptet, dass sich das POS zwischenzeitlich ausgewachsen habe (Berufungsantwort N 7). In der Berufung legt der Berufungskläger nicht dar, dass er eine entsprechende Tatsachenbehauptung bereits in seinen beiden erstinstanzlichen Rechtschriften oder an der erstinstanzlichen Hauptverhandlung geäussert hat (vgl. Berufung N 38 und 39). Dazu hätte er sich aber in seiner Berufung äussern müssen, nachdem die Berufungsbeklagte in der Hauptverhandlung ausgeführt hatte, dass im 2003 niemand davon ausgegangen sei, ■dass das POS im 2003 verschwunden ist■ (Protokoll der Hauptverhandlung S. 4). Die Behauptung, das POS habe sich bis im Jahr 2003 ausgewachsen, lässt sich seinen erstinstanzlichen Rechtschriften und seinem

Parteivortrag denn auch nicht entnehmen. Die erst im vorliegenden Berufungsverfahren vorgetragene Behauptung erweist sich somit ■ wie die Berufungsbeklagte zu Recht vorbringt ■ als verspätet.

Im Übrigen erscheint die Behauptung auch als unzutreffend: Dr. B._____, Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin, speziell Neuropädiatrie, hat auf Anfrage der Berufungsbeklagten am 1. Juli 2008 angegeben, dass am 12. Juni 2002 eine Konsultation bei ihm stattgefunden habe. In der Rubrik Diagnose vermerkte Dr. B._____ ein ■frühkindliches POS■ und als Grund für die Untersuchung gab er eine ■Entwicklungsproblematik■ an (Klagantwortbeilage 19). In der Befragung als Zeuge hat Dr. B._____ gegenüber dem Zivilgericht einerseits angegeben, dass er ■aus neurologischer Sicht■ dem Berufungskläger ■keine Diagnose mit Krankheitswert■ habe formulieren können; er habe auch keine Gesundheitsstörung diagnostiziert. Da es sich beim POS um eine psychische Krankheit handelt, ist es nicht erstaunlich, dass Dr. B._____ aus neurologischer Sicht keine Diagnose mit Krankheitswert gestellt hat. Andererseits hat Dr. B._____ angegeben, er habe keine Veranlassung gehabt, die (POS-) ■Diagnose von Dr. A._____ zu reevaluieren■. POS sei nicht das Thema für ihn gewesen (Zeugeneinvernahmeprotokoll vom 22. September 2011 S. 2). Die von Dr. A._____ im 1997 gestellte Diagnose eines POS ist mit anderen Worten vom Neurologen Dr. B._____ im Jahr 2002 nicht in Frage gestellt worden. Anhaltspunkte, dass die Diagnose im Zeitpunkt des Antrags entfallen sein könnte, liegen daher nicht vor.

E. 5

5.1 Weiter ist umstritten, wie die von der Berufungsbeklagten gestellte Frage nach gegenwärtigen gesundheitlichen Störungen zu verstehen ist. Die Berufungsbeklagte hat im Antragsformular (Klagebegründungsbeilage 8) verschiedene Fragen gestellt, die Rückschlüsse auf den Gesundheitszustand des Antragstellers erlauben (Fragen 7 bis 20), so Fragen nach dem Abschluss von Lebens- und Erwerbsunfähigkeitsversicherungen (Frage 7), nach Tabak- und Haschischkonsum (Frage 8), dem Bestehen gegenwärtiger gesundheitlicher Störungen (Frage 9), der Arbeitsunfähigkeit (Fragen 10 und 11), einem Rentenbezug (Frage 12), Krankheiten (Frage 13) Spitalaufenthalten (Frage 14), der Durchführung eines AIDS-Tests (Frage 15), nach Medikamenten (Frage 16), Rauschgiften und Suchtmitteln (Frage 17), Alkohol (Frage 18), nach Grösse und Gewicht (Frage 19) und dem Arzt, der am besten über die Gesundheitsverhältnisse informiert ist (Frage 20). Die vorliegend interessierenden Fragen 9 und 13 lauten wie folgt:

9. Bestehen bei Ihnen gegenwärtig gesundheitliche Störungen?

nein ja

Welche?

[]

13.1 Leiden oder litten Sie je an einer der nachstehenden Krankheiten?

Herz- und Kreislaufkrankheiten, Bewusstlosigkeit, hoher Blutdruck, Blutkrankheiten, Tuberkulose, Asthma, Krebs, Geschwüre, Infektionskrankheiten, HIV-Infektion (AIDS oder verwandte Krankheiten), Magen- oder Darmkrankheiten, Leber-, Gallen- oder Nierenerkrankungen, Erkrankungen der Blase oder Harnwege, Zuckerkrankheit, Lungenkrankheiten, Eiweiss oder Zucker im Urin, Gelenkkrankheiten, Krankheiten der

Wirbelsäule, Bandscheibenschäden, Rückenleiden, Ischias, Epilepsie, Augen- oder Ohrenleiden, Depressionen, Geistes- oder Nervenkrankheiten (Selbsttötungsversuch), oder an einer anderen hier nicht erwähnten Krankheit?

nein ja

Welche? Wann? _____

13.2 Sind Folgen zurückgeblieben?

nein ja

Welche? _____

13.3 Welche Ärzte behandelten Sie? (Genaue Adresse angeben) _____

Der Berufungskläger hat die Fragen 9., 13.1 und 13.2 mit **nein** beantwortet und die Frage 13.3 offen gelassen. Das Zivilgericht hat die Antwort auf die Frage 9 als Anzeigepflichtverletzung qualifiziert und die Frage der Anzeigepflichtverletzung in Bezug auf die Antworten 13.1 bis 13.3 offen gelassen.

5.2 Der Berufungskläger macht geltend, die Frage 9 sei sehr umfassend und weit formuliert. Namentlich fehlten Beispiele, die dem Antragsteller eine genauere Vorstellung geben könnten, was mit gesundheitlichen Störungen gemeint sein soll. Zudem biete der Fragebogen auch zu wenig Raum, um Zweifeln über das Vorliegen einer ernsthaften Erkrankung Ausdruck zu geben. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts sei bei einer weiten Fragestellung eine Anzeigepflichtverletzung nur restriktiv anzunehmen. Er verweist dabei namentlich auf BGE 134 III 511 (Berufung N 13 - 16). Die Berufungsbeklagte hält dem Berufungskläger vor, eine Unklarheit herbeizuschreiben, wo keine sei. Er verwandle die einfache Frage nach einer gegenwärtigen gesundheitlichen Störung kurzum in die Frage, ob sich der Antragsteller heute gesund und arbeitsfähig fühle (Berufungsantwort N 26 und 27).

E. 5.3

5.3.1 Im Entscheid BGE 134 III 511, den der Berufungskläger anruft, hatte der Versicherer dem Antragsteller folgende Frage gestellt: **Bestanden in den letzten 5 Jahren jemals Krankheiten?** Das Bundesgericht führt dazu aus, dass diese Frage sehr umfassend und weit formuliert sei. Was unter Krankheiten zu verstehen sei **vor-übergehende Erkrankungen üblicher Art, Krankheiten mit oder ohne Arbeitsunfähigkeit** gehe daraus nicht hervor; der Versicherer hätte den Krankheitsbegriff ohne Weiteres durch konkrete, für den Laien verständliche Krankheitsbilder spezifizieren können. Zudem waren dem Antragsteller auf dem Fragebogen nur für den Fall der Bejahung einer Krankheit zwei Leerzeilen für deren Beschreibung zur Verfügung gestellt worden; für den Fall der Verneinung der Gesundheitsfrage habe der Bogen keinen Raum gelassen, um allfälligen

Zweifeln Ausdruck zu verleihen.

5.3.2 Der vorliegende Fragebogen unterscheidet sich wesentlich von dem in BGE 134 III 511 beurteilten Bogen. Der vorliegende Fragebogen fragt einerseits nach gegenwärtigen gesundheitlichen Störungen (Frage 9) sowie nach gegenwärtigen und vergangenen Krankheiten, die durch konkrete Krankheiten exemplifiziert werden (Frage 13); aufgezählt werden eine Vielzahl eher somatischer Leiden, einige psychische Leiden ■ ausdrücklich genannt werden Depressionen, Geistes- oder Nervenkrankheiten (Selbsttötungsversuch) ■ sowie andere, nicht erwähnte Krankheiten. Die Beispiele umfassen insgesamt eine breite Palette an Krankheitsbildern, welche auch für den Laien verständlich sind. Die vorgängige Frage 9 fragt dagegen nicht nach Krankheiten, sondern nach gegenwärtigen gesundheitlichen Störungen.

Der Berufungskläger führt ■ in anderem Zusammenhang ■ zu Recht aus, dass ein mit dem Fragenkatalog beschäftigter Antragsteller in aller Regel die gestellten Fragen als Gesamtes betrachtet und beantwortet (Berufung N 16, S. 11 oben). Zwischen den beiden Fragen 9 und 13 besteht nun insofern ein inhaltlicher Bezug, als jeweils nach dem Bestehen gesundheitlicher Beeinträchtigungen ■ einmal in Form einer gesundheitlichen Störung, das andere Mal in Form einer Krankheit ■ gefragt wird. Durch den Umstand, dass zwischen den beiden Fragen weitere Fragen eingeschoben sind ■ Fragen nach der Arbeitsunfähigkeit (Fragen 10 und 11) und einem Rentenbezug (Frage 12) ■ wird dieser Bezug zwar gelockert, aber nicht aufgehoben. Aufgrund dieses inhaltlichen Bezugs wird es dem Antragsteller ermöglicht, die umfassend formulierte Frage nach dem Vorliegen gegenwärtiger gesundheitlicher Störungen (Frage 9) vor dem Hintergrund der Frage nach dem Vorliegen von Krankheiten (Frage 13) zu konkretisieren. Vor dem Hintergrund der Frage 13, die konkrete Krankheitsbilder beispielhaft aufzählt, war es dem Antragsteller somit möglich, die Frage 9, welche nach gesundheitlichen Störungen fragt, zu veranschaulichen und zu verdeutlichen. Aufgrund der Frage 13, welche sich auf Krankheiten bezieht, musste dem Antragsteller auch klar sein, dass die Frage 9, die sich auf gesundheitliche Störungen bezieht, auch nach Beeinträchtigungen fragt, die nicht Krankheiten im engen Sinn darstellen, aber auch nicht blosse Bagatellstörungen sind. Von einer offenen Fragestellung, welche dazu mahnt, eine Anzeigepflichtverletzung nur mit Zurückhaltung anzunehmen, kann somit bei der Frage 9 nicht die Rede sein.

5.3.3 Der vorliegende Fragebogen bietet dem Antragsteller im Rahmen der Frage 9 eine Zeile, um anzugeben, welche gesundheitliche Störung besteht. Der Berufungskläger erachtet dies unter Hinweis auf BGE 134 V 511, in welchem zwei Zeilen zur Verfügung standen, als zu wenig (Berufung N 14). Die Berufungsbeklagte weist zunächst mit Recht darauf hin, dass im vorliegenden Fall eine Zeile ohne Weiteres ausgereicht hätte, um ein POS anzugeben (Berufungsantwort N 26). Hinzu kommt, dass dem Antragsteller bei der Frage 13 (Krankheiten) nochmals drei Zeilen zur Verfügung gestanden haben, um anzugeben, an welchen Krankheiten er wann gelitten hat oder leidet. Dem Antragsteller wurde mit anderen Worten genügend Raum gegeben, um allfällige Zweifel über das Vorliegen einer Krankheit oder einer gesundheitlichen Störung ■ hier der Angabe eines POS ■ anzumelden.

5.3.4 Der Berufungskläger macht schliesslich geltend, dass die Frage 9 als Frage nach dem aktuellen, subjektiven Wohlbefinden zu verstehen sei; es werde danach gefragt, ob sich der Antragsteller heute gesund fühle. Die Frage sei ■ im Gegensatz zur detaillierten Frage nach den Krankheiten ■ von geringem Stellenwert; aus der anschliessenden Frage (nach einer

Arbeitsunfähigkeit) ergebe sich, dass nur nach aktuellen Störungen gefragt werde, die allenfalls zu einer Arbeitsunfähigkeit führen könnten (N 16). Diese Argumentation ist widersprüchlich: Auf der einen Seite will der Berufungskläger die Frage 9 als Frage nach dem gegenwärtigen Wohlbefinden verstanden wissen; damit würde die Frage auf blosser Bagatellstörungen zielen, die nicht anzeigepflichtig sind. Auf der anderen Seite soll die Frage 9 auf ■ schwerwiegendere ■ Störungen abzielen, die allenfalls zu einer Arbeitsunfähigkeit führen könnten. Dem Berufungskläger ist insofern Recht zu geben, als der Begriff der gesundheitlichen Störung vergleichsweise weit ist: Er umfasst zunächst jedenfalls Krankheiten (BGer 9C_66/2008 vom 24. Juni 2008 E. 4.1). Wird in seinem Kontext, wie im vorliegenden Fall in Frage 13, auch der Begriff der Krankheit verwendet, kann man sich fragen, ob er darüber hinaus weitere Störungen umfasst, die anzuzeigen wären. Anders als der Berufungskläger vorträgt, umfasst der Begriff der gesundheitlichen Störung allerdings nicht blosser Störungen des subjektiven Wohlbefindens oder Bagatellstörungen, die nicht der Anzeigepflicht unterstehen und an deren Angabe der Versicherer kein Interesse haben kann.

E. 6

6.1 Sodann stellt sich die Frage, wie die Eltern des Berufungsklägers die Frage 9 aufgrund ihres Kenntnisstands in guten Treuen verstehen und beantworten durften. Das Zivilgericht hat hierzu ausgeführt, dass der Berufungskläger im Alter von 9, 11 und 14 Jahren abgeklärt worden sei. 1997 ■ im Alter von 9 Jahren ■ sei den Eltern mitgeteilt worden, dass ein POS bestehe. In den weiteren Abklärungen von 1999 und 2002 seien keine medizinischen Befunde diagnostiziert worden. Die Situation habe sich im Lauf der Jahre entgegen der ursprünglichen Hoffnung nicht verbessert, sondern weitere Abklärungen nach sich gezogen. Die Eltern hätten somit nicht Grund zu weniger, sondern zu immer mehr Sorgen gehabt. In dieser Lage hätten sie beim Beantworten der Fragen die POS-Diagnose nicht verschweigen dürfen (Entscheid E. 2. f gg).

Der Berufungskläger wendet dagegen zunächst ein, er sei im Zeitraum von 1997 bis 2002 lediglich dreimal medizinisch abgeklärt worden; die Abklärungen seien jeweils von den Schulbehörden wegen Lernproblemen ■ und nicht von den Eltern ■ veranlasst worden. Im Rahmen der ersten Untersuchung im 1997 von Dr. A. _____ (Kinderspital) sei erstmals und letztmals die Diagnose eines POS gestellt worden. Die Eltern seien darauf hingewiesen worden, dass der Berufungskläger keine Krankheit habe, sondern in der Entwicklung zurück sei, was sich wahrscheinlich auswachsen werde (Berufung N 17 ■ 36, namentlich 36). Im Weiteren verweist der Berufungskläger auf die aus seiner Sicht korrekte Erwägung des Zivilgerichts, wonach alle Ärzte die Eltern dahingehend beruhigt hätten, dass organisch nichts festgestellt werden können, und dass im Jahr 1997 gesagt worden sei, dass sich die Entwicklungsstörung wieder auswachsen könne. Gleich anschliessend vollziehe das Zivilgericht aber eine ■ Kehrtwendung um 180 Grad ■, indem es ausführe, die Eltern hätten im Verlauf der Jahre nicht Grund zu weniger, sondern zu immer mehr Sorgen gehabt. Diese Annahme werde durch die Arztberichte von 1999 (KJUP) und 2002 (Dr. B. _____) gerade nicht gestützt, sondern widerlegt. Nach Auffassung des Berufungsklägers durften die Eltern die Berichte als ■ Gesundheitsbestätigung ■ ansehen oder mussten sich zumindest der POS-Diagnose nicht mehr bewusst sein (Berufung N 42 ■ 47). Schliesslich sei auch die Annahme des Zivilgerichts unzutreffend, dass der Vater des Klägers, der unbestrittenermassen bei der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) arbeite, über besondere Kenntnisse im Versicherungsvertragswesen verfüge (Berufung N 48).

Die Berufungsbeklagte macht geltend, dass Dr. A. _____ den Eltern bei der ersten Untersuchung im Jahr 1997 mitgeteilt habe, dass es sich beim POS um eine ■Hirnfunktionsstörung■ handle und sich diese in 75% der Fälle in der Pubertät auswachse. In den nachfolgenden Abklärungen in den Jahren 1999 und 2002 seien weder die KJUP noch Dr. B. _____ auf die Diagnose POS zurückgekommen (Berufungsantwort N 30 ■ 45). Die Eltern, die Kenntnis von dieser Diagnose und den Untersuchungen gehabt hätten, hätten sich, wenn sie sich auch nur ein wenig mit POS auseinandergesetzt hätten, sofort erfahren, dass es sich dabei um eine Krankheit und Gesundheitsstörung handle; in dieser Lage hätten sie die Frage nach einer Gesundheitsstörung nicht verneinen dürfen (Berufungsantwort N 50 ■ 57). Schliesslich führt die Berufungsbeklagte aus, sie habe in der Klagantwort festgehalten, dass der Vater des Berufungsklägers aufgrund seines Berufs über besondere Fachkenntnisse im Versicherungswesen verfüge; darauf habe der Berufungskläger nicht repliziert, weshalb die besonderen Fachkenntnisse als zugestanden gälten (Berufungsantwort N 58).

6.2 Wann die Anzeigepflicht verletzt ist, beurteilt sich grundsätzlich verschuldens-unabhängig. Der Antragsteller hat bei der Beantwortung entsprechender Fragen nicht nur die ihm tatsächlich bekannten erheblichen Gefahrstatsachen mitzuteilen, sondern auch diejenigen, die ihm bekannt sein müssen. Entscheidend ist somit, ob und inwieweit ein Antragsteller nach seiner Kenntnis der Verhältnisse und gegebenenfalls nach den ihm von fachkundiger Seite erteilten Aufschlüssen 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 kann, wenn er über die Fragen des Versicherers ernsthaft nachdenkt (vgl. vorne E. 2.1).

6.3 Zur Ermittlung des Kenntnisstands der Eltern des Antragstellers sind die Berichte und Zeugenaussagen von Dr. A. _____, Dr. D. _____ und Dr. B. _____ von zentraler Bedeutung.

Dr. A. _____, Leitende Ärztin der Entwicklungsneurologie des Kinderspitals, hat am 8. Januar 1997 den Berufungskläger, der damals knapp 8 ½-jährig war, neuromotorisch und neuropsychologisch untersucht und am 20. Januar 1997 einen fünfseitigen Bericht verfasst (Klagebegründungsbeilage 15). Diesen hat sie nach ihren Angaben den Eltern ausgehändigt (Zeugeneinvernahmeprotokoll vom 22. September 2011 S. 11 oben). Der Berufungskläger bestreitet, dass seine Eltern diesen Bericht erhalten haben (Berufung N 19; vgl. bereits Klage, S. 7 und 13); der Erhalt kann denn auch letztlich nicht mehr bewiesen werden, wie die Berufungsbeklagte einräumt (Berufungsantwort N 29; vgl. bereits Klagantwort N 27). Der Untersuchungsbericht ist aber insofern von Bedeutung, als er die Grundlage für die Zeugenaussagen von Dr. A. _____ bildet (Zeugeneinvernahmeprotokoll vom 22. September 2011 S. 2: ■Ich habe den Bericht nochmals angeschaut■) und weitere Anhaltspunkte auf die (schulische) Entwicklung und den Kenntnisstand der Eltern gibt.

Veranlasst wurde die Untersuchung im Kinderspital von der damaligen Primarlehrerin des Berufungsklägers (Berufung N 18; Berufungsantwort N 28). Der Bericht umfasst eine eingehende Anamnese (S. 1 ■ 3) und die Untersuchungsbefunde zum neuromotorischen Entwicklungsstand und zur taktilkinästhetischen Wahrnehmung, zur visuellen Wahrnehmung, zur Raumerfassung, zur auditiven Wahrnehmung und Sprache, zur intermodalen und multimodalen Leistung, zur serialen Leistung, zum Abstraktionsvermögen, zum IQ und zum Verhalten während der Untersuchung (S. 3 f.). Gestützt auf die Anamnese und die Untersuchungsbefunde wird die Diagnose eines

frühkindlichen psycho-organischen Syndroms gestellt, das aus drei Hirnfunktionsstörungen bestehe, nämlich (1) einer minimalen Cerebralparese mit Persistenz von Primitivreflexen, (2) taktilkinästhetischen Wahrnehmungsstörungen, deutlich retardierten visuell-räumlichen Wahrnehmungsfunktionen (diese seien auf Kindergarteniveau), nicht altersentsprechender auditiver Wahrnehmungsspanne, Hinweisen auf intermodulare Störungen sowie konsekutiv grossen Problemen beim Erwerb der Kulturtechniken und (3) einer verzögerten psychosozialen Reifung mit Vigilanzproblemen und Konzentrationsschwierigkeiten (S. 4 f.). In Bezug auf das weitere Vorgehen empfahl Dr. A._____ eine Legasthenie-Therapie und erachtete es am günstigsten, wenn das Kind bei derselben Lehrerin die 2. Einführungsklasse wiederholen würde (S. 5). Im Rahmen der Anamnese führt der Bericht als bisherige Therapien Rhythmik (ab erstem Kindergartenalter) und heilpädagogische Frühförderung (später) an; derzeit gehe das Kind in einen Sonderschwimmkurs (S. 3 oben).

In der Zeugenbefragung vom 22. September 2011 gab Dr. A._____ an, der Berufungskläger habe zu jenen etwa 10% Kindern gehört, bei denen gewisse Hirnfunktionen langsamer reifen; dies beruhe auf Vererbung oder Sauerstoffmangel. Ein solches Kind könne in der Schule nicht altersgerechte Leistungen erbringen. Beim Berufungskläger seien der Bewegungs- und Tastsinn sowie die visuell-räumliche Wahrnehmung **■um Jahre zurück■** gewesen. Im Weiteren führte sie aus: **■POS ist keine Krankheitsdiagnose. Heute redet jeder von ADHS. Es ist eine neuropsychologische Diagnose, aber keine Krankheit. Das Kind ist einfach noch unreif, aber nicht krank. Ich möchte betonen, dass das meine Ansicht ist. Andere deklarieren ADHS als Krankheit. Es gibt verschiedene Lehrmeinungen. Als der Kläger zu mir kam, redete noch niemand davon in der Schweiz, dass ADHS eine Krankheit sei. [] Ich gehe davon aus, es sei eine Entwicklungsstörung. Es fragt sich, wie man Gesundheit definiert, um zu sagen, ob es im weitesten Sinn eine Gesundheitsstörung ist. Wenn alles, was mich behindert, eine Gesundheitsstörung ist, dann ist es eine. Es behindert das Kind■.** In Bezug auf die Information der Eltern gab Dr. A._____ Folgendes an: **■Ich habe mit den Eltern geredet, das mache ich immer. [] Ich habe immer mit den Eltern ausführlich über die Befunde gesprochen. Ich habe die Eltern darauf hingewiesen, was das für Konsequenzen hat. Ich habe keine weiteren Medikamente verordnet. [] Ich gehe nicht davon aus, dass sich das immer auswächst. Bei etwa einem Viertel der Kinder bleiben rechte Rückstände. Zu welcher Gruppe ein Kind gehört, kann man auch heute nicht voraussagen. Man muss das wieder testen nach der Pubertät. [] Dass die Eltern aufpassen müssen, das habe ich ihnen bestimmt gesagt. Ich habe sicher betont, dass es eine Entwicklungsstörung sei und nicht eine Krankheit. Eine Beratung ging etwa 1,5 Stunden. Da kann man nicht alles behalten. Ich weiss nur, was ich immer gesagt habe■.** Die Frage, ob es ihr Bestreben gewesen sei, die Eltern zu ermuntern, auf die Entwicklungsstörung zu achten, aber ihnen die Bedenken zu nehmen, dass es eine Krankheit sei, bejahte Dr. A._____. Ebenso bestätigte sie, dass sie den Begriff der Hirnfunktionsstörung im Gespräch mit den Eltern verwende, aber die Bedeutung erkläre. Auf die Frage, ob sie den Eltern sage, dass etwas ist, das nicht nichts ist, antwortete Dr. A._____ so: **■Ich sage, dass das Kind besondere Zuwendung und Aufmerksamkeit, und Unterstützung, z.B. Legasthenietherapie, braucht. Ich sage, dass man mit dem Kind in Teilbereichen speziell umgehen muss■** (Zeugenbefragungsprotokoll vom 22. September 2011 S. 1 f.).

Im Frühling 1999 meldete die Leiterin des Logopädischen Dienstes den damals 10 ½-jährigen Berufungskläger bei der KJUP an, dies mit der **■Bitte um eine**

Standortbestimmung der psychischen Situation■ (Erstbericht von Dr. D.____, Leitende Psychologin der KJUP, vom 14. April 1999, Klagantwortbeilage 28 S. 1). Der Erstbericht wurde den Eltern offenbar nicht ausgehändigt (Replik S. 8; Klagantwort N 26; Duplik N 40 ■ 43). Auf Anfrage der Berufungsbeklagten hat die Kinder- und Jugendpsychiatrische Klinik (KJPK, vormals KJUP) mit Schreiben vom 28. April 2008 (Klagantwortbeilage 27) angegeben, dass die Anmeldung auf Empfehlung der Leiterin des Logopädischen Dienstes ■bei auffälligem Verhalten■ erfolgt sei (S. 2 oben). Am 6. April 1999 habe ein Gespräch zwischen Dr. D.____, dem Berufungskläger und den Eltern stattgefunden. Im Anschluss seien im Sinn einer kinderpsychiatrischen Abklärung die Familienanamnese erhoben und eine testpsychologische Untersuchung durchgeführt worden (S. 2). Dr. D.____ habe damals die Diagnose eines Schlafwandels und ■ deskriptiv-phänomenologisch ■ einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung gestellt; der Berufungskläger habe sich als ein altersentsprechend entwickelter Knabe erwiesen (S. 1 unten). Auf die Frage, welche Diagnosen den Eltern mitgeteilt wurden, gab die KJPK in ihrem Schreiben vom 28. April 2008 an, dass die Eltern im April 1999 über die Befunde orientiert worden seien. Es gehe aus den Unterlagen nicht hervor, ob den Eltern die genannten deskriptiv-phänomenologischen Diagnosen genannt worden seien. Zusammenfassend sei die Situation damals so beurteilt worden, dass der Berufungskläger möglicherweise die Besorgnis der Eltern ■ Status nach postpartaler Psychose der Mutter mit passagerer Fremdunterbringung des Berufungsklägers ■ spüre und dadurch beunruhigt sei. Die Eltern seien über die Hypothese informiert worden; ebenfalls wurde angesprochen, dass es eine sich selbst verstärkende Zirkulation gebe zwischen der elterlichen Besorgnis/Beunruhigung und der Unruhe des Kinds. Möglicherweise hänge seine verstärkte Innenzuwendung mit dieser Problematik zusammen (S. 3). Die Indikation für eine Psychotherapie sei im Jahr 1999 diskutiert, aber zurückgestellt worden. Die Eltern seien dazu angehalten worden, die Aussenwelt ihres Kinds hoch zu besetzen (S. 3).

Im Frühling 2002 wies der Schulpsychologische Dienst den Berufungskläger dem Kinderneurologen Dr. B.____ zu (Schreiben von Dr. B.____ vom 1. Juli 2008 an die Berufungsbeklagte, Klagebegründungsbeilage 20a = Klagantwortbeilage 19, S. 2). Die Konsultation fand am 12. Juni 2002 statt. Dr. B.____ gab als Diagnose ein frühkindliches POS (S. 1) und als Grund der Untersuchung eine Entwicklungsproblematik an (S. 2). Dem echtzeitlichen EEG-Bericht vom 12. Juni 2002 (Klagebegründungsbeilage 20b = einzige Beilage zur Klagantwortbeilage 19), der den Eltern nicht ausgehändigt wurde (Replik S. 14; Duplik N 55), lässt sich entnehmen, dass Dr. B.____ die Diagnose von Dr. A.____ ■ ein frühkindliches POS ■ kannte. Dr. B.____ führte im EEG-Bericht aus, dass der Berufungskläger Legasthenieunterricht erhalte. Nach Besuch der Einführungsklasse und der Primar-Kleinklasse sei er im 2000 in die Regel-Orientierungsschule eingetreten. Wegen Leistungsschwäche sei ein Schulwechsel vorgesehen; diskutiert würden eine Kleinklasse, die Christophorus-Schule, die Benedikt-Schule oder die Minerva. Das Wach-EEG sei normal und zeige keine pathologischen Befunde. Zum weiteren Vorgehen hält Dr. B.____ fest, dass sich im Vergleich mit der früheren Untersuchung im Kinderspital bei der jetzigen Kontrolle grundsätzlich keine neuen Aspekte ergäben; eine Indikation zu weiterführender Diagnostik oder therapeutischen Massnahmen bestehe nicht und die Schulkarriere solle mit Hilfe des Schulpsychologischen Dienstes geplant werden.

In der Zeugenbefragung vom 22. September 2011 gab Dr. B.____ an, aufgrund der Anmeldung habe er gesehen, dass der Berufungskläger Lernprobleme gehabt habe. Der

Schulpsychologische Dienst habe ihn zu ihm geschickt mit der Frage, ob ein medizinisches Problem dahinter sei. Zu diesem Zweck habe er ■ Dr. B. _____ ■ eine klinisch-neurologische Untersuchung gemacht und diese in Stichworten zusammengefasst. Als ergänzende Leistung habe man eine EEG-Untersuchung angefertigt; das EEG sei normal ausgefallen. Im Vergleich mit der Untersuchung des Kinderspitals habe es keine neuen Aspekte gegeben. Weiter gab Dr. B. _____ Folgendes an: ■Aufgrund der Fragestellung musste man sagen, der Junge hat eine Lernbehinderung. Das ist ein pädagogisches Problem. Aus neurologischer Sicht konnte ich dem Jungen keine Diagnose mit Krankheitswert formulieren. Ich habe auch keine Gesundheitsstörung diagnostiziert. Es ist ein Lernproblem. Es drängten sich keine medizinisch-therapeutischen Massnahmen auf. Ich konnte Empfehlungen an die Schule abgeben. Ich hatte keine Veranlassung die Diagnose von Frau A. _____ zu reevaluiieren. POS war nicht das Thema für mich oder im Gespräch mit den Eltern. Ich habe gesagt, ich sehe keine medizinische Problematik. Ich habe keine Therapie empfohlen, keine Medikamente verordnet. Ich habe unterstützende Massnahmen in der Schule empfohlen■ (Zeugenbefragungsprotokoll vom 22. September 2011 S. 1).

6.4Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der Berufungskläger bereits früh durch Lernschwierigkeiten und Verhaltensauffälligkeiten auffiel, welche unterstützende Massnahmen ■ vor allem schulischer Art ■ nach sich zogen. Wie der Berufungskläger ausführt, erfolgten die medizinischen Abklärungen in den Jahren 1997, 1999 und 2002 jeweils auf Veranlassung der Schulbehörden, und zwar wegen Lernproblemen (Berufung N 36). Im Januar 1997 stellte Dr. A. _____, Entwicklungsneurologin am Kinderspital, die Diagnose POS und teilte diese den Eltern in einem eineinhalbstündigen Gespräch mit. Sie erklärte den Eltern, dass es sich dabei nicht um eine Krankheit, sondern um eine Entwicklungsstörung oder eine Hirnfunktionsstörung handelt, die sich mit der Pubertät oft, aber nicht immer auswachse. In Bezug auf den Umgang mit dem POS sollte den Eltern einerseits die Bedenken genommen werden, dass es sich um eine Krankheit handelt, andererseits wurden sie darauf hingewiesen, aufzupassen und in Teilbereichen mit dem Kind speziell umzugehen. Den Eltern sollte der Umgang mit dem POS erleichtert werden. In der Folge begleiteten Lernschwierigkeiten und Verhaltensauffälligkeiten den Berufungskläger weiterhin, so dass im Jahr 1999 auf Veranlassung des Logopädischen Dienstes eine weitere Untersuchung ■ diesmal bei der Kinderpsychiatrie ■ durchgeführt wurde. Es ist unklar, ob den Eltern die Diagnosen des Schlafwandeln und einer einfachen Aktivitäts- und Aufmerksamkeitsstörung mitgeteilt wurde; jedenfalls wurde keine Entwarnung in Bezug auf das POS gegeben. Im 2002 schliesslich wurde der Berufungskläger auf Veranlassung des Schulpsychologischen Dienstes wegen Lernproblemen zum Kinderneurologen Dr. B. _____ geschickt, der die POS-Diagnose des Kinderspitals nicht in Frage stellte, aus neurologischer Sicht jedoch keine Diagnose mit Krankheitswert stellen konnte; er sah keine medizinische Problematik, sondern empfahl weiterhin unterstützende schulische Massnahmen.

E. 6.5

6.5.1Es fragt sich nun in einem ersten Schritt, ob die Eltern aus diesen Informationen schliessen durften, dass beim Berufungskläger im 1997 keine gesundheitliche Störung vorlag. Diese Frage ist klar zu verneinen. Möglicherweise durften die Eltern im Jahr 1997 aufgrund der Angaben von Dr. A. _____ annehmen, es handle sich bei der Diagnose POS nicht um eine Krankheit im engeren Sinn. Da Dr. A. _____ aber gleichzeitig das POS als

Entwicklungsstörung und Hirnfunktionsstörung bezeichnete, mussten die Eltern annehmen, dass es sich um eine Gesundheitsstörung handelt, wurde diese doch von einer auf Gesundheitsstörungen wie der vorliegenden spezialisierten Fachperson diagnostiziert und mitgeteilt. Angesichts der Länge und des Inhalts des von Dr. A. _____ geführten Beratungsgesprächs ■ dieses dauerte 1 ½ Stunden ■ musste den Eltern auch klar sein, dass es sich beim POS nicht lediglich um eine vorübergehende Gesundheitsstörung handelte. Vielmehr mussten sie in guten Treuen davon ausgehen, dass es sich um eine ernsthafte Gesundheitsstörung handelt.

6.5.2 In einem zweiten Schritt stellt sich die Frage, wie die Eltern die Angaben des Neurologen Dr. B. _____ im 2002, es handle sich nicht um ein medizinisches, sondern um ein Lernproblem, verstehen mussten. Namentlich fragt sich, ob sie daraus schliessen durften, dass das im 1997 diagnostizierte und kommunizierte POS im Jahr 2002 nicht mehr vorlag. Gegen die Annahme, dass die Eltern dies in Bezug auf das POS als ■Entwarnung■ verstehen durften, sprechen folgende Umstände:

Wie der Berufungskläger einräumt, erfolgten die Untersuchungen jeweils wegen Lernproblemen (Berufung N 36), also wegen nicht altersentsprechender Leistungen in der Schule. Die erste medizinische Abklärung bei Dr. A. _____ ergab die Diagnose eines POS. Die weiteren medizinischen Untersuchungen erfolgten ebenfalls wegen Lernproblemen, wobei die Diagnose eines POS gegenüber den Eltern nicht nachweislich bestätigt, aber auch nicht revidiert wurde. Aufgrund der Information von Dr. A. _____, dass sich das POS mit der Pubertät auswachsen könne, und aufgrund der anhaltenden Lernprobleme durften die Eltern im Jahr 2002 ■ der Berufungskläger war damals knapp 14 Jahre alt ■ nicht annehmen, dass sich das POS ausgewachsen hatte. Damit sie diese Annahme hätten treffen dürfen, hätte der Berufungskläger der Pubertät entwachsen sein müssen und hätten sich die am Ursprung der POS-Diagnose stehenden Lernprobleme verflüchtigt haben müssen. Weder das eine noch das andere war aber der Fall.

Der Hinweis von Dr. B. _____, dass kein medizinisches Problem vorliege, mag für sich allein betrachtet einer ■Entwarnung■ nahekommen. Vergewärtigt man sich jedoch den Kontext und die Vorgeschichte des Hinweises, ist dessen Bedeutung stark zu relativieren. Dr. B. _____ gab zunächst gleichzeitig an, dass er keine neurologische Diagnose stellen könne, was angesichts des Umstands, dass POS eine psychiatrische Diagnose ist (vgl. ICD-10 und DSM-IV), das Vorliegen einer psychiatrischen Diagnose nicht ausschliesst. Die POS-Diagnose hat Dr. B. _____ denn auch nicht in Frage gestellt. Der Hinweis, dass kein medizinisches Problem vorliege, ist sodann auch vor dem Hintergrund zu lesen, dass Dr. B. _____ das Problem im gleichen Atemzug als schulisches Problem einschätzte und dementsprechend schulische Massnahmen empfahl. Die Feststellung, dass kein medizinisches Problem vorliege, bedeutete somit in erster Linie, dass das Problem nach Einschätzung von Dr. B. _____ nicht vom Neurologen, sondern in der Schule anzugehen sei. Dies stellte aber für die Eltern keine neue Erkenntnis dar, war doch dem 1997 diagnostizierten POS stets in erster Linie mit schulischen Massnahmen begegnet worden und somit als schulisches Problem behandelt worden. Vor diesem Hintergrund durften die Eltern den Hinweis, es handle sich nicht um ein neurologisches/medizinisches, sondern um ein schulisches Problem, nicht dahingehend verstanden werden, dass der Berufungskläger nicht mehr an einem POS leide. Die Eltern durften nicht annehmen, dass ■jetzt die letzten Zweifel ausgeräumt■, ■sämtliche Diskussionen vom Tisch■ und ■die Suche der Schulbehörden nach der Ursache der Lernschwierigkeiten beendet■ waren (Berufung N

45). Ebenso wenig kann gesagt werden, ■dass die Eltern sich über die Diagnose POS nicht mehr bewusst sein mussten■ (Berufung N 47). Angesichts der Lernschwierigkeiten, die 1997 Anlass zur Untersuchung und zur POS-Diagnose gegeben hatten und die im Jahr 2002 anhielten, und angesichts der fehlenden ausdrücklichen ■Rücknahme■ der Diagnose, mussten die Eltern vielmehr davon ausgehen, dass der Berufungskläger weiterhin an einem POS und damit an einer Gesundheitsstörung litt.

6.6 Unter diesen Umständen hat das Zivilgericht zu Recht angenommen, dass der Berufungskläger seine Anzeigepflicht verletzt hat, als er im Herbst 2003 die Frage verneinte, ob er gegenwärtig an gesundheitlichen Störungen leide.

E. 7

Für den Fall der Bejahung einer Anzeigepflichtverletzung macht der Berufungskläger geltend, dass in übergangsrechtlicher Hinsicht Art. 6 VVG in der ab Januar 2006 geltenden Fassung (neue Fassung) anwendbar sei und nicht Art. 6 VVG in der bis Ende 2005 geltenden Fassung (alte Fassung). Er vertritt unter Berufung auf Führer (Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2011, S. 160, 160 f.) die Auffassung, dass Art. 6 VVG um der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit willen geändert worden und deshalb gemäss Art. 2 SchlT ZGB auch auf altrechtliche Handlungen nicht mehr anzuwenden sei (Berufung N 63 ff.).

Art. 6 Abs. 3 VVG in der neuen Fassung sieht vor, dass der Versicherer bei Vorliegen einer Anzeigepflichtverletzung den Vertrag lediglich mit Wirkung ex nunc kündigen kann und für bereits eingetretene Schäden leistungspflichtig bleibt, sofern der Schaden nicht durch die Anzeigepflichtverletzung beeinflusst worden ist. Der Versicherer wird gemäss dem neuen Recht von seiner Leistungspflicht nur befreit, wenn er nachweist, dass zwischen der Anzeigepflichtverletzung und dem späteren Schaden ein Kausalzusammenhang besteht (vgl. dazu Nef/von Zedtwitz, Basler Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz, Nachführungsband, Art. 6 VVG ad N 4). Dagegen war gemäss der bis Ende 2005 gültigen Fassung von Art. 6 VVG für das Rücktrittsrecht des Versicherers bei einer Anzeigepflichtverletzung ein Kausalzusammenhang zwischen der verschwiegenen Gefahrentatsache und dem Schaden nicht erforderlich (vgl. BGer 4A_285/2009 vom 22. Oktober 2009 E. 4.1 mit Hinweisen).

Im vorliegenden Fall ist der Versicherungsvertrag im Herbst 2003 und damit unter der Geltung des alten Art. 6 VVG abgeschlossen worden; die Anzeigepflichtverletzung dagegen wurde unter der Geltung des neuen Rechts geltend gemacht. Das Bundesgericht hat in zwei vergleichbaren Konstellationen die Anzeigepflichtverletzung und deren Rechtsfolgen nach altem Recht beurteilt (BGer 4A_427/2010 vom 12. Oktober 2010 E. 2.1 f.; BGer 4A_54/2011 vom 27. April 2011 E. 2.4). Zur Begründung hat es jeweils auf einen früheren Entscheid (BGer 4A_285/2009 vom 22. Oktober 2009 E. 4.4) verwiesen. In diesem Entscheid hatte der Beschwerdeführer die Berufung auf das alte Recht als rechtsmissbräuchlich erachtet, weil dieses in der Lehre als zu streng kritisiert und vom Gesetzgeber deshalb geändert worden sei. Das Bundesgericht führte dazu Folgendes aus: ■Dabei lässt der Beschwerdeführer ausser Acht, dass der strafrechtliche Grundsatz der Anwendung des mildereren Rechts (vgl. Art. 2 Abs. 2 StGB) im Zivilrecht nicht gilt. Nach diesem Recht ist eine Norm grundsätzlich auch dann auf altrechtliche Tatbestände anzuwenden, wenn eine nachträglich in Kraft getretene Regelung für eine Partei zu Lasten der anderen eine günstigere Rechtsfolge vorsieht. Gründe für eine Abweichung von dieser

Regel sind nicht ersichtlich (E. 4.4 am Ende). Das Bundesgericht hat damit sinngemäss einen Verstoß von Art. 6 VVG in der bis Ende 2005 geltenden Fassung gegen die öffentliche Ordnung und Sicherheit verneint.

Art. 2 SchlT ZGB sieht vor, dass die Bestimmungen des Gesetzes, die um der öffentlichen Ordnung und Sittlichkeit willen aufgestellt sind, mit dessen Inkrafttreten auf alle Tatsachen Anwendung finden, soweit das Gesetz eine Ausnahme nicht vorgesehen hat (Abs. 1). Demgemäss finden Vorschriften des bisherigen Rechts, die nach Auffassung des neuen Rechts der öffentlichen Ordnung oder Sittlichkeit widersprechen, nach dessen Inkrafttreten keine Anwendung mehr (Abs. 2). Der Ordre-public-Charakter einer Vorschrift ergibt sich nun nicht bereits daraus, dass sie zwingender Natur ist. Die öffentliche Ordnung und Sittlichkeit rechtfertigen die rückwirkende Anwendung einer neuen Norm vielmehr erst, wenn diese zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung gehört, wenn sie mit anderen Worten grundlegende sozialpolitische und ethische Anschauungen verkörpert (BGer 4A_6/2009 vom 11. März 2009 E. 2.5.3). Diese Eigenschaft kommt nach der Rechtsprechung etwa dem aus Art. 2 und 27 ZGB ableitbaren Verbot übermässiger zeitlicher Bindung durch obligatorische Rechtsgeschäfte zu oder dem in Art. 788 Abs. 1 Ziffer 2 ZGB ausgesprochenen Grundsatz, dass eine Grundlast jedenfalls nach dreissigjährigem Bestand abgelöst werden kann (BGE 133 III 105 E. 2.1.3 S. 109; BGE 100 II 105 E. 2 S. 112). Die von Führer angeführten Autoren sprechen in Bezug auf die altrechtliche Fassung von Art. 6 VVG von einer undifferenziert-übertriebenen Bestrafung des Anzeigepflichtigen, die gegen das Gebot der Vertragsgerechtigkeit verstosse (Gauch, Das Versicherungsvertragsgesetz: Alt und revisionsbedürftig!, recht 1990, S. 65, 72) oder von einer harten Regelung, die durch eine dem Gedanken der Verhältnismässigkeit Rechnung tragende ersetzt werden sollte (Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Zürich 2010, S. 255; vgl. auch die weiteren von Führer zitierten Autoren, die ebenfalls die harte Regelung kritisieren). Gewichtige Stimmen in der Lehre sprechen damit von Art. 6 VVG in der alten Fassung von einer harten Regelung. Die Neuregelung von Art. 6 VVG mag zwar den herrschenden sozialpolitischen und ethischen Anschauungen deutlich besser entsprechen, gehört aber nicht zu den Grundpfeilern der heutigen Rechtsordnung. Sie verkörpert zwar durchaus sozialpolitische und ethische Anschauungen, aber nicht solcher grundlegender Art, welche ausnahmsweise die rückwirkende Anwendung des neuen Rechts erheischen würden. Demgemäss ist der Auffassung des Bundesgerichts zu folgen, wonach bei einem Vertragsabschluss unter altem Recht und der Geltendmachung der Anzeigepflichtverletzung unter neuem Recht das bisherige Recht anzuwenden ist (ebenso Nef/von Zedtwitz, a.a.O., Art. 6 VVG ad N 1; Kuhn, Vom alten zum teilrevidierten VVG, Zur Anwendung der revidierten Regelung über die Anzeigepflichtverletzung, HAVE 2006, S. 342, 345).

E. 8

Aufgrund dieser Erwägungen ist der Entscheid des Zivilgerichts zu bestätigen und die dagegen erhobene Berufung abzuweisen. Diesem Ausgang des Berufungsverfahrens entsprechend trägt der Berufungskläger die Gerichts- und Anwaltskosten des zweitinstanzlichen Verfahrens (vgl. Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren entsprechen grundsätzlich dem Eineinhalbfachen der erstinstanzlichen Gerichtsgebühr (§ 11 Ziffer 1 der Verordnung über die Gerichtsgebühren, GebVO; SG 154.810), im vorliegenden Fall gerundet CHF 9'000.

Sodann ist die Parteienschädigung zu beziffern; dies gilt auch dann, wenn keine Honorarnote eingereicht worden ist (Jenny, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Basel/Genf/München 2010, Art. 105 ZPO N 6 f.). Im Berufungsverfahren berechnet sich das Honorar nach den für das erstinstanzliche Verfahren aufgestellten Grundsätzen, wobei in der Regel ein Abzug von einem Drittel vorzunehmen ist (§ 12 Abs. 1 Satz 1 der Honorarordnung für die Anwältinnen und Anwälte des Kantons Basel-Stadt, HO; SG 291.400). Das Grundhonorar für das erstinstanzliche Verfahren beträgt bei einem Streitwert von CHF 120'000.■ CHF 9'720.■ (§ 4 Abs. 1 lit. b HO); dieses Honorar deckt den Aufwand für eine Rechtsschrift und eine Verhandlung (§ 3 Abs. 2 HO). Angesichts der Komplexität des Falls ist trotz des Absehens von einer Verhandlung von einem erstinstanzlichen Grundhonorar von CHF 9'720.■ auszugehen. Zieht man davon für das Berufungsverfahren einen Drittel ab, ergibt sich eine Parteienschädigung von gerundet CHF 6'500.■ inklusive Auslagen, zuzüglich Mehrwertsteuer.

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.