



II. Abteilung

Mitwirkend: Vizepräsident lic. iur. T. H. als Vorsitzender, Bezirksrichter E. S. und Ersatzrichterin lic. iur. B. S. sowie der juristische Sekretär lic. iur. M. H.

Urteil vom 2. April 2008

in Sachen

B. M.

Kläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. P. R.

gegen

B. V. G.

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. M. B. M.

betreffend **Forderung aus Versicherungsvertrag**

Rechtsbegehren:

Des Klägers (act. 2 S. 2, act. 29 S. 2)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 29'194.00 nebst Zins zu 5 % seit 7. Juli 2005 zu bezahlen unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten"

Der Beklagten (act. 13 S. 2, act. 24 S. 2; act. 37 S. 2)

"Die Klage sei abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich MWST zu lasten des Klägers."

Das Gericht zieht in Betracht:

1. Prozessgeschichte

1.1. Mit Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes Adliswil vom 13. März 2006 (act. 1) und der Klageschrift vom 11. April 2006 (act. 2) machte der Kläger die vorliegende Klage beim hiesigen Gericht anhängig.

1.2. Mit Präsidialverfügung vom 21. April 2006 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der schriftlichen Klageantwort angesetzt (act. 5), welche innert erstreckter Frist am 26. Juni 2006 einging (act. 13).

1.3. Mit Vorladung vom 11. Juli 2006 (act. 15) wurden die Parteien zu einer Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung auf den 12. September 2006 vorgeladen. Zur Vergleichsverhandlung erschienen Rechtsanwalt R. namens und in Begleitung des Beklagten sowie die Rechtsanwälte H., T. und D. namens der Beklagten (Prot. S. 3). Die Vergleichsverhandlung endete ohne Einigung der Parteien.

1.4. Mit Präsidialverfügung vom 24. Oktober 2006 (act. 20) wurde der Beklagten Frist angesetzt, um eine schriftliche Ergänzung der Klageschrift hinsichtlich zwei

Tatsachenbehauptungen einzureichen, welche innert erstreckter Frist am 6. Dezember 2006 einging (act. 24).

1.5. Mit Präsidialverfügung vom 12. Dezember 2006 wurde dem Kläger Frist zur Einreichung der schriftlichen Replik angesetzt (act. 26), welche fristgerecht am 25. Januar 2007 einging (act. 29). Mit Präsidialverfügung vom 5. Februar 2007 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der schriftlichen Duplik angesetzt (act. 31), welche diese innert erstreckter Frist am 5. April 2007 einreichte (act. 37).

1.6. Am 22. August 2007 erging der Beweisaufgabebeschluss des Gerichts (act. 38). Mit Eingaben vom 20. September 2007 bzw. 26. September 2007 nannten der Kläger ihre Hauptbeweismittel (act. 45) und die Beklagte ihre Gegenbeweismittel (act. 46).

1.7. Zur Beweisverhandlung vom 29. Februar 2008, anlässlich welcher die Zeugen M. D. und E. Sch. sowie der Kläger persönlich befragt wurde, erschienen RA R. namens und in Begleitung des Klägers sowie RA O. d. V. namens und in Vertretung der Beklagten und in Begleitung von P. O., bevollmächtigter Schadensjurist bei der Beklagten (Prot. S. 14). Im Anschluss an die Einvernahmen wurde den Parteien Gelegenheit zur Stellungnahme zum Beweisergebnis gegeben (Prot. S. 35 ff.).

2. Ausgangslage

2.1. Die Beklagte ist eine Versicherungsgesellschaft. Nach einem Beratungsgespräch mit einem Agenten (oder Agentin) des T., des Kooperationspartners der Beklagten, auf der T.-Geschäftsstelle in Zürich Enge stellte der Kläger am 2. Oktober 2004 der Beklagten einen unterzeichneten Antrag um Versicherung seines als Occasion gekauften Personenwagen Subaru Impreza 2.0 Turbo WRX STi. Dazu reichte er ein von der Beklagten erhaltenes Antragsformular ein, auf dem er, wie es branchenüblich ist, die von der Beklagten vorgedruckt unterbreiteten Antragsfragen durch Ankreuzen zu beantworten hatte (act. 4/5).

Mit diesen Antragsfragen erkundigte sich die Beklagte u.a. nach allfälligen Führerausweisentzügen oder Strafen wegen verkehrswidrigem Verhalten des Beklagten oder auch danach, ob frühere Versicherer Verträge kündigten, Offerten des Beklagten ablehnten oder deren Annahme von erschweren Bedingungen abhängig machten. Im Anschluss an die schriftlichen Fragen weist ein vorgedruckter Passus den Antragssteller u.a. darauf hin, dass er mit seiner Unterschrift die wahrheitsgetreue und vollständige Beantwortung der schriftlich gestellten Fragen bestätige und dass diese gemäss Art. 6 VVG als erhebliche Gefahrentatsachen gelten und Einfluss auf die Vertragsgestaltung sowie auf die Kalkulation der Versicherungsprämie haben würden.

Kein Thema dieser schriftlichen Antragsfragen war, wie viele Kilometer mit dem zu versichernden Personenwagen jährlich maximal zurückgelegt würden.

2.2. Am 11. Oktober 2004 schickte die Beklagte dem Kläger die definitive Versicherungspolice zu, womit der Versicherungsvertrag zustande kam. Teil der Versicherungspolice bildet das Blatt "Leistungs- und Prämienübersicht". Dieses Dokument hält in tabellarischer Form die wesentlichen Vertragselemente sowie weitere Details fest, über deren gemeinsame Festlegung sich die Parteien weitgehend einig sind. Strittig sind sich die Parteien über den kurzen Vermerk "Jahreskilometerleistung - unter 10'000 km pro Jahr" (act. 4/6).

Die Beklagte macht geltend, dass diese Passagen zum Ausdruck bringen würden, dass die Parteien damit eine sogenannte jährliche Maximalfahrleistung bzw. Jahreshöchstkilometerzahl vereinbart hätten. So habe die Beklagte den Kläger darauf aufmerksam gemacht, dass er von einer Prämienreduktion von 10 % profitieren könne, wenn das versicherte Fahrzeug des Klägers jährlich nicht mehr als 10'000 Kilometer in Betrieb genommen würde, was dieser ihr zugesichert habe (act. 24 S. 4).

Der Kläger hält entgegen, dass eine Jahresmaximalfahrleistung und eine Prämienreduktion um 10% gar nie Thema der Vertragsverhandlungen gewesen seien; die Beklagte habe die zwei Angaben – sei es absichtlich oder aus Versehen –

selbst im Policendokument angebracht, ohne dass der Kläger dazu Veranlassung geboten habe (act. 2 S. 7 f. und 10).

2.3. Am 27. März 2005 verursachte der Sohn des Klägers in Kroatien als Lenker des besagten Personenwagen einen Unfall (act. 4/7). Der Kläger meldete der Beklagten den Schadenfall mit Schadenanzeige vom 3. April 2005 (act. 4/8). Zur Abschätzung der Schadenhöhe liess die Beklagte den Personenwagen in die Schweiz transportieren. Der begutachtende Autoexperte der Beklagten stellte einen Totalschaden des Personenwagens fest. Entsprechend berechnete die Beklagte eine Entschädigung von Fr. 29'194.– (act. 4/9 und 4/10). Zum Unfallzeitpunkt wurden mit dem versicherten Fahrzeug innert der rund sieben Monate seit dem Kaufdatum rund 17'950 Kilometer zurückgelegt.

2.4. Die Beklagte verweigerte in der Folge die Leistung des Ersatzes dieses Schadens und stellt sich auf den Standpunkt, dass sie von der Pflicht zu dieser Leistung befreit sei.

3. Bestrittener Sachverhalt und rechtliche Würdigung

3.1. Unbestritten ist, dass zwischen den Parteien ein Versicherungsvertrag besteht und dass ein versicherter Schadensfall eingetreten ist. Nicht streitig ist auch die Höhe des versicherten Schadens sowie die Tatsache, dass das versicherte Fahrzeug des Klägers in der gut siebenmonatigen Zeitspanne zwischen Kaufdatum und Schadensdatum rund 17'950 km zurückgelegt hat und dass diese Distanz deutlich über einer durchschnittlichen Jahreskilometerzahl von 10'000 km liegt. (act. 2 S. 1; act. 13 S. 4).

Streitig ist jedoch, ob der Kläger damit, dass er in der siebenmonatigen Zeitspanne zwischen Kaufdatum des Fahrzeugs und Schadensdatum 17'950 km zurückgelegt hat, einen Sachverhalt gesetzt hat, der die Beklagte von der vertraglichen Pflicht zur Zahlung des Schadens befreit oder nicht.

Die Beklagte macht zum einen geltend, dass der Kläger mit der Überschreitung einer durchschnittlichen Jahreskilometerleistung von 10'000 km trotz gegenteiliger Zusage im Versicherungsvertrag eine wesentliche Gefahrerhöhung gesetzt habe. weshalb sie gestützt auf Art. 28 VVG vom Versicherungsvertrag entbunden und deshalb der Pflicht zur Zahlung des Schadens befreit sei. (hiezue Erw. 3.2. – 3.4.)

Zum anderen bringt sie vor, dass der Inhalt der Versicherungspolice auf jeden Fall bindend sei, da der Kläger nach Erhalt derselben innert möglicher Frist gemäss Art. 12 VVG keine Berichtigung verlangt habe (hiezue Erw. 3.5.).

Der Kläger bestreitet, dass die Angabe über die maximale jährliche Fahrleistung ein wesentliches Vertragselement dargestellt habe, von welchem erkennbarerweise der Vertragsschlusswille der Beklagten abhängig gewesen sei. Er stellt sich auf den Standpunkt, alle von der Beklagten erfragten Angaben wahrheitsgemäss geliefert zu haben. Er sei weder auf die Bedeutung der Fahrleistung in Bezug auf den Vertragsabschluss hingewiesen worden noch habe er selber sich je über die von ihm voraussichtlich zu fahrende Kilometerleistung geäussert.

3.2. Entbindung vom Vertrag infolge wesentlicher Gefahrerhöhung ?

Wenn der Versicherungsnehmer im Laufe der Versicherung eine wesentliche Gefahrerhöhung herbeigeführt hat, so ist der Versicherer für die Folgezeit an den Vertrag nicht gebunden (Art, 28 Abs. 1 VVG). Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur dann ein, wenn kein Ausnahmetatbestand nach Art. 32 VVG erfüllt ist.

Im Folgenden ist somit zu prüfen, ob die Voraussetzungen von Art. 28 erfüllt sind. Erst bei Bejahung dieses Subsumtion wäre dann Art. 32 VVG zu prüfen.

3.3 Wesentliche Gefahrerhöhung?

3.3.1. Eine Gefahrerhöhung liegt vor, wenn sich die versicherte Gefahr nach Vertragsschluss während der Laufzeit der Versicherung erhöht bzw. vergrössert. Eine unwesentliche Gefahrerhöhung ist für sich gemäss Versicherungsgesetz

noch nicht beachtlich. Vielmehr bedarf es nach Art. 28 ff VVG einer wesentlichen Gefahrserhöhung (Kuhn/Müller-Studer/Eckert, a.a.O., S. 235 f.).

Die Gefahrserhöhung ist dann *wesentlich*, wenn:

- wenn sie auf der Änderung einer für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsache beruht,
- deren Umfang die Parteien beim Vertragsabschluss festgestellt haben (Art 28 Abs. 2 VVG mit Verweis auf Art 4 VVG).

Damit enthält das Merkmal der Wesentlichkeit je eine materielle und eine formelle Komponente (Fuhrer, in: Honsell, / Vogt, / Schnyder / Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht : Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG) 1. Auflage 2001, Vorbemerkungen zu Art. 28-32 N 45)

3.3.2. Materielle Wesentlichkeit (Erheblichkeit).

Zunächst muss sich somit eine für die Beurteilung der Gefahr erhebliche Tatsache geändert haben.

3.3.2.1. Was unter einer erheblichen Gefahrstatsache zu verstehen ist, bestimmt sich nach Art. 4 VVG, worauf Art. 28 Abs. 2 VVG ausdrücklich verweist. *Gefahrstatsachen* sind alle Tatsachen, welche im Einzelfall geeignet sind, das Auftreten, die Intensität und die Grösse der Gefahr zu beeinflussen die mit anderen Worten den Versicherer über den Umfang der zu deckenden Gefahr aufklären können (BGE 99 II 77; vgl. Nef, in: Honsell, / Vogt, / Schnyder / Wolfgang (Hrsg.), Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht : Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), 1. Auflage 2001, Art. 4 N 12). Als *erhebliche* gelten diejenigen Gefahrstatsachen, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss auszuüben (Art. 4 Abs. 2 VVG).

Gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG hat der antragstellende Versicherungsnehmer dem Versicherer alle erheblichen Gefahrstatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, an Hand eines Fra-

gebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen schriftlich mitzuteilen. Dazu wird in der Versicherungspraxis üblicherweise ein sog. Antragschein bzw. ein Antragsformular verwendet (Kuhn / Müller-Studer / Eckert: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl., 2002, Seite 149 f. und 227). Sind solche schriftliche Fragen des Versicherer hinsichtlich Gefahrstatsachen klar und unzweideutig ausformuliert, so gilt eine gesetzliche Vermutung für deren Erheblichkeit (Art. 4 Abs. 3).

Eine schriftliche Befragung des Versicherungsnehmers durch den Versicherer sowie eine schriftliche Beantwortung durch den Versicherungsnehmer ist jedoch trotz des Wortlauts von Art. 4 Abs. 1 VVG nicht zwingend (Art. 97 Abs. 1 und 98 Abs. 1 VVG). Art. 4 Abs. 1 VVG ist dispositiver Natur und kann vertraglich wegbedungen werden.

Bei einer mündlichen Befragung trägt infolge Wegfallens der gesetzlichen Vermutung (Art. 4 Abs. 3 VVG) der Versicherer die Beweislast dafür, dass die durch ihn erfragte Tatsache für die Abschätzung des zu versichernden Risikos von entscheidender Bedeutung ist und somit eine erhebliche Gefahrstatsache im Sinne des Gesetzes ist (Schaer, Modernes Versicherungsrecht. Das Privatversicherungsrecht und seine Schnittstellen zum Sozialversicherungs- und Haftpflichtrecht, Bern 2007 S. 311 Rz. 11; Nef, a.a.O., Art. 4 N 17).

3.3.2.2. Anhand des Gesagten muss somit geprüft werden, ob die durchschnittliche Jahreskilometerleistung von 10'000 Kilometern überhaupt eine erhebliche Gefahrstatsache im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darstellt.

a) Vorliegend haben die Parteien zwar ein Antragsformular verwendet (act. 4/5), auf dem der Kläger schriftliche Antragsfragen durch Ankreuzen beantwortete. Offensichtlich und unbestrittenermassen kein Thema dieser schriftlichen Antragsfragen war jedoch, wie viele Kilometer mit dem zu versichernden Personenwagen jährlich maximal zurückgelegt würden.

Die Beklagte macht geltend, es könne sehr wohl der Fall sein, dass ein Versicherter nicht schon mit dem Antragsformular, sondern erst mit der Zustellung der Police über eine Gefahrentatsache gefragt werde, was hier mit der "Leistungs- und

Prämienübersicht" geschehen sei, die sie dem Kläger nach dem Beratungsgespräch gesandt habe (act. 37 S. 9)

Der blosse tabellarische Vermerk: "Jahreskilometerleistung - unter 10'000 km pro Jahr" auf der "Leistungs- und Prämienübersicht" (act. 25/8 und act. 4/6) ist zweifellos nicht als individuelle Frage formuliert. Der Eintrag hält auch keinesfalls bestimmt und unzweideutig fest, dass eine Jahreskilometerleistung von 10'000 km nicht überschritten werden dürfe, weil er dafür schlicht sprachlich zu kurz ist. Bei diesen Angaben ist für einen Versicherungsnehmer in grammatikalischem Sinne nicht ersichtlich, was der Versicherer genau festhalten will. Es lässt sich aus diesen knappen Angaben auf jeden Fall nicht herauslesen, dass die jährliche Fahrleistung keineswegs mehr als 10'000 km betragen dürfe und ebenso wenig kann der Versicherungsnehmer erkennen bzw. müsste er erkennen können, dass er damit nach einer erheblichen Gefahrentatsache gefragt werde, auf die er wahrheitsgemäss Auskunft zu erteilen hätte, um seiner gesetzlichen Anzeigepflicht nachzukommen. Dass damit nach einer erheblichen Gefahrentatsache gefragt werden soll, ist überdies nicht erkennbar, weil im gleichen Formular in derselben knappen Darstellungsart auch schlichte Banalitäten festgehalten sind, wie „Hubraum 1'994 ccm“ oder „Katalogpreis 49'200.00“ (act. 4/6).

Durch Zustellung der Police mit dem Versicherungsinhalt in tabellarischer Form wird keine Fragepflicht ausgeübt. Eine gesetzliche Vermutung zugunsten der Beklagte hinsichtlich einer erhebliche Gefahrentatsache in Form einer maximalen Jahreskilometerleistung von 10'000 km besteht demnach nicht.

b) Die Beklagte hat die Bedeutung der Jahreskilometerangabe als erhebliche Gefahrentatsache somit nachzuweisen. Sie muss m.a.W. beweisen, dass eine Jahreskilometerleistung *über 10'000 km* ihren Entschluss, den Versicherungsvertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschliessen, einen Einfluss ausgeübt hätte (vgl. Art. 4 Abs. 2 VVG)

Die Beklagte macht hiezu geltend, dass bei ihr ein Versicherungsnehmer für eine Personenwagen-Versicherung von einer um 10% verbilligten Prämie profitieren könne, sofern sein Personenwagen nicht mehr als während 10'000 Kilometern in

Betrieb sei (act. 13 S. 6). Aus dem abgestuften Prämientarif ergebe sich ohne weiteres, dass sie einen Vertrag mit einer Fahrleistung von mehr als 10'000 km pro Jahr nur zu anderen Konditionen abgeschlossen hätte (act. 13 S. 6). Die Beklagte hat diese behauptete Relevanz der Jahresmaximalfahrleistung auf die Prämienbemessung zu beweisen.

Aus den ins Recht gelegten Urkunden, insbesondere aus der Versicherungspolice ist nicht ersichtlich, dass der Kläger von einer Prämienreduktion profitiert hat. Ziffer A12 der Allgemeinen Vertragsbedingungen zur Motorfahrzeugversicherung hält zwar das Folgende fest:

"Ändern sich Umstände, die für die Prämienbemessung massgebend sind, so ist dies der Basler mitzuteilen. Dies gilt namentlich wenn die jährliche Kilometerleistung neu den Wert von 10'000 km pro Jahr über- oder unterschreitet."

Dieser allgemeine Hinweis auf die Massgeblichkeit der Jahreskilometerleistung auf die Prämienbemessung ist allenfalls ein Indiz dafür, dass die Beklagte den Versicherungsvertrag mit dem Kläger zu einem anderen Prämientarif abgeschlossen hätte, wenn sie von einer höheren Jahreskilometerleistung ausgegangen wäre.

Als weiteres Beweismittel bezeichnete die Beklagte den Zeugen M. D. (act. 42 und 46). D. bestätigte, dass bei einer Jahreskilometerleistung unter 10'000 km in jedem Fall ein Rabatt von 10 % auf die Prämie geschlagen wird (Prot. S. 19 und 23). Dies wurde auch von Zeugin Sch. bestätigt (Prot. S. 31). Damit kann die Beklagte nachweisen, dass intern eine der Prämienabstufung vorgenommen wird und somit gelingt ihr der Beweis, dass die Jahreskilometerleistung für sie eine erhebliche Gefahrerhöhung im Sinne des Gesetzes darstellt. (Zur weiteren Frage, ob dies auch dem Kläger bekannt war oder bekannt gewesen sei musste vgl. Erw. 3.3.3.).

3.3.2.3.) Damit eine wesentliche Gefahrerhöhung vorliegt, muss sodann eine Änderung der erheblichen Gefahrerhöhung zu einer Erhöhung des Risikos geführt haben. Diese Risikoerhöhung kann u.a. in der Erhöhung der Eintrittswahrschein-

lichkeit des Schadens liegen (Kuhn/Müller-Studer/Eckert, a.a.O., S. 238; Fuhrer, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 28 -32 N 25).

Unbestritten ist, dass innert sieben Monaten mit dem versicherten Personenwagen rund 17'000 km zurückgelegt wurden (act. 2 S. 10; act. 13 S. 4). Dies entspricht einer hypothetisch hochgerechneten Jahresleistung von ca. 29'150 km, somit rund das Dreifache einer Jahreskilometerleistung von 10'000 km. Selbst wenn man zu Gunsten des Klägers davon ausgehen würde – was wenig realistisch erscheint – dass der Personenwagen des Klägers die übrigen 5 Monate des Jahres nicht oder kaum mehr in Betrieb genommen worden wäre, liegt immer noch eine Überschreitung von mindestens 70% Prozent vor. Fraglich ist, ob diese auch im günstigeren Fall doch deutliche Erhöhung der Jahreskilometerzahl, die Wahrscheinlichkeit des Unfalls vom 27. März 2005 des Sohnes des Klägers und damit des vom Kläger geltend gemachten Schadens erhöht hat.

Der Kläger macht geltend, dass das Kriterium der reinen Kilometerleistung für sich alleine betrachtet ohnehin keinen absoluten Aufschluss über die objektive Risikoexposition gebe. So sei das Risiko eines Verkehrsunfalls für einen Lenker, der 10'000 km im Stadtverkehr zurücklege aufgrund der höheren Verkehrsdichte und der grösseren Anzahl möglicher Kollisionsstellen wesentlich höher zu veranschlagen als dasjenige eines Automobilisten, der 10'000 Kilometer auf Autobahnen und Landstrassen zurücklege. Wesentlich entscheidender sei die Fahrpraxis, da dem routinierten Fahrer auch in Extremsituationen ein adäquateres Reagieren möglich sei als dem in solchen Situationen meist überforderten Neulenker (act. 29 S. 6)

Die Beklagte hält entgegen, die versicherungstechnischen Ausführungen des Klägers würden jeder wissenschaftlichen Grundlage entbehren. Es leuchte geradezu ein, dass auch andere Faktoren (Fahrpraxis, Streckenart, usw.) das Risiko des Versicherers beeinflussen würden. Nichtsdestotrotz lasse sich statistisch beweisen, dass die reine jährliche Kilometerleistung als risikoerhöhender Faktor wirke (act. 37 S. 5).

Aufgrund der allgemeinen statistischen Gesetzmässigkeiten ist auch für einen versicherungstechnischen Laien nachvollziehbar, dass das Risiko eines Fahrzeu-

ges, in einen Unfall verwickelt zu werden, allein schon dann je grösser wird, desto mehr Kilometer mit diesem Fahrzeug innerhalb eines Jahres zurückgelegt werden. Dabei mag sich diese allgemeine statistische Zunahme des Unfallrisikos aufgrund der zurückgelegten Fahrleistung durch die Unerfahrenheit eines Lenkers oder den Risikoreichtum einer Fahrstrecke oder auch weitere negative Faktoren noch zusätzlich erhöhen, wogegen versierte Lenker und/oder das Fahren auf einer sicheren Strecke das Unfallrisiko weniger schnell erhöhen mögen. Diesbezüglich vermag allenfalls ein Versicherungsmathematiker genau berechnen, wie hoch ein konkretes Unfallrisiko im Zusammenspiel mit mehreren gegebenen kumulativen oder kompensierenden Risikofaktoren ausfällt. Jedoch bleibt auch für einen Versicherungslaien die Tatsache einleuchtend, dass selbst der routinierteste Lenker auch auf der sichersten Strecke nicht vermeiden kann, dass das Risiko, in einen Unfall verwickelt zu werden immer weiter wächst, je länger er unterwegs ist. Es darf deshalb als notorisch gelten, dass sich mit zunehmender Jahreskilometerzahl das Risiko eines Schadens erhöht.

Nicht geprüft werden muss an dieser Stelle, ob die erhöhte Fahrleistung auch tatsächlich die (einzige oder überwiegende) Ursache dafür war, dass der Unfall eintrat. Unterschieden werden muss die Gefahrserhöhung (Erhöhung der Risikoeintrittswahrscheinlichkeit) vom tatsächlichen Eintritt des Risikos. Wichtig ist hier einzig, dass die erhöhte Fahrleistung kausal *für die Erhöhung des Unfallrisikos* (Eintrittswahrscheinlichkeit des Unfalls) ist (vgl. Fuhrer, a.a.O., Art. 28 N 4). Ob diese abstrakte Erhöhung des Unfallrisikos auch adäquat kausal für den Eintritt des Unfalls war, ist unter Art. 32 VVG zu prüfen (Fuhrer, a.a.O. Art. 32 N 2). Auf den Einwand des Klägers, der Selbstunfall des Sohnes sei auf die noch mangelnde Fahrpraxis des jugendlichen Lenkers zurückzuführen, so dass die Anzahl der gefahrenen Kilometer des Fahrzeugs überhaupt keine Rolle spielen würde (act. 2 S. 9), ist deshalb – sofern noch nötig – an jener Stelle einzugehen.

3.3.2.4. Somit ist nachgewiesen, dass sich mit der Überschreitung der Jahresmaximalfahrleistung um mindestens 70 bis 300 % eine für die Beurteilung der Gefahr, d.h. des Unfallrisikos, erhebliche Tatsache geändert hat. Die materielle Wesentlichkeit der Gefahrserhöhung gem. Art. 28 Abs. 2 VVG ist damit erfüllt.

3.3.3. Formelle Wesentlichkeit.

3.3.3.1. Die Änderung einer für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsache begründet an und für sich, selbst wenn sie tatsächlich eine in die Augen springende Vergrösserung des Risikos in sich schliesst, nach Versicherungsgesetz noch keine wesentliche Gefahrserhöhung. Voraussetzung ist weiter, dass die Parteien namentlich den Umfang der betreffenden Gefahrstatsache bei Vertragsschluss festgestellt haben (Kuhn/Müller-Studer/Eckert, a.a.O., S. 237). Auch hinsichtlich dieses Tatbestandselementes verweist Art. 28 VVG auf Art. 4 VVG. Daraus folgt, dass Veränderungen von Gefahrstatsachen, die der Versicherer bei Vertragsschluss nicht abgefragt hat, von vorneherein unbeachtlich sind. Der Versicherer muss in diesem Fall das erhöhte Risiko zur vereinbarten Prämie tragen. Aus dem Erfordernis der Feststellung einer Gefahrstatsache folgt auch, dass entsprechende Fragen des Versicherers auch tatsächlich beantwortet werden müssen. Es genügt somit nicht, dass der Versicherer eine Frage zwar abfragt, es aber zulässt, dass der Versicherungsnehmer die Frage unbeantwortet lässt. (Fuhrer, a.a.O., Vorbemerkungen zu Art. 28-32 N 56 und 57).

3.3.3.2. *schriftliche Feststellung durch die Parteien?*

Die Feststellung einer Gefahrstatsache hat grundsätzlich schriftlich zu erfolgen (vgl. oben Erw. 3.3.2.1.). So hat gemäss Art. 4 Abs. 1 VVG der antragstellende Versicherungsnehmer dem Versicherer an Hand eines Fragebogens oder auf sonstiges schriftliches Befragen alle erheblichen Gefahrstatsachen, soweit und so wie sie ihm beim Vertragsabschlusse bekannt sind oder bekannt sein müssen, schriftlich mitzuteilen (Art. 4 Abs. 1 VVG.).

Vorliegend haben die Parteien zwar ein Antragsformular verwendet (act. 4/5). Wie schon ausgeführt, hat die Beklagte auf dem Antragsformular jedoch nicht nachgefragt, wie viele Kilometer bzw. ob weniger oder mehr als 10'000 km mit dem zu versichernden Personenwagen jährlich maximal zurückgelegt würden.

Auch der Leistungs- und Prämienübersicht der Beklagte vom 30. September 2004 bzw. vom 11. Oktober 2004 (act. 4/6) können keine erkennbaren Auskunftsbegehren von Seiten der Beklagten entnommen werden. Der Passus "Jahreskilometerleistung - unter 10'000 km pro Jahr" kann in Auslegung nach Vertrauensprinzip nicht als eine Nachfrage der Beklagten beim Kläger interpretiert werden (vgl. oben Erw. 3.3.2.2.), sondern kommt als eine Feststellung allein der Beklagten daher.

Auch der Passus in den AVB der Beklagten, wonach der Versicherungsnehmer der B. V. sämtliche Umstände mitzuteilen hat, die für eine Prämienbemessung massgebend sind, namentlich die Über- oder Unterschreitung einer jährlichen Fahrleistung von 10'000 Kilometern, taugt entgegen den Ausführungen der Beklagten (act. 13 S. 13) nicht als Nachweis dafür, dass die Beklagte den Kläger hinsichtlich der Maximalkilometerleistung bei Vertragsschluss abgefragt habe. Auch dieser Passus ist nicht als Frage formuliert, auf die der Versicherte mit Ja oder Nein antworten kann. Abgesehen davon würde die Geltung einer Allgemeinen Versicherungsbedingung, mit der nach einer erheblichen Fahrentatsache nachgefragt würde, an der für die Kontrolle von AVB zentralen Ungewöhnlichkeitsregel scheitern (vgl. Fuhrer, Art. 33 N 56 ff.), da ein Versicherungsnehmer – insbesondere bei Globalübernahme der AVB – nicht damit rechnen müsste, dass ihm überraschenderweise an solch entlegener Stelle eine weitere Antragsfrage gestellt würde, nachdem die übrigen Fragen nach Fahrentatsachen über das übliche Antragsformular gestellt worden waren.

3.3.3.3. Mit den von der Beklagten ins Recht gelegten Dokumenten – Antrag, Prämienübersicht, technische Daten AVB — gelingt der Beklagten der Nachweis somit nicht, dass für den Kläger die Relevanz der Jahreskilometerangabe als gefahrenerhöhende Tatsache hätte ersichtlich sein sollen. Auf schriftliche Weise ist somit zwischen den Parteien keine entsprechende Fahrentatsache festgestellt worden.

3.3.3.4. *Mündliche Feststellung durch die Parteien ?*

Die Beklagte steht noch der Nachweis offen, dass die Parteien in Abweichung von Art. 4 Abs. 1 VVG mündlich (vgl. oben Erw. 3.3.2.1.) den Umfang der betreffen-

den Gefahrentatsache festgestellt haben, deren Überschreitung zu einer wesentlichen Gefahrserhöhung führen soll. Die Beklagte macht denn auch geltend, dass sie den Kläger mündlich gefragt habe, wie hoch seine voraussichtliche jährliche Fahrleistung sei und der Kläger ihr mündlich zugesichert habe, dass diese unter 10'000 km sei.

Sie führt hiezu aus, der Kläger sei vom Versicherungsberater M. D. betreut worden. D. habe dem Kläger in einem Gespräch Ende September 2004 die verschiedenen Versicherungsmöglichkeiten aufgezeigt (act. 24 S. 3). Nachdem der Kläger zugesichert habe, dass er das Fahrzeug jährlich nicht mehr als während 10'000 km betreiben wolle, sei dem Kläger eine um 10% reduzierte Prämie veranschlagt worden. Der Versicherungsberater D. habe den Kläger angewiesen, der Versicherung umgehend Mitteilung zu machen, sobald er die Jahreskilometerleistung überschreiten sollte, da es sich um eine Gefahrentatsache handle, die der Versicherer seiner Risikobeurteilung zu Grunde lege (act. 26 S. 4; act. 13 S. 3). Daubefeld habe dem Kläger am 1. Oktober 2006 das Formular "Antrag zur Offerte", das beiliegende Standardschreiben, einen ersten Entwurf der Leistungs- und Prämienübersicht, datiert vom 30. September 2004 sowie die allgemeinen Vertragsbedingungen zugestellt (act. 26 S. 5). Der Kläger habe den "Antrag zur Offerte" am 2. Oktober 2004 unterzeichnet an die Beklagte eingereicht. Danach habe die Beklagte dem Kläger am 11. Oktober 2004 die definitive "Leistungs- und Prämienübersicht" mit Datum zugesandt, auf der Änderungswünsche des Klägers hinsichtlich zusätzlicher Leistungen für Lenker und Mitfahrer berücksichtigt worden seien, sowie das Dokument "Technische Daten". Diesen Dokumenten sei ein (zweites) Standardschreiben (vgl. act. 25/9) beigelegt worden, von dem ebenfalls weder elektronisch noch physisch eine Kopie existiere (act. 24 S. 6).

Die Beklagte führte weiter aus, dass man dem geschilderten Vorgehen bei Beratung, Verhandlung und Abschluss des Versicherungsvertrages mit dem Kläger nach einem strikten Standardverfahren vorgegangen sei, an dass man sich bei jedem Kunden halte. Demnach zeige ein Agent bzw. der Kooperationspartner der Beklagten einem Interessenten nach einer ersten Kontaktaufnahme in einem telefonischen oder persönlichen Gespräch die verschiedenen Versicherungsmöglich-

keiten auf und berechne die voraussichtliche Prämie. Aus Gründen der Effizienz werde darauf verzichtet, von solchen Beratungsgesprächen ein Protokoll zu erstellen (act. 26 S. 3). In diesem Gespräch werde der Versicherungsnehmer bei der Berechnung der Prämie ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er von einer um 10% verbilligten Prämie profitieren könne, sofern sein Personenwagen nicht mehr als während 10'000 Kilometern in Betrieb sei. Gebe der Versicherungsnehmer an, dass seine maximale jährliche Fahrleistung nicht mehr als 10'000 Kilometer betragen werde, so weise der Versicherungsagent ihn darauf hin, dass er eine Überschreitung dieser Jahreskilometerleistung der Versicherung auf jeden Fall umgehend anzuzeigen habe, und erläutere ihm, dass es sich dabei um eine Gefahrerhöhung handle, die der Versicherer seiner Risikobeurteilung zu Grunde lege (act. 26 S. 4). Nachdem sich der Versicherungsagent und der potentiellen Versicherungsnehmer sich im Beratungsgespräch auf den Inhalt des Versicherungsverhältnisses geeinigt hätten, werde dem potentiellen Versicherungsnehmer ein Standardschreiben (vgl. act xx), das Formular „Antrag zur Offerte“ mit den schriftlichen Antragsfragen (vg. act), eine erste provisorische, auf dem Resultat des Beratungsgesprächs basierende, „Leistungs- und Prämienübersicht“ sowie ein Exemplar der AVB zugestellt (act. 24 S. 4). Da es sich beim standardmässigen Brief um ein Massenschreiben handle, werde davon weder elektronisch noch physisch eine Kopie abgelegt (act. 24 S. 5). Der Versicherungsnehmer überprüfe die Angaben, beantworte die Antragsfragen und sende den Antrag unterzeichnet an den Agenten oder direkt an die Beklagte zurück. Nach Erhalt des Formulars „Antrag zur Offerte“ überprüfe die Beklagte den Antrag und nehme diesen gegebenenfalls durch Zustellung der definitiven "Leistungs- und Prämienübersicht" und des Dokuments "Technische Daten" an (act. 24 S. 5).

Der Kläger bestreitet, dass er je mit einem Versicherungsberater namens M. D. ein Beratungsgespräch geführt habe (act. 29 S. 3 und 10). Er bestreitet weiter, dass er sich jemals über von ihm voraussichtlich zu fahrende Kilometerleistung geäußert habe. Vielmehr habe die Beklagte die Angabe "Jahreskilometerleistung unter 10'000 km" offensichtlich – sei es absichtlich oder aus Versehen – selbst im Policendokument angebracht, ohne dass der Kläger dazu Veranlassung geboten habe (act. 2 S. 7 f. und 10). Er sei nie nach der voraussichtlichen maximalen jähr-

lichen Fahrleistung gefragt worden. Die Kilometerleistung sei gar nie Gesprächsthema gewesen. Auch sei von Seiten der Beklagten nie auf eine Prämienreduktion hingewiesen worden, sofern der Personenwagen nicht mehr als 10'000 km gefahren werde. Ebenso wenig sei er darauf hingewiesen worden, dass er eine Überschreitung einer so genannten Jahreskilometerleistung dem Versicherer anzuzeigen habe (act. 29 S. 5 f.). Bestritten wird weiter, dass dem Versicherungsantrag, den die Beklagte dem Kläger sandte, die Leistungs- und Prämienübersicht vom 30. September 2004 beigelegt worden sei (act. 29 S. 6). Auch der Erhalt der begleitenden Standardbriefe wird vom Kläger bestritten (act. 29 S. 8).

3.3.3.5. Die Beklagte trägt die Beweislast für ihre Ausführungen. Als Beweismittel bezeichnete sie den Zeugen M. D. (act. 42 und 46).

Anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 29. Februar 2008 führte der Zeuge D. aus, dass er sich beim besten Wissen und Gewissen nicht mehr erinnere, ob er mit dem Kläger ein Beratungsgespräch im Herbst 2004 geführt habe (Prot. S. 20 und 26). Hinsichtlich des üblichen Ablaufs eines Offertengesprächs sagte Zeuge D. aus, dass zuerst die Personalien aufgenommen würden und danach die auto-versicherungsspezifischen Fragen an den Interessenten gestellt würden, was nach „Schema F“ ablaufe. Das Resultat dieser Befragung zeige sich dann in der „Prämien- und Leistungsübersicht“ (Prot. S. 22). Die erste Frage sei die nach dem Auto-Modell, die jeweils nächste Frage sei die nach der Jahreskilometerleistung. Nach der Jahreskilometerleistung werde in einem Offertengespräch immer gefragt. Er frage jeweils: „Wie viele Kilometer machen Sie pro Jahr?“. Bei einer Antwort von „ca. 10'000 km“ frage er jeweils nach „Eher mehr oder weniger“. sage dann jemand „eher weniger“, hake er nach und frage „wie viele“. Im Computer werde dann die angegebene Zahl genau eingegeben; Im Ausdruck stehe dann aber jeweils einfach „unter 10'000 pro Jahr“ oder „über 10'000 pro Jahr“. Das Ziel sei, die Jahreskilometer möglichst genau erfassen zu können, da ja gerade dort die prämienrelevante Grenze sei. Der Kunde wisse aber in der Regel nicht, dass er bei einer Jahreskilometerleistung einen Rabatt von 10 % Prozent bekomme. Je nach Berater könne dies vielleicht mal zur Sprache kommen, es müsse aber nicht erwähnt werden (Prot. S. 22 f). Es werde dem Kunden nicht jedenfalls unter die

Nase gerieben (Prot. S. 23 und 25). Man sage dem Kunden auch nicht, dass er ein ganz anderes Risiko sei, je nachdem ob er 5'000 oder 10'000 km jährlich fahre, denn dies könnte falsch verstanden werden (Prot. S. 24). Der Kunde werde jedoch darauf hingewiesen, dass es sehr wichtig sei, der Versicherung zu melden, wenn er nach drei oder sechs Monaten sehe, dass er mehr – oder auch weniger – Kilometer fahre als angegeben. Generell werde jeder Kunde darauf aufmerksam gemacht, dass er eine wesentliche Änderung melden müsse; sei es Garage, Kilometer, häufigster Lenker oder anderes. Der Standardsatz, den man in einem optimalen Verkaufsgespräch meistens sage, sei: „Wenn irgend etwas ändert, sei es Garage, Kilometer, häufigster Lenker oder so, dann melden Sie uns dies, es ist wichtig, damit Sie richtig versichert sind“ (Prot. S. 25 25). Wie ein solches Beratungsgespräch zu führen sei, dazu gebe es keine schriftlichen Weisungen oder Richtlinien. Er selber sei mündlich eingeschult worden (Prot. S. 26)

3.3.3.6. Die Sachverhaltsdarstellung der Beklagten findet in sämtlichen wesentlichen Punkten keine Stütze in den Ausführungen des Zeugen. So misslingt der Beklagten der Beweis, dass der Versicherungsagent D., dass damalige Beratungsgespräch mit dem Kläger geführt hat. Die Beklagte kann auch nicht beweisen, dass der Kläger im Beratungsgespräch darauf hingewiesen worden ist, dass er bei einer Jahreskilometerzahl von einer um 10% verbilligten Prämie profitierte, sagte doch der Zeuge aus, dass dies dem Kunde in aller Regel gerade nicht unter die Nase gerieben werde. Weiter kann die Beklagte nicht nachweisen, dass der Kläger im Beratungsgespräch darauf hingewiesen wurde, dass er eine Überschreitung der Jahreskilometerleistung von 10'000 km auf jeden Fall der Versicherung anzuzeigen habe. Der Zeuge bestätigte lediglich, dass den Kunden in aller Regel gesagt werde, dass sie eine nachträgliche Zu- oder Abnahme der voraussichtlichen Jahreskilometerleistung mitzuteilen haben. Dabei wird ihnen jedoch grundsätzlich gerade nicht mitgeteilt, dass es die Überschreitung der 10'000 km Marke ist, die ausschliesslich von Bedeutung ist, und von Seiten der Versicherung als eine wesentliche Gefahrserhöhung angeschaut wird. Sodann misslingt der Beklagten auch der Beweis, dass der Kläger wusste, dass die Jahreskilome-

tergrenze von 10'000 km der Risikobeurteilung der Beklagten zu Grunde lag, sagte der Zeuge doch, dass den Kunden grundsätzlich nicht gesagt werden, was für ein Risiko sie aufgrund ihrer jährlichen Fahrkilometer seien, weil dies missverstanden werden könnte. Sämtliche Aussagen des Zeugen D. werden im übrigen von der Zeugin Sch. im wesentlichen bestätigt. (Prot. S. 27 ff).

3.3.4. Der Beklagten misslingt somit der Beweis, dass der Kläger zumindest mündlich darüber informiert wurde, dass eine Fahrleistung von maximal 10'000 km jährlich im vorliegenden Vertragsverhältnis als eine erhebliche Gefahrentatsache zu gelten hatte, die auf die Ausgestaltung der Prämie einen entscheidenden Einfluss hatte. Das Kriterium der formellen Wesentlichkeit der Gefahrserhöhung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 VVG ist damit nicht erfüllt. Dies hat zur Folge, dass die Überschreitung einer jährlichen Fahrleistung von 10'000 km nicht den Tatbestand einer wesentlichen Gefahrserhöhung im Sinne von Art. 28 Abs. 2 VVG erfüllt, weshalb die Beklagte sich nicht unter Berufung auf Art. 28 Abs. 1 VVG von der Leistung zur Zahlung des Schadens befreien kann.

3.5. Genehmigungsfiktion nach Art. 12 VVG?

3.5.1. Die Beklagte macht im weiteren – (für den Fall der Annahme, dass der Passus über die Jahresmaximalkilometerzahl von der Beklagten einseitig in die Police aufgenommen worden ist) – geltend, dass der Policeninhalte auf jeden Fall bindend sei, da der Kläger nach Erhalt der Police innert Frist keine Berichtigung verlangt habe. Somit sei aufgrund Art. 12 VVG jede Beanstandung des Policeninhalts ausgeschlossen und jede Berufung auf andere Abmachungen wirkungslos (act. 24 S.6, act. 37 S. 7).

Der Kläger wendet ein, die Vorschrift von Art. 12 Abs. 1 VVG beziehe sich ohnehin auf die Essentialia eines Vertrags. Im Wesentlichen gehe es darum, ob die gewünschten Deckungen richtig deklariert seien und auch das versicherte Objekt korrekt bezeichnet sei. Soweit dies im vorliegenden Fall zugetroffen habe, habe der Kläger auch keine Veranlassung gehabt, um irgendwelche Änderungen nach-

zusuchen, umso mehr als die Kilometerleistung überhaupt nie thematisiert worden sei.

3.5.2. Stimmt der Inhalt der Police oder der Nachträge zu derselben mit den getroffenen Vereinbarungen nicht überein, so hat der Versicherungsnehmer innert vier Wochen nach Empfang der Urkunde deren Berichtigung zu verlangen, widrigenfalls ihr Inhalt als von ihm genehmigt gilt (Art. 12 Abs. 1 VVG). Diese Bestimmung ist in ihrem Wortlaut in jede Police aufzunehmen (Art. 12 Abs. 2 VVG). Stellt der Versicherungsnehmer kein Begehren um Berichtigung der Police, so gilt nach Art. 12 Abs. 1 VVG ihr Inhalt als von ihm genehmigt.

Nicht oder nicht fristgerecht erhobener Widerspruch führt somit zu einer Genehmigungsfiktion. Diese Genehmigungsfiktion tritt jedoch dann nicht ein, wenn der Versicherer keine Rechtsbelehrung gemäss Art. 12 Abs. 1 in die Police aufgenommen hat. Bei unterlassener Rechtsbelehrung gilt die frühere vertragliche Vereinbarung zwischen den Parteien (Hasenböhler, a.a.O., Art. 12 N 50.)

Art. 12 Abs. 1 VVG geht von der Prämisse aus, dass die Übergabe der Police erst nach Abschluss des Versicherungsvertrags erfolgt. In der Praxis kommt es jedoch vor, dass die Police ausgehändigt wird, bevor der Vertrag zustande gekommen ist. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Versicherer den ursprünglichen Antrag des potentiellen Versicherungsnehmers zwar nicht annimmt, ihm aber in Gestalt der Police einen *modifizierten Vertragsentwurf* unterbreitet. Die Police hat dann nur (aber immerhin) die Bedeutung einer Offerte zum Abschluss eines Vertrages gemäss den in ihr umschriebenen Bedingungen (Hasenböhler, Basler Kommentar, Art. 12 N 10, Kuhn/Müller-Studer/Eckert, a.a.O., S. 155). In diesen Fällen ist Art. 12 VVG dann anwendbar, wenn zwischen dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer eine vertragliche Vereinbarung zustande gekommen ist, was heisst, dass der Versicherungsnehmer nach Erhalt einer inhaltlich von seiner Offerte abweichenden Police das Akzept erklärt haben muss, was auch konkludent durch Bezahlung der Versicherungsprämie geschehen kann (Hasenböhler, a.a.O., Art. 12 N 12 und 14).

3.5.3. Mit ihrem Vorbringen macht die Beklagte geltend, dass der Kläger mit der widerspruchslosen Entgegennahme der Versicherungspolice bzw. der Leistungs- und Prämienübersicht in einen entsprechenden modifizierten Vertrag mit Festlegung einer Jahresmaximalfahrleistung eingewilligt habe.

Damit ein um das wesentliche Element einer maximalen Fahrleistung modifizierter Vertrag zustande gekommen wäre, müsste eine diesbezügliche gültige Gegenofferte in der Police der Beklagten gestellt worden sein.

Gemäss allgemeinen obligationenrechtlichen Regeln, welche auf die Gegenofferte eines Versicherers anzuwenden sind (vgl. Kuhn/Müller-Studer/Eckert, a.a.O., S. 155), hat eine Offerte hinsichtlich der wesentlichen Vertragspunkte hinreichend bestimmt oder jedenfalls bestimmbar zu sein (Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. A., Bern 2003, N 28.05).

Aus den Angaben in der "Prämien- und Leistungsübersicht" sowie den "Technischen Daten" müsste demzufolge mit hinreichender Bestimmtheit hervorgehen, dass für die Beklagte ein wesentlicher Vertragspunkt darstellt, dass der Kläger jährlich nicht mehr als 10'000 Kilometer mit dem Fahrzeug zurücklegt. Dass dieser Sinn aus den knappen und widersprüchlichen Einträgen nicht herausgelesen werden kann, wurde in den voranstehenden Erwägungen schon mehrmals betont (Erw. 3.3.2.2. und 3.3.3.2.). Im Vermerk "Jahreskilometerleistung - unter 10'000 km pro Jahr" in der Prämien und Leistungsübersicht kann deshalb nach Vertrauensprinzip keine gültigen Gegenofferten der Beklagten gesehen werden, die die vorherigen Abmachungen zwischen den Parteien modifizieren würde und die der Kläger anzunehmen oder auch abzulehnen hätte. Es ist deshalb festzuhalten, dass mit der Zusendung der Police kein modifizierter Vertrag im Sinne der Ausführungen der beklagten geschlossen wurde, sondern dass der vom Kläger geltend gemachte Vertrag ohne die Erwähnung einer Jahresmaximalkilometerleistung zustande kam.

Da der Kläger nach dem Gesagten davon ausgehen durfte, dass die Anmerkungen bezüglich Jahreskilometer- bzw. Fahrleistung in der Police nebensächliche Angaben bzw. unwesentliche Vertragspunkte darstellen würden – ähnlich weiterer

Einträge, wie etwa die Feststellung des Vorhandenseins einer abschliessbaren Garage oder die Vermerke „Hubraum 1'994 ccm“ oder „Katalogpreis 49'200.00“ (act. 4/2) – musste er sich auch nicht veranlasst sehen, innert Frist von Art. 12 Abs. 1 VVG eine Berichtigung bzw. Erklärung derselben zu verlangen. Bei diesem Resultat kann die Frage offen gelassen werden, ob der Kläger zusammen mit der Police auch eine entsprechende Rechtsbelehrung gemäss Art. 12 Abs. 2 VVG erhalten hat oder nicht. Es ist deshalb irrelevant, ob act. 25/9 ein Begleitbrief bzw. Standardschreiben – so die Beklagte noch in ihren Rechtsschriften (act. 24. S.7; act. 37 S.6 f.) – oder, nach Aussage des Zeugin Sch. (Prot. S. 34), die erste Seite der Police.

3.6. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass es der Beklagten nicht gelingt, zu beweisen, dass die Parteien eine jährliche maximale Fahrleistung des versicherten Personenwagens von höchstens 10'000 Kilometern vereinbart hätten; weder im Sinne einer erheblichen Gefahrentatsache noch im Sinne eines wesentlichen Vertragspunktes.

Unbestritten ist die Höhe des Schadens des Klägers von Fr. 29'194.00. Die Forderung des Klägers besteht somit zu Recht.

3.7. Verzugszins

3.7.1. Der Kläger fordert zusätzlich Verzugszinsen von 5 % seit 7. Juli 2005 (act. 2 S. 2). Das Datum des Verzugszinsenlaufes wird von der Beklagten nicht bestritten. Das Begehren ist gutzuheissen.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 29'194.– errechnet sich in Anwendung von § 4 Abs. 1 GerGebV eine Grundgebühr von Fr. 3'886.–.

Gemäss § 64 Abs. 2 ZPO werden die Gerichtskosten in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Ausgangsgemäss sind somit die Gerichtskosten vollumfänglich der Beklagten aufzuerlegen.

4.2. Für die Berechnung der Prozessentschädigung ist in Anwendung von § 3 Abs. 1 AnwGebV von einer Grundgebühr von Fr. 4'912.– auszugehen. Zur Grundgebühr darf ein Zuschlag von je $\frac{1}{4}$ für die Vergleichsverhandlung, für den zweiten Schriftenwechsel sowie für das Beweisverfahren berechnet werden (§ 6 Abs. 1 lit. b und c). Somit erscheint eine Prozessentschädigung von Fr. 8'596.– angemessen.

Gemäss § 68 Abs. 1 ZPO hat jede Partei in der Regel die Gegenpartei im gleichen Verhältnis für aussergerichtliche Kosten und Umtriebe, einschliesslich Weisungskosten, zu entschädigen, wie ihr Kosten auferlegt werden. Ausgangsgemäss hat der Kläger dem Beklagten die volle Prozessentschädigung von Fr. 8'596.– zu bezahlen.

Das Gericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Fr. 29'914.– nebst 5 % Zins seit 7. Juli 2005 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'886.– festgesetzt.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, den Kläger mit Fr. 8'596.– (zuzüglich Mehrwertsteuer von 7.6%) zu entschädigen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien je gegen Empfangsschein.

6. Eine Berufung gegen dieses Urteil kann innert 10 Tagen von der Zustellung an schriftlich und im Doppel beim Bezirksgericht Horgen, Burghaldenstrasse 3, 8810 Horgen, erklärt werden.

Der Vorsitzende:

Der juristische Sekretär:

lic. iur. T. H.

lic. iur. M. H.