



EINZELRICHTER
BEZIRKSGERICHT ARBON

§ 090/02 ER
B.2002.00017

Der Richter

hat

in seiner Sitzung vom 25. Juni 2002

Besetzung: Vizepräsident Dr. U. Kaufmann
 Gerichtsschreiber lic. iur. D. Diezi

in Sachen

X

v.d. RA Dr. Alois Näf, Marktgasse 5, 9000 St. Gallen,

Klägerin,

gegen

Y Versicherungs-Gesellschaft AG

v.d. RA Richard Weber, Hermannstrasse 8, Postfach 28, 8570 Weinfelden,

Beklagte,

betreffend

Forderung

über das Rechtsbegehren der Klägerin (**gemäss** Weisung):

1. Es sei die Beklagte gerichtlich zu verpflichten, der Klägerin anzuerkennen und zu bezahlen:

CHF 5'040.00 nebst 5 % Zins seit 19. November 2001; unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
2. Eventualiter sei festzustellen, dass die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin einen Kuraufenthalt von 3 Wochen im Gesundheitszentrum Hof W oder an einem anderen vergleichbaren geeigneten Ort zu bezahlen; unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

sowie das Rechtsbegehren der Beklagten (**gemäss** Weisung):

4. Die Klage sei abzuweisen; unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

in Erwägung gezogen:

1. Die Klägerin erlitt als 2-jähriges Kind am 1. September 1964 in Gossau einen schweren Verkehrsunfall, von dem sie bleibende Schäden davontrug (Prot., S. 2 und 8). 1980 schlossen die Parteien eine Vereinbarung (Prot., S. 3 und 8). Der Inhalt dieser Vereinbarung ist streitig. Gemäss klägerischen Behauptungen war Gegenstand lediglich eine Genugtuungszahlung. Für inskünftige Kosten, insbesondere Heilungskosten, sei bei der Beklagten eine Kranken- und Unfallzusatzversicherung für die Privatabteilung geschlossen worden. Der Vorbehalt, dass Folgen aus Unfällen, die sich vor dem Abschluss der Versicherung ereignet hätten, nicht gedeckt seien, sei ausdrücklich wegbedungen worden (Prot., S. 3). Nach beklagtischem Sachvortrag erfolgte hingegen 1980 eine Schlusszahlung, welche nebst einer Genugtuungsleistung auch eine Entschädigung enthalten habe (Prot., S. 8). Im Zusammenhang mit einem anstehenden 3-wöchigen Kuraufenthalt verlangte die Klägerin von der Beklagten die Übernahme der durch die Krankenkassengrundversicherung nicht gedeckten Kosten

(Prot., S. 5). Dies lehnte die Beklagte ab (kläg. act. 10). Da sich die Parteien nicht einigen konnten, gelangte die Klägerin am 20. Februar 2002 an das Friedensrichteramt Arbon. Am Vermittlungsvorstand vom 8. März 2002 kam keine Einigung zustande, worauf die Weisung fristgerecht am 15. März 2002 beim angerufenen Gericht eingereicht wurde.

2. a) Zur Begründung der Klage bringt die Klägerin im Wesentlichen vor (Prot., S. 2 ff.), sie habe als 2-jähriges Kind am 1. September 1964 einen schweren Verkehrsunfall erlitten, indem sie beim Überqueren der Müller-Friedbergstrasse in Gossau durch einen Lastwagen überfahren worden sei. Die Schäden seien bleibend, und zwar zum Teil ästhetischer (Narben), zum Teil mechanischer Natur. Haftpflichtversicherer des Lastwagenhalters Z sei die Beklagte gewesen. Im Jahre 1980 sei mit der Beklagten eine Vereinbarung getroffen worden. Danach habe diese an die Klägerin einen bestimmten Betrag als Genugtuung, nämlich inklusive Zinsen und Zinseszinsen CHF 100'000.00, bezahlt (CHF 45'000.00 plus Zins und Zinseszinsen gemäss S). Darin seien keine künftigen Kosten, insbesondere Heilungskosten, enthalten gewesen. Stattdessen sei vereinbart worden, dass die Klägerin bei der Beklagten eine Kranken- und Unfallzusatzversicherung für die Privatabteilung abschliesse. Dabei sei der Vorbehalt, dass Folgen aus Unfällen, die sich vor dem Abschluss der Versicherung ereignet hätten, [nicht gedeckt seien,] ausdrücklich wegbedungen worden. Ferner hätten die Parteien vereinbart, dass die Klägerin für die Grundversicherung von ihrer bisherigen Krankenkasse K in die Krankenkasse der Beklagten „T“ wechsele.
- Im Jahre 1983 habe die Klägerin geheiratet. Ihre Zusatzversicherung sei unverändert in diejenige ihres Ehemannes übernommen worden. Die Klägerin habe den Vertreter der Beklagten ausdrücklich auf den Vorbehaltswegverzicht der Beklagten aufmerksam gemacht. Dieser habe bestätigt, dass die Folgen aus dem früheren Unfall weiterhin unverändert versichert seien. 1991 habe sich die Klägerin scheiden lassen. Sie sei deshalb von der gemeinsamen Versicherung mit ihrem Ehemann wieder in eine auf ihren alleinigen Namen lautende übergetreten. An den Versicherungsbedingun-

gen sei nichts geändert worden. Auch dieses Mal habe der Vertreter der Beklagten ausdrücklich bestätigt, dass die Unfallfolgen weiterhin unverändert versichert seien. Kürzlich hätten sich bei der Klägerin vermehrt Beschwerden bemerkbar gemacht. Ihr Arzt habe einen dreiwöchigen Kuraufenthalt im Hof W empfohlen. Die durch die Krankenkassengrundversicherung nicht gedeckten Kosten betrügen pro Nacht CHF 240.00. Für drei Wochen ergebe dies einen Betrag von CHF 5'040.00. Die Behandlungskosten seien in diesem Betrag nicht inbegriffen; sie würden durch die Krankenkasse übernommen. Die Klägerin habe sich wegen dieser Kosten an die Beklagte gewandt. Diese habe sich entgegen der Vereinbarung auf Art. A 11 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen berufen, welcher vorsehe, dass von der Versicherung Unfälle ausgeschlossen seien, die sich vor der Antragsannahme ereignet hätten und deren Folgen. Die Berufung auf diesen Versicherungsausschluss verstosse gegen die zwischen den Parteien geschlossene Vereinbarung. Im Zeitpunkt, als diese abgeschlossen worden sei, sei die Klägerin 18-jährig gewesen und habe sich in der Lehre als kaufmännische Angestellte befunden. Es sei notorisch und naheliegend, dass kein Lehrling eine teure Privatzusatzversicherung mit einer Jahresprämie allein für die Zusatzversicherung von über CHF 2'000.00 abschliesse. Die Klägerin habe die teure Zusatzversicherung jahrelang bis heute bezahlt, ausschliesslich im Hinblick auf künftig notwendig werdende Behandlungen aus den Unfallfolgen.

- b) Demgegenüber lässt die Beklagte im Wesentlichen vortragen (Prot., S. 8 f.), 1980 habe die Beklagte mit der Klägerin einen Vergleich per Saldo aller Ansprüche über CHF 120'000.00 geschlossen. Beim Vergleichsschluss vom 12. Mai 1980 sei die Klägerin anwaltlich vertreten gewesen. Die Klägerin sei bei der Beklagten privat gegen Unfall versichert. Der erste Antrag zu dieser Versicherung datiere vom 14. November 1983. Gemäss Art. A 11 Abs. 3 der Allgemeinen Vertragsbedingungen, Ausgabe 09.94, seien Unfälle, die sich vor der Antragsannahme ereignet hätten und deren Folgen von der Versicherung ausgeschlossen. Der Unfall habe sich am 1. September 1964 ereignet. Die Klägerin habe folglich für diesen keine

Deckung. Die Klägerin lege keinen Beweis für die behauptete Deckungsübernahme vor. Es spreche für die Beklagte, dass sie die Klägerin aus Goodwill trotzdem versichert habe. Aus dem Antrag von 1983 lasse sich nichts zugunsten der Klägerin ableiten. Diese habe nur festgehalten, was der Beklagten bereits bekannt gewesen sei. Die CHF 120'000.00 würden eine Schlusszahlung darstellen. Sie seien einerseits als Genugtuung, andererseits aber auch als Entschädigung für Behandlungskosten, insbesondere auch für später anfallende ausgerichtet worden. Der Vorunfall habe also nicht in die Police eingeschlossen werden müssen, da die Klägerin dafür bereits entschädigt worden sei.

- c) Replicando lässt die Klägerin ergänzen (Prot., S. 9), die Beklagte weigere sich, die ursprüngliche Police herauszugeben. Die Versicherer würden sämtliche Akten aufbewahren, vor allem, wenn ursprüngliche Versicherungsbedingungen immer wieder übernommen würden. Die Beklagte solle deshalb die einschlägigen Unterlagen herausgeben. Falls sie dies nicht freiwillig tue, sei sie gerichtlich zur Edition zu verpflichten. Lege sie die Unterlagen nicht vor, seien die entsprechenden Schlüsse daraus zu ziehen. Dass die Beklagte die Klägerin trotz des Unfalls übernommen habe, beweise ja gerade, dass für zukünftig anfallende Kosten kein Vorbehalt angebracht worden sei.
- d) Duplicando lässt die Beklagte ergänzend ausführen (Prot., S. 10), es habe derjenige die einschlägigen Akten vorzuweisen, der aus ihnen Rechte ableite. Aus der Nichtvorlage einschlägiger Unterlagen durch die Beklagte könne daher nichts abgeleitet werden.
3. Nach durchgeführter Hauptverhandlung eröffnete der Richter das Beweisverfahren. Der Klägerin wurde zu beweisen übertragen, dass die Folgekosten des Verkehrsunfalls vom 1. September 1964 durch den zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag gedeckt seien. Die Beklagte wurde zum Gegenbeweis zugelassen, insbesondere für die Tatsache, dass mit der 1980 an die Klägerin geleisteten Zahlung auch sämtli-

che Ansprüche für zukünftige Heilungskosten als Folge des Verkehrsunfalls vom 1. September 1964 im Sinne einer Schlusszahlung abgegolten worden seien. Anlässlich der Beweisverhandlung vom 25. Juni 2002 wurden E (Mutter der Klägerin), U (Ex-Ehemann der Klägerin) sowie R (Schadenskoordinator bei der Beklagten) als Zeugen und die Klägerin als Partei befragt. Die Parteien erhielten Gelegenheit zur mündlichen Beweiswürdigung. Auf das Ergebnis des Beweisverfahrens und die Stellungnahmen der Parteien wird im Folgenden eingegangen, soweit dies für den Entscheid von Bedeutung ist.

4. Der Einzelrichter des Bezirks Arbon ist für die Beurteilung der Streitsache in örtlicher Hinsicht zuständig (Art. 22 Abs. 1 lit. a GestG, Art. 9 GestG iVm Art. A 15 AVB [bekl. act. 3] sowie Art. 10 GestG). Aufgrund des Streitwertes ist der Einzelrichter auch sachlich zuständig (§ 45 Abs. 1 ZPO).

5. a) Die Beklagte wendet erstmals in ihrer Beweismittleingabe ein, selbst wenn die klägerischen Behauptungen zutreffen würden, könnte die Klage nicht gutgeheissen werden. Nach der klägerischen Sachdarstellung handle es sich um einen Fall von Art. 9 VVG, so dass das behauptete Vertragsverhältnis in jedem Fall nichtig wäre (act. 24 sowie Prot., S. 39 f.). Die Klägerin macht geltend, dieser Einwand erfolge gemäss § 146 ZPO verspätet und sei bereits aus diesem Grund unbeachtlich. Dem kann nicht gefolgt werden. Die Nichtigkeit des Versicherungsvertrages gemäss Art. 9 VVG ist eine Rechtsfrage und gegebenenfalls vom Richter von Amtes wegen zu beachten (Nef, Basler Komm., N. 27 zu Art. 9 VVG mit Hinweisen). Der Inhalt des behaupteten Vertragsverhältnisses ergibt sich in der Tat aus den Prozessakten, so dass sich die Beklagte dafür auf § 146 Abs. 2 Ziff. 2 ZPO zu berufen vermag. Der Frage einer allfälligen Vertragsnichtigkeit ist daher nachzugehen. Gemäss Art. 9 VVG ist der Versicherungsvertrag unter Vorbehalt des vorliegend nicht einschlägigen Art. 100 Abs. 2 VVG unter anderem nichtig, wenn im Zeitpunkt des Abschlusses der Versicherung das befürchtete Ereignis schon eingetreten war. Die Gefahr,

gegen deren Folgen versichert wird, muss sich auf ein zukünftiges Ereignis beziehen. Ist dieses bereits eingetreten, ist eine künftige Verwirklichung der Gefahr nicht möglich. Eine sogenannte Rückwärtsversicherung, bei welcher der Versicherer die Deckung für ein bereits vor Vertragsschluss eingetretenes Ereignis übernimmt, ist unzulässig, unabhängig davon, ob der entsprechende Schaden vor oder nach Vertragsschluss eintritt (BGE 127 III 23). Nicht erfasst von Art. 9 VVG werden Fälle, da die Gefahr nur teilweise eingetreten ist; die Versicherung eines nach Vertragsschluss eingetretenen Teilereignisses ist zulässig (BGE 127 III 24). Das erneute Auftreten von Symptomen einer vorbestandenen, rückfallgefährdeten Krankheit ist aber juristisch nicht als selbständige Neuerkrankung bzw. als Teilereignis aufzufassen, sondern als Fortdauern einer bereits eingetretenen Krankheit, mithin als Anwendungsfall eines bereits eingetretenen Ereignisses im Sinne von Art. 9 VVG. Nicht das Auftreten von Symptomen, sondern deren medizinische Ursache steht für die Definition des Krankheitsbegriffs im Vordergrund (BGE 127 III 25). In der Unfallversicherung besteht die Gefahr, gegen deren Folgen versichert wird, in der Verunfallung der versicherten Person. Es ist unstreitig, dass sich der Unfall vorliegend 1964, mithin 16 Jahre vor Vertragsschluss ereignete. Die bereits eingetretenen und nach dem Gutachten R weiter zu erwartenden (kläg. act. 1) Gesundheitsschäden stellen keine versicherten Ereignisse dar, obwohl der Eintritt der letzteren ungewiss ist. Diese sind vielmehr Folgen des Unfallereignisses von 1964. Es liegt mithin eine einheitliche Rückwärtsversicherung vor, da die Folgeschäden des Unfalles von 1964 keine selbständigen, ungewissen Teilereignisse darstellen, welche 1980 zum Gegenstand eines eigenen Versicherungsvertrages hätten gemacht werden können. Die Situation ist insofern mit derjenigen im zitierten Bundesgerichtsentscheid vergleichbar, wonach nicht das Auftreten von Krankheitssymptomen, sondern deren medizinische Ursache entscheidend ist. Dennoch liegt nach Auffassung des Richters keine nichtige Vertragsabrede vor. Ist der Versicherungsvertrag gemäss Art. 9 VVG nichtig, so muss im Einzelfall geprüft werden, ob ihm ein anderes, gültiges Vertragsverhältnis (z.B. Schenkung) zugrunde gelegt werden kann

(Konversion; Nef, Basler Komm., N. 24 zu Art. 9 VVG mit Hinweisen). Eine Konversion besteht darin, dass der Richter das ungültige Vertragsverhältnis in ein gültiges umdeutet. Man kann von einer modifizierten Ganznichtigkeit sprechen. Es kommt auf den hypothetischen Parteiwillen an (Koller, OR-AT N. 904). Rechtlich steht nichts im Wege, dass der Versicherer neben den Folgen für ungewisse Ereignisse auch für gewisse Schäden die Haftung übernimmt. Allerdings erfordert diese Haftung eine besondere Vertragsabrede. Ob alsdann in Berücksichtigung dieser zusätzlichen Vertragsabrede noch ein Versicherungsvertrag oder vielmehr ein anderer Vertragstypus vorliegt, muss sich aus der Würdigung des gesamten Vertragsinhaltes ergeben (Kuhn, Grundzüge des Privatversicherungsrecht, S. 98). Dies muss erst recht gelten, wenn es wie in casu um die „Versicherung“ im einzelnen noch ungewisser Folgekosten eines Unfalles geht. Vorliegend schlossen die Parteien 1980 unstreitig einen Vergleich. Wenn sich die Beklagte in diesem Zusammenhang in einer expliziten Abrede dazu verpflichtete, die Haftung für Folgeschäden des bereits mit Gewissheit eingetretenen Unfalles zu übernehmen, so muss dies im Rahmen der Vertragsfreiheit gemäss Art. 19 Abs. 1 OR zulässig sein. Die im Gewande eines Versicherungsvertrages daher kommende Abrede ist der Konversion in eine gültige Vergleichsabrede zugänglich. Zwar ist die subjektive Kenntnis der Parteien über den Wegfall der Gefahren bzw. den Eintritt des befürchteten Ereignisses im Rahmen von Art. 9 VVG unerheblich (Nef, Basler Komm., N. 17 zu Art. 9 VVG). Der Gesetzgeber hatte aber mit Art. 9 VVG unverkennbar den Schutz des Versicherers davor im Auge, in Unkenntnis über bereits eingetretene Ereignisse bindende Versicherungsverträge zu schliessen. Sind sich aber beide Parteien bewusst, dass das „versicherte“ Ereignis bereits eingetreten ist und halten sie die Zahlungspflicht für Schäden aus diesem Ereignis in einer expliziten Vertragsabrede fest, so würde der Versicherer des Schutzes von Art. 9 VVG eigentlich nicht mehr bedürfen. Man kann sich fragen, ob der insofern zu weit greifende Wortlaut von Art. 9 VVG nicht richtigerweise teleologisch auf Fälle der Unkenntnis des Versicherers zu reduzieren wäre. Immerhin ist nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber die Parteien be-

vormunden wollte. Auf alle Fälle bestehen keine Bedenken, die Konversion in eine gültige, allgemeine Vergleichsbestimmung ausserhalb der Rechte und Pflichten nach VVG zuzulassen. Dies entspricht im Übrigen auch dem hypothetischen Parteiwillen. Im Bewusstsein der Rechtsfolge von Art. 9 VVG hätten sie zwar auf den Versicherungsvertrag verzichtet, die Regelung aber vergleichsweise mit Sicherheit dennoch so getroffen. Schliesslich und vor allem bleibt zudem wie immer das allgemeine Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 ZGB vorbehalten. Das Bundesgericht erscheint insofern in BGE 127 III 25 zu apodiktisch, wenn es festhält, da es sich bei Art. 9 VVG um eine zwingende Vorschrift handle, sei irrelevant, ob die zwischen den Parteien getroffene Individualabrede nach Treu und Glauben als Derogation des Leistungsausschlusses gemäss den Art. 9 VVG entsprechenden AVB zu verstehen wäre. Auch eine zwingende Rechtsnorm kann gegenüber Art. 2 ZGB keine absolute Geltung erheischen. Art. 2 ZGB steht der Anwendung jeder Rechtsnorm entgegen, wenn dies im Einzelfall andernfalls zu einem krass stossenden Ergebnis führen würde. Eine solche Konstellation ist vorliegend gegeben. Wenn die Beklagte tatsächlich zu der von der Klägerin behaupteten Vertragsabrede Hand geboten und vor diesem Hintergrund während über 20 Jahren die Prämienzahlungen der Klägerin entgegen genommen hat, erscheint es als krasser Fall eines „venire contra factum proprium“, wenn sich die Beklagte nun mit Hinweis auf Art. 9 VVG aus ihrer schriftlich übernommenen Verpflichtung herauswinden wollte. Ein solches Gebaren verdient keinen Rechtsschutz.

- b) Die Beklagte hat im Rahmen ihrer Beweiswürdigung zum ersten Mal die Verjährungseinrede erhoben (Prot., S. 39). Gemäss Art. 142 OR iVm Art. 100 Abs 1 VVG darf der Richter die Verjährung nicht von Amtes wegen berücksichtigen. Die Beklagte macht nicht geltend, dass ein Grund von § 146 Abs. 2 ZPO vorliegt. Nachdem die Verjährungseinrede im Übrigen offensichtlich verspätet erhoben worden ist, ist diesem Einwand nicht weiter nachzugehen.

6. a) Die Beklagte offeriert in ihrer Beweismittelleingabe K als Zeugen.

Als Fachvorgesetzter im Bereich Underwriting könne er Auskunft über die Praxis bei der Beklagten im Bereich des Underwriting gegeben, wie bei Versicherungsvertragsabschlüssen, wo bereits bestehende gesundheitliche Schädigungen aufgrund von Haftpflichtereignissen gegeben seien, vorgegangen werde (act. 23). Gemäss § 208 ZPO können als Zeugen nur Personen einvernommen werden, die erhebliche Tatsachen, welche auf ihrer unmittelbaren sinnlichen Wahrnehmung beruhen, erstellen können. Nachdem K aus eigener Wahrnehmung keine Angaben machen kann, ist er als Zeuge untauglich. Von seiner Einvernahme als Zeuge wurde daher abgesehen. Bedarf für einen Experten gibt es im Übrigen keinen. Entscheidend ist nicht, wie die Beklagte üblicherweise vorgeht, sondern wie im vorliegenden Fall im Speziellen gehandelt wurde.

b) Die Aktenlage ist in casu unstreitig dürftig. So liegen weder die Vergleichsvereinbarung von 1980 noch die ursprünglichen Versicherungspolice mit den einschlägigen AVB von 1980 im Recht. Auch die weiteren AVB zu den geänderten Policen fehlen. Auf Seiten der Klägerin sind diese Dokumente angeblich nicht mehr auffindbar (Prot., S. 10). Die Beklagte will sie nach Ablauf der 10-jährigen Aufbewahrungsfrist gemäss Art. 962 OR vernichtet haben (Prot., S. 8 f., 11 und 40 f. sowie act. 24). Die Klägerin macht geltend, nachdem die Beklagte zur Edition dieser Dokumente gerichtlich angehalten worden sei und diese dennoch nicht vorlägen, sei dieser Umstand zulasten der Beklagten zu würdigen. Die Versicherer würden sämtliche Akten aufbewahren, wenn ursprüngliche Versicherungsbedingungen immer wieder übernommen würden (Prot., S. 9). Nachdem die Klägerin aus der angeblich getroffenen Vereinbarung mit der Beklagten Rechte ableitet, ist sie für deren Bestand beweispflichtig (Art. 8 ZGB). Selbst wenn die einschlägigen Dokumente für die Klägerin effektiv nicht mehr greifbar wären, wovon auszugehen ist, rechtfertigt dies kein Abgehen von der gesetzlichen Regelung. Auch bei Beweisnot des Beweisbelasteten sind grundsätzlich die gesetzlichen Beweislastnormen anzuwenden (Beglinger, Beweislast und Beweisvereitelung in Zivilprozess, in: ZSR 115

[1996] I, S. 479 f. mit Hinweisen). Besonderer Betrachtung bedürfen allerdings die Fälle, bei denen der Gegner der beweisbelasteten Partei die Beweisnot geschaffen hat. Es ist keiner Partei gestattet, aus einem Sachverhalt prozessuale Vorteile für sich abzuleiten, welchen sie in Verletzung des Gebots der loyalen Prozessführung herbeigeführt hat. Entsprechend gilt der Grundsatz, dass die beweisbelastete Partei keinen Rechtsverlust erleiden darf, wenn ihr die an sich mögliche Beweisführung unmöglich geworden ist wegen eines in der Verantwortungssphäre des Gegners liegenden früheren Verhaltens, das mit dessen Berufung auf die Beweislastregelung unvereinbar ist. Derartige Konstellationen werden unter dem Titel Beweisvereitelung zusammengefasst. Diese kann definiert werden als Verhalten des Gegners der beweisbelasteten Partei, das dazu führen kann, einen an sich möglich Beweis zu verhindern oder zu erschweren und dadurch die Beweisführung der beweisbelasteten Partei scheitern zu lassen. Massgeblich ist dabei die Vernichtung der Beweisfunktion des Beweismittels. Als Beweisvereitelung vor dem Rechtsstreit kommt unter anderem das pflichtwidrige Nichtaufbewahren beweisrelevanter Urkunden in Frage (Beglinger, a.a.O., S. 480 f. mit Hinweisen). Die Rechtsgrundlage besteht im Gebot von Treu und Glauben, welches seinen Ausdruck in Art. 2 ZGB findet (Beglinger, a.a.O., S. 482). Art. 2 Abs. 2 ist als in Art. 8 ZGB vorgesehene Ausnahmevorschrift grundsätzlich restriktiv auszulegen (Beglinger, a.a.O., S. 489). Die Beweislastregel von Art. 2 Abs. 2 ZGB ist von vornherein nicht anwendbar, wenn die mit dem Beweis belastete Partei Anlass und Möglichkeit hatte, sich rechtzeitig Beweismittel für den relevanten Umstand zu sichern, weil sie es dann an der nötigen Sorgfalt hat fehlen lassen (Beglinger, a.a.O., S. 491). Ein solches Verhalten muss sich aber die Klägerin vorwerfen lassen. Sämtliche Dokumente, deren Edition sie von der Beklagten verlangt hat, lagen ihr selbst einmal vor. Aufgrund der grossen Bedeutung dieser Dokumente wäre es unabdingbar gewesen, dass die Klägerin deren sichere Verwahrung sichergestellt hätte. Es erscheint geradezu unverzeihlich, derart leichtfertig mit diesen zentralen Beweisstücken umzugehen. Die Klägerin ist von der Härte der Beweislastentscheidung nur deshalb betroffen, weil sie es an der nötigen

Sorgfalt hat fehlen lassen. Zudem fehlt es auch an einem Verstoss der Beklagten gegen eine besondere Pflicht (Beglinger, a.a.O., S. 491). Der 10-jährigen Aufbewahrungspflicht von Art. 962 OR ist sie nachgekommen. Mehr kann die Klägerin von ihr nicht verlangen, nachdem erstere über die gleichen Urkunden verfügte. Die Klägerin kann aus ihrer eigenen Nachlässigkeit nicht noch Vorteile zulasten der Beklagten ziehen.

7. Es bleibt die Frage zu prüfen, ob die Klägerin den Beweis führen kann, dass die Folgekosten des Verkehrsunfalls vom 1. September 1964 durch den zwischen den Parteien bestehenden Versicherungsvertrag gedeckt sind. Wie bereits festgehalten, liegt weder die Vergleichsvereinbarung von 1980 noch der ursprüngliche Versicherungsvertrag zwischen den Parteien im Recht. Dass aus dem Umstand, dass die Beklagte diese Dokumente trotz gerichtlicher Aufforderung dazu nicht ins Recht gelegt hat, nichts zu ihren Lasten abgeleitet werden kann, ist bereits ausgeführt worden (oben, Erwägung 6.b). Die kläg. act. 2 bis 5 vermögen für sich die klägerische Sachdarstellung nicht schlüssig zu belegen. Zwar präsentieren sie sich jeweils als die Fortsetzung des vorausgegangenen Vertragsverhältnisses. Nachdem aber das ursprüngliche Vertragsdokument nicht im Recht liegt, hilft dies der Klägerin nicht weiter. Die Angabe des Verkehrsunfalles und der daraus resultierenden Hüftprobleme im Versicherungsantrag vom 8. Februar 1991 (kläg. act. 3). vermag die Ausführungen der Klägerin ebenfalls nicht zu stützen. Dass vorbestehende Leiden in einem Versicherungsantrag offen gelegt werden müssen, ist eine Folge von Art. 4 VVG und führt in Verbindung mit Art. A 11 Abs. 3 der AVB gerade dazu, dass dafür - unter Vorbehalt der angeblichen Spezialabrede - keine Versicherungsdeckung besteht.

Die Zeugin E hat überzeugend dargelegt, dass es ihr damals vor allem darauf ankam, dass ihre Tochter für allfällige Spätfolgen des Verkehrsunfalles von 1964 versicherungsmässig abgesichert war. Geschockt durch den schweren Verkehrsunfall und sensibilisiert durch den langen Heilungsverlauf mit verschiedenen Operationen war ihr auch als Laie klar,

dass ein erhebliches Spätfolgerisiko bestand (Prot., S. 14 f). Es ist deshalb nachvollziehbar, dass den Eltern die Sicherheit, dass auch dieses Risiko durch eine Versicherung abgedeckt sein würde, wichtiger war, als die sofortige Abgeltung eines abstrakten Invaliditätsrisikos in Geld (Prot., S. 20). Trotzdem ergibt sich aufgrund des Zeugnisses E nicht zweifelsfrei, dass sich die Beklagte im Vergleich von 1980 bzw. in der Zusatzversicherung dazu verpflichtet hat, für Spätschäden aus dem Verkehrsunfall von 1964 aufzukommen. Zwar soll der Rechtsanwalt selbst zu dieser „Versicherungslösung“ geraten haben (Prot., S. 17). Entscheidend ist aber, was letztlich Eingang in die Vergleichsvereinbarung zwischen den Parteien gefunden hat. Dazu vermag die Zeugin aber weder aus eigener Wahrnehmung noch vom Hörensagen Angaben zu machen. Die Vergleichsverhandlungen wurden durch den Rechtsanwalt geführt (Prot., S. 14). Eine fortlaufende Orientierung fand nicht statt (Prot., S. 15). Die Zeugin ist nicht sicher, wer die Vereinbarung letztlich unterschrieb (Prot., S. 16). Es ist wahrscheinlich, dass der Rechtsanwalt die Unterschrift leistete, nachdem er wohl über eine Generalvollmacht verfügte (Prot., S. 16; vgl. auch Prot., S. 29 unten). Den Vergleich selbst besass sie nie (Prot., S. 16). Eine Versicherungspolice will sie zwar erhalten haben, verfügt aber heute über diese nicht mehr, obwohl sie normalerweise alle wichtigen Dokumente aufbewahrt (Prot., S. 21 und 16). Die Zeugin kann denn auch nicht mit Bestimmtheit sagen, was Inhalt der Police (Prot., S. 21) bzw. der Vergleichsvereinbarung (Prot., S. 16) war. Aufgrund des Zeugnisses E kann daher nicht mit der notwendigen Sicherheit darauf geschlossen werden, dass die durch die Klägerin vorgetragene Deckungszusage Eingang in die Vergleichsvereinbarung und die Versicherungspolice fand. Die Zeugin war in die Aushandlung der Einigung nicht involviert, wurde über die Verhandlungen nicht auf dem Laufenden gehalten, hat die Vereinbarung wohl nicht selbst unterzeichnet und vermag über den Inhalt keine bestimmten Angaben zu machen.

Ähnliches ist auch zur Klägerin zu sagen, welche als Partei befragt worden ist. Auch sie war bei der Aushandlung der Vergleichsvereinbarung

nicht dabei. Als Minderjährige konnte sie diese auch nicht unterzeichnen. Selbst wenn der Anwalt ihr mitgeteilt hätte, dass sie weiter versichert sei und die Beklagte zudem noch etwas bezahlen werde (Prot., S. 34), könnte daraus noch nichts zugunsten der Klägerin abgeleitet werden. Die Zusatzversicherung war unstreitig eine neue Versicherung. Die Aussage des Anwalts scheint sich offenbar auf die Grundversicherung zu beziehen; nur hier konnte man von einem Weiterversichertsein sprechen. Auch die Klägerin selbst ist deshalb nicht in der Lage, aufgrund eigener Wahrnehmung bzw. auch nur vom Hörensagen her bestimmte Aussagen über den Inhalt der getroffenen Vereinbarung bzw. der abgeschlossenen Police zu machen.

Der Zeuge U hat zu Protokoll gegeben, es sei klar festgehalten worden, dass bei einem neuen Vertrag oder Folgevertrag bezüglich des Unfalles seitens der Versicherung keine Risikoeinschränkung vorbehalten werde, die Klägerin also für dieses Ereignis voll versichert sei (Prot., S. 23). In der Police habe gestanden, wenn in Folge des Unfalles von 1964 etwas passieren werde, so bestehe kein Vorbehalt. Das habe irgendwo im Anhang gestanden (Prot., S. 23 und 26). Auch dieses Zeugnis vermag den klägerischen Sachvortrag nicht mit Sicherheit zu stützen. Was die Vergleichsvereinbarung angeht, so stammen die Informationen von der Klägerin (Prot., S. 23). Wie bereits festgehalten, war diese weder in die Aushandlung noch Unterzeichnung der Vereinbarung involviert. Dass er die Vereinbarung selbst sah, vermag er nicht mit Bestimmtheit zu sagen (Prot., S. 24) und ist auch unwahrscheinlich. Was den Vorbehalt im Versicherungsvertrag anbelangt, so ist seine Aussage reichlich unspezifiziert. So vermag er sich an den genauen Wortlaut nicht mehr zu erinnern (Prot., S. 26). Weiter ist unwahrscheinlich, dass eine derart wichtige Klausel im Anhang, sprich in den AVB platziert wurde (Prot., S. 26). Die Zusage hätte wohl vielmehr Eingang in die Police selbst, also zuvorderst gefunden. Vor allem aber bleibt aufgrund der Aussage U offen, ob sich die Deckungszusage bezüglich der Spätfolgen des Unfalles von 1964 auf die Grundversicherung oder die Zusatzversicherung bezog. Es

ist daran zu erinnern, dass die beiden Versicherungen noch unter der Geltung des alten KUVG von 1911 erfolgten. Das alte Gesetz liess es auch in der Grundversicherung zu, dass bei der Aufnahme in die Versicherung Vorbehalte für vorbestehende Risiken für die Dauer von fünf Jahren angebracht werden konnten (Maurer, Schweiz. Sozialversicherungsrecht, Band II, Bern 1981, S. 295). In der Versicherungspolice, die dem Zeugen U vorlag, waren beide Versicherungen enthalten (Prot., S. 24). Es ist deshalb möglich, dass der Vorbehaltsverzicht, sofern er denn Gegenstand der Police war, sich auf die Grundversicherung bezog, welche von der K zur T transferiert worden war. Es verbietet sich daher, aufgrund der Aussage U auf einen Vorbehaltsverzicht der Beklagten im Rahmen der Zusatzversicherung zu schliessen.

Beim Zeugen R handelt es sich um den Vertreter der Beklagten anlässlich der Vergleichsverhandlungen von 1980. Auch der Vertreter einer Partei ist als Zeuge zu befragen (Frank/Sträuli/Messmer, Komm. zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, N. 6 zu § 157 ZPO). Einer allfälligen Interessenlage ist in der Beweiswürdigung Rechnung zu tragen. Der Zeuge R sagt aus, es sei 1980 um eine Zahlung von total CHF 120'000.00 gegangen (Prot., S. 27 f.). Diese habe Heilungsmassnahmen, den Lohnausfall und die Invalidität umfasst (Prot., S. 31). Einen Abschluss einer privaten Unfall- und Krankenversicherung Zug um Zug mit dem Abschluss des Haftpflichtfalles habe es nicht gegeben. Andernfalls hätten sie gewissermassen zweimal bezahlt. Er habe sich allerdings beim zuständigen Agenten darum bemüht, dass die Klägerin für neue Fälle ohne Vorbehalt eine gute Privatversicherung abschliessen könne (Prot., S. 30). Es spricht einiges für die Darstellung des Zeugen R. So ist es gerichtsnotorisch, dass Haftpflichtversicherer Fälle wenn immer möglich mit einer Pauschalzahlung abschliessen und Rentenzahlungen vermeiden wollen. Die durch die Klägerin behauptete Versicherungslösung würde diesem Ziel aber diametral entgegenlaufen, indem das Dossier bis zum Tode der Klägerin offen bliebe. Auch im Hinblick auf den bereits abgehandelten Art. 9

V V G müsste das Verhalten der Versicherung zumindest als ungewöhnlich gewertet werden. Vor allem aber geht die Darstellung der Klägerin nicht auf, wenn sie geltend macht, die geleistete Zahlung habe einzig und alleine Genugtuungsleistungen beschlagen. Die Darstellung ist diesbezüglich uneinheitlich. Noch in der Klage wurde ausgeführt, es sei ein Betrag von CHF 100'000.00 geleistet worden, der sich aus CHF 45'000.00 Genugtuung zuzüglich Zins und Zinseszinsen zusammensetze. In der Parteibefragung wurde dann ausgeführt, es habe sich um einen Betrag von CHF 30'000.00 gehandelt; dieser sei mittels Barwerttafeln auf den Zeitpunkt des Unfalles abgezinst und dann wieder auf den Tag der Auszahlung aufgezinst worden (Prot., S. 36). Anschliessend wurde präzisiert, man habe damals auf den Zeitpunkt des Unfalles einen Betrag angenommen und diesen anschliessend auf den Zeitpunkt der Auszahlung aufgezinst; der Zinssatz habe 7 % betragen (Prot., S. 37). Rechnet man den Betrag von CHF 30'000.00 zu 7 % über 16 Jahre (inkl. Zinseszinsen), so resultiert ein Betrag von gut CHF 88'500.00. Ein solcher Betrag wäre kaum auf CHF 100'000.00, schon gar nicht auf CHF 120'000.00 (in letzterem Sinne auch der Zeuge U, Prot., S. 23) aufgerundet worden. Es muss deshalb praktisch davon ausgegangen werden, dass die Zahlung - ob nun von CHF 100'000.00 oder CHF 120'000.00 - auch Leistungen für das Invaliditätsrisiko und spätere Heilkosten enthielt. Eine entsprechende Berechnung war auf alle Fälle aufgrund des Gutachtens R, kläg. act. 1, ohne weiteres möglich. Der Zeuge R vermutet, dass für eine 20 %ige Invalidität eine Leistung von CHF 20'000.00 festgesetzt worden sei. Heute gäbe es eine Zahlung von CHF 30'000.00. Es wäre aber auch denkbar, dass für 1964 beispielsweise eine Zahlung von CHF 10'000.00 festgesetzt wurde. Rechnet man diese dann mit 7 % über 16 Jahre hoch, so resultiert ziemlich genau ein Betrag von CHF 30'000.00. Dies würde sich dann wieder mit der Darstellung der Klägerin decken, nur dass dies der Endbetrag und nicht Ausgangspunkt für eine Aufzinsung wäre. Zusammenfassend kann bei aller Vorsicht, die gegenüber der Aussage R angezeigt ist, im Kernpunkt auf diese abgestellt werden.

Ein absolute Klarheit darüber, was 1980 zwischen den Parteien vereinbart wurde, ist vorliegend wohl nicht zu erlangen. Am wahrscheinlichsten ist, dass sich die Klägerin bzw. deren Eltern und ihr Anwalt damals missverstanden haben. Die Klägerin meinte, sie sei für alle Spätfolgen des Unfalles privat versichert. Dem Anwalt ging es aber offensichtlich darum, nebst einer akzeptablen Schlusszahlung eine private Zusatzversicherung für künftige Schädigungen zu erwirken. Die Grundversicherung sollte zum gleichen Versicherer ohne Vorbehalt transferiert werden, wohl deshalb, damit die Motivation für den Privatversicherer kleiner wäre, sich mittels Berufung auf den Verkehrsunfall der Zahlungspflicht zu entziehen, da er im Rahmen der Grundversicherung ansonsten in jedem Fall teilweise haften würde. In diese Richtung geht zum einen das Skibeispiel der Klägerin (Prot., S. 35). Aber auch die Aussagen, es sei dem Anwalt darum gegangen, dass sie habe versichert bleiben können bzw. auf der Zusatzversicherung habe vor allem die Y bestanden, da dies wohl für sie lukrativ gewesen sei, deuten in diese Richtung (Prot., S. 34). Denn nach der klägerischen Version wäre ja gerade die Zusatzversicherung für sie der wichtigste Bestandteil der Vereinbarung gewesen und nicht die Grundversicherung. Wie die Klägerin selbst ausführt, hätte diese an für sich bei der K belassen werden können und wäre im Rahmen der Grundversicherung für die Folgekosten des Unfalles aufgekommen (Prot., S. 35). Gewisse Fragezeichen bleiben, so dass nicht von einer zweifelsfrei erstellten Version ausgegangen werden kann. Nachdem die Klägerin für ihre Sachdarstellung die Beweislast trägt, hat sie mithin die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die Klage ist abzuweisen.

8. Ausgangsgemäss wird die Klägerin gemäss § 75 ZPO kosten- und entschädigungspflichtig. Das Gerichtsgeld wird in Anwendung von § 8 Ziff. 2 GRV auf CHF 2'000.00 festgelegt. Dies rechtfertigt sich deshalb, da es nur vordergründig um einen Streitwert von CHF 5'040.00 geht. Dem Entscheid kommt vielmehr präjudizierenden Charakter für alle zukünftig durch den Verkehrsunfall 1964 kausal bedingten Heilungskosten zu. Der Entscheid ist folglich von grundlegender Bedeutung. Die Zeugengelder betra-

gen CHF 203.00. Das beklagterseits geltend gemachte Honorar erweist sich gemäss §§ 2 bzw. 3 lit. a AT als tarifkonform; die geltend gemachten Barauslagen können als ausgewiesen betrachtet werden. Die Klägerin hat mithin die Beklagte mit CHF 2'394.10 (inkl. MWSt.) an Parteikosten zu entschädigen.

durch Endurteil

erkannt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin bezahlt:

Gerichtsgeld	CHF	2'000.00
Zeugengelder	CHF	<u>203.00</u>
Total	CHF	<u>2'203.00</u>
3. Die Klägerin hat die Beklagte mit CHF 2'394.10 an Parteikosten zu entschädigen (inkl. Barauslagen und MWSt.).
4. Schriftliche Mitteilung des begründeten Urteils an die Parteien unter Beilage der Seiten 13 ff. des Protokollauszuges.

Gegen dieses Urteil ist innert 10 Tagen von der schriftlichen Zustellung an gerechnet die Berufung gemäss §§ 223 ff ZPO zulässig. Die schriftliche Berufungserklärung ist im Doppel bei der Gerichtskanzlei Arbon, Postfach 88, 9320 Arbon, einzureichen.

Der Gerichtsvizepräsident:



Der Gerichtsschreiber:

spediert am: 06. SEP. 2002

Dieses Urteil ist in Rechtskraft erwachsen