

Handelsgericht des Kantons Zürich



Geschäfts-Nr. HG010432/U/ei

Mitwirkend: Die Oberrichter Dr. Eric Mazurczak, Präsident, und Dr. Johann Zürcher, die Handelsrichter Hans Hutter, Peter Dieterich und Mathias C. Berger sowie der juristische Sekretär Dr. Martin Sarbach

Urteil vom 9. Februar 2006

in Sachen

X _____

Klägerin und Widerbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Urs Glaus, c/o Glaus & Jacober, Unterstr.
15, 9000 St. Gallen

gegen

"Y" Versicherungs-Gesellschaft, _____

Zustelladresse:

Beklagte und Widerklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Marc-Antoine Kämpfen, c/o Eberle Kämpfen
Bösiger Theiler, Gerechtigkeitsgasse 23, 8002 Zürich

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:Klage:

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen nach Durchführung des Beweisverfahrens zu beziffernden Betrag zuzüglich 5 % Zins seit 24. Oktober 2000 zu bezahlen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Widerklage:

"Es sei die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten Fr. 24'823.90 zu zahlen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin."

Das Gericht zieht in Erwägung:**I. Prozessverlauf**

Am 20. November 2001 gingen die Weisung vom 21. August 2001 (act. 3) und die Klageschrift vom 19. November 2001 (act. 1) beim Gericht ein. Nach schriftlicher Äusserung der Klägerin vom 27. November 2001 zum Streitwert (act. 6A) beantwortete die Beklagte die Klage mit Eingabe vom 11. März 2002 (act. 9) und erhob die obgenannte Widerklage. Ein anlässlich der Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung vom 24. Juni 2002 (Prot. S. 5 ff.) unter Widerrufsvorbehalt geschlossener Vergleich wurde von der Beklagten am 3. Juli 2002 (act. 14) innert Frist widerrufen. Am 25. November 2002 erstattete die Klägerin ihre Replik (act. 19), in der sie trotz entsprechender Überschrift nicht zur Widerklage Stellung nahm. Daraufhin wurde ihr mit Verfügung vom 26. November 2002 (Prot. S. 10) eine peremptorische Frist zur Beantwortung der Widerklage angesetzt, was entgegen der Vermutung der Beklagten nicht infolge eines Versehens des Gerichts geschah (act. 25 S. 14), sondern weil auch bei einer Widerklage § 130 ZPO zur Anwendung kommt, wonach bei erstmaliger Säumnis mit der Beantwortung eine peremptorische Frist zur Verbesserung anzusetzen ist. Am 16. Dezember 2002

erstattete die Klägerin die Widerklageantwort (act. 22). Die Duplik und Widerklagegereplik folgte am 31. März 2003 (act. 25), die Widerklageduplik datiert vom 23. Juni 2003 (act. 30). Am 2. Februar 2004 erliess das Gericht daraufhin den Beweisaufgabebeschluss (act. 32). Nach Eingang der Beweisantretungsschriften der Parteien erging am 15. April 2004 der Beweisabnahmebeschluss (act. 39). Die Beweisverhandlung fand am 29. Oktober 2004 statt (Prot. S. 29 ff.), und am 16. Februar 2005 ging das Gutachten des gerichtlich bestellten Experten L

ein (act. 58). Zuletzt liessen sich die Parteien mit Eingaben vom 14. März 2005 (act. 61) resp. vom 25. April 2005 (act. 63) zum Gutachten vernehmen. Der Prozess ist spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO).

II. Sachverhalt

Die Klägerin und Widerbeklagte (fortan Klägerin, vgl. Ziff. 3 der Verfügung vom 13. März 2002 [Prot. S. 4]) betreibt ein Reiseunternehmen für Personen- und Sachtransporte mit Sitz in Sirnach (act. 4A). Am 8. Oktober 1998 hat sie mit der Beklagten und Widerklägerin (fortan Beklagte), einer Versicherungsgesellschaft, einen Motorfahrzeug-Flottenvertrag mit Wirkung ab 1. Januar 1999 abgeschlossen. In diesem Versicherungsvertrag wurde u.a. ein Autobus der Marke Kässbohrer Setra S 215 HD mit dem Kontrollschild TG XXX gegen die Risiken Haftpflicht, Vollkasko (darin eingeschlossen Brandschäden) und Autoinsassen versichert (act. 4/2; act. 10/1). Dieses Fahrzeug ist am 24. Oktober 2000 in Italien ausgebrannt (act. 1 S. 3; act. 9 S. 4). Gemäss Versicherungsvertrag ist dabei bei der Kaskoversicherung der "valore venale" (Wiederbeschaffungs- oder Zeitwert) versichert. Für den Fall, dass sich die Parteien nicht über diesen Wert einigen können, wurde in Ziff. 4.6.c des Vertrages die Anwendung der Tabellen des Verbandes der neutralen freiberuflichen Fahrzeug-Sachverständigen (VFFS) vereinbart (act. 10/1; act. 25 S. 3 m.H. auf act. 4/2 Ziff. 4.6.).

Die Klägerin verlangt gestützt auf den Versicherungsvertrag die Auszahlung einer Versicherungsleistung. Die Beklagte erbrachte zunächst aufgrund einer

Vereinbarung vom 16. Dezember 2000 eine Teilzahlung von CHF 20000.— (act. 9 S. 13 m.H. auf act. 10/14; Prot. S. 5). Sie trat jedoch sodann mit Schreiben vom 4. Mai 2001 wegen betrügerischer Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vom Vertrag zurück (act. 9 S. 6 m.H. auf act. 4/4). Heute verweigert die Beklagte jegliche weitere Leistung und fordert mit ihrer Widerklage die Rückerstattung der bereits erbrachten Teilleistung sowie Schadenersatz.

III. Versicherungsfall

1. Die Klägerin verlangt die Auszahlung der bei Beschädigung des versicherten Autobusses durch Feuer vertraglich geschuldeten Entschädigung. Die Voraussetzungen dieses Anspruchs ergeben sich in erster Linie aus dem Versicherungsvertrag; darauf sowie auf die in diesem Zusammenhang einschlägigen gesetzlichen Regelungen (primär des Versicherungsvertragsgesetzes [VVG] sowie des OR) wird sogleich näher einzugehen sein. Eine Leistungspflicht der Beklagten setzt dabei vorerst voraus, dass es sich beim Fahrzeugbrand vom 24. Oktober 2000 um einen die Leistungspflicht der Beklagten auslösenden Versicherungsfall handelte, was als Erstes zu prüfen ist.

2. Zwischen den Parteien ist nicht strittig, dass der ausgebrannte Autobus mit Versicherungsvertrag vom 8. Oktober 1998 gegen die Risiken Haftpflicht, Vollkasko (darin eingeschlossen Brandschäden) und Autoinsassen versichert worden war und während der Laufzeit dieses Vertrags am 24. Oktober 2000 in Italien vollständig ausbrannte (act. 9 S. 4). Während die Klägerin von der Beklagten gestützt auf diesen Versicherungsvertrag die Auszahlung einer Versicherungsleistung verlangt (act. 1 S. 3 ff.), ist die Beklagte der Ansicht, der Vertrag entfalte im vorliegenden Fall keine Wirkung. Die Beklagte bringt insbesondere vor, es habe sich vorliegend allem Anschein nach nicht um eine Selbstentzündung gehandelt, vielmehr scheine das Fahrzeug in Brand gesteckt worden zu sein (act. 9 S. 5 oben, S. 9 ff. Ziff. 8; act. 25 S. 6 zu Ziff. 5, S. 12 f. zu Ziff. 8). Da zwischen den Parteien mithin strittig ist, ob der Brand auf eine Selbstentzündung zurückzuführen ist oder

ob das Fahrzeug mit Willen und Wissen der Klägerin in Brand gesetzt wurde, wurde diese Frage zum Beweis verstellt.

a) Gemäss Art. 14 Abs. 1 VVG haftet der Versicherer nicht, wenn der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt hat; hat der Versicherungsnehmer oder der Anspruchsberechtigte das Ereignis grobfahrlässig herbeigeführt, so ist der Versicherer berechtigt, seine Leistung dem Grad des Verschuldens entsprechend zu kürzen (Art. 14 Abs. 2 VVG). Diese Bestimmung gibt dem Versicherer also das Recht, seine Leistung bei grober Fahrlässigkeit bzw. Absicht zu kürzen bzw. zu verweigern, wobei aus Art. 8 ZGB folgt, dass der Versicherer, der eine die Leistungspflicht ausschliessende oder herabsetzende Tatsache behauptet, diese beweisen muss (vgl. Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, S. 356; Roelli/Keller, Kommentar zum VVG, Band I, 2. A., Bern 1968, S. 269).

Die geschilderte gesetzliche Regelung ist indes dispositives Recht. Der vertraglichen Abmachung unterliegt insbesondere, was überhaupt das versicherte Ereignis sein soll, so dass es die Parteien (bzw. faktisch der Versicherer durch die Formulierung seiner AGB) in der Hand haben, schon bei der Festlegung des versicherten Schadensfalles die Unfreiwilligkeit des Ereignisses als Begriffselement zu umschreiben. Dadurch wird das Element der Absicht (resp. Grobfahrlässigkeit) vorverschoben: Die Absicht findet abweichend von Art. 14 Abs. 1 VVG nicht mehr Beachtung bei der Frage nach der Herbeiführung des versicherten Ereignisses (mit der Folge des Haftungswegfalls für den Versicherer), sondern sie lässt schon zum voraus die Haftung des Versicherers wegfallen, indem bei absichtlicher Herbeiführung des Schadensfalles gar kein versichertes Ereignis vorliegt. Wird die Unfreiwilligkeit des Schadenseintritts in die Begriffsumschreibung des versicherten Ereignisses aufgenommen, so führt dies im Vergleich zur gesetzlichen Regelung von Art. 14 Abs. 1 VVG zu einer Umkehr der Beweislast, da der Anspruchsteller beweisen muss, dass das versicherte Ereignis eingetreten ist. Dies gilt hierzulande nach wohl herrschender Lehre auch dann als zulässig, wenn sich die entsprechende Vertragsbestimmung in vorformulierten ABG befindet (Niquille-Eberle, in: Koller (Hrsg.), Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997,

St. Gallen 1997, S. 251; VVG-Nef, Art. 39 VVG N 33; SGW 1996 Nr. 36 [KG SG vom 6.5.1996]; vgl. demgegenüber aber VVG-Fuhrer, Art. 33 VVG N 89 ff.; ZR 93 [1994]Nr. 91), während nach deutscher Lehre und Rechtsprechung eine solche AGB-Bestimmung unzulässig wäre (vgl. Niquille-Eberle, S. 253 Fn 117).

b) Im vorliegenden Fall lautet die einschlägige Vertragsbestimmung der AGB gemäss unbestrittener Darstellung der Beklagten wie folgt (act. 9 S. 4 m.H. auf act. 4/2 Ziff. 4.4.3. [die Klägerin hat nur den Wortlaut der Offerte eingereicht, der laut der Beklagten jedoch in Bezug auf den hier interessierenden Autobus mit dem Vertragstext identisch sei und von der Beklagten ohne Vorbehalt zitiert wird]):

"Per danni causati da incendio intendiamo i danni causati dal fuoco, poco importa se essi siano di origine interna o esterna; inoltre i danni provocati da corto circuito, da esplosione o dal fulmine e i danni arrecati al veicolo dai lavori di spegnimento.

Non sono assicurati:

- danni dovuti ad abbruciacchiatura;
- danni ad apparecchi elettronici, qualora la causa è dovuta a un guasto interno dell'apparecchio."

("Unter Schäden verursacht durch Brand verstehen wir Schäden verursacht durch Feuer, unabhängig davon, ob diese inneren oder äusseren Ursprungs seien; ausserdem Schäden, die hervorgerufen werden durch einen Kurzschluss, durch Explosionen oder durch Blitzschlag, und Schäden, die dem Fahrzeug bei Löscharbeiten zugefügt werden.

Nicht versichert sind:

- Sengschäden
- Schäden an elektronischen Geräten, sofern der Schaden auf einen inneren Defekt des Gerätes zurückzuführen ist." [gerichtsinterne Übersetzung])

In dieser vertraglichen Umschreibung des versicherten Ereignisses findet sich kein Hinweis darauf, dass die Unfreiwilligkeit des befürchteten Ereignisses eine Anspruchsvoraussetzung darstellt, weshalb mit der oben angeführten Lehre und Rechtsprechung davon auszugehen ist, dass die Klägerin einzig den Eintritt des befürchteten Ereignisses nachzuweisen hat, während es der Beklagten obliegt, sich gestützt auf Art. 14 VVG durch den Nachweis zu entlasten, dass die Klägerin das befürchtete Ereignis absichtlich herbeigeführt habe (vgl. Maurer,

S. 510 Fn 1343). Nachdem die Beklagte die Unfreiwilligkeit des Schadensfalles bei der Umschreibung des versicherten Ereignisses (act. 4/2 Ziff. 4.4.3.) nicht zu dessen Begriffsmerkmal gemacht hat, erfolgt eine Beweislastumkehr gegenüber der gesetzlichen Regelung von Art. 14 VVG nicht etwa dadurch, dass sie andernorts (act. 4/2 Ziff. 4.5.lit. e) für sämtliche Schadensfälle der Kaskoversicherung bestimmt:

"Sono esclusi [lit. e] i danni che sono stati causati intenzionalmente dal conducente"

("Ausgeschlossen sind [lit. e] Schäden, die der Fahrzeugführer vorsätzlich verursacht hat" [gerichtsinterne Übersetzung]).

Ein solcher allgemeiner Haftungsausschluss in den AGB des Versicherers, der zudem nicht bei der Begriffsumschreibung des versicherten Schadenereignisses platziert ist (vorliegend act. 4/2 Ziff. 4.4.3.), vermag keine Umkehr der gesetzlichen Beweislastverteilung gemäss Art. 14 VVG zu bewirken. Darüber hinaus hat die Beklagte allgemein für negligenza grave (grobe Fahrlässigkeit) auf die Anrufung von Art. 14 VVG verzichtet (act. 4/2 Ziff. 2.13.):

"Nell'assicurazione responsabilità civile, casco e degli occupanti rinunciamo al diritto di regresso risp. di riduzione spettanteci giusta l'art. 14 della legge federale sul contratto di assicurazione (LCA) nei Vostri confronti o nei confronti dell'assicurato."

("In der Haftpflichtversicherung, Kaskoversicherung und Insassenversicherung verzichten wir auf das Regressrecht bzw. das Recht zur verhältnismässigen Reduktion gemäss Art. 14 des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag [VVG] gegenüber Ihnen oder gegenüber dem Versicherten." [gerichtsinterne Übersetzung])

Damit haben die Parteien den Anwendungsbereich von Art. 14 VVG vertraglich auf die vorsätzliche Herbeiführung des versicherten Ereignisses eingeschränkt. Auf die Beweislastverteilung gemäss Art. 14 VVG hat diese vertragliche Regelung indes keine Auswirkung.

c) Da die Parteien demnach mit dem vorliegenden Versicherungsvertrag die Beweislastverteilung gemäss Art. 14 VVG nicht abgeändert haben und der vom Versicherungsnehmer (Klägerin) zu behauptende Eintritt des befürchteten Ereignisses — d.h. der Brand des versicherten Fahrzeugs — unbestritten geblieben ist, hat die Beklagte den bestrittenen Haftungsausschlussgrund der absichtlichen

Herbeiführung des Schadensfalles gemäss Art. 14 Abs. 1 VVG zu beweisen. Die Beklagte verkennt die dargestellte gesetzliche und vertragliche Situation, wenn sie annimmt, die Klägerin habe zu beweisen, dass diese den Brand nicht selbst gelegt habe (act. 25 S. 6). Da in einer derartigen Streitigkeit mit der Anwendung von Art. 14 VVG zu rechnen ist, kann sich die anwaltlich vertretene Beklagte auch nicht darauf berufen, dass ein richterlicher Hinweis geschuldet gewesen wäre (vgl. BGE 114 Ia 99 E.2a [=Pra 78 (1989) Nr. 53 S. 198 E.2a]). Der Versicherer hat jedoch bei Sachverhalten, welche nicht mehr restlos geklärt werden können, nicht den strikten Nachweis zu führen; der *Beweisgrad der hohen Wahrscheinlichkeit* genügt (VVG-Hönger/Süsskind, Art. 14 VVG N 57 m.w.H. [Hervorhebung im Original]). Der Beweisgrad der blossen Möglichkeit reicht aber nicht (Maurer, S. 334).

d) Der Beklagten wurden zur Erbringung des ihr obliegenden Hauptbeweises, dass das Fahrzeug am 24. Oktober 2000 mit Willen und Wissen der Klägerin in Brand gesetzt wurde, als Beweismittel diverse von ihr vorgelegte Urkunden, das Ergebnis des gerichtlichen Gutachtens sowie die Zeugenbefragung von G abgenommen (act. 39 S. 6 zu B 1). Das ausgebrannte Fahrzeug stand zur Begutachtung nicht zur Verfügung, da es bereits im ersten Quartal 2001 verschrottet worden war (vgl. dazu act. 1 S. 9; act. 9 S. 5 f., S. 12; act. 19 S. 6 f.; act. 25 S. 5 f.).

Als Zeuge wurde zu diesem Beweissatz G vernommen, der den Autobus nach Schilderung der Klägerin im Zeitpunkt des Feuersausbruchs gelenkt hatte. Der Zeuge beantwortete sämtliche Fragen nach der Brandursache auffällig ausweichend (vgl. Prot. S. 59 f.: "Hat jemand den Bus angezündet?" — "Ich bin gefahren."; "Also war es eine Selbstentzündung?" — "Ich weiss es nicht."; "Haben Sie jemanden gesehen, der den Bus angezündet hat?" — "Ich habe nichts gesehen, ich bin gefahren." etc.). Allein, daraus kann nicht der Schluss gezogen werden, es habe sich mit hoher Wahrscheinlichkeit um eine Brandstiftung gehandelt, die mit Wissen und Willen der Klägerin begangen worden sei; vielmehr erscheint anhand dieser Aussagen Fremdeinwirkung als Brandursache als durchaus nicht ausgeschlossen, die blosser Möglichkeit reicht aber wie bereits erwähnt nicht, um

den Beweis der hohen Wahrscheinlichkeit zu erbringen. Die Aussagen des Zeugen zur Entwicklung des Brandes widersprechen teilweise seinen an der Besprechung vom 16. März 2001 (act. 10/9) gemachten Aussagen frappant (während er etwa ursprünglich von einem initialen sehr grossen und starken Knall zu berichten wusste, der nach wenigen Sekunden starker Rauchentwicklung erfolgt sei [act. 10/9 S. 4 f.], gab er in der Zeugenbefragung an, sich nicht an einen Knall zu erinnern, um sodann — auf diesen Widerspruch aufmerksam gemacht — zu erklären, diese Explosion habe es wohl gegeben, aber erst als der Bus schon gebrannt habe [Prot. S. 62]). Daraus sowie aus zahlreichen weiteren Ungereimtheiten in seinem Aussageverhalten ergibt sich, dass die Aussagen des Zeugen als wenig glaubhaft gelten müssen. Doch selbst wenn dem Zeugen Lug und Trug positiv nachgewiesen werden könnten (was vorliegend nicht der Fall ist), so wäre dadurch erst der Beweis erbracht, dass seine Aussagen zum Brand nicht stimmen, nicht aber, dass der Bus mit hoher Wahrscheinlichkeit mit Wissen und Willen der Klägerin in Brand gesetzt worden ist: dieser Hergang wäre auch diesfalls bloss eine Möglichkeit nebst anderen (wie etwa eine Selbstentzündung mit anderem Hergang oder auch eine Entzündung nach Fremdeinwirkung, aber ohne Wissen und Willen der Klägerin).

Der gerichtliche Gutachter stellt gleich zu Beginn seiner Ausführungen zur Brandursache fest, dass seine Beurteilung auf den Akten beruhe und ohne Besichtigung des durch Brand zerstörten Objekts (da bereits entsorgt) resp. ohne Beurteilung der ausgebauten Aggregate (da laut Protokoll nicht mehr vorhanden) erfolge; er könne daher diese Frage nicht abschliessend beurteilen (act. 58 S. 7). Auch aufgrund seiner weiteren Abklärungen kommt der Experte zum gleichen Fazit: "Die Frage 4 [nach der Brandursache, Anm. hinzugefügt] kann ich somit nicht abschliessend beurteilen. Eine Fremdeinwirkung, in Anbetracht des Schadenbildes, kann nicht ausgeschlossen werden. Ein vorgängige Selbstentzündung im Heizungsbereich, Brenner der Standheizung im Heckbereich ist nicht auszuschliessen" (act. 58 S. 11). Aufgrund der überzeugenden Ausführungen des Gutachters ist somit nicht erstellt, dass das Fahrzeug mit hoher Wahrscheinlichkeit in Brand gesetzt worden ist.

Dasselbe gilt auch für die von der Beklagten angerufenen Urkunden (act.4/3; act. 4/14; act. 10/2-3; act. 10/9; act. 10/11-13). Darunter befindet sich (nebst Fotos des ausgebrannten Cars, dem Protokoll der bereits erwähnten Besprechung vom 16. März 2001, der Schadensanzeige, dem Polizei- sowie dem Feuerwehrrapport) insbesondere ein Privatgutachten der C GmbH vom 6. April 2001 zur Frage der Brandursache (act. 4/14). Dieses kommt zum Ergebnis, dass die Aussagen des Fahrers des Schadenfahrzeugs über den Hergang des Brandes technisch nicht nachvollzogen werden können (act. 4/14 S. 4). Auch damit ist indes nicht gesagt, dass es sich folglich mit hoher Wahrscheinlichkeit um eine (mit Wissen und Willen der Klägerin erfolgte) Brandstiftung handelte; schon im Zeitpunkt der Erstellung dieses Gutachtens war das defekte Fahrzeug übrigens bereits der Verschrottung zugeführt worden (vgl. act. 4/14 S. 1).

e) Zusammenfassend ist demnach festzuhalten, dass die Beklagte den ihr obliegenden Hauptbeweis, dass das Fahrzeug mit Wissen und Willen der Klägerin in Brand gesetzt wurde, nicht erbringen konnte. Ihr ist es somit nicht gelungen, den behaupteten Haftungsausschlussgrund der absichtlichen Herbeiführung des Schadensfalls gemäss Art. 14 Abs. 1 VVG zumindest mit hoher Wahrscheinlichkeit nachzuweisen. Damit handelt es sich vorliegend um einen grundsätzlich die Leistungspflicht der Beklagten auslösenden Versicherungsfall.

IV. Rücktrittsrecht

1. Die Beklagte trat mit Schreiben vom 3. Mai 2001 (act. 4/4) wegen betrügerischer Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG vom Vertrag zurück. Dieser Vertragsrücktritt wurde primär damit begründet, dass die von der Klägerin gemachten Angaben über den Kilometerstand des ausgebrannten Fahrzeuges wissentlich zu tief gewesen seien (act. 4/4 S. 1; act. 9 S. 6 Ziff. 4; dazu nachfolgend Ziff. 4 — 6). Zudem habe die Klägerin den Bus zu einem markant tieferen Preis erworben als gegenüber der Beklagten angegeben, was zu einer zu hohen

Bewertung des Fahrzeugs durch die Beklagte geführt habe (act. 4/4 S. 2, act. 9 S. 8 Ziff. 7; dazu nachfolgend Ziff. 3). Schliesslich nannte die Beklagte als weiteren Grund für den Rücktritt Zweifel an der Brandursache (act. 4/4 S. 2; act. 9 S. 6 Ziff. 4), auf die hier nicht nochmals eingegangen werden muss (vgl. vorstehende Erwägungen Ziff. III). Die Klägerin bestreitet die tatsächlichen Voraussetzungen für den geltend gemachten Vertragsrücktritt der Beklagten (act. 1 S. 4 ff., S. 7 f.).

2. Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten insbesondere nicht an den Vertrag gebunden, wenn Letzterer oder dessen Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zweck der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen hat. Nach Lehre und Rechtsprechung fällt darunter auch die unrichtige Mitteilung von Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers begründen oder erhöhen würden (BGE 78 II 279 f.; ZR 95 [1996] Nr. 60).

Die Anwendung dieser Norm setzt somit dreierlei voraus: (1) Fakten werden vom Anspruchsberechtigten (oder dessen Vertreter) unrichtig dargestellt; (2) diese Fakten sind geeignet, die Leistungspflicht des Versicherers zu begründen oder zu erhöhen; (3) der Anspruchsberechtigte (oder sein Vertreter) beabsichtigt, die Versicherung mit diesem Vorgehen zu täuschen. Ob ein Erfolg eintritt, ist hingegen ohne Belang (ZR 95 [1996] Nr. 60). Behauptungs- und beweispflichtig ist grundsätzlich der Versicherer. Dabei ist schon an dieser Stelle anzumerken, dass im Unterschied zu den anderen Tatbestandselementen die Täuschungsabsicht als innere Tatsache in der Regel nicht direkt, sondern nur indirekt über Indizien nachgewiesen werden kann.

3. Die Beklagte wirft der Klägerin vor, sie habe einen Rücktrittsgrund im Sinne von Art. 40 VVG gesetzt, indem sie ihr auf briefliche Aufforderung vom 7. März 2001 (act. 26/1) hin zugleich mit der Bestätigung vom 19. März 2001 eine Rechnung über den Kauf des Schadenfahrzeuges vom 24. April 1997 über einen Betrag von ITL 170 Mio. habe zukommen lassen (act. 4/13), was sie später mit einem Fax-Schreiben des Verkäufers vom 15. Juni 2001 bestätigt habe (act. 4/12). Diese — laut der Beklagten unzutreffende — Angabe über den Kaufpreis sei dazu

geeignet gewesen, die Bewertung des Schadenfahrzeuges zu beeinflussen (act. 9 S. 8 f.; act. 4/4).

Nach der Darstellung der Klägerin wurde der Autobus am 16. November 1989 durch die nicht mit der Klägerin identische I für CHF 90000.00 von der E AG erworben. F, ein Bruder von V, habe den Bus bei Gründung der Firma A mit Sitz in Chur übernommen und komplett erneuern lassen; er habe namentlich ein vollständig neues Schaltwerk und eine elektrische Bremse eingebaut, die Inneneinrichtung ersetzt, eine Klimaanlage und eine Videoanlage eingebaut. Am 24. April 1997 habe die 1996 von V gegründete Klägerin den Bus für ITL 170 Mio. gekauft (act. 1 S. 7 f.). Wie sich aus den Beilagen zur Klage ergibt, verkaufte F (oder die von ihm geführten A) das Fahrzeug für ITL 170 Mio, vorerst an die I in Catanzaro, Italien (act. 4/12), von der eine Rechnung vom 24. April 2001 über ITL 170 Mio. für den Verkauf des Schadenfahrzeuges an die Klägerin im Recht liegt (act. 4/13).

Die Beklagte bezweifelt den genannten Kaufpreis; dies würde nämlich bedeuten, dass in acht Jahren, nachdem der Kaufpreis 1985 CHF 90'000.00 betragen hatte, ein Mehrwert von CHF 50'000.00 zuzüglich Abschreibungen geschaffen worden wäre, was angesichts des Neuwerts des Busses von CHF 325'000.00 "seltsam" bzw. "recht fragwürdig" erscheine (act. 9 S. 8). Die Klägerin wiederum hält den hohen Kaufpreis wegen der wertvermehrenden Investitionen für gerechtfertigt. Dieser Einwand der Beklagten sei überdies unbeachtlich, da Ausgangspunkt für die Berechnung der Versicherungsleistung deren Schätzung vom 8. Juli 1999 sei, in welche der Kaufpreis des Busses nicht eingeflossen sei (act. 1 S. 8). Nach Ansicht der Beklagten ist ein Experte geneigt, den Wert eines Fahrzeuges höher einzuschätzen, wenn ihm vorgegeben wird, dieses sei kurz zuvor für einen höheren Wert als üblich gehandelt worden. Die falsche Kaufpreisangabe dürfe daher nicht einfach übergangen werden (act. 9 S. 9).

a) Die Parteien sind sich somit uneinig, ob die Klägerin als Anspruchsberechtigte ein Faktum (den Kaufpreis) unrichtig dargestellt habe und ob dieses Faktum überhaupt geeignet gewesen sei, die Leistungspflicht der Beklagten zu beeinflus-

sen. Der Beklagten wurde daher mit Beweisaufgabebeschluss vom 2. Februar 2004 der Hauptbeweis dafür auferlegt, "dass nicht richtig ist, dass die Klägerin den Autobus Kässbohrer Setra S 215 HD, TG XXX, im Jahr 1997 für ITL 170 Mio. erworben hat" (act. 32 S. 3, Beweissatz 4a), sowie "dass die Höhe des Kaufpreises (ITL 170 Mio. [ca. CHF 145'000.00] im Jahr 1997 für einen Autobus Kässbohrer Setra S 215 HD, 1. Inverkehrsetzung 1979, Neuwert CHF 325'000.00) dazu geeignet ist, die Bewertung des Wiederbeschaffungswerts (valore venale) per 24. Oktober 2000 nach den Normen und Tabellen des VFFS zu beeinflussen" (act. 32 S. 3, Beweissatz 4b).

b) Auf Antrag der Parteien wurde zu Beweissatz 4b ein gerichtliches Gutachten eingeholt (act. 39 S. 9).

Der Gutachter hat sich zu dieser Frage (in seinem Fragekatalog Frage 3) wie folgt geäußert (act. 58 S. 6): "[3.1] Der geltend gemachte Kaufpreis beeinflusst die Festlegung des Zeitwertes für die Einschätzung einer Versicherung nur am Rande. [3.2] Die Berechnung basiert auf dem Neupreis und wird unter Berücksichtigung der gefahrenen Kilometer und der effektiven Laufleistung kalkuliert. Der Zustand und die Marktlage werden diesbezüglich berücksichtigt. [3.3] Der effektiv bezahlte Kaufpreis darf den Zeitwert nicht direkt beeinflussen, ausser es lägen entsprechende Investitionsbelege vor. Dieser wird jedoch im Falle eines Schadenereignisses, Totalschaden, dann berücksichtigt, indem die Entschädigung in keinem Fall höher sein kann als der effektiv bezahlte Kaufpreis. [3.4] Im vorliegenden Fall erachte ich den geltend gemachten Kaufpreis als nicht nachvollziehbar. Diesbezüglich verweise ich auf die Marktangebote laut Internet. Diese beziehen sich mehrheitlich auf den Eurobereich und liegen zum Teil für wesentlich neuere Fahrzeuge mit weniger Kilometer unter dem geltend gemachten Zeitwert des besagten Fahrzeuges. Auszug aus dem Internet: truckscout24.de vom 27.01.2005, laut Anhang."

Die Klägerin äusserte sich in ihrer Stellungnahme zum Gutachten zu diesem Punkt nicht ausdrücklich (vgl. act. 63 Ziff. 4), während die Beklagte anführte, die Angabe über den Ankaufspreis, welche für den Experten nicht nachvollziehbar sei, werde von diesem zwar sinngemäss als sekundär, aber insofern gleichwohl

als relevant betrachtet, als der angegebene Ankaufspreis die obere Limite für eine Entschädigung darstelle (act. 61 S. 2).

c) In Übereinstimmung mit den Parteien bestehen aus der Sicht des Gerichts keinerlei Gründe, an der Richtigkeit der Ausführungen des Gutachters zu zweifeln. Nach dessen überzeugenden Feststellungen und Folgerungen war die Höhe des Kaufpreises somit grundsätzlich nicht geeignet, die Bewertung des Wiederbeschaffungswerts (valore venale) per 24. Oktober 2000 zu beeinflussen.

d) Da der Kaufpreis nur im Sinne einer obersten Zahlungslimite relevant ist, nämlich nur insoweit ihn die Schätzung des Wiederbeschaffungswertes übersteigt, was vorliegend nicht der Fall ist, kann dahingestellt bleiben, ob die Klägerin den behaupteten Preis bezahlt bzw. ob die Beklagte den Beweis zu Beweissatz 4a erbracht hat.

4. Die Beklagte wirft der Klägerin sodann vor, sie habe die Fahrleistung des Busses unrichtig, nämlich um eine Million zu niedrig, angegeben, was sich auf die Bewertung des Schadenfahrzeugs ausgewirkt habe (act. 9 S. 12). Die Klägerin bestreitet nicht, der Beklagten eine Kilometerzahl genannt zu haben, die eine Million unter der effektiven Laufleistung des Fahrzeugs gelegen habe; dies, weil der Kilometerzähler des Busses nur über sechs Stellen verfügt und daher nach einer Million Kilometer wieder bei Null zu zählen begonnen habe, weshalb der Kilometerzähler ab diesem Zeitpunkt eine Million weniger als die tatsächlich gefahrenen Kilometer angezeigt habe. Ihre Angaben hätten den Stand des Kilometerzählers korrekt wiedergegeben und seien nicht in Täuschungsabsicht erfolgt (act. 1 S. 5 ff.); soweit die Beklagte von einer falschen Annahme über den Kilometerstand ausgegangen sei, handle es sich um ein blosses Missverständnis (act. 19 S. 17). Die Beklagte bestreitet die tatsächliche Grundlage der klägerischen Darstellung — die Stellenzahl des Kilometerzählers — nicht, wertet aber das klägerische Verhalten nicht als Versehen, sondern als betrügerische Anspruchsbegründung (act. 25 S. 7 ff.). Die Klägerin hält der Beklagten entgegen, dass die vor einer (zu Beginn der 90er-Jahre erfolgten) Totalerneuerung gefahrenen Kilometer wegen des tadellosen Zustands des Autobusses infolge ständiger Investitionen in dessen Unterhalt von keinem oder einem vernachlässigbaren Einfluss auf die Bewertung

gewesen seien (act. 19 S. 4 und 9), was die Beklagte wiederum bestreitet (act. 25 S. 7).

5. Der letztgenannte Streitpunkt beschlägt die Frage, ob allfällige in Täuschungsabsicht gelieferte Falschinformationen überhaupt geeignet waren, die Leistungspflicht des Versicherers zu Gunsten des Anspruchsberechtigten zu beeinflussen. Ist dies der Fall, wird im Weiteren zu prüfen sein, ob eine solche Falschinformation vorliegt (dazu nachfolgend Ziff. 6).

a) Der gerichtlich bestellte Experte hat die Frage, ob die Angabe über die Fahrleistung (760'000 km statt 1'760'000 km) dazu geeignet gewesen sei, die Bewertung des Wiederbeschaffungswerts nach den massgeblichen Normen und Tabellen des Verbandes der freiberuflichen Fahrzeugsachverständigen (VFFS) zu beeinflussen, wie folgt beantwortet: "Die Angabe der abgelesenen Kilometer gegenüber den effektiv gefahrenen Kilometern bewirkt somit eine Erhöhung des Zeitwertes und beeinflusst diesen somit positiv. Diese Frage kann somit mit 'Ja' beantwortet werden" (act. 58 S. 5). Begründet wird dies vom Experten unter anderem damit, dass die um eine Million zu tiefe Deklaration des Kilometerstands "den Zeitwert bezüglich Zustand, Abnutzung und vor allem die Marktlage positiv" beeinflusse (act. 58 S. 4 f.). Dies habe den Fahrzeugexperten der Beklagten veranlasst, "eine Aufwertung bezüglich Zustand" zu tätigen (act. 58 S. 5). Aus der (hiernicht massgeblichen) Fahrzeugbewertung vom 8. Juli 1999 (act. 4/10) ergibt sich denn auch, dass die darin vorgenommenen "Wertanpassungen" für Zustand und Marktlage (CHF 29'250.—) nicht nur erheblich waren, sondern gar den Basiswert (CHF 22'750.—) überstiegen.

b) Das überzeugend begründete Fazit des Experten ist unzweideutig ausgefallen und wurde denn auch von den Parteien zustimmend zur Kenntnis genommen resp. akzeptiert (act. 61 S. 2; act. 63 Ziff. 1 i.V.m. Ziff. 4 a und b). Es kann mithin als erwiesen gelten, dass die von der Klägerin gelieferten Informationen bezüglich Kilometerzahl geeignet waren, die Leistungspflicht der Beklagten zu Gunsten der Klägerin zu beeinflussen.

6. Damit bleibt zu prüfen, ob die Klägerin mit Täuschungsabsicht gehandelt hat. Nach bestrittener Darstellung der Beklagten (act. 9 S. 7 f. Ziff. 6; act. 25 S. 10 Ziff. 7; act. 19 S. 8 ff. zu Ziff. 6) hat die Klägerin die Kilometerzahl mehrfach wesentlich um eine Million zu tief angegeben, so im Sommer 1999 durch R (nachfolgend lit. a), durch ihren Chauffeur F anlässlich der Befragung vom 16. März 2001 (nachfolgend lit. b) sowie durch die schriftliche Bestätigung von V vom 19. März 2001 (nachfolgend lit. c).

a) Die Beklagte macht geltend, bei der Bewertung vom 8. Juli 1999 (act. 4/10) habe ihr Experte F am angegebenen Kilometerstand von 561'000 km gezweifelt. R (die Klägerin schreibt R, act. 9 S. 11), ein Mitarbeiter der Klägerin, habe auf Nachfrage des beklagten Experten jedoch bestätigt, dass dieser Kilometerstand richtig sei, was er damit begründet habe, dass der Bus wenig eingesetzt werde (act. 9 S. 7). Diese falsche Angabe habe sich auf die damalige Bewertung ausgewirkt (act. 25 S. 7).

Die von der Beklagten behaupteten Falschangaben von R wurden im Juli 1999 und damit nach Abschluss des Versicherungsvertrags vom 8. Oktober 1998 gemacht. Damit hat der Versicherte nicht gemäss Art. 6 VVG "beim Abschluss der Versicherung" eine allfällige Anzeigepflicht verletzt, und die Rücktrittserklärung der Beklagten vom 4. Mai 2001 (act. 4/4) wurde denn auch nicht mit einer solchen Anzeigepflichtverletzung begründet, wie dies für einen allfälligen Rücktritt des Versicherers gemäss Art. 6 VVG verlangt wäre (VVG-Nef, Art. 6 VVG N 16 mit zahlreichen Hinweisen). Die Möglichkeit eines Vertragsrücktritts nach Art. 6 VVG entfällt demnach.

Die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG indes beschränkt sich auf Angaben, die nach dem behaupteten Schadensfall gemacht werden (Carré, LCA annotée, Lausanne 2000, S. 296), handelt es sich dabei doch um einen (qualifizierten) Verstoss des Anspruchsberechtigten nach Eintritt des befürchteten Ereignisses, was sich schon aus der gesetzlichen Systematik ergibt (Art. 38 ff. VVG, im Gegensatz zur Anzeigepflichtverletzung bei Abschluss des Vertrages, Art. 4 ff. VVG). Die Beklagte behauptet zudem selbst nicht, dass die Bewertung vom 8. Juli 1999 für die Schadensberechnung massgebend gewesen sei. Die entsprechenden Angaben

der Klägerin waren somit nicht geeignet, die Höhe der Entschädigung zu beeinflussen. Eine allfällige Falschangabe von R ist deshalb für die Entscheidung des vorliegenden Streits ohne Bedeutung. Funktion und Kenntnisstand von R (act. 19 S. 11 und act. 25 S. 9) können somit offen bleiben.

b) Die Beklagte macht geltend, dem Chauffeur der Klägerin, F, sei bewusst gewesen, dass zwischen Kilometerstand und Laufleistung eine Differenz bestehen könnte. Indem F bei der Besprechung vom 16. März 2001 auf die dahingehende explizite Frage ohne Zögern bestätigt habe, dass beide übereinstimmten, habe er deshalb zumindest in Kauf genommen, eine falsche Angabe zu machen (act. 25 S. 10 m.H. auf act. 10/9). Ob damit in rechtsgenügender Weise behauptet wird, F sei sich dabei der Unrichtigkeit der erteilten Auskunft bewusst gewesen — was für die Anwendbarkeit von Art. 40 VVG notwendige Voraussetzung wäre (Carré, S. 298; Bundesgerichtsurteil vom 12. Juni 2002, 5C.99/2002, E.3.1) —, kann vorliegend offen bleiben, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

c) Die Beklagte macht weiter geltend, V, Geschäftsführer der Klägerin, der die Bestätigung über die Kilometerzahl vom 19. März 2001 unterzeichnete, habe die Vorgeschichte des ReiseCars gekannt; V könne sich auch nicht auf einen Irrtum über den Begriff des Kilometerstandes berufen (act. 25 S. 10 f. m.H. auf act. 4/5). In Anbetracht der Umstände könne kein Zweifel darüber bestehen, dass die klägerische Angabe über die gefahrenen Kilometer des Cars wissentlich falsch gewesen sei (act. 25 S. 11). Die Klägerin bestreitet nicht, dass V die tatsächliche Laufleistung und die Differenz zum Kilometerstand bekannt waren. Sie macht aber geltend, die von V unterzeichnete Bestätigung sei von der Beklagten formuliert worden (act. 19 S. 13); dieser habe keine Ahnung gehabt, dass streitig sein könnte, ob die tatsächliche Fahrleistung dem Kilometerstand entspreche. Wäre diese Frage aufgeworfen worden, hätte die Klägerin ohne weiteres darauf hingewiesen, doch sei das nie diskutiert worden, vielmehr sei immer nur nach den seit der Bewertung vom 8. Juli 1999 gefahrenen Kilometern gefragt worden (act. 19 S. 14).

Da bei Zutreffen der beklaglichen Darstellung eine Täuschungsabsicht zu bejahen ist, wurde der Beklagten der Hauptbeweis auferlegt, dass V, als er am 19. März 2001 schriftlich bestätigte "che i km originali dell'autobus in oggetto al momento del sinistro erano 760'000," sich bewusst war, a) dass er nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern und nicht nach dem Stand des Kilometerzählers gefragt wurde und b) dass die Anzahl der tatsächlich gefahrenen Kilometer eine Million höher als der Stand des Kilometerzählers war (act. 32 S. 2, Beweissatz 3).

aa) Zu Beweissatz 3b — ob sich V am 19. März 2001 bewusst war, dass die Anzahl der tatsächlich gefahrenen Kilometer eine Million höher war als der Stand des Kilometerzählers — hat V in der persönlichen Befragung auf die Frage: "Haben Sie gewusst, dass die Tachozahl nicht stimmt, weil es dort sechs Stellen hat und für eine Millionenzahl offenbar nicht reicht?" geantwortet: "Ja, das wusste ich." (Prot. S. 41). Zur Präzisierung aufgefordert, fügte er bei, der Bus sei ja von 1980, da sei es selbstverständlich, dass dieser viel mehr Kilometer als angegeben [zurückgelegt] habe, doch sei er nicht nach den effektiven Kilometern gefragt worden (Prot. S. 41). Auf nochmalige Frage, ob ihm klar gewesen sei, dass der Bus mehr Kilometer gefahren sein musste, als die Zahl auf dem Zähler, sagte er erneut, gewusst zu haben, dass der Bus sicherlich mehr Kilometer zurückgelegt habe; das sei indes eine Nebensache, es zähle auch das Aussehen etc. (Prot. S. 43). Der Zeuge M wurde zu diesem Beweissatz nicht befragt; die diesbezügliche Aussage von V entspricht indes dem Standpunkt der Beklagten, wonach dieser die Vorgeschichte des Cars gekannt habe und sich auch nicht auf einen Irrtum über den Begriff des Kilometerstands berufen könne (act. 25 S. 10 f.). Es ist demnach davon auszugehen, dass V, als er am 19. März 2001 schriftlich bestätigte, "che i km originali dell'autobus in oggetto al momento del sinistro erano 760'000," sich bewusst war, dass die Anzahl der tatsächlich gefahrenen Kilometer eine Million höher als der Stand des Kilometerzählers war.

bb) Beweissatz 3a — ob V, als er am 19. März 2001 bestätigte, "che i km originali dell'autobus in oggetto al momento del sinistro erano 760'000", sich

bewusst war, dass er nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern und nicht nach dem Stand des Kilometerzählers gefragt wurde — beschlägt auch und vorab den Einwand der Klägerin, die Beklagte habe sie nie nach der tatsächlichen Fahrleistung des Busses gefragt (act. 19 S. 12 f.), denn ein entsprechendes Unrechtsbewusstsein fällt vorab schon dann ausser Betracht, wenn V (wie geltend gemacht) gar nicht nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern (d.h. der Kilometerlaufleistung) gefragt wurde. Falls V nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern gefragt wurde, so kann das Unrechtsbewusstsein fehlen, falls sich im Weiteren ergibt, dass V die Frage nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern nicht richtig verstanden hatte, mithin also die auf diese Frage unzutreffende Angabe ohne Unrechtsbewusstsein gemacht hätte.

Zur Frage, ob V von der Beklagten nach der Kilometerlaufleistung oder nach dem Stand des Kilometerzählers gefragt wurde, ist vorab festzuhalten, dass die diesbezüglichen Behauptungen der Klägerin widersprüchlich sind: Einerseits bringt die Klägerin vor, die Beklagte habe lediglich nach den seit der Schätzung durch die Y Versicherung (vom 8. Juli 1999, act. 4/10 [Anmerkung hinzugefügt]) gefahrenen Kilometern gefragt, weshalb V geglaubt habe, es gehe nur darum festzuhalten, wie viele Kilometer das Fahrzeug seit der Schätzung durch die Y zurückgelegt habe; es sei immer um die seit der Schätzung gefahrenen Kilometer gegangen (act. 19 S. 13 f.). Andererseits macht die Klägerin geltend, bei den angegebenen 760'000 km habe es sich um den Kilometerstand des Busses im Moment des Unglücks gehandelt, wobei für die Laufleistung genau eine Million Kilometer dazuzuzählen gewesen wären, was der Beklagten bekannt gewesen sei (act. 1 S. 5, S. 7). Indes bestreitet die Klägerin nicht, dass die Beklagte mit Schreiben vom 7. März 2001 darum gebeten hat, die "genaue und verbindliche Kilometer-Laufleistung" des Busses am Schadentag mitzuteilen (act. 26/1), womit in diesem Schreiben klarerweise nicht nach dem Tacho-Stand gefragt wurde.

aaa) Der Zeuge M gab zur Frage, ob V nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern oder dem Stand des Kilometerzählers gefragt wurde, zu Protokoll, im Anschluss an sein Schreiben vom 7. März 2001 (act. 26/1) — in wel-

chem wie erwähnt unstrittig nach der Kilometerlaufleistung gefragt wurde — habe der Chauffeur der Klägerin in der Befragung vom 16. März 2001 einen Kilometerstand von rund 800'000 oder 700'000 km angegeben, und diese Kilometerzahl sei vom Geschäftsführer der Klägerin [V, Anm. hinzugefügt] sodann schriftlich bestätigt worden (Prot. S. 72). M bejahte sodann, mit V

vor dessen schriftlicher Bestätigung des Kilometerstands telefoniert zu haben, wobei Thema des Gesprächs die Kilometerlaufleistung des Reisechars gewesen sei (Prot. S. 73). An den genauen Wortlaut des Gesprächs konnte sich der Zeuge nicht mehr erinnern, doch habe er um eine schriftliche Bestätigung der im Verlauf des Gesprächs mündlich gemachten Aussagen gebeten; dass er dabei einen Wortlaut diktiert haben könnte, schloss er aus (Prot. S. 75 ff.).

bbb) Diese Aussagen unterliegen der freien Beweiswürdigung (§ 148 ZPO). Bei der Würdigung von Aussagen ist dabei zu unterscheiden zwischen allgemeiner Glaubwürdigkeit der Aussageperson und der Glaubhaftigkeit der konkreten Aussagen. Die Glaubwürdigkeit ist nebst der Persönlichkeit insbesondere anhand der Motivationslage der Auskunftsperson zu beurteilen, während sich die Glaubhaftigkeit einer Aussage nach deren Inhalt bestimmt (Zweidler, Die Würdigung von Aussagen, ZBJV 132 [1996] S. 106 ff., 115 ff.).

Zur allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen M bleibt festzuhalten, dass dessen Persönlichkeit zu keinen besonderen Ausführungen Anlass gibt. Der Zeuge ist als Schadenssachbearbeiter bei der Beklagten angestellt und war mit der Abwicklung des vorliegend zu beurteilenden Schadensfalls beauftragt; am Ausgang des Verfahrens hat er weder ein direktes noch ein indirektes finanzielles Interesse. Anlässlich seiner Einvernahme wollte der Zeuge seine Privatadresse nicht bekannt geben, womit die Klägerin einverstanden war (Prot. S. 69). Was den Zeugen hierzu veranlasst haben mochte, braucht an dieser Stelle nicht geklärt zu werden. Der Zeuge wird dadurch jedenfalls nicht zum anonymen Zeugen (zu diesem Bender/Nack, Tatsachenfeststellung vor Gericht, 2. A., München 1995, Band II, N 917 ff.), und es ist in dieser Vorsichtsmassnahme keine Einschränkung seiner Glaubwürdigkeit zu erblicken.

M hat im Wesentlichen ohne Strukturbrüche oder innere Widersprüche ausgesagt. Dass sich der Zeuge an den genauen Wortlaut eines vor mehr als dreieinhalb Jahren geführten Telefongesprächs nicht mehr erinnern konnte, vermag der Glaubhaftigkeit seiner Aussagen nicht zu schaden. Wie soeben erwähnt wurde seitens der Beklagten jedenfalls in schriftlicher Form stets nach der Kilometerlaufleistung gefragt. In der Befragung vom 16. März 2001 (über welche V im Bilde war, vgl. Prot. S. 46) geschah dies mit der sehr expliziten Frage, ob der Kilometerstand auch der bereits gemachten Laufleistung entsprochen habe (act. 10/9 S. 8). Daraus erhellt, dass die Beklagte, handelnd durch M, diesbezüglich sehr bewusst formulierte, was eine unbewusst abweichende telefonische Fragestellung als sehr unwahrscheinlich erscheinen lässt. Da (wie gesehen; vgl. oben Ziff. 5, zu Beweissatz 2) die effektiv gefahrenen Kilometer (d.h. die Kilometerlaufleistung) durchaus geeignet waren, die Festsetzung des Wiederbeschaffungswerts und damit die Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen, ist es zudem naheliegend, dass die Versicherung (handelnd durch M) die Kilometerlaufleistung in Erfahrung bringen wollte. Aus diesen Gründen erscheint auch die Behauptung, es sei bei dem Gespräch um die Kilometerlaufleistung gegangen, als erstellt.

ccc) V konnte als Gesellschafter der Klägerin nicht Zeuge sein, sondern war gemäss § 151 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 149 ZPO persönlich zu befragen. In Bezug auf Beweissatz 3a hat V in der persönlichen Befragung keine Zugeständnisse gemacht, während nach § 149 Abs. 3 ZPO Aussagen, welche zugunsten der befragten Partei lauten, keinen Beweis bilden. Indes kann das Gericht eine Partei zur Beweisaussage über bestimmte Beweissätze anhalten, wenn dies nach dem Ergebnis der persönlichen Befragung und des übrigen Beweisverfahrens geboten scheint (§ 150 Abs. 1 ZPO). Dem Institut der Beweisaussage würde es dabei widersprechen, die Beweisaussage einer Partei anzuordnen, welche im vornherein als unglaubwürdig erscheint bzw. von zwei Parteien jene auszuwählen, welche aufgrund der bereits vorliegenden Akten die Wahrscheinlichkeit gegen sich hat (Frank/Sträuli/Messmer, § 150 ZPO N 3b). Im Hinblick darauf sind die Aussagen von V im Folgenden zu würdigen.

V hat auf die Fragen, wie viele Kilometer der Bus im Zeitpunkt des Brandes gefahren war und — weil er aussagte, sich nicht an das Schreiben vom 7. März 2001 (act. 26/1) erinnern zu können — auf die dann gestellte Frage nach der Kilometer-Laufleistung antworten würde, äusserst ausweichend geantwortet (Prot. S. 37 f.). Wenig überzeugend ist dabei, wenn er erklärte, er könne die Frage nach den gefahrenen Kilometern nicht genau beantworten, da er das Fahrzeug als Occasion gekauft habe und folglich nicht wissen könne, wie viele Kilometer dieses vorher schon zurückgelegt habe (Prot. S. 37). V gestand nämlich im weiteren Verlauf der Befragung nicht nur ein, dass ihn als Käufer beim Kauf eines Fahrzeugs sehr wohl interessiere, wie viele Kilometer dieses bereits zurückgelegt habe, und dass er bei diesem Bus gewusst habe, dass dieser "Kilometer zurückgelegt hatte" (Prot. S. 49), sondern gab zu, gewusst zu haben, dass die Tachozahl nicht stimmte, weil diese nur sechsstellig war und daher für die Wiedergabe einer Millionenzahl nicht ausreichte (oben, lit. aa zu Beweissatz 3b). Sodann wiederholte V mehrmals, telefonisch nach dem Tachostand gefragt worden zu sein und nicht etwa nach den effektiv gefahrenen Kilometern, wobei er erst auf zweimalige dahingehende Frage durch seinen Rechtsvertreter in Übereinstimmung mit der klägerischen Parteibehauptung (act. 19 S. 13) die Aussage machte, der Text seines Schreibens vom 19. März 2001 (act. 4/5) sei ihm von VM vorgegeben worden, indem dieser ihm telefonisch mitgeteilt habe, was er zu schreiben habe (Prot. S. 43 f.). Inhaltlich erscheint zudem nicht plausibel, dass VM anlässlich des Telefongesprächs nach dem Tachostand gefragt haben soll, während ansonsten — insbesondere im Brief vom 7. März 2001 (act. 26/1) sowie in der Befragung von F vom 16. März 2001 (act. 10/9 S. 8) — stets nach der Laufleistung bzw. den effektiv zurückgelegten Kilometern gefragt worden war. Im Weiteren hat V unstrittig erklärt, bei der von ihm gelieferten Zahl von 760'000 km habe es sich um "i km originali", also um die Kilometerlaufleistung, gehandelt (act. 4/5), was inhaltlich ebenso unstrittig falsch war. Die Klägerin wie auch V versuchen dies damit zu erklären, dass diese Bestätigung von VM formuliert worden sei. In diesem Fall liesse sich indes die Erklärung mit der angeblichen Frage nach dem Tacho-Stand nicht in Einklang bringen.

Das Aussageverhalten von V erscheint damit insgesamt als sehr wenig glaubhaft. Die Anordnung einer Beweisaussage gemäss § 150 ZPO fällt daher von vorneherein ausser Betracht.

ddd) Nach dem bisher Ausgeführten erscheint im Weiteren sehr unglaubhaft, dass V die Frage nach den effektiv gefahrenen Kilometern (d.h. der Kilometerlaufleistung) falsch verstanden hat; seine Bestätigung lautet auf die Kilometerlaufleistung ("km originali") und lässt sich damit nicht mit einer fälschlicherweise so aufgefassten Frage nach dem Tachometerstand in Einklang bringen. Da die Kilometerlaufleistung in jenem Zeitpunkt unstrittig um eine Million höher lag, ist die Bestätigung wie bereits erwähnt inhaltlich falsch; dass dies V durchaus bewusst war, ergibt sich nicht zuletzt auch aus der persönlichen Befragung, wonach er wusste, dass die Kilometerlaufleistung um eine Million höher lag als der Tachostand von ca. 760'000 km (vgl. oben, lit. aa zu Beweissatz 3b); die Klägerin hat überdies auch nie behauptet, V habe die Differenz zwischen Tachostand und Kilometerlaufleistung (d.h. die "km originali" gemäss act. 4/5) nicht gekannt. Dass die Bestätigung von der Beklagten formuliert worden sein soll, ist nicht glaubhaft (vgl. oben lit. ccc). Nachdem sich V der inhaltlichen Unrichtigkeit der Erklärung bewusst sein musste, würde indes der Klägerin selbst diese unglaubhafte Hypothese nicht weiterhelfen, wäre es doch auch diesfalls nicht angängig gewesen, ohne den geringsten Widerspruch eine inhaltlich falsche Bestätigung zu unterschreiben.

eee) Zusammenfassend ist damit aufgrund der glaubhaften Aussagen des Zeugen M sowie aufgrund des Briefes vom 7. März 2001 (act. 26/1) erstellt, dass V, als er am 19. März 2001 schriftlich bestätigte, "che i km originali dell'autobus in oggetto al momento del sinistro erano 760000", sich bewusst war, nach den tatsächlich gefahrenen Kilometern und nicht nach dem Stand des Kilometerzählers gefragt worden zu sein. Die Beklagte hat mithin auch den ihr obliegenden Hauptbeweis 3a erbracht. Im vorliegenden Fall ist so dann aus der schriftlichen, bewusst unrichtigen Darstellung dieser erheblichen Tatsache auf das Vorliegen der Täuschungsabsicht der Klägerin zu schliessen

(vgl. VVG-Nef, Art. 40 VVG N 62, N 64), wobei auch der soeben ausführlich geschilderte Kontext ein klares dahingehendes Indiz bildet.

d) Die Klägerin, handelnd durch V, hat damit Fakten in Täuschungsabsicht unrichtig dargestellt. Nicht stichhaltig ist die Argumentation der Klägerin, die Beklagte bzw. deren Experte hätte als Ersteller der Schätzung vom 8. Juli 1999 (act. 4/10) aufgrund des Alters des Busses wissen können bzw. müssen, dass der angezeigte Kilometerstand nicht die Laufleistung wiedergeben könne (vgl. act. 19 S. 10). Der Umstand, dass der Versicherer den wahren Sachverhalt im Augenblick der Täuschungshandlung kannte oder hätte kennen müssen, vermag an der verpönten und für sich schon ausreichenden Täuschungsabsicht (ein Täuschungserfolg ist ja gerade nicht verlangt, vgl. oben, Ziff. 2) ohnehin nichts zu ändern (VVG-Nef, Art. 40 VVG N 17 a.E.; Roelli/Keller, S. 583; Gabus, HAVE 2003, S. 38 m.H. auf ein *obiter dictum* im Bundesgerichtsurteil vom 12. Juni 2002, 5C.99/2002 E.3.4).

7. Indem der Geschäftsführer der Klägerin, V, am 19. März 2001 der Beklagten schriftlich bestätigte, "che i km originali dell'autobus in oggetto al momento del sinistro erano 760'000", hat die Klägerin als Anspruchsberechtigte in Täuschungsabsicht Fakten unrichtig dargestellt, welche geeignet waren, die Leistungspflicht des Versicherers im Interesse der Anspruchsberechtigten zu beeinflussen. Damit sind die Voraussetzungen für einen Vertragsrücktritt des Versicherers erfüllt (vgl. oben, Ziff. 2). Die Beklagte konnte aus diesem Grund gemäss Art. 40 VVG gültig vom Vertrag zurücktreten.

8. Der Rücktritt wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG lässt den Vertrag dahinfallen. Der Versicherer ist im Falle des Rücktritts nach Art. 40 VVG "an den Vertrag nicht gebunden", was soweit ersichtlich unbestrittenermassen bedeutet, dass kein Versicherungsanspruch besteht für das Schadenereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchsberechtigte einer Täuschung schuldig machte (VVG-Nef, Art. 40 VVG N 53; Maurer, S. 234 Fn 499a). Die Klage auf Auszahlung der Versicherungsleistung infolge des Fahrzeugbrandes vom 24. Oktober 2000 ist daher vollumfänglich abzuweisen.

V. Widerklage

1 Die Beklagte trat mit Schreiben vom 4. Mai 2001 (act. 4/4) vom Vertrag zurück und verlangte von der Klägerin die Bezahlung von CHF 24'823.90 für nach dem Schadensfall erbrachte Versicherungsleistungen sowie Aufwendungen und Auslagen im Zusammenhang mit dem Fahrzeugbrand vom 24. Oktober 2000, abzüglich einer Gegenforderung der Klägerin auf Rückzahlung der Prämie für das erste Semester 2001. Diese Forderungen macht die Beklagte mit ihrer Widerklage vom 11. März 2002 geltend (act. 9 S. 13 ff.). Die Klägerin bestreitet die Widerklage im Einzelnen (dazu nachfolgend Ziff. 4) und bringt insbesondere vor, die Forderung sei bei Erhebung der Widerklage am 11. März 2002 nach der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 67 OR bereits verjährt gewesen (act. 22 S. 3 ff.).

2.a) Der Rücktritt nach Art. 40 VVG lässt den Vertrag dahinfallen, wobei (wie vorstehend unter IV.8. ausgeführt) kein Versicherungsanspruch besteht für das Schadenereignis, bezüglich dessen sich der Anspruchsberechtigte einer Täuschung schuldig machte. Die Unverbindlichkeit des Vertrags tritt daher rückwirkend auf den Zeitpunkt des Schadenereignisses ein (VVG-Nef, Art. 40 VVG N 53; Maurer, S. 234 Fn 499a; Gabus, HAVE 2003, S. 40 f.) und nicht erst im (späteren) Zeitpunkt der betrügerischen Anspruchsbegründung (so Roelli/Keller, S. 586; Carré, S. 299 [rechte Spalte]). In Literatur und Rechtsprechung wird in diesem Zusammenhang bisweilen betont, darin liege ein Unterschied zur obligationenrechtlichen Unverbindlichkeit eines Vertrages wegen Willensmängeln, welche auf den Vertragsschluss zurückwirken (Carré, S. 299 [rechte Spalte]; Koenig, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1967, 90f.; BGE 131 III 317; SVA XIV Nr. 95 S. 456), doch wird dabei übersehen, dass es sich bei Versicherungsverträgen regelmässig nicht um einfache Schuldverträge, sondern um Dauerverträge handelt. Bei solchen wirkt auch eine obligationenrechtliche Unverbindlichkeit nach teilweiser Abwicklung gemäss heute herrschender Lehre und Praxis schon aus praktischen Gründen nicht *ab initio*, sondern wird als Kündigung *ex nunc* behandelt (BGE 129 III 320 ff., E. 7; Hartmann, Die Rückabwicklung von Schuldverträgen, Zürich 2005, N 66 ff.; vgl. auch Gauch/Schluep/Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 8. A., Zürich 2003, N 942 ff.).

Das Bundesgericht bringt zur Nichtrückwirkung der Unverbindlichkeit bei Dauerverträgen indes einen Vorbehalt an für den Fall, dass sich der Willensmangel im Synallagma selbst auswirkte, d.h. für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war. Hier vermöge die Anfechtung bei Dauerverträgen insoweit zurückzuwirken, als die gegenseitigen Leistungen in gerichtlicher Vertragsanpassung neu zu bewerten und bei gegebener Kausalität des Irrtums auf ihr Gleichgewicht nach dem Regelungsgedanken von Art. 20 Abs. 2 OR zu modifizieren seien (BGE 129 III 329 f., E. 7.1.4). Ein solcher Fall besteht in der hier gegebenen Konstellation eines Vertragsrücktritts wegen betrügerischer Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 VVG: Die Täuschung des Versicherers über die Kilometerlaufleistung des ausgebrannten Fahrzeuges war wie gesehen (oben, IV.5.) geeignet, das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht zu beeinflussen. Die Anfechtung muss daher folgerichtig und in Übereinstimmung mit der ratio legis von Art. 40 VVG zurückwirken bis zum Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsfall mit der vermeintlichen Leistungspflicht bzw. der Leistungspflicht in der vermeintlichen Höhe eingetreten ist, andernfalls würde das behauptete Schadenereignis, bezüglich dessen sich der Versicherungsnehmer einer Täuschung schuldig machte, in die Vertragsdauer des Versicherungsvertrags fallen.

b) Damit ist indessen noch nicht gesagt, was die Auswirkungen des Rücktritts gemäss Art. 40 VVG sind und insbesondere, welcher Art die Ansprüche sind, die dieser Rücktritt nach sich zieht. Dieser Frage nachzugehen, besteht vorliegend Anlass, da die Klägerin die Einrede der Verjährung erhoben hat (act. 22 S. 3 ff.), welche von der Natur der Rückforderungsansprüche abhängt.

aa) Soweit die Lehre die Frage der Wirkungen des versicherungsrechtlichen Rücktritts thematisiert, wird im Allgemeinen davon ausgegangen, der Rücktritt nach Art. 40 VVG lasse den Versicherungsvertrag rückwirkend dahinfallen (dazu oben, lit. a) und führe, falls der Versicherer bereits eine Entschädigungszahlung geleistet hat, zu bereicherungsrechtlichen Rückforderungsansprüchen, da die entsprechende Leistung ohne Grund oder aus einem nachträglich weggefallenen Grund erbracht worden sei (VVG-Nef, Art. 40 VVG N 55 m.w.H.; Roelli/Keller,

S. 587 m.w.H.; Koenig, S. 91; Carré, S. 299 [rechte Spalte]; Maurer, S. 232 f., insb. Fn 497). Auch das Bundesgericht hat sich kürzlich in diesem Sinne geäußert, ohne sich allerdings mit der Frage inhaltlich auseinander zu setzen (Urteil 5C.245/2004 vom 11. März 2004, in BGE 131 III 314 ff. nicht veröffentlichte Erwägung 1). Vereinzelt wird demgegenüber vertreten, dieser Rückforderungsanspruch sei vertraglicher Natur (Keller, Die ausserordentliche Auflösung des Versicherungsvertrages, Freiburg 1983, N 19 ff.; SVA XVIII Nr. 4 S. 15 [ohne inhaltliche Auseinandersetzung]).

bb) Die herrschende Meinung, nach welcher der versicherungsrechtliche Rücktritt gegebenenfalls bereicherungsrechtliche Rückforderungsansprüche nach sich zieht, stützt sich auf allgemeine obligationenrechtliche Grundsätze, wonach der Rücktritt (gemäss Art. 109 OR) das bestehende Vertragsverhältnis ex tunc beseitigt mit der Folge, dass bereits erbrachte Leistungen nach OR 62 zurückerstattet werden müssen (Gauch/Schluop/Schmid, N 1567 ff.). Diese herkömmliche Auffassung zu Art. 109 OR gilt heute als überholt (vgl. BSK OR-1 Wiegand, Art. 109 OR N 4; Gauch/Schluop/Schmid, N 1570 ff.; Weber, Kommentar zu Art. 97 — Art. 109 OR, Bern 2000, Art. 109 OR N 39 ff., je mit zahlreichen Hinweisen) und wurde auch vom Bundesgericht zu Gunsten eines vertraglichen Rückabwicklungsverhältnisses aufgegeben (BGE 114 11 152 ff., bestätigt in BGE 123 III 22 E. 4b; 126 111122).

Die Regelung von Art. 109 OR findet ihr versicherungsrechtliches Pendant indes primär im Rücktritt des Versicherers wegen Zahlungsverzugs (Art. 20 f. VVG), während der Rücktritt infolge betrügerischer Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 VVG seiner Natur nach näher beim Rücktritt wegen Willensmängeln, insb. der absichtlichen Täuschung, gemäss Art. 31 OR liegt. Die Rechtsfolgen des Rücktritts gemäss Art. 31 OR bestehen — ob nun der Anfechtungs- oder der Ungültigkeitstheorie gefolgt wird — nach herrschender Meinung im Allgemeinen in einer Unwirksamkeit ex tunc, was Ansprüche auf Vindikation resp. auf Rückerstattung aus Bereicherungsrecht nach sich zieht (vgl. Gauch/ Schluop/Schmid, N 888 ff.); eine Mindermeinung geht auch hier wie bei Art. 109 OR von einem vertraglichen Rückabwicklungsverhältnis mit umdirigierten Leistungspflichten aus

(Schmidlin, Kommentar zu Art. 28 — 31 OR, Bern 1995, Art. 31 OR N 97 ff.; Wiegand, recht 15 [1997] 111). Soweit der Rücktritt gemäss Art. 31 OR jedoch ein Dauerschuldverhältnis betrifft, herrscht heute die Meinung vor, dass die Wirkung der Anfechtung auf die Zukunft zu beschränken sei (BSK OR I-Schwenzer, vor Art. 23 — 31 OR N 7; Schmidlin, Art. 31 OR N 102 ff.; BGE 129 III 320 ff. E. 7.1.2.; vgl. auch oben, lit. a). Der Grund dafür liegt darin, dass das Dauerschuldverhältnis — anders als die einfache Verbindlichkeit, welche mit ihrer Erbringung als solche erlischt — einer "gelebten Wirklichkeit" entspricht, welche sich nicht nachträglich aus der Welt schaffen lässt; ein rückwirkendes Dahinfallen des Vertrags wäre wirklichkeitsfremd und in der Durchführung kaum praktikabel. Indes wird auch bei Dauerschuldverhältnissen insofern eine beschränkte Rückwirkung der Anfechtung angenommen, als der Willensmangel für das Leistungsversprechen des Irrenden in quantitativer Hinsicht bestimmend war (vgl. oben, lit. a).

Diese Überlegungen zur Wirkung des Vertragsrücktritts im Allgemeinen sind analog auch auf den Rücktritt gemäss Art. 40 VVG anzuwenden. Wie sich aus der ratio legis der Norm ergibt, muss dabei der Rücktritt zurückwirken bis zum Zeitpunkt, in welchem der Versicherungsfall mit der vermeintlichen Leistungspflicht bzw. der Leistungspflicht in der vermeintlichen Höhe eingetreten ist. Soweit die Parteien nach diesem Zeitpunkt Leistungen erbracht haben, so geschah dies damals in Erfüllung des Vertrags. Aus diesem Grund erscheint es angebracht, die Rückabwicklung der entsprechenden Leistungen ebenfalls vertraglichen Grundsätzen zu unterstellen: Im Nachhinein so zu tun, als hätte in der betreffenden Zeit gar kein Vertrag bestanden, hiesse wiederum das wirklichkeitsfremde Konstrukt zu errichten, das mit der grundsätzlichen ex nunc-Wirkung des Rücktritts bei Dauerverträgen zu Recht beseitigt worden ist. Beim Rücktritt gemäss Art. 40 VVG hat daher die Rückabwicklung von nach dem behaupteten Schadenereignis erfolgten Leistungen nach vertraglichen Grundsätzen zu erfolgen, die Rückabwicklungsansprüche sind mit anderen Worten vertraglicher Natur.

Wenn der Versicherer auf die täuschende Angabe des Versicherungsnehmers hin bereits Entschädigungszahlungen geleistet hat, steht ihm demnach ein vertragliches Rückforderungsrecht zu. Da die betrügerische Anspruchsbegrün-

dung nicht nur eine Vertragsverletzung, sondern auch eine unerlaubte Handlung darstellen kann, hat der Versicherer zudem gegebenenfalls gestützt auf Art. 41 OR Anspruch auf Ersatz eines allfälligen Schadens. Die Auseinandersetzung bezüglich bereits geleisteter Prämien ist dabei nach Massgabe der Art. 25 — 27 VVG vorzunehmen (Roelli/Keller, S. 586 f.; VVG-Nef, Art. 40 VVG N 55; Carré, S. 299).

3. Damit ist vorab die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung zu prüfen. Unter Berufung auf die einjährige relative Verjährungsfrist von Art. 67 Abs. 1 OR macht die Klägerin geltend, die beklagte Forderung sei bei Erhebung der Widerklage am 11. März 2002 bereits verjährt gewesen (act. 22 S. 3 ff.). Die Beklagte hält in der Widerklagereplik dafür, es sei zutreffend, dass sich die Rückforderungsansprüche nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung bestimmten, indes seien ihre mit der Widerklage geltend gemachten Ansprüche erst mit der gestaltend wirkenden Rücktrittserklärung vom 4. Mai 2001 entstanden und hätten somit am 11. März 2002 bei Erhebung der Widerklage auf keinen Fall verjährt sein können (act. 25 S. 14 ff.). Die Klägerin hält in der Widerklageduplik an ihrem Standpunkt fest und bringt insbesondere vor, es sei für den Beginn der Verjährung nicht auf den Zeitpunkt der Rücktrittserklärung abzustellen, sondern auf die Kenntnis der Beklagten von der angeblichen betrügerischen Anspruchsbegründung (act. 30 S. 3 f.).

a) Die Parteien gehen mithin übereinstimmend davon aus, die mit der Widerklage von 11. März 2002 geltend gemachten Ansprüche unterlägen der bereicherungsrechtlichen Verjährung gemäss Art. 67 Abs. 1 OR. Wie soeben dargelegt handelt es sich indes um ein aus dem Versicherungsvertrag folgendes vertragliches Rückforderungsrecht, weshalb für die Verjährung Art. 46 Abs. 1 VVG massgebend ist. Danach verjähren (Rück-)Forderungen aus dem Versicherungsvertrag innert zwei Jahren nach Eintritt der die Leistungspflicht auslösenden Tatsache. Da die Rückleistungspflicht mit dem Vertragsrücktritt entsteht (und sich erstreckt auf Leistungen, welche seit dem behaupteten Schadenereignis erfolgt sind), dürfte es sich bei dieser Tatsache um die Rücktrittserklärung gemäss Art. 40 VVG handeln, doch braucht die Frage im vorliegenden Fall nicht entschieden zu werden: Selbst wenn man die Kenntnis der Beklagten von der betrügerischen Anspruchsbegrün-

dung oder gar den Zeitpunkt des behaupteten Schadenereignisses als massgebend betrachten wollte, so waren im vorliegenden Fall die am 11. März 2002 geltend gemachten Ansprüche keinesfalls verjährt, da sich das behauptete Schadenereignis am 24. Oktober 2000 und damit weniger als zwei Jahre vor der klageweise Geltendmachung der Ansprüche (mit verjährungsunterbrechender Wirkung gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR) zugetragen hat.

b) Im Folgenden wird im Sinne einer Eventualbegründung geprüft, wie es sich mit der Verjährung verhält, wenn mit der herkömmlichen Meinung davon ausgegangen wird, es handle sich bei den Ansprüchen der Widerklage um solche aus ungerechtfertigter Bereicherung, welche gemäss Art. 67 OR mit Ablauf eines Jahres, nachdem der Verletzte von seinem Anspruch Kenntnis hat, in jedem Fall aber mit Ablauf von zehn Jahren seit der Entstehung des Anspruchs, verjähren.

aa) Dazu ist vorab anzumerken: Die Beklagte beruft sich zur Begründung ihrer Auffassung, wonach ihre Ansprüche am 11. März 2002 auf keinen Fall verjährt gewesen seien, auf eine Literaturstelle bei Spiro (Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatafristen, Band I, Die Verjährung der Forderungen, Bern 1975, S. 72 f.; vgl. act. 25 S. 15). An jener Stelle wird gesagt, dass eine Ausnahme vom Grundsatz, wonach die Verjährung laufe, sobald der Gläubiger Möglichkeit und Anlass habe, die Leistung zu verlangen, *abzulehnen* sei, falls die Forderung von einer vom Gläubiger herbeizuführenden Bedingung abhängt. Daraus lässt sich demnach nichts zu Gunsten der beklagten Argumentation ableiten.

Für die mit dem vorliegenden Fall vergleichbare Konstellation einer Bereicherungsforderung nach Anfechtung eines Vertrages wegen Willensmängeln wird grundsätzlich davon ausgegangen, die Verjährung beginne bei genügender Kenntnis des Anfechtungsgrundes zu laufen, also unter Umständen geraume Zeit vor der Abgabe der Anfechtungserklärung (Gauch/Schluemp/Schmid, N 913 m.H. auf BGE 82 II 428). Eine Lehrmeinung will die Verjährung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs nach der Anfechtung eines Vertrags wegen Willensmängeln grundsätzlich nicht vor dem Rücktritt beginnen lassen (Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 2. A., Zürich 1988, S. 700). Diese Auf-

fassung findet Unterstützung für die absichtliche Täuschung, bei der das Verhalten des Bereicherungsschuldners die Ursache für die Anfechtung darstellt (Gauch/Schluemp/Schmid, N 914 m.H. auf Gauch, SAG 1989, S. 159 Fn 61).

Im vorliegenden Fall, wo die Klägerin mit ihrem Versuch einer betrügerischen Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG den Grund für den beklagischen Rückforderungsanspruch gesetzt hat, erscheint es unbillig, die Klägerin für ihr Verhalten zu belohnen, indem die Rückforderung der gutgläubig geleisteten Akontozahlungen unter Berufung auf eine restriktive Anwendung der Verjährungsregeln abgewiesen wird. Dieser Sachverhalt ist mit der Anfechtung eines Vertrages wegen Täuschung im Sinne von Art. 28 OR vergleichbar; das Verhalten der Bereicherungsbeklagten nicht weniger schwerwiegend als in jenem Fall. Der Beginn der einjährigen Verjährung ist deshalb hier wie dort nicht vor dem Zeitpunkt der Rücktrittserklärung anzusetzen, was dazu führt, dass der beklagische Bereicherungsanspruch unabhängig vom Zeitpunkt der Kenntnisnahme der Beklagten nicht verjährt ist.

bb) Der Vollständigkeit halber wird nachfolgend geprüft, ob der beklagische Anspruch verjährt ist, wenn abweichend von der soeben vertretenen Auffassung der Beginn der einjährigen Verjährungsfrist von Art. 67 OR auf den Zeitpunkt angesetzt wird, in welchem die Beklagte Kenntnis von ihrem Anspruch erhielt.

Nach Ansicht der Klägerin hatte die Beklagte bei Erhebung der Widerklage am 11. März 2002 bereits seit mehr als einem Jahr Kenntnis von ihrem Rückforderungsanspruch, was daraus hervorgehe, dass gemäss einer Telefonnotiz der Beklagten bereits im Februar 2001 ein Experte der Beklagten den ausgebrannten Bus begutachtet habe (act. 22 S. 3 f. m.H. auf act. 10/6). Die Klägerin betont in der Widerklageduplik, dass für den Beginn der Verjährung keine detaillierte Kenntnis des Anspruchs erforderlich sei, sondern genüge, wenn der Berechtigte "grosso modo" Kenntnis von seinem Anspruch habe, was hier bezüglich der Brandursache und des Kilometerstandes bereits vor dem 11. März 2001 "weitgehend" der Fall gewesen sei (act. 30 S. 4). Demgegenüber behauptet die Beklagte, sie habe erst am 19. April 2001 Kenntnis von ihrem Anspruch erhalten, nämlich aufgrund einer Auskunft der Freiburger Versicherung (bei welcher der Autobus

vom 27. September 1996 bis am 7. Januar 1997 versichert gewesen sei), wonach der Autobus laut einer Schadenanzeige aus jener Zeit einen Kilometerstand von 1'200'000 km aufgewiesen habe (act. 25 S. 15 f.).

Kenntnis des Anspruchs liegt nach der bundesgerichtlichen Praxis vor, wenn der Verletzte keinen Anlass und keine Möglichkeit zu weiterer Abklärung und genügend Unterlagen zur Klageerhebung hat. Das ist gegeben, wenn er die Person des Bereicherten und das ungefähre Ausmass seines Bereicherungsanspruches kennt (Gauch/Schluemp/Schmid, N 1559). Einer genauen Bezifferung der Entreicherung bedarf es dafür nicht (BSK OR I-Huwiler, Art. 67 OR N 9), immerhin ist vorauszusetzen, dass die Partei "hinlängliche Veranlassung" hat, "die Unverbindlichkeitserklärung auszusprechen und eine Klage auf Rückerstattung ...] anzuheben" (BGE 82 II 428).

Die Klägerin trifft die Behauptungs- und Beweislast für die Voraussetzungen der von ihr angerufenen Verjährung. Bei der Behauptung, es genüge, wenn der Berechtigte "grosso modo" Kenntnis von seinem Anspruch habe, handelt es sich um eine (der Beweisführung nicht zugängliche) Rechtsauffassung. Die Klägerin tut indessen nicht dar, auf welcher tatsächlichen Grundlage ihre Auffassung beruht, die Voraussetzung der genügenden Kenntnis sei am 11. März 2001 erfüllt gewesen. Ihr Hinweis auf Abklärungen über die Brandursache im Februar 2001 ist unbehelflich, da die Brandursache keinen Rücktrittsgrund im Sinne von Art. 40 VVG — mit der Folge bereicherungsrechtlicher Ansprüche — bilden konnte, weil sich die Brandursache nicht mehr mit hinreichender Sicherheit feststellen liess (oben, 111.2. und IV.1.). Die Klägerin hätte vielmehr dartun müssen, dass die Beklagte bereits vor dem 11. März 2001 Kenntnis von den Tatsachen hatte, die in der Folge zum Rücktritt des Versicherers gemäss Art. 40 VVG geführt haben. Das hat sie nicht getan. Sie sagt nicht, welche Kenntnisse über den Kilometerstand die Beklagte nach ihrer Auffassung damals gehabt haben soll, die ihr bereits zu jener Zeit die Geltendmachung ihres Rückforderungsanspruches ermöglicht hätten (vgl. act. 30 S. 4). Ohne derartige Angaben ist keine Beurteilung möglich, ob die damaligen Kenntnisse der Beklagten als genügendes Kenntnis im Sinne von Art. 67 OR zu qualifizieren sind. Deshalb ist die klägerische Verjährungseinrede unabhängig

von der Ansetzung des Beginns der Verjährungsfrist auch abzuweisen, weil die Beklagte der klägerischen Darstellung zufolge erst weniger als ein Jahr vor Erhebung der Widerklage genügende Kenntnis im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung von den für die Begründung ihres Rücktrittsrechts wesentlichen Tatsachen erhielt.

cc) Die Klägerin macht in der Widerklageduplik im Weiteren geltend, der (bestrittene) Rückforderungsanspruch der Beklagten sei nicht erst mit dem Rücktritt entstanden, sondern bereits mit der Erbringung der Leistung, die nun zurückgefordert wird. Als Rechtsgrund dieser Leistung sei nämlich nicht der nachträglich weggefallene Vertrag zu betrachten, sondern die Annahme, das Schadenereignis vom 24. Oktober 2000 sei glaubhaft dargetan. Sollte dieses Schadenereignis gar keine Leistungspflicht ausgelöst haben, so sei die von der Beklagten erbrachte Leistung ohne gültigen Grund erfolgt, so dass der bereicherungsrechtliche Rückforderungsanspruch gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Zeitpunkt der Leistung entstanden sei (act. 30 S. 3 f.). Die Klägerin verkennt, dass nur die absolute Verjährungsfrist von zehn Jahren mit der Entstehung des Anspruchs beginnt, deren Ablauf im vorliegenden Fall jedoch ausgeschlossen ist und zu Recht auch nicht behauptet wird. Dieser Einwand geht deshalb fehl.

c) Soweit die Beklagte den Anspruch auf Ersatz von Kosten auch gestützt auf Art. 41 OR erhebt, verjährt dieser gemäss Art. 60 OR ein Jahr ab Kenntnis oder zehn Jahre nach der Entstehung. Der Begriff der Kenntnis wird hier gleich verstanden wie in der Praxis zu Art. 67 OR (Spiro, § 85 Fn 18). Demzufolge kann unter Verweis auf die obigen Ausführungen festgehalten werden, dass die Beklagte bis am 11. März 2001 keine Kenntnis im Sinne von Art. 60 OR von ihrem Anspruch hatte, so dass ihr Anspruch auf Schadenersatz bei Erhebung der Widerklage am 11. März 2002 nicht verjährt war.

d) Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die von der Klägerin erhobene Einrede der Verjährung nicht durchzudringen vermag.

4. Im Einzelnen macht die Beklagte mit ihrer Widerklage folgende Forderungen geltend (act. 9 S. 13 ff.):

a) Vorerst ist in der Widerklageforderung die aufgrund der Vereinbarung vom 16. Dezember 2000 (act. 10/14) bezahlte Teilleistung von CHF 20'000.00 enthalten (act. 9 S. 13). Weiter verlangt die Beklagte die Rückleistung von Entschädigungen im Betrag von CHF 4791.25 und CHF 2520.55, welche sie gestützt auf den gleichen Flottenversicherungsvertrag am 1. Dezember 2000 und damit nach dem Zeitpunkt der Wirksamkeit des Rücktritts per 24. Oktober 2000 bezahlt hat (act.9 S. 13f. m.H. auf act. 4/4 S. 4). Die Klägerin anerkennt den Erhalt von Versicherungsleistungen in der behaupteten Höhe von CHF 27311.80 (act. 22 S. 3).

Da die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach Art. 40 VVG erfüllt sind, kann die Beklagte in diesem Umfang ihre Forderung auf einen vertraglichen Rückabwicklungsanspruch stützen (oben, Ziff. 2).

b) Sodann verlangt die Beklagte unter dem Titel Expertisen, Standgebühren und Kosten einen Betrag von CHF 5696.30 (act. 9 S. 14; act. 4/4 S. 4). Dieser Betrag setzt sich wie folgt zusammen: CHF 288.40 für die Beschaffung des Polizeirapports (Rechnung von Avv. S, act. 10/15), CHF 4'740.00 für die Überführung und Verschrottung des Busses (Rechnung von H vom 19. Februar 2001, act. 10/16), CHF 74.05 für die Erstellung von Fotos des Unglücksfahrzeuges (Rechnung von U, act. 10/17), CHF 159.25 für eine Expertise über die Verwertbarkeit des Wracks in Italien (Spesenabrechnung Y

Assicurazioni, act. 10/18), CHF 699.40 für die Expertise über die Brandursachen (Rechnung der C GmbH vom 5. Juni 2001, act.

10/19). Obwohl das ein Total von CHF 5'961.10 ergibt, beschränkt die Beklagte ihre Forderung entsprechend ihrem Schreiben an die Klägerin vom 4. Mai 2001 (act.4/4 S. 4) auf CHF 5'696.30 (act. 9 S. 14). Die Klägerin bestreitet die Überwälzbarkeit der von der Beklagten geltend gemachten Kosten von CHF 5'696.30, weil sie nicht verpflichtet werden könne, der Beklagten sämtliche Aufwendungen zu erstatten, unabhängig davon, wie notwendig diese zur Abklärung gewesen seien. Sollte die Klage wegen der Frage des Kilometerstandes abgewiesen werden, sei nicht ersichtlich, weshalb die Klägerin für die Expertise über die Brandursache aufzukommen hätte, da diese Expertise schlicht überflüssig gewesen sei (act. 22 S. 4 f.). Die Klägerin bestreitet die Überwälzbarkeit dieser Forderung,

nicht aber deren Höhe (act. 22 S. 4 f.), so dass im Folgenden von den von der Beklagten genannten Beträgen auszugehen ist.

Die Beklagte will diesen Teil der Widerklage nicht nur auf Bereicherungsrecht, sondern auch auf eine ausservertragliche Haftung im Sinne von Art. 41 OR stützen (act. 25 S. 14). Sie verlangt die rechnerische Wiederherstellung des Zustandes vor dem Schadenereignis vom 24. Oktober 2000 und leitet daraus einen Anspruch auf Entschädigung ihrer Aufwendungen ab (act. 25 S. 16).

Da diese Aufwendungen nicht zu einer Bereicherung der Klägerin geführt haben, bzw. eine solche nicht behauptet wurde, kann die Grundlage eines solchen Anspruchs — wie die Klägerin zu Recht anmerkt (act. 30 S. 5) — nicht in einer ungerechtfertigten Bereicherung bestehen. Für die Zeit ab Eintritt der Wirkung des Rücktritts hat die zurückgetretene Versicherung jedoch einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses, d.h. der Versicherer kann verlangen, dass ihm die Aufwendungen ersetzt werden, die er in guten Treuen im Hinblick auf die Erfüllung des Vertrages gemacht hat, und die er sonst nicht getätigt hätte. Eine betrügerische Anspruchsbegründung gemäss Art. 40 VVG stellt zudem eine widerrechtliche Handlung im Sinne von Art. 41 OR dar (vgl. Roelli/Keller, S. 587). Im Vorliegen der Täuschungsabsicht (vgl. oben, IV.6.c) liegt weiter ein adäquat kausales Verschulden gemäss Art. 41 Abs. 1 OR, so dass sich ein Schadenersatzanspruch auch auf eine ausservertragliche Haftung abstützen liesse.

Die Aufwendungen für die Beschaffung des Polizeirapports (CHF 288.40), für die Erstellung von Fotos des Unglücksfahrzeuges (CHF 74.05), der Expertisen über die Verwertbarkeit des Wracks in Italien (CHF 159.25) und über die Brandentstehung (CHF 699.40) sowie für die Überführung und Verschrottung des Fahrzeuges (CHF 4'740.00) erscheinen allesamt im Hinblick auf die Vertragserfüllung gerechtfertigt und sind somit von der Klägerin nach dem von ihr verschuldeten Dahinfallen des Vertrages zu ersetzen. Da die Voraussetzungen für einen Rücktritt erfüllt sind, ist die Widerklage in diesem Umfang demnach gutzuheissen.

c) Für die Aufwendungen eigener Mitarbeiter verlangt die Beklagte zudem pauschal CHF 2'500.00 (act. 9 S. 14). Die Klägerin bestreitet diese Forderung.

Sie ist der Auffassung, dabei handle es sich um interne Kosten, die bei jeder Bearbeitung eines Schadensfalles ohnehin anfallen würden und nicht individuell zugeordnet werden könnten (act. 22 S. 5).

Wie die Klägerin zu Recht anmerkt (act. 22 S. 5), handelt es sich bei diesem Schadensposten um einen völlig unsubstanzierten Pauschalbetrag. Die richterliche Schadensschätzung nach Art. 42 Abs. 2 OR hilft der Beklagten nicht weiter, da sie es versäumt, Grundlagen dafür zu liefern (vgl. BGE 122 III 221; BGE 97 II 218). In diesem Umfang ist die beklagte Schadenersatzforderung demzufolge wegen mangelhafter Begründung der Schadenshöhe abzuweisen.

d) Von ihrer Forderung bringt die Beklagte eine Gegenforderung der Klägerin auf Rückzahlung der Prämie für das erste Semester 2001 in der Höhe von insgesamt CHF 10'684.20 in Abzug (CHF 10'756.20 — CHF 104.90 + CHF 32.90, vgl. act. 9 S. 14 f., m.H. auf act. 4/4 S. 4). Die Klägerin geht darauf nur indirekt ein, indem sie ausführt, nach dem Rücktritt der Beklagten vom 4. Mai 2001 habe sie sich gezwungen gesehen, eine neue Flottenversicherung bei der W abzuschliessen. Da sie die Prämie von CHF 10'756.20 für den Versicherungsvertrag für die Zeit bis 30. Juni 2001 damals bereits bezahlt habe, habe sie für 56 Tage à CHF 59.75 insgesamt CHF 3346.— zuviel bezahlt (act. 22 S. 5). Das ist weniger, als die Beklagte der Klägerin zur Verrechnung zugesteht, so dass sich insofern weitere Ausführungen zum Betrag erübrigen.

Nach der gesetzlichen Regelung von Art. 25 VVG wäre die Beklagte nicht verpflichtet, der Klägerin die Prämien für das erste Semester 2001 zu belassen, bestimmt doch Art. 25 Abs. 1 VVG, dass dem Versicherer im Falle eines Rücktritts gemäss Art. 40 VVG der Prämienanspruch für die zur Zeit der Vertragsauflösung laufende Versicherungsperiode gewahrt bleibt, wobei als laufende Versicherungsperiode jene gilt, während der die Vertragsauflösung herbeigeführt wird und nicht diejenige, auf die hin die Vertragsauflösung wirksam wird (Roelli/Keller, S. 372 Fn 6; VVG-Führer, Art. 25 — 27 VVG N 58), während Art. 25 Abs. 3 VVG nur den hier nicht gegebenen Sonderfall der für künftige Versicherungsperioden vorausbezahlten Prämien regelt. Der Beklagten steht indes auch ohne Rechts-

pflicht frei, der Klägerin den Betrag von CHF 10'684.20 zur Verrechnung zuzugestehen.

5. In der Widerklageduplik will die Klägerin die Versicherungsprämie für die Zeit nach dem Eintritt der Wirkung des Rücktritts mit der Widerklageforderung verrechnen und verlangt für die Zeit vom 24. Oktober 2000 bis zum 31. Dezember 2000 die Rückzahlung von CHF 4'033.75 (act. 30 S. 6, m.H. auf VVG-Fuhrer, Art. 25 — 27 VVG N 58).

Gemäss Art. 25 Abs. 1 VVG verbleibt dem Versicherer der Anspruch auf die Prämie für die zur Zeit der Vertragsauflösung laufende Versicherungsperiode gewahrt, wenn er den Vertrag gestützt auf Art. 40 VVG auflöst. Art. 25 VVG regelt explizit nur das Schicksal der laufenden und der künftigen Prämien, wobei als laufende Versicherungsperiode wie soeben gesehen diejenige gilt, während der die Vertragsauflösung herbeigeführt wird und nicht diejenige, auf die ihre Wirkungen zurückbezogen werden. Was mit den Prämien für die abgelaufenen Versicherungsperioden zu geschehen hat, ist umstritten (Carré, S. 230): Die herrschende Lehre belässt dem Versicherer auch die Prämien für die abgelaufenen Versicherungsperioden, was für die Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 6 VVG mit pönalen Motiven gerechtfertigt wird (Roelli/Keller, S. 373; Maurer, S. 232). Ein Teil der Lehre möchte hingegen Art. 25 Abs. 1 VVG auf die laufenden Prämien beschränken und dem Versicherten einen Rückforderungsanspruch für die Zeit nach Eintritt der Wirkung des Rücktritts einräumen (VVG-Fuhrer, Art. 25 — 27 VVG N 58).

Noch mehr als bei der Anzeigepflichtverletzung im Sinne von Art. 6 VVG, die *de lege lata* jede Art der Falschdeklaration ohne Rücksicht auf Vorsatz und Verschulden sowie Kausalität erfasst (vgl. Kuhn/Müller-Studer/Eckert, Privatversicherungsrecht, 2. A., Zürich 2002, S. 233 f.), erscheint es im Falle der betrügerischen Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG gerechtfertigt, dem Versicherer die Prämien für die Periode zu belassen, während der die Wirkung des Rücktritts eintritt. Aus gesetzessystematischer Sicht erscheint zudem unverständlich, dass der Versicherer zwar die Prämien für die laufende Versicherungsperiode (Art. 25 Abs. 1 VVG) sowie einen Teil allfällig bereits bezahlter Prämien für die Zukunft

behalten darf (Art. 25 Abs. 3 VVG), nicht aber diejenigen für die Vergangenheit. Der vollständige Verfall der Versicherungsprämien für abgelaufene Versicherungsperioden mag für den Versicherten in gewissen Fällen hart erscheinen (vgl. den wiederholten Verweis im Basler Kommentar auf das Sprichwort *dura lex, sed lex*) — die betrügerische Anspruchsbegründung gehört indes nicht zu diesen Fällen. Es ist ausserdem darauf hinzuweisen, dass die Beklagte vorliegend die Verrechnung der bezahlten Versicherungsprämien für die laufende Versicherungsperiode ohne gesetzliche Verpflichtung vollumfänglich zulässt (oben, lit. 4.d), was eine allfällig verbleibende Härte dieser Entscheidung ohnehin mildert.

6. Die Widerklage über CHF 24823.90 ist demnach zusammenfassend in folgendem Umfang gutzuheissen: CHF 27'311.80 (Ziff. 4.a) zuzüglich CHF 5'696.30 (Ziff.4.b) abzüglich CHF 10'684.20 (Ziff. 4.d), was ein Total von CHF 22'323.90 ergibt. Die Beklagte macht auf die Widerklageforderung keine Verzugszins geltend, so dass solche nicht zuzusprechen sind (§ 54 Abs. 2 ZPO).

VI. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Die Klägerin verliert den Prozess fast vollumfänglich. Sie trägt deshalb die Gerichtskosten im Verhältnis des Obsiegens und Unterliegens und hat der Beklagten dementsprechend eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO). Für die Höhe des Streitwerts der Hauptklage ist die Schätzung der Klägerin von CHF 40'000.— bis CHF 45'000.— (act. 6A S. 2) massgebend (§ 18 Abs. 1 ZPO), wobei die Beklagte von CHF 45'000.— ausgeht (act. 9 S. 3). Da sich Haupt- und Widerklage gegenseitig ausschliessen, sind deren Streitwerte nicht zusammenzuzählen (§ 19 Abs. 2 ZPO). Es ist demnach von einem Streitwert von CHF 45'000.— auszugehen. Bei der Bemessung der Gerichtsgebühr ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass es sich um ein aufwändiges Verfahren handelt (§ 5 Abs. 2 GebV).

Die Beklagte ist anwaltlich vertreten, so dass hinsichtlich der Prozessentschädigung anzumerken gilt: Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Pro-

zessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Praxisänderung des Kassationsgerichts des Kantons Zürich; Entscheid vom 19. Juli 2005, SJZ 101 (2005) 531 ff. [Z. R. 104 Nr. 76]).

Demgemäss erkennt das Gericht:


1. Die Klage wird abgewiesen.
2. In teilweiser Gutheissung der Widerklage wird die Klägerin verpflichtet, der Beklagten CHF 22'323.90 zu bezahlen.
Im Mehrbetrag wird die Widerklage abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf
CHF 7'500.-- ; die weiteren Kosten betragen:
CHF 2'017.-- Schreibgebühren
CHF 1'349.-- Zustellgebühren
CHF 360.-- Vorladungsgebühren.
CHF 2'991.30 Gutachten
CHF 500.00 Zeugenentschädigung
4. Die Kosten werden der Klägerin zu 19/20 und der Beklagten zu 1/20 auferlegt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine reduzierte Prozessentschädigung von **CHF** 10'300.-- zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsbestätigung und an das Bundesamt für Privatversicherungen, 3003 Bern.
7. Gegen diesen Entscheid kann

innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessord-

nung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;
innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:


Oberrichter Dr. Eric Mazurczak

Der juristische Sekretär:


Dr. Martin Sarbach