

# ZH\_OBERGERICHT LB110031 vom 21. November 2011

ZH Obergericht, 2011-11-21, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB110031](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB110031)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB110031 du 21 novembre 2011

IT: ZH\_OBERGERICHT LB110031 del 21 novembre 2011

## Erwägungen

### E. 1

Sachverhalt und Prozessgeschichte

#### E. 1.1

Am 26. März 1994 schloss der Kläger, gesetzlich vertreten durch seinen Vater, bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der „B1. \_\_\_\_\_“ Lebensversicherungsgesellschaft, eine sog. „Heiratsversicherung“ über Fr. 100'000.-- ab (Police Nr. ...). Es handelt sich um eine gemischte Lebensversicherung (Erlebnisfall- Kapital und Todesfallrisiko) als Hauptversicherung kombiniert mit einer Heiratszusatzversicherung. Dabei wird die Erlebnisfall-Summe vorzeitig ausbezahlt, falls das versicherte Kind vor Ablauf der Versicherungsdauer heiratet. Der Vertragsbeginn war auf den 3. September 1994, das Vertragsende auf den 3. September 2010 festgesetzt. Die Erstprämie war am 3. September 1994, die Folgeprämien waren jeweils auf den 1. September fällig. Nach Darstellung des Klägers heiratete er am 1. August 2004 und liess der Beklagten in der Folge das notariell beglaubigte und übersetzte Heiratszertifikat sowie die Identitätspapiere der Eheleute zukommen. Da der Kläger auf mehrfaches Verlangen der Beklagten nicht in der Lage war, eine „Original-Heiratsurkunde“ einzureichen, die Beklagte vielmehr einen begründeten Verdacht auf eine Fälschung des ihr eingereichten „Original Marriage Certificate“ hatte, trat sie am 17. Januar 2005 gestützt auf Art. 40 VVG vom Versicherungsvertrag zurück und bezahlte dem Kläger am 5. April 2005 den Rückkaufswert der Versicherungspolice in Höhe von Fr. 58'911.--. Der Kläger hält dafür, er habe Anspruch auf die gesamte Versicherungssumme, da er seine Heirat genügend belegt habe, und verlangt mit seiner Klage den Differenzbetrag zu Fr. 100'000.-- (d.h. Fr. 41'089.--). Darüber hinaus schulde ihm die

- 4 - Beklagte die für das Jahr 2004 zu viel bezahlte Restprämie von Fr. 590.60 (ein Zwölftel der Jahresprämie von Fr. 7'087.40). Die Beklagte steht auf dem Standpunkt, dass der Kläger versucht habe, sie mit einer gefälschten Urkunde über den Eintritt des Versicherungsfalls zu täuschen. Der Kläger habe daher keinen Anspruch auf die gesamte Versicherungssumme, sondern nur auf den Rückkaufswert. Der angebliche Anspruch auf pro-rata Rückerstattung der Jahresprämie 2003/2004 bestehe nicht.

#### E. 1.2

Der Kläger machte die Klage ohne Weisung (§ 104 lit. d ZPO/ZH) mit Einreichung der Klageschrift am 4. April 2007 bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1). Bezüglich des Prozessverlaufs im erstinstanzlichen Verfahren kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (act. 66 S. 2 f.). Mit Urteil vom 28. November 2008 hat die Vorinstanz – nach Durchführung eines Beweisverfahrens – die Klage grösstenteils gutgeheissen (act. 66 S. 21).

### **E. 1.3**

Gegen das Urteil erklärte der Kläger mit Eingabe vom 10. Dezember 2008 fristgemäss Berufung (act. 67-68). Die Beklagte hat kein Rechtsmittel erhoben. Im Berufungsverfahren beantragt der Kläger, Dispositiv Ziff. 1 des Urteils sei bezüglich der Abweisung der Klage im Mehrbetrag aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen. Er führt aus, die Berufung richte sich einzig gegen die Abweisung der Klage im Mehrbetrag von Fr. 590.60 in Dispositiv Ziff. 1 des angefochtenen Urteils. Dispositiv Ziffern 2 bis 4 seien unangefochten. Da die Frage der pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Heiratsfall über den konkreten Fall hinaus Signalwirkung für sämtliche identischen Versicherungsverträge der Beklagten habe, habe der Kläger vom „Verein C.\_\_\_\_“ eine Kostengutsprache für den Weiterzug des Verfahrens erhalten (act. 67 S. 3). Die Abweisung der Klage im Mehrbetrag umfasst allerdings neben der pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Betrag von Fr. 590.60 auch die Verzugszinsforderung des Klägers von 5% seit 12. Oktober 2004 (vgl. angefochtenes Urteil act. 66 S. 19 f.). Dazu äussert sich der Kläger mit keinem Wort, weshalb davon auszugehen ist, dass das Urteil auch diesbezüglich nicht angefochten ist. Unangefochten geblieben und in Rechtskraft erwachsen ist das Urteil damit insoweit, als die Klage im Umfang von Fr. 41'089.-- gutgeheissen bzw. im Umfang von 5% Zins seit 12. Oktober 2004

- 5 - abgewiesen wurde, sowie bezüglich der Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss Dispositiv Ziffern 2 bis 4. Davon hat die Kammer mit Beschluss vom 29. Januar 2010 Vormerk genommen, welcher unangefochten geblieben ist. Mit Urteil gleichen Datums wies die Kammer die Klage im Restbetrag von Fr. 590.60 ab (act. 97 S. 21 f. = act. 110 S. 21 f.).

### **E. 1.4**

Gegen dieses Urteil erhob der Kläger kantonale Nichtigkeitsbeschwerde (act. 105, act 108/1). Das Kassationsgericht des Kantons Zürich hob das Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 29. Januar 2010 in Gutheissung der Beschwerde auf und wies die Sache mit Beschluss vom 5. Juni 2011 im Sinne der Erwägungen zur Neubeurteilung an die Vorinstanz zurück (act. 111). Es erwog, das Obergericht habe ohne genügende Begründung ein angerufenes Beweismittel nicht abgenommen bzw. eine nicht nachvollziehbare antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen. Da das angefochtene Urteil aufzuheben sei, könne offen bleiben, ob das Urteil an weiteren vom Beschwerdeführer gerügten Nichtigkeitsgründen leide. Es komme hinzu, dass die Kammer, an welche die Rückweisung erfolge, die Ansicht vertrete, im Falle einer Rückweisung sei das Verfahren vor der Vorinstanz nach neuem und nicht nach bisherigem Zivilprozessrecht fortzuführen. Darüber, ob diese Ansicht zutreffe, habe nicht das Kassationsgericht zu befinden. Soweit der Beschwerdeführer über die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führende unzulässige antizipierte Beweiswürdigung und Nichtabnahme einer offerierten Zeugenaussage hinaus weitere prozessuale Mängel, insbesondere die Nichtabnahme von Beweismitteln rüge, werde das Obergericht zu prüfen haben, wie diesbezüglich im weiteren Verfahren unter neuem Prozessrecht vorzugehen sei (act. 111 S. 11).

### **E. 2**

Inkrafttreten der Zivilprozessordnung Am 1. Januar 2011 ist die neue schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Das vorliegende Berufungsverfahren wurde

vor dem 1. Januar 2011 aufgehoben. Die Aufhebung und Rückweisung des Urteils der Kammer vom 29. Januar 2010 erfolgte dagegen mit Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 5. Juni 2011. Wird die Sache zurückgewiesen, stellt sich die Frage nach dem für die weiteren Verfahrensschritte anwendbaren Recht. Die ZPO

- 6 - gibt darauf keine ausdrückliche Antwort. Nach Ansicht der Kammer ist nach Rückweisung der Sache auf das Verfahren das neue Verfahrensrecht anzuwenden (vgl. dazu OGer ZH NK100014 vom 12.01.2011 E. 7 = ZR 110 Nr. 6 E. 7; a.A. OGer ZH HG110167 vom 23.09.2011). Dies gilt auch für das kantonale Ausführungsgesetz (Gesetz über die Gerichts- und Behördenorganisation im Zivil- und Strafprozess vom 10. Mai 2010, GOG) sowie die Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) vom 8. September 2010 bzw. die Verordnung über die Anwaltsgebühren (AnwGebV) vom 8. September 2010. Insbesondere für den Fall, dass nach Rückweisung ein Beweisverfahren durchzuführen ist, ist zu beachten, dass es nach neuem Recht keine Beweisaufgabe gemäss §§ 136 ff. ZPO/ZH mehr gibt, sondern dass es bei der Beweisverfügung i.S. v. Art. 154 ZPO sein Bewenden hat. Der ins Gewicht fallende Unterschied besteht darin, dass die Parteien nach altem Recht im Rahmen des Beweisverfahrens noch (weitere) Beweismittel nennen konnten, was nach neuem Recht entfällt, indem die Beweisverfügung auf der Basis der bereits abschliessend zu nennenden Beweismittel erlassen wird. Diese Rechtsänderung hätten die Parteien im ersten Berufungsverfahren, welches im Januar 2010 seinen vorläufigen Abschluss fand, nicht antizipieren können und müssen. Damit ihre prozessualen Rechte dadurch nicht eingeschränkt wären, wäre den Parteien vor Erlass einer Beweisverfügung Gelegenheit zu geben, allfällige weitere Beweismittel nennen zu können. Nach neuem Recht hat sodann keine öffentliche Urteilsberatung mehr zu erfolgen (§ 134 Abs. 1 GOG).

### **E. 3**

Unzulässige antizipierte Würdigung und Nichtabnahme einer offerierten Zeugenaussage

#### **E. 3.1**

In ihrem Urteil vom 29. Januar 2010 hat die Kammer festgehalten, dem Kläger könne nicht gefolgt werden, wenn er dafür halte, es erübrigten sich Abklärungen dazu, was dem Vater des Klägers bei Vertragsschluss mitgeteilt worden sei, wenn der tatsächliche Wille der Beklagten, die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten, feststehe. Massgebend gemäss Art. 18 Abs. 1 OR sei der übereinstimmende wirkliche Wille. Dabei handle es sich zwar um einen „inneren“, nicht wahrnehmbaren Sachverhalt. Aber er sei doch erklärt. Ein nicht erklärter Wille sei also unerheblich und nicht zu beachten (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 25). Gleichwohl wurden zum behaupteten "abstrakten" tatsächlichen Willen

- 7 - der Beklagten als juristischer Person einige Ausführungen gemacht (act. 110 S. 12 ff.), so u.a. auch dazu, inwiefern ein Direktor einer juristischen Person einen solchen "abstrakten" tatsächlichen Willen zu bilden vermöchte, ohne dass diesen Erwägungen aber eine entscheidrelevante Bedeutung zugekommen wäre (weil ein "abstrakter", nicht erklärter tatsächlicher Wille der Beklagten nicht massgebend ist).

#### **E. 3.2**

Das Kassationsgericht hat in seiner Rückweisungsentscheid vom 5. Juni 2011 einzig erwogen, das Obergericht habe nicht begründet, weshalb auf Grund einer allfälligen Zeugenaussage des angerufenen Direktors im vom Beschwerdeführer (vorliegend Kläger)

behaupteten Sinn (nämlich dass die Beklagte bzw. ihre Rechtsvorgängerin in den Jahren 1980 bis 1995 im Sinn gehabt habe, den unverbrauchten Anteil der Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten bzw. den Agenten mitgeteilt habe, dass die Beklagte auch im Heiratsfall die unverbrauchte Jahresprämie pro rata erstatte) jedenfalls nicht geschlossen werden könne, dies entspreche dem tatsächlichen Willen der Rechtsvorgängerin der Beklagten bzw. die entsprechenden tatsächlichen Äusserungen seien nicht dergestalt, dass der Beschwerdeführer auf einen solchen Willen habe schliessen dürfen. Die Möglichkeit allein, dass Aussagen des angerufenen Zeugen auf einem Irrtum oder Missverständnis beruhen könnten, also nicht in jedem denkbaren Fall den tatsächlichen Willen der Beklagten bzw. ihrer Rechtsvorgängerin wiedergeben müssten, genüge nicht, um solchen Aussagen in antizipierter Beweiswürdigung zum vornherein Beweiswert abzuspochen. Das Obergericht habe somit ohne genügende Begründung ein angerufenes Beweismittel nicht abgenommen bzw. eine nicht nachvollziehbare antizipierte Beweiswürdigung vorgenommen, was zur Gutheissung der Nichtigkeitsbeschwerde führe (act. 111 S. 10 f.). Die Auffassung der Kammer, wonach ein nicht erklärter Wille unerheblich und nicht zu beachten sei (Ziff. 2.8. des Urteils vom 29. Januar 200, vgl. act. 110), hat das Kassationsgericht hingegen nicht beanstandet. Zur Beseitigung des vom Kassationsgericht festgestellten Mangels genügt es daher, die lediglich ergänzend gemachten, nicht entscheidwesentlichen Erwägungen der Kammer zum rein "abstrakten" tatsächlichen Willen der Beklagten (Ziff. 2.8.3. des Urteils vom 29. Januar 2010, vgl. act. 110) zu streichen. Um Unklarheiten zu vermeiden, drängt es

- 8 - sich zudem auf, auch die weiteren in diesem Zusammenhang lediglich ergänzend gemachten, nicht entscheidwesentlichen Erwägungen der Kammer (Ziff. 2.8.2. und 2.8.4. des Urteils vom 29. Januar 2010) ebenfalls zu streichen und einfach daran festzuhalten, dass ein nicht erklärter ("abstrakter") Wille unerheblich und nicht zu beachten ist. Um einen allfällig übereinstimmenden wirklichen Willen festzustellen, bleibt hingegen, wie es die Kammer im Urteil vom 29. Januar 2010 unter Ziff. 2.9 getan hat, zu prüfen, was die Vertragsparteien gegenseitig erklärt haben.

### **E. 3.3**

Der Kläger hat im kassationsgerichtlichen Verfahren über die zur Aufhebung des angefochtenen Entscheids führende unzulässige antizipierte Beweiswürdigung und Nichtabnahme einer offerierten Zeugenaussage hinaus weitere prozessuale Mängel, insbesondere die Nichtabnahme von Beweismitteln gerügt. Das Kassationsgericht hat diese Rügen offen gelassen und festgehalten, das Obergericht werde zu prüfen haben, wie diesbezüglich im weiteren Verfahren unter dem nach seiner Ansicht nach anwendbaren neuen Prozessrecht vorzugehen sei (act. 111 S. 11). Soweit diese Rügen nicht durch die obgenannte Streichung nicht entscheidwesentlicher Erwägungen gegenstandslos werden, werden sie in den nachfolgenden Erwägungen mit zu berücksichtigen sein, soweit sie nicht bereits im Berufungsverfahren thematisiert wurden und erheblich sind.

### **E. 4**

Restprämie (pro rata temporis)

#### **E. 4.1**

Mit der auf den 1. Januar 2006 in Kraft getretenen Revision des VVG wurde bei vorzeitiger Auflösung oder Beendigung des Versicherungsvertrages die Teilbarkeit der Versicherungsprämie statuiert (Art. 24 Abs. 1 VVG). Zur Diskussion steht vorliegend

jedoch die Teilbarkeit der Prämie für das Versicherungsjahr 2003/2004 bezüglich eines 1994 abgeschlossenen Versicherungsvertrages. Darauf kommt, wie die Vorinstanz zutreffend erwogen hat (vgl. act. 66 S. 14), altes Recht zur Anwendung.

#### **E. 4.2**

Gemäss Art. 24 VVG wird, soweit der Vertrag oder das Gesetz nichts anderes bestimmt, die für die laufende Versicherungsperiode vereinbarte Prämie auch dann ganz geschuldet, wenn der Versicherer die Gefahr nur für einen Teil

- 9 - dieser Zeit zu tragen hat. Die Bestimmung statuiert den sog. Unteilbarkeitsgrundsatz, enthält jedoch insofern dispositives Recht, als er abweichende Parteivereinbarungen ausdrücklich vorbehält. Die AVB zahlreicher Gesellschaften halten am Unteilbarkeitsprinzip nicht mehr fest und sehen die zeitanteilige Prämienberechnung vor. Letztere kann im Einzelfall auch aufgrund einer individuellen Absprache zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer vorgenommen werden (VVG-Hasenböhler, Art. 24 N 1 und 4 mit Hinw.).

#### **E. 4.3**

Die Parteien haben mit dem Versicherungsvertrag die Anwendung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (CGA): VII/1993 (nachfolgend AVB) vereinbart (act. 3/2+3). Diese statuieren in Ziff. 27 bezüglich Zahlung der Prämien was folgt (act. 3/32): „27.1 Die erste Prämie ist am Tag des Vertragsbeginns fällig; die folgenden Prämien verfallen am ersten Tag des Monats, mit dem die Versicherungsperiode beginnt, auf welche sie sich beziehen. Sie sind innerhalb dreissig Tagen seit ihrem Verfall zahlbar. 27.2 ... 27.3 Die „B1. \_\_\_\_\_“ erstattet dem aus der Versicherung Begünstigten denjenigen Teil der periodischen Prämien zurück, der am Ende des Versicherungsmonats, in dessen Verlauf der Versicherte gestorben ist, noch nicht verbraucht ist.“ Es ist unbestritten, dass der Versicherungsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten am 3. September 1994 begann und die Prämienzahlungen jeweils auf den 1. September fällig waren (act. 3/2+3). Die Parteien stimmen auch darin überein, dass das Versicherungsjahr (bzw. die Versicherungsperiode) dementsprechend jeweils vom 3. September bis zum 2. September des Folgejahres lief (vgl. act. 3/32, AVB 3.5), und die Versicherungsperiode 2003/2004 somit am 3. September 2003 begann und am 2. September 2004 endete (act. 10 S. 22). Der Kläger heiratete am 1. August 2004. Sollte – wie vom Kläger behauptet – Ziff. 27.3 AVB auch auf den Heiratsfall anwendbar sein, stellte sich die Frage des Endes des Versicherungsmonats, in dessen Verlauf der Kläger heiratete, weil die alsdann noch nicht verbrauchte Prämie zurückzuerstatten wäre. Wird der Versicherungsmonat mit dem Kalendermonat gleichgestellt, wäre das massgebliche Datum, auf das abzustellen wäre, der 31. August 2004. In diesem Zeitpunkt wäre

- 10 - keine Prämie mehr unverbraucht, und die Klage schon aus diesem Grund abzuweisen. Wollte man hingegen, wovon die Parteien auszugehen scheinen, das Ende des Versicherungsmonats, in dem der Kläger heiratete, auf den 2. August 2004 legen, wäre noch die Prämie für den Zeitraum vom 3. August bis 2. September 2004 unverbraucht gewesen. Diese betrüge bei einer Jahresprämie von Fr. 7'087.40 (: 12) gerundet Fr. 590.60.

#### **E. 4.4**

Die Vorinstanz hielt fest (act. 66 S.13 ff.), der Kläger mache geltend, die Heiratsklausel sei formuliert als "vorzeitige Auszahlung des im Erlebensfall vorgesehenen Kapitals". Die

Verheiratung sei also mit Bezug auf die Fälligkeit der Leistung sowie Erlöschen des Vertrages dem Tod gleichgestellt. Verwende ein Versicherer, wie vorliegend, im Hinblick auf bestimmte Produkte entwickelte allgemeine Vertragsbestimmungen auf ein ähnliches Produkt, so habe er sich die Regelungen der AVB sinngemäss entgegenhalten zu lassen, wenn er darauf ■ ohne Modifikationen ■ verweise. Auch eine gesetzeskonforme Auslegung könne zu keinem anderen Ergebnis führen. Der Unteragent D.\_\_\_\_\_ habe dem Vater des Klägers vor dem Versicherungsabschluss gesagt, die Wahl der Art der Prämie (Jahres-, Halbjahres- oder Vierteljahresprämie) habe keine Konsequenzen, da die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück erstattet werde. Die Beklagte mache geltend, die Versicherungsperiode 2003/2004 habe am 2. September 2004 geendet. Weiter stehe sie auf dem Standpunkt, die Jahresprämie sei unteilbar, so dass die Prämie für das ganze Jahr geschuldet sei, auch wenn der Kläger am 1. August 2004 geheiratet haben sollte. Die Vorinstanz erwog sodann, der Inhalt eines Vertrages bestimme sich in erster Linie nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen. Wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibe, seien zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen hätten verstanden werden dürfen und müssen. Vorliegend sei der tatsächliche Wille der „B1.\_\_\_\_\_“ als juristische Person im Zeitpunkt der Vertragsannahme nicht ermittelbar. Der Kläger behaupte, D.\_\_\_\_\_ habe dem Vater des Klägers vor dem Versicherungsabschluss mitgeteilt, dass die Jahresprämie pro rata zurückerstattet werde, was bestritten sei. Der Kläger habe es hier trotz erfolgter Aufforderung seitens des Ge-

- 11 - richts, seine Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen, unterlassen anzugeben, wann das Gespräch zwischen D.\_\_\_\_\_ und dem Vater stattgefunden haben solle. Der Beklagten sei es bei dieser Sachlage nicht rechtsgenügend möglich, sich gegen diese Behauptung des Klägers zur Wehr zu setzen, weshalb dieser Sachverhalt ausser Acht zu bleiben habe. Selbst wenn aber D.\_\_\_\_\_ dies dem Vater des Klägers mitgeteilt haben sollte, so könne daraus der wirkliche Wille der "B1.\_\_\_\_\_" im Zeitpunkt der Vertragsannahme nicht abgeleitet werden. So werde gemäss Ziffer 2.1 der AVB die Vertragsgrundlage durch schriftliche Erklärungen gebildet, welche der Versicherungsnehmer und der Versicherte in Beantwortung aller von der "B1.\_\_\_\_\_" gestellten Fragen abgaben, so namentlich im Antragsformular. In den AVB sei für den Antrag die Schriftform statuiert, und der Kläger mache nicht geltend, sein Vater habe der "B1.\_\_\_\_\_" gegenüber im Antragsformular schriftlich seinen Willen bekundet, dass die in Ziffer 27.3. für den Todesfall festgesetzte Teilbarkeit der Prämie auch für den Heiratsfall gelten solle. Entsprechend sei auch seitens der "B1.\_\_\_\_\_" keine entsprechende schriftliche Annahmeerklärung ergangen und sei der Police keine derartige Regelung zu entnehmen. Nach dem Gesagten sei der tatsächliche Wille der „B1.\_\_\_\_\_“ nicht ermittelbar. Der durch Auslegung zu ermittelnde hypothetische Vertragswille führe dazu, dass eine Rückerstattungspflicht der Restprämie zu verneinen sei.

#### **E. 4.5**

Im Berufungsverfahren macht der Kläger geltend, die Teilbarkeit der Jahresprämie im Heiratsfall sei – wie schon vor Vorinstanz vorgebracht – vereinbart worden. Die Beklagte habe bei Versicherungsabschluss beabsichtigt, im Heiratsfall die Jahresprämie pro rata zurück zu erstatten, entsprechend dem Usus auf dem Markt und ihrer bisherigen Praxis. Es sei der Wille der Beklagten gewesen, Ziff. 27.3 AVB nicht nur auf den „Todesfall“, sondern

allgemein auf den Schadensfall, d.h. analog auch auf den Heiratsfall anzuwenden. Für den tatsächlichen Willen habe er zahlreiche Beweise offeriert. Als erstes habe der Richter durch subjektive Auslegung den übereinstimmenden wirklichen Willen, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt hätten, zu ermitteln. Dies sei Tatfrage, die durch ein Beweisverfahren resp. Beweiswürdigung zu klären sei. Erst wenn der übereinstimmende Wille nicht ermittelbar sei, müsse der Richter durch objektivierte (normative) Auslegung den Vertragswillen ermitteln, welchen die Parteien

- 12 - mutmasslich gehabt hätten. Die Vorinstanz habe es zu Unrecht unterlassen, den tatsächlichen Willen zu eruieren (act. 73 S. 4 f.). Insbesondere macht der Kläger geltend, die Feststellung der Vorinstanz, dass der tatsächliche Wille der „B1.\_\_\_\_“ als juristische Person im Zeitpunkt der Vertragsannahme nicht ermittelbar sei, sei unzutreffend. Der tatsächliche Wille von juristischen Personen sei unter anderem durch die Darlegung des Willens der massgeblichen Organe (Direktoren) zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder durch die Vorlegung der einschlägigen internen Instruktionen und Anleitungen ermittelbar. Er habe daher zum Beweis des tatsächlichen Parteiwillens der Beklagten die Zeugenbefragung des zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zuständigen Direktors E.\_\_\_\_ offeriert, die ergeben werde, dass die Beklagte in den Jahren 1980 bis 1995 im Sinne gehabt habe, den unverbrauchten Anteil der Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten. Zudem werde dieser bestätigen, dass er den Agenten mitgeteilt hatte, dass die Beklagte auch im Heiratsfall die unverbrauchte Jahresprämie pro rata erstatte. Ferner habe er ganz spezifisch den ursprünglichen ... Report vom 14. September 1995, in welchem ausdrücklich festgehalten worden sei, dass die bisher praktizierte Teilbarkeit der Prämie nicht mehr angewendet werden sollte, sowie den Report von ... vom 5. Juli 1995, in welchem sich in einem abgedeckten Teil der Hinweis auf die damals geplante Praxisänderung der Teilbarkeit der Prämie finde, zum Beweis offeriert (act. 73 S.

#### **E. 4.6**

Versicherungsverträge werden typischerweise als Massenverträge aufgrund vorformulierter AVB abgeschlossen. Die AVB bilden normalerweise die Grundlage aller Versicherungsverträge der gleichen Branche und Art bzw. für gleichartige Risiken, welche ein Versicherer abschliesst. Sie regeln den typischen Inhalt des Vertrages in einer grundsätzlich auf alle Fälle anwendbaren generell-abstrakten Weise. Da die AVB lediglich als Vertragsbestandteil rechtlich relevant werden, d.h. wenn die betreffenden Bestimmungen im Einzelfall durch Übernahme der Parteien zum Inhalt eines konkreten Vertrages erhoben wurden, gelten für ihre Interpretation grundsätzlich dieselben Maximen, die für die Auslegung des Vertrages im allgemeinen gelten. Daher ist im Unterschied zur herrschenden deutschen Lehre von einer individuellen, am konkreten Vertragsschluss anknüpfenden, vertrauensstheoretisch fundierten Auslegung auszugehen (BK-Kramer, OR Art. 1 N 218 mit zahlreichen Hinweisen; ZK-Schönenberger/Jäggi, OR Art. 1 N 489 f.). Obwohl die AVB für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind, müssen sie als Bestandteil des konkreten Einzelvertrages doch individuell, anhand der Umstände des Einzelfalles ausgelegt werden. Somit können die gleichen AVB als Inhalt verschiedener Verträge durchaus einen verschiedenen Sinn haben (ZK-Jäggi/Gauch, OR Art. 18 N 466 f.). Sind die Kontrahenten einverständlich von einer von der objektiven Interpretation einer Klausel abweichenden Deutung einer Regelung ausgegangen, geht die individuelle Abrede dem vorgeformten Inhalt vor. Der vorgeformte Inhalt hat zu weichen, weil er trotz der Übernahme insoweit gar nicht gewollt war, als die Parteien einen

übereinstimmenden abweichenden Willen erklären (BK-Kramer, OR Art. 1 N 219; ZK-Schönenberger/Jäggi, OR Art. 1 N 492).

#### **E. 4.7**

Das hier anwendbare Recht gemäss Art. 24 VVG statuiert die Unteilbarkeit der Prämie, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Ziff. 27.3 der übernommenen AVB bestimmt, dass die „B1. \_\_\_\_\_“ dem aus der Versicherung

- 15 - Begünstigten denjenigen Teil der periodischen Prämien zurückerstattet, der am Ende des Versicherungsmonats, in dessen Verlauf der Versicherte gestorben ist, noch nicht verbraucht ist. Die Bestimmung bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf den Todesfall. Zur Heirat finden sich in den AVB keine Bestimmungen. Zutreffend hat die Vorinstanz festgestellt, dass zwar die Heiratsklausel als „vorgezogene Einmalzahlung im Erlebensfall“ umschrieben wird, daraus aber nicht geschlossen werden kann, dass die Verheiratung dem Todesfall gleichgestellt sei. Es kann auf die entsprechenden Erwägungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 66 S. 16 f.). Zu ergänzen bleibt, dass selbst im Zweifelsfall, d.h. wenn zwei verschiedene Deutungen als ernsthaft vertretbar erschienen, Abreden, die vom dispositiven Recht abweichen, eng auszulegen wären, was namentlich für vorgeformte Vertragsinhalte gilt (ZK-Jäggi/Gauch, OR Art. 18 N 447). Da das dispositive Recht in der Regel die Interessen der Parteien ausgewogen wahrt, hat die Partei, die davon abweichen will, dies mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck zu bringen (BGE 115 II 268 E. 5a und 119 II 372 E. 4.b). Zu prüfen ist, ob die Parteien eine von dieser Interpretation abweichende individuelle Abrede getroffen haben.

#### **E. 4.8**

Nicht gefolgt werden kann dem Kläger, wenn er dafür hält, es erübrigten sich Abklärungen dazu, was dem Vater des Klägers bei Vertragsschluss mitgeteilt worden sei, wenn der tatsächliche Wille der Beklagten, die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten, feststehe. Der vorgeformte Inhalt gemäss den AVB hat ■ wie erwogen ■ dann zu weichen, wenn er trotz der Übernahme insofern gar nicht gewollt war, als die Parteien einen übereinstimmenden abweichenden Willen erklären. Massgebend gemäss Art. 18 Abs. 1 OR ist der übereinstimmende wirkliche Wille. Dabei handelt es sich zwar um einen „inneren“, nicht wahrnehmbaren Sachverhalt. Aber er ist doch erklärt. Ein nicht erklärter Wille ist also unerheblich und nicht zu beachten (ZK-Jäggi/Gauch, Art. 18 OR N 25). Es genügt daher nicht, wenn die Beklagte einen entsprechenden Willen gehegt hätte, diesen aber nicht oder gar das Gegenteil erklärt hätte. Beim Willen handelt es sich um eine sog. innere Tatsache, die direkt überhaupt nicht bewiesen werden kann. Vielmehr kann nur aus bestimmten Indizien (z.B. die verwendeten Worte, die Umstände beim Vertragsschluss und das Verhalten der

- 16 - Parteien nach Vertragsschluss) auf das Vorhandensein eines solchen geschlossen werden. Insofern geht es bei der Ermittlung des Parteiwillens immer um einen im weiteren Sinne mutmasslichen Willen. Wenn also von empirischer Auslegung gesprochen werden kann, so in dem Sinne, dass hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, um einen Schluss auf den Willen der Partei bei Abgabe der Erklärung zu ermöglichen (BSK OR I-Wiegand, Art. 18 N 12). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beruht die Ermittlung des wirklichen Willens im Wege der empirischen Auslegung auf tatsächlicher Feststellung bzw. Beweiswürdigung und ist als Tatfrage zu betrachten, während die objektivierte Vertragsauslegung nach Treu und Glauben als Rechtsfrage geprüft wird (BSK OR

I-Wiegand, Art. 18 N 15 mit Hinweisen). Soweit die Beklagte diesbezüglich etwas anderes behaupten wollte, was nicht ganz klar erscheint (act. 79 S. 3, act. 91 S. 4 f.), wäre ihr nicht zu folgen.

#### **E. 4.9**

Der Kläger behauptet denn auch, der Unteragent D.\_\_\_\_\_ habe seinen Vater vor dem Versicherungsabschluss über die pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Heiratsfall informiert (act. 19 S. 112), was bestritten ist (act. 32 S. 38). Die Vorinstanz erachtete die Behauptung – trotz entsprechender gerichtlicher Aufforderung (act. 12 Dispositiv-Ziff. 4) – als ungenügend substantiiert und daher unbeachtlich (act. 66 S. 15 f.). Ob die Behauptung genügend substantiiert worden ist, wie der Kläger im Berufungsverfahren darzulegen versucht (oben Ziff. 4.5. und act. 73 S. 8 f.), kann aus nachstehenden Erwägungen offen bleiben:

##### **E. 4.9.1**

Eine individuelle Abrede ist auch dann wirksam, wenn sie nicht die gleiche Form aufweist wie der vorgeformte Inhalt. Steht indessen – wie vorliegend – die Übernahme allgemeiner Geschäftsbedingungen fest, so ist zu vermuten, dass bloss mündlich Besprochenes nicht als verbindlich gemeint war, falls es einem Formulartext widerspricht (ZK-Schönenberger/Jäggi, OR Art. 1 N 493). Ausdrücklich bestimmt sodann Ziff. 2.2 der AVB (act. 3/32 = act. 11/7), dass für den Vertrag die vorliegenden allgemeinen Bedingungen massgebend seien, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart werde. Gemäss Ziff. 2.4 der AVB bedarf jede besondere Vereinbarung oder Abänderung des Vertrages zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Bestätigung durch die Direktion der „B1.\_\_\_\_\_“. Den AVB wider-

- 17 - sprechende Antragserklärungen, die vorgehen würden (VVG-Stoessel, Art. 3 N 6), wurden vom Kläger nicht behauptet. Eine schriftliche Bestätigung der Direktion der „B1.\_\_\_\_\_“ für eine besondere Vereinbarung oder Abänderung des Vertrages liegt sodann nicht vor. Es wurde auch nicht behauptet, die Parteien seien (in der dafür vorgesehenen Form) übereingekommen, vom Erfordernis der schriftlichen Bestätigung abzusehen. Selbst wenn D.\_\_\_\_\_ und der Vater des Klägers mündlich vereinbart hätten, dass die Teilbarkeit der Jahresprämie im Heiratsfall anzuwenden sei, läge aufgrund der fehlenden schriftlichen Bestätigung der Direktion der "B1.\_\_\_\_\_" keine verbindliche individuelle Abrede vor. Soweit der Kläger erstmals im kassationsgerichtlichen Verfahren eine individuelle Abrede der Parteien behauptet, wonach die Teilbarkeit der Prämie bzw. die Rückzahlung der Restprämie im Heiratsfall gelten solle, ohne dass von der Direktion der "B1.\_\_\_\_\_" eine schriftliche Bestätigung vorliege (act. 108/1 S. 16), erfolgt diese Behauptung verspätet.

##### **E. 4.9.2**

Die Beklagte macht zudem geltend, bei D.\_\_\_\_\_ habe es sich nicht um einen Agenten, sondern um einen Sub-Broker gehandelt, was bestritten ist. Aber auch als Agent hätte er die Pflicht gehabt, ihre Kunden korrekt und in Übereinstimmung mit den AVB über den Inhalt der Versicherungspolice zu informieren. Art. 34 Abs. 2 VVG (recte: aArt.) schreibe explizit vor, dass der Agent nicht befugt sei, von den AVB zu Gunsten oder Ungunsten des Versicherungsnehmers abzuweichen. Daraus folge, dass Aussagen gegenüber Versicherungsnehmern, wenn sie den Vorschriften in den AVB widersprechen, ohne Bedeutung seien, unabhängig davon, ob sich der Versicherungsnehmer auf diese

Aussagen verlassen habe oder nicht (act. 73 S. 8 f., act. 79 S. 4, act. 91 S. 11; vgl. schon act. 10 S. 4, act. 19 S. 106 und 112, act. 32 S. 22 ff.).

#### **E. 4.9.2.1**

Festzuhalten ist vorab, dass auch die Bestimmung von Art. 34 VVG per 1. Januar 2006 geändert worden ist, die vor dem Inkrafttreten des neuen Rechts vorgenommenen Handlungen indes in Bezug auf ihre Verbindlichkeit und ihre Rechtsfolgen dem alten Recht unterstehen. Es kann dazu auf die zutreffenden allgemeinen Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (vgl. act. 66 S. 14).

- 18 -

#### **E. 4.9.2.2**

Gemäss aArt. 34 Abs. 2 VVG ist der Agent nicht befugt, von den allgemeinen Versicherungsbedingungen zu Gunsten oder Ungunsten des Versicherungsnehmers abzuweichen. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass der Agent im Rahmen seiner Vertretungsmacht nach aArt. 34 Abs. 1 VVG nicht zu Ungunsten, wohl aber zu Gunsten des Versicherungsnehmers von den AVB abweichen dürfe (Entscheid des Bundesgerichts vom 25. Februar 1985, SVA XV No. 72, 374 f. = SG 1985 Nr. 362). Nach Gauch (recht 1990, S. 71) und weiteren Lehrmeinungen widerspricht eine solche Auslegung dem klaren Wortlaut des Gesetzestextes. Gemäss dieser Auffassung darf der Agent nur gestützt auf eine ausdrückliche oder stillschweigende Ermächtigung die AVB zu Gunsten des Versicherungsnehmers abändern (vgl. zum Ganzen VVG-Führer, Art. 34 N 177 ff.). Da die Vereinbarung der Teilbarkeit der Jahresprämie im Heiratsfall zu Gunsten des Versicherungsnehmers wirkt, wäre eine solche Vereinbarung nach der genannten bundesgerichtlichen Rechtsprechung zulässig. Ferner macht der Kläger sinngemäss wohl eine ausdrückliche Zustimmung zur Änderung der AVB geltend. Die Agenten seien vorliegend vom zuständigen Direktor der Beklagten darüber informiert worden, dass die Teilbarkeit der Jahresprämie im Heiratsfall anzuwenden sei (act. 19 S. 109, act. 84 S. 5), was die Beklagte allerdings bestreitet (act. 32 S. 17 f., act. 91 S. 11). Im Widerspruch dazu behauptet der Kläger aber auch, die Mitteilung, dass die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata rückerstattet werde, sei keine Zusicherung, die von den AVB abweiche und gemäss Art. 34 Abs. 2 VVG (recte: aArt.) nicht zulässig wäre, sondern eine blosser Auslegungserklärung (act. 84 S. 4). In diesem Widerspruch darf übrigens eine weitere Stütze für die Auffassung der Vorinstanz erkannt werden, die Klage sei in Bezug auf den behaupteten inhaltlich abweichenden Konsens (Vertragsschluss) nicht hinreichend substantiiert. Denn entweder wollten beide Vertragsparteien einen von den AVB abweichenden Inhalt vereinbaren und haben das durch Austausch entsprechender Erklärungen vereinbart, oder aber gerade nicht. Raum für "Auslegungserklärungen" bleibt insoweit keiner.

#### **E. 4.9.2.3**

Handelte es sich, wie die Beklagte geltend macht, bei D. \_\_\_\_\_ um einen (Sub-)Broker, gälte für ihn nicht dasselbe wie für Agenten. Festzuhalten ist, dass der Makler (auch Broker genannt) nie Agent i.S. v. aArt. 34 VVG ist. Er arbeitet,

- 19 - obwohl vom Versicherer bezahlt, im Auftrag des Versicherungsnehmers. Es fehlt somit das Merkmal der Bindung an einen Versicherer (VVG-Führer, Art. 34 N 45; grundlegend BGE 124 III 481 ff.). Der Makler ist Vertreter des Versicherungsnehmers,

nicht des Versicherers, und kann letzteren nicht verpflichten.

#### **E. 4.9.2.4**

Handelte es sich bei D.\_\_\_\_\_ aber um einen (Unter-)Agenten, stellte sich die Frage nach seiner Vertretungsmacht. Der Kläger selber gab zur Vorgehensweise beim Abschluss des Versicherungsvertrages an, die lokalen Unteragenten hätten den jeweiligen potentiellen Kunden das Prinzip der Heiratsversicherung erklärt und hätten diese Kunden Fragebogen zum Gesundheitszustand ausfüllen und unverbindliche Versicherungsanträge unterzeichnen lassen. Danach seien die unverbindlichen Versicherungsanträge von den lokalen Unteragenten an die Versicherungsagenten der Beklagten in der Schweiz versandt worden. In der Schweiz seien die Anträge von den „B1.\_\_\_\_\_“-Versicherungsagenten (d.h. F.\_\_\_\_\_ AG bzw. G.\_\_\_\_\_) gegengezeichnet und nach H.\_\_\_\_\_ weiterversandt worden, wo die entsprechenden Policen ausgestellt worden seien. Im vorliegenden Fall sei der Vater des Klägers vom Unteragenten D.\_\_\_\_\_ über das Versicherungsprodukt und die Versicherungsbedingungen informiert worden. Das Vorgehen habe dem obgenannten Muster entsprochen (act. 19 S. 110 ff. und S. 141; act. 73 S. 8). Nach der Darstellung des Klägers verfügte D.\_\_\_\_\_ somit nicht über eine Abschlussvollmacht, sondern bloss über eine Vermittlungsvollmacht. Verfügte D.\_\_\_\_\_ bloss über eine Vermittlungsvollmacht, war er nicht bevollmächtigt, Willenserklärungen abzugeben, sondern nur, solche entgegenzunehmen. Eine individuelle Abrede kann damit nicht zustande gekommen sein. Zu seinen Aufgaben gehörte ferner die Abgabe und die Entgegennahme von Wissensserklärungen (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 113 und 134). Insbesondere war er bevollmächtigt, Wissensserklärungen (Anzeigen und Mitteilungen) im Rahmen der Belehrungspflicht des Versicherers für diesen abzugeben (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 134). Zu seinen Aufgaben zählte, den Versicherungsnehmer über Sinn und Tragweite einer für ihn unklaren Bestimmung in den AVB aufzuklären (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 139). Solche Erklärungen des Vermittlungsagenten sind für den Versicherer verbindlich, auch dann, wenn sie sachlich falsch sind, und er hat dafür einzu-

- 20 - stehen. Falsche Erläuterungen des Vermittlungsagenten stellen rechtswidrige Handlungen dar, die eine Haftung des Versicherers nach den Grundsätzen der Hilfspersonenhaftung auslösen (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 141). Voraussetzung ist allerdings, dass es sich (alternativ) entweder um objektiv erklärungsbedürftige Fragen bzw. AVB-Bestimmungen handelt, d.h. solche, die objektiv unklar, schwer- oder unverständlich sind oder deren Beantwortung bzw. Interpretation eine besondere Sachkunde voraussetzt, oder um subjektiv erklärungsbedürftige Fragen bzw. AVB-Bestimmungen, d.h. solche, die vom Standpunkt des Antragsstellers aus als nicht klar und zweifelsfrei erscheinen (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 139). Nach Darstellung des Klägers wollte sein Vater von D.\_\_\_\_\_ sämtliche für ihn relevanten Details des Versicherungsproduktes wissen. Insbesondere habe ihn bei der Wahl der Prämie (Jahres-, Halbjahres- oder Vierteljahresprämie) interessiert, ob die Wahl finanzielle Auswirkungen habe. Er habe sich die Frage gestellt, ob er im Fall einer Heirat seines Sohnes möglicherweise die Jahresprämie verlieren würde, und es deshalb besser wäre, eine Halbjahres- oder Vierteljahresprämie zu vereinbaren. D.\_\_\_\_\_ habe ihn informiert, dass die Wahl keine Konsequenzen habe und die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück erstattet werde. Daher habe sich sein Vater für eine Jahresprämie entschieden (act. 19 S. 112). Ob es sich bei der Frage des Vaters des Klägers, ob er im Falle einer Heirat seines Sohnes möglicherweise die Jahresprämie verliere, und es deshalb besser wäre, eine Halbjahres- oder Vierteljahresprämie zu

vereinbaren, um eine objektiv und subjektiv erklärungsbedürftige Frage handelte, kann offen gelassen werden. Selbst wenn dies zuträfe, hätte die Auskunft von D. \_\_\_\_\_ in casu zu keinem Schaden geführt. Wäre aufgrund einer anderen Auskunft eine Vierteljahresprämie gewählt worden, hätte der Kläger beim vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt die Prämie für den letzten Monat auch nicht zurückerstattet erhalten. Dass der Vertrag überhaupt nicht abgeschlossen worden wäre ohne pro rata Rückerstattung der Jahresprämie, wurde nicht behauptet. Eine Haftung der Beklagten ist daher zu verneinen.

#### **E. 4.10**

Daran ändert auch die Auffassung des Klägers nichts, bei den behaupteten Informationen von D. \_\_\_\_\_ an den Vater des Klägers handle es sich nicht um eine Zusicherung, die von den AVB abweiche, sondern lediglich um eine Auslegung

- 21 - bzw. Erläuterung der AVB. Alsdann stellte sich, wovon der Kläger zu Recht ausgeht, die Frage nach aArt. 34 Abs. 2 VVG gar nicht. Wissenserklärungen des Vermittlungsagenten (wozu auch Aufklärungen über Sinn und Tragweite einer für den Versicherungsnehmer unklaren Bestimmung in den AVB zählen), sind zwar ■ wie bereits ausgeführt ■ für den Versicherer verbindlich, auch dann, wenn sie falsch sind, und er hat dafür nach den Grundsätzen der Hilfspersonenhaftung einzustehen. War die behauptete (aber bestrittene) Information von D. \_\_\_\_\_ an den Vater des Klägers, dass die Wahl der Prämie (Jahres-, Halbjahres- oder Vierteljahresprämie) keine Konsequenzen habe und die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück erstattet werde, falsch, ist dem Versicherungsnehmer bzw. dem Vater des Klägers aus dieser Auskunft konkret kein Schaden entstanden, da selbst dann, wenn bei anderer Auskunft statt einer Jahres- eine Vierteljahresprämie gewählt worden wäre, die Prämie für den letzten Monat nicht zurückzuerstatten gewesen wäre. Ein Vertrag mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt ■ und mithin eine übereinstimmende vom Formulartext abweichende individuelle Abrede ■ wäre hingegen nicht zustande gekommen (vgl. dazu auch VVG-Fuhrer, Art. 34 N 142 a.E.). Wäre die Behauptung richtig gewesen, wäre es nicht zum vorliegenden Prozess gekommen.

#### **E. 4.11**

Der Kläger macht ■ wie bereits erwogen ■ geltend, dass die Agenten und insbesondere G. \_\_\_\_\_ von Direktor E. \_\_\_\_\_ informiert worden seien, dass auch im Heiratsfall der unverbrauchte Teil der Prämie rückerstattet werde. Die Agenten wiederum hätten die Unteragenten entsprechend informiert. So soll G. \_\_\_\_\_ D. \_\_\_\_\_ im gleichen Sinn informiert haben und letzterer dann den Vater des Klägers. Damit behauptet der Kläger wohl sinngemäss, der Versicherer habe den Agenten und dieser den Unteragenten mündlich bevollmächtigt, von Ziff. 27 der AVB abzuweichen. Dann wäre zu prüfen, ob gegebenenfalls unter stellvertretungsrechtlichen Gesichtspunkten eine Abrede mit dem besprochenen Inhalt zustande gekommen wäre. Wie bereits ausgeführt, stipuliert Ziff. 27.3 der AVB für von diesen abweichende Absprachen allerdings das Erfordernis einer schriftlichen Bestätigung durch die Direktion der "B1. \_\_\_\_\_". Die Bestimmung soll offensichtlich verhindern, dass beliebige von den AVB abweichende mündliche Absprachen getroffen werden oder Streit über angeblich abweichende mündliche Abreden

- 22 - entsteht. In diesem Sinne bezweckt die Bestimmung auch die Schaffung klarer Rechtsbeziehungen. Es hätte dem Antragsteller, welcher die AVB unstrittig zum Teil seiner Antragserklärung an die "B1. \_\_\_\_\_" erhoben hatte, frei gestanden, die erforderliche

schriftliche Bestätigung einzuholen, umso mehr, als der zuständige Direktor selber entsprechend informiert haben soll. Es kann daher auch nicht angenommen werden, die Berufung auf das vertragliche Formerfordernis widersprüchliche bei Vorliegen der behaupteten Umstände (d.h. Information durch Direktor E. \_\_\_\_\_ im behaupteten Sinn) Treu und Glauben. Damit erübrigt sich auch eine beweismässige Abklärung der diesbezüglich durch die Beklagte bestrittenen klägerischen Behauptungen.

#### **E. 4.12**

Zusammenfassend ist Folgendes festzuhalten: War am Ende des Versicherungsmonats, in welchem der Kläger heiratete, überhaupt noch eine Restprämie unverbraucht, gilt es im Rahmen der subjektiven Auslegung zu prüfen, ob die Parteien übereinstimmend einen vom Wortlaut des Vertrages abweichenden Willen erklärt haben. Ein nicht erklärter Wille ist unbeachtlich. Eine individuelle Abrede unter den Parteien kann nicht zustande gekommen sein, weil es D. \_\_\_\_\_ an der erforderlichen Bevollmächtigung zur Abgabe von Willenserklärungen, d.h. an der Abschlussvollmacht fehlte bzw. weil eine schriftliche Bestätigung der Direktion der "B1. \_\_\_\_\_" für eine besondere Vereinbarung oder Abänderung des Vertrages nicht vorliegt, und eine Berufung darauf auch nicht gegen Treu und Glauben verstösst. Eine Haftung für allfällig falsche Erklärungen oder eine falsche Auslegung der AVB des Vermittlungsagenten D. \_\_\_\_\_ ist mangels eines Schadens ebenfalls zu verneinen. Bei diesem Ergebnis brauchen die unter den Parteien strittigen Behauptungen zum tatsächlichen Willen der Parteien nicht weiter abgeklärt zu werden.

#### **E. 4.13**

Ist eine individuelle Abrede unter den Parteien nicht zustande gekommen, ist der nach dem Vertrauensprinzip durch Auslegung ermittelte Inhalt von Ziff. 27.3 der AVB massgeblich. Die Vorinstanz hat unter Würdigung aller Umstände eine gesetzeskonforme Auslegung vorgenommen, welche dazu führt, dass eine Rückerstattungspflicht der Restprämie zu verneinen ist. Auf diese zutreffenden Ausführungen kann verwiesen werden (vgl. act. 66 S. 16-19). Sie werden denn

- 23 - auch von keiner Partei beanstandet. Entsprechend ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Klage im Restbetrag von Fr. 590.60 abzuweisen.

#### **E. 5**

Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 320.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.

#### **E. 5.1**

Die Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren ist bereits in Rechtskraft erwachsen, wovon mit Beschluss vom 29. Januar 2010 Vormerk genommen worden ist (act. 110).

#### **E. 5.2**

Für das Berufungsverfahren wird der Kläger ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V. mit Art. 95 ZPO), wobei der Streitwert Fr. 590.60 beträgt. Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 300.--, die Prozessentschädigung unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2, § 11 Abs. 2 und 3 sowie § 13 Abs. 1-3 AnwGebV auf Fr. 320.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festzusetzen. Es wird erkannt: 1. Die Klage wird,

soweit nicht bereits rechtskräftig beurteilt, im Restbetrag von Fr. 590.60 abgewiesen. 2. Die Kosten- und Entschädigungsregelung für das erstinstanzliche Verfahren ist bereits in Rechtskraft erwachsen. 3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 300.-- festgesetzt. 4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

#### **E. 7**

Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG. Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 590.60. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Obergericht des Kantons Zürich II. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: lic. iur. A. Katzenstein lic. iur. R. Maurer versandt am:

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