

# ZH\_OBERGERICHT LB120029 vom 20. November 2013

ZH Obergericht, 2013-11-20, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_LB120029](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_LB120029)

FR: ZH\_OBERGERICHT LB120029 du 20 novembre 2013

IT: ZH\_OBERGERICHT LB120029 del 20 novembre 2013

## Erwägungen

### E. 1

Prozessgegenstand Gestützt auf seinen Antrag vom 13. Juni 1997 (Urk. 15A/1) schloss der Kläger und Berufungskläger (nachfolgend Kläger) mit der Beklagten und Berufungsbe- klagten (nachfolgend Beklagte) einen (Einzel-) Unfallversicherungsvertrag mit Vertragsbeginn per 1. April 1998 ab. Der Vertragsinhalt ergibt sich aus der Police Nr. ... vom 11. Juni 1998 (Urk. 4/28a). Versicherte Gefahr ist ein Unfall, der Hei- lungskosten zur Folge hat oder zu Arbeitsunfähigkeit, Erwerbsunfähigkeit, Invalidi- tät oder zum Tod führt. Als versicherte Leistungen wurden die Übernahme der Heilungskosten (in Ergänzung zu den Leistungen der Krankenkasse), ein Tag- geld, eine Invalidenrente, ein Invaliditätskapital und ein Todesfallkapital verein- bart. Am 29. Oktober 1999 erlitt der Kläger einen Verkehrsunfall, am 16. August 2001 einen zweiten. Gestützt auf die vom Kläger geltend gemachte und durch ärztliche Zeugnisse bescheinigte Arbeitsunfähigkeit von 100% bezahlte die Be- klagte dem Kläger während der vertraglich vereinbarten Maximaldauer von 730 Tagen ununterbrochen das vereinbarte Taggeld. Mit Schreiben vom 21. Mai 2002 warf die Beklagte dem Kläger vor, wahrheitswidrig eine Arbeitsunfähigkeit von 100% geltend gemacht und damit, wie von ihm beabsichtigt, zu Unrecht das un- gekürzte Taggeld bezogen zu haben, und erklärte, nicht mehr an den Vertrag ge- bunden zu sein und keine weiteren Versicherungsleistungen zu erbringen (Urk. 15A/3). Der Kläger bestreitet, falsche Angaben zur Arbeitsunfähigkeit ge- macht zu haben, und macht mit der vorliegenden Klage weitere Versicherungs-

- 4 - leistungen aus dem genannten Vertrag geltend, zum einen eine Invalidenrente und zum anderen ein Invaliditätskapital.

### E. 2

Prozessgeschichte Am 23. Februar 2010 reichte der Kläger unter Beilage der Weisung des Friedens- richteramtes der Stadt Zürich, Kreise ..., vom 23. November 2009 (Urk. 1) bei der Vorinstanz die vorliegende Klage ein mit dem eingangs genannten Rechtsbegeh- ren (Urk. 2). Nach Eingang der Klageantwort, Replik und Duplik (Urk. 15, 23 und 31) führte die Vorinstanz ein Beweisverfahren durch, beschränkt auf die Frage der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs (Urk. 31, 40, 43, 45, Prot. S. 12ff., Urk. 56 und 57). Mit Urteil vom 16. Februar 2012 wies sie die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Klägers ab (Urk. 59). Dagegen erhob der Kläger innert Frist schriftlich und begründet Berufung mit den eingangs genannten Anträgen (Urk. 60 und 63 i.V.m. Art. 145 Abs. 1 lit. a ZPO). Die Kosten für das Berufungsverfahren wurden vom Kläger aufforderungsgemäss und innert Frist bevorschusst (Urk. 65 und 66). Mit Verfügung vom 15. Juni 2012 (Urk. 67) wurde der Beklagten Frist zur Berufungsantwort angesetzt, welche diese mit Eingabe vom 18. Juli 2012 erstattete (Urk. 68). Sie beantragte Nichteintreten auf die Berufung, eventualiter deren Abweisung. Das Doppel der

Berufungsantwort wurde dem Kläger mit Verfügung vom 20. Juli 2012 zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 69). Das Berufungsverfahren erweist sich als spruchreif. Auf die Parteivorbringen ist im Folgenden insoweit einzugehen, als dies für die Entscheidungsfindung erforderlich ist.

### **E. 3**

Prozessuales

#### **E. 3.1**

Anwendbare Verfahrensbestimmungen Die Klage wurde am 23. Februar 2010 bei der Vorinstanz eingereicht. Das Verfahren begann damit noch unter der Herrschaft des zürcherischen Prozessrechts (ZPO/ZH) und wurde entsprechend Art. 404 Abs. 1 ZPO auch nach Inkrafttreten

- 5 - der Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO) nach den kantonalen Verfahrensbestimmungen zu Ende geführt. Auf das Berufungsverfahren ist die Schweizerische Zivilprozessordnung anwendbar (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Die Überprüfung des vorinstanzlichen Verfahrens, insbesondere der Beweiswürdigung (§ 148 ZPO/ZH), erfolgt hingegen nach der vorinstanzlich angewendeten zürcherischen Zivilprozessordnung.

#### **E. 3.2**

Antrag auf Nichteintreten auf die Berufung

##### **E. 3.2.1**

Die Beklagte kritisiert zunächst, dass der Kläger die Rückweisung des Verfahrens an die Vorinstanz beantragt, die gesetzlichen Voraussetzung für eine solche Anordnung in der Berufungsbegründung aber nirgends darlegt habe. Indem der Kläger die Rückweisung beantrage, damit die Vorinstanz "in materieller Hinsicht" entscheide, ohne gleichzeitig ein Leistungsbegehren zu stellen, fehle ihm zudem die Beschwer zur Berufung. Die Vorinstanz habe den eingeklagten Leistungsanspruch nämlich materiell (inhaltlich) beurteilt und im Rahmen eines Sachentscheids die Klage abgewiesen. Damit gebe es keinen Anlass für eine Rückweisung an die Vorinstanz zur (nochmaligen) materiellen Entscheidung (Urk. 68 Rz 4ff.).

##### **E. 3.2.2**

Mit der vor Vorinstanz anhängig gemachten Leistungsklage forderte der Kläger von der Beklagten die Ausrichtung von Versicherungsleistungen (Invalidenrente und Invaliditätskapital). Gestützt auf entsprechende Einwendungen der Beklagten beschränkte die Vorinstanz das Beweisverfahren auf die Frage der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches im Rahmen des Bezugs von Taggeldern. In einem solchen Fall ist der Versicherer an den Vertrag mit dem Versicherten nicht gebunden (Art. 40 VVG), so dass er die Ausrichtung von Versicherungsleistungen verweigern darf. Die Vorinstanz bejahte diese Frage und wies die Klage ab. Damit hat sie einen Entscheid in der Sache gefällt. Anlass, sich mit den konkreten Anspruchsvoraussetzungen der eingeklagten Versicherungsleistungen - dem Eintritt der versicherten Gefahr (Unfall) mit den im Vertrag vorgesehenen Auswirkungen auf die Gesundheit des Klägers (Erwerbsunfähigkeit bzw. Invalidität) - auseinanderzusetzen und darüber zu entscheiden, bestand für sie

- 6 - aber nicht. Für den Fall, dass ihre Auffassung, wonach die Beklagte wegen betrügerischer Anspruchsbegründung an den Vertrag nicht gebunden sei und deshalb die

Auszahlung der eingeklagten Invalidenrente und des Invaliditätskapitals zu Recht verweigere, sich als falsch erweisen sollte, wäre das Verfahren nicht spruchreif. Ein Entscheid über die von der Vorinstanz offen gelassenen Anspruchs Voraussetzungen ist ohne Durchführung eines Beweisverfahrens nicht möglich. Unbestritten ist allein, dass der Kläger von den beiden Unfällen vom 29. Oktober 1999 und vom 16. August 2001 betroffen war. Bestritten ist indessen, dass diese Unfälle beim Kläger zu einer Erwerbsunfähigkeit und Invalidität führten, wie sie für die Ausrichtung der vereinbarten Invalidenrente und des vereinbarten Invaliditätskapitals vorausgesetzt werden. Dabei handelt es sich um einen wesentlichen Teil des Sachverhalts, der zu vervollständigen ist. Die gesetzliche Voraussetzung für eine Rückweisung der Sache an die Vorinstanz (Art. 318 Abs. 1 lit. c Ziff. 2 ZPO) wäre damit erfüllt. Der Berufungsantrag des Klägers erweist sich demnach als zulässig (BSK ZPO-SPÜHLER, 2. Aufl., Art. 311 N 12). Mit der Abweisung der Klage durch die Vorinstanz ist der Kläger offensichtlich beschwert und damit zur Berufung legitimiert. Weitere Ausführungen dazu erübrigen sich.

#### **E. 4**

Materielles

##### **E. 4.1**

Auswirkung einer betrügerischen Anspruchs begründung auf den Versicherungsvertrag Police Nr. ... vom 11. Juni 1998

##### **E. 4.1.1**

Der Kläger beanstandet zunächst die rechtliche Würdigung der Vorinstanz (Urk. 63 S. 5ff.). Selbst wenn er falsche Angaben zur Arbeitsfähigkeit gemacht haben sollte, in der Absicht, zu Unrecht Taggelder zu beziehen, sei die Beklagte nicht berechtigt, die Auszahlung einer Invalidenrente und eines Invaliditätskapitals zu verweigern. Er habe mit der Beklagten eine ganze Reihe von Versicherungsverträgen abgeschlossen. Unter der Police Nr. ... seien unter dem Titel "Einzel-Unfallversicherung" fünf verschiedene einzelne Versicherungsverträge aufgelistet, und zwar "Pflegeleistungen", "Taggeld", "Invalidenrente", "Invaliditätskapital" und "Todesfallkapital". Dabei handle es sich um selbständige Verträge, die gesondert

- 7 - tarifiert und in Rechnung gestellt worden seien. Art. 40 VVG berechtere nur zum Rücktritt von demjenigen Vertrag, für den eine betrügerische Anspruchs begründung vorliege. Dies wäre im vorliegenden Fall der Krankentaggeldversicherungsvertrag (recte: Unfalltaggeldversicherungsvertrag). Ein Recht des Versicherers, von sämtlichen Versicherungsverträgen zurückzutreten, bestehe nicht. Dies habe das Bundesgericht in seinem Entscheid 131 III 316 E.2.3 unmissverständlich festgehalten.

##### **E. 4.1.2**

Die Beklagte wendet ein (Urk. 68 Rz 10-14), dass die Parteien sämtliche versicherten Risiken in ein und demselben Versicherungsvertrag vom 11. Juni 1998 mit der Police Nr. ... festgehalten hätten und nicht fünf verschiedene Versicherungsverträge existieren würden. Nach dem klaren Wortlaut von Art. 40 VVG sei sie im Falle einer betrügerischen Anspruchs begründung an diesen Vertrag nicht gebunden. Sie bestreitet sodann, dass die einzelnen Verträge gesondert tarifiert und in Rechnung gestellt worden seien. Bei diesen Behauptungen handle es sich ohnehin um unzulässige Noven.

##### **E. 4.1.3**

Im Falle einer betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten "an den Vertrag" nicht gebunden (Art. 40 VVG). Im Entscheid 5C.245/2004 vom 11. März 2005 (BGE 131 III 314) äusserte sich das Bundesgericht zur Frage, in welchem Umfang ein Versicherer die Geschäftsbeziehung zum Versicherungsnehmer beenden kann. Es hatte den Fall eines Versicherungsnehmers zu beurteilen, der für Erwerbsaufall bei Krankheit versichert war. Daneben bestanden beim gleichen Versicherer eine Reihe weiterer Policen, unter anderem eine Versicherung für Sachschäden. Da der Versicherungsnehmer in betrügerischer Weise Versicherungsleistungen aus der Sachschadenversicherung erwirkt hatte, trat der Versicherer von sämtlichen Versicherungsverträgen zurück, insbesondere von der Erwerbsaufallversicherung, welche von der betrügerischen Anspruchsbegründung nicht betroffen war. Mit der Begründung, dass der Wortlaut von Art. 40 VVG klar sei und auch dem gesetzgeberischen Willen entspreche, hielt das Bundesgericht fest, dass die Rechtsfolge von Art. 40 VVG sich nur auf den von den betrügerischen Handlungen betroffenen Vertrag beziehe und nicht auf die - gegebenenfalls aus

- 8 - einer ganzen Anzahl von Verträgen bestehende - Geschäftsbeziehung zwischen dem Versicherer und dem Versicherungsnehmer. Die Parteien des vorliegenden Verfahrens schlossen mit Wirkung per 1. April 1998 einen (Einzel-) Unfallversicherungsvertrag. Wie der Police Nr. ... (Urk. 4/28a) entnommen werden kann, umfasst der Vertrag fünf versicherte Leistungen - Pflegeleistungen, Taggeld, Invalidenrente, Invaliditätskapital und Todesfallkapital. Alle diese Leistungen sind somit nicht nur in ein und demselben Vertrag zusammengefasst, sondern sind inhaltlich verknüpft, indem sie auf demselben versicherten Risiko - einem Unfall - beruhen. Die Berechtigung sowohl zum Bezug der Taggelder, welche von der Beklagten bereits vollständig ausbezahlt wurden, als auch der Invalidenrente und des Invaliditätskapitals, welche Gegenstand des vorliegenden Prozesses bilden, führt der Kläger sodann auf dieselben Ereignisse zurück, die Unfälle vom 29. Oktober 1999 und vom 16. August 2001. Die Auszahlung von Taggeldern setzt Arbeitsunfähigkeit voraus, die Auszahlung einer Invalidenrente Erwerbsunfähigkeit. Diese Voraussetzungen sind zwar nicht deckungsgleich, aber dennoch eng verknüpft; Erwerbsunfähigkeit geht über blosser Arbeitsunfähigkeit hinaus (B 8 und B 9 der allgemeinen Bedingungen [Urk. 4/3]). Es besteht somit ein enger Sachzusammenhang zwischen den bereits bezogenen und den im Streit liegenden Versicherungsleistungen, welche alle auf demselben Vertrag beruhen. Sollte also der Kläger die Taggelder in betrügerischer Weise bezogen haben, wäre die Beklagte gemäss Art. 40 VVG an den (Einzel-) Unfallversicherungsvertrag mit der Police Nr. ... vom 11. Juni 1998 nicht gebunden und damit berechtigt, die übrigen mit demselben Vertrag versicherten Leistungen, namentlich die im Streit liegende Invalidenrente und das Invaliditätskapital, zu verweigern. Bei der Behauptung des Klägers, dass die Verträge gesondert tarifiert und in Rechnung gestellt wurden (anstatt von Verträgen müsste korrekterweise von den versicherten Leistungen gesprochen werden, welche gesondert tarifiert wurden [Urk. 4/28a und Urk. 15A/1]), handelt es sich um ein unzulässiges Novum. Diese Tatsache hätte der Kläger schon vor der ersten Instanz vortragen können und müssen, im Berufungsverfahren ist er damit ausgeschlossen (Art. 317 Abs. 1 lit. b

- 9 - ZPO). Aber selbst wenn diese Behauptung zugelassen werden müsste, könnte daraus nicht auf die Existenz separater Verträge geschlossen werden. Es ist somit zu prüfen, ob der Kläger in betrügerischer Weise Taggelder von der Beklagten bezog.

## **E. 4.2**

### **Betrügerischer Bezug von Taggeldern**

#### **E. 4.2.1**

Der Kläger ist Inhaber eines Plattenlegergeschäfts. Am 27. Dezember 1993 erlitt er einen Berufsunfall und verletzte dabei sein linkes Knie. Diese Verletzung führte zu einer bleibenden Einschränkung seiner Arbeitsfähigkeit, indem er keine länger dauernden knieenden Arbeiten mehr verrichten kann. Gestützt auf den Antrag des Klägers vom 13. Juni 1997 (Urk. 15A/1) schlossen die Parteien den (Einzel-) Unfallversicherungsvertrag mit Vertragsbeginn per 1. April 1998, Police Nr. ... vom 11. Juni 1998 (Urk. 4/28a). Als berufliche Tätigkeit gab der Kläger im Versicherungsantrag "Parkettleger (Büro mit Betrieb)" an, auf die Frage, ob bei ihm Folgen früherer Unfälle bestehen, antwortete er mit "Arbeitsseinschränkung wegen Knie (nur noch Büro)" (Urk. 15A/1). Dass diese Antworten von einem Mitarbeiter der Beklagten handschriftlich festgehalten wurden, ist ohne Bedeutung, hat der Kläger mit Unterzeichnung des Antrages diese doch bestätigt. Dem Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 wurde im Vertrag mit einem Ausschluss der Versicherungsleistungen für Knieverletzungen links Rechnung getragen (Urk. 4/28a S. 2 und 4/28b). Am 29. Oktober 1999 erlitt der Kläger als Lenker eines Personenwagens einen Verkehrsunfall. Der von ihm konsultierte Neurologe, Dr. med. C.\_\_\_\_\_, diagnostizierte ein HWS-Distorsionstrauma und attestierte dem Kläger eine 100%-ige Arbeitsunfähigkeit und zwar bis zum 16. August 2001, als der Kläger erneut, diesmal als Beifahrer in einem Personenwagen, einen Verkehrsunfall erlitt, und darüber hinaus für den ganzen Zeitraum von zwei Jahren, während welcher der Kläger Taggelder von der Beklagten bezog (Urk. 4/19, 20, 23 und 24, Urk. 15A/9 und 10).

- 10 - Insoweit ist der Sachverhalt unbestritten.

#### **E. 4.2.2**

Die Beklagte machte vor Vorinstanz geltend (Urk. 15 S. 5ff.), dass sich der Versicherungsschutz gemäss dem abgeschlossenen Vertrag auf die selbständige Tätigkeit des Klägers als Inhaber eines Parkettleger-Betriebes beziehe, und zwar ausschliesslich auf Bürotätigkeiten und nicht auf die Tätigkeit als Plattenleger, welche er vor dem Unfall vom Dezember 1993 ausgeübt habe. Dr. med. C.\_\_\_\_\_, der den Kläger nach dem Verkehrsunfall vom 29. Oktober 1999 behandelt und ihm 100%-ige Arbeitsunfähigkeit bescheinigt habe, sei nicht bekannt gewesen, dass der Kläger nach dem Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 seine berufliche Tätigkeit umgestellt und sich schon lange vor dem Unfall auf die Geschäftsführung seines Betriebes (Einsatz der Arbeiter, Akquisition etc.) beschränkt habe. Diese Tätigkeit habe er nach dem Verkehrsunfall vom 29. Oktober 1999 weiterhin ausüben können. Die 100%-ige Arbeitsunfähigkeit, welche Dr. med. C.\_\_\_\_\_ bescheinigt habe, beziehe sich allein auf die (handwerkliche) Tätigkeit als Plattenleger und nicht auf seine effektive Tätigkeit als Geschäftsführer. Obschon er gewusst habe, dass Dr. med. C.\_\_\_\_\_ von einer beruflichen Tätigkeit ausgegangen sei, welche auf ihn gar nicht zutrefte, habe der Kläger die Bescheinigungen über seine vollständige Arbeitsunfähigkeit eingereicht, in der Absicht, von ihr zu Unrecht (volle) Taggelder zu beziehen.

#### **E. 4.2.3**

Der Kläger entgegnete vor Vorinstanz, dass die bei der Beklagten abgeschlossene Unfallversicherung neben der eigentlichen Bürotätigkeit auch die betriebliche Tätigkeit, seine Mithilfe im Parkettlegerbetrieb, versichert habe (Urk. 23 Rz 15). Was Dr. med.

C.\_\_\_\_\_ über den Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 gewusst habe oder nicht, sei irrelevant. Nach diesem Unfall habe er seinen Betrieb durch Mehreinstellung von Personal und seiner Spezialisierung auf reine Schleifarbeiten umgestellt. Nach den beiden Verkehrsunfällen im Jahre 1999 und 2001 sei er nicht mehr in der Lage gewesen, Schleifarbeiten und leichtere Handreichungen beim Verlegen von Böden auszuführen (Urk. 23 Rz 21). Richtig sei, dass er das Geschäft mit den dazugehörigen Akquisitions-, Instruktions- und Kontroll- und Überwachungsarbeiten weitergeführt habe. Dieser Aufwand sei in zeitlicher Hinsicht aber geringfügig gewesen (Urk. 23 Rz 30 und 31) und habe nicht

- 11 - mehr als 5% betragen (Urk. 23 S. 7 oben). Von einer betrügerischen Absicht könne keine Rede sein.

#### **E. 4.2.4**

Hat der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zweck der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen [...], so ist der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden (Art. 40 VVG). Betrügerische Anspruchsbegründung liegt in objektiver Hinsicht vor, wenn der Anspruchsteller Tatsachen verfälscht oder verschweigt und diese Tatsachen objektiv geeignet sind, Bestand oder Umfang der Leistungspflicht des Versicherers zu beeinflussen. Der Versicherer müsste dem Anspruchsberechtigten bei korrekter Mitteilung des Sachverhalts eine kleinere oder gar keine Entschädigung ausrichten. In subjektiver Hinsicht setzt betrügerische Anspruchsbegründung voraus, dass der Anspruchsteller dem Versicherer mit Wissen und Willen unwahre Angaben macht, um einen Vermögensvorteil zu erlangen. Die Beweislast für die objektiven und subjektiven tatsächlichen Voraussetzungen einer betrügerischen Anspruchsbegründung trägt der Versicherer (vgl. zum Ganzen BSK VVG-NEF, Basel 2001, N 14, 16, 23 und 57). Gemäss den von den Parteien übernommenen Allgemeinen Bedingungen (Urk. 4/28a i.V.m. Urk. 4/3) hat der Kläger bei voller Arbeitsunfähigkeit Anspruch auf das vereinbarte Taggeld, bei teilweiser Arbeitsunfähigkeit auf ein entsprechend reduziertes. Arbeitsunfähigkeit in diesem Sinne liegt vor, wenn der Versicherte ganz oder teilweise ausserstande ist, seinen derzeitigen Beruf auszuüben (Urk. 4/3, Bestimmungen F 4.1 i.V.m. B 8). Sollte der Kläger hinsichtlich seiner Fähigkeit, den derzeitigen Beruf auszuüben, falsche Angaben gemacht haben, in der Absicht, Taggelder zu erlangen, die ihm bei wahrheitsgemässen Angaben (in dieser Höhe) nicht zustehen, wäre somit eine betrügerische Anspruchsbegründung zu bejahen.

#### **E. 4.2.5**

Die Parteien sind unterschiedlicher Auffassung, welche berufliche Tätigkeit des Klägers versichert war. Nach der Beklagten bezieht sich der Versicherungsschutz ausschliesslich auf die Tätigkeit des Klägers als Geschäftsführer in seinem

- 12 - Plattenlegergeschäft ("Büro"). Der Kläger erachtet neben der eigentlichen Bürotätigkeit auch handwerkliche Tätigkeiten wie Schleifarbeiten und leichtere Handreichungen beim Verlegen von Böden als versichert. a) Keine der Parteien behauptete das Bestehen eines tatsächlichen Konsenses im Sinne ihres jeweiligen Verständnisses. Beide leiten ihren Standpunkt aus einer Interpretation der schriftlichen Angaben im Versicherungsantrag des Klägers ab. In einem solchen Fall ist mit Hilfe einer Auslegung des Vertrages nach Treu und Glauben der mutmassliche Wille der Parteien festzustellen. Bei dieser objektive-

renden Betrachtungsweise sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BSK OR I-WIEGAND, 5. Aufl., Art. 18 N 13 mit Verweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung). b) Der Versicherungsantrag des Klägers vom 13. Juni 1997 (Urk. 15A/1) bildet (neben der hier nicht weiter interessierenden Vorbehaltserklärung vom 23. Januar 1998 [Urk. 4/28b]) unbestrittenermassen die Grundlage des Unfallversicherungsvertrages gemäss Police Nr. ... vom 11. Juni 1998 (Urk. 4/28a) und ist damit für die Vertragsauslegung von (vorrangiger) Bedeutung. Der Kläger hatte im Versicherungsantrag zunächst Angaben zu seiner Person zu machen. Als berufliche Tätigkeit bei Vertragsbeginn liess er "Parkettleger (Büro mit Betrieb)" festhalten (Urk. 15A/1 S. 1). Diese kurze Umschreibung stellt klar, in welcher Branche der Kläger tätig war. Hinsichtlich der vom Kläger konkret ausgeführten Tätigkeiten ist sie nicht eindeutig, berechtigt aber zur Annahme, dass seine Erklärung sowohl handwerkliche Tätigkeiten als auch Geschäftsführung und administrative Aufgaben (Büro) umfasste. Zum Thema Gesundheit verlangte die Beklagte sodann Auskunft zu den Folgen allfälliger früherer Krankheiten oder Unfälle. Der Kläger liess diesbezüglich Folgendes festhalten: "Arbeitseinschränkung wegen Knie (nur noch Büro)" (Urk. 15A/1 S. 3 Ziff. 15). Diese Angabe ist unmissverständlich, steht allerdings in Widerspruch zur Antwort auf die explizite Frage nach der beruflichen Tätigkeit des Klägers, welche auch handwerkliche Tätigkeiten beinhaltet. Weitere Angaben in

- 13 - den vorhandenen Vertragsdokumenten oder weitere Umstände, die für die Auslegung des Vertrages von Bedeutung wären, erwähnten die Parteien nicht. c) Ob dieser Widerspruch zu Gunsten des Klägers zu lösen ist, indem auf seine Antwort zur einschlägigen Frage nach der Berufstätigkeit abgestellt wird, oder zu Gunsten der Beklagten, indem die Antwort des Klägers auf die Frage zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen in den Vordergrund gerückt wird, kann offen bleiben. Selbst wenn vom Standpunkt des Klägers ausgegangen wird, dass seine Angabe zur beruflichen Tätigkeit sowohl Büroarbeit als auch handwerkliche Tätigkeiten wie Schleifarbeiten und leichtere Handreichungen beim Verlegen von Böden umfasste und demzufolge beides versichert war, ist seine Klage abzuweisen, wie nachfolgend zu erläutern sein wird.

#### **E. 4.2.6**

In seinem Bericht an die IV-Stelle vom 30. Januar 2001 hielt Dr. med. C. \_\_\_\_\_ fest, dass der Kläger eingeschränkt sei in Bewegungen des Körpers wie Bücken, Lastenheben, aber auch Ausdauer und daher als Plattenleger zu 100% arbeitsunfähig sei (Urk. 15A/6). Gegenüber dem Rechtsvertreter des Klägers vermerkte Dr. med. C. \_\_\_\_\_ am 31. Januar 2001, dass der Kläger in seinem Beruf als Geschäftsinhaber für Parkettböden zu 100% arbeitsunfähig sei "(hauptsächlich handelt es sich um körperlich schwere Arbeiten mit Verlegen von Parkettböden, knien, heben, schleifen etc.)" [Urk. 15A/7 S. 1]. Die Beklagte schloss aus diesen Befunden, dass Dr. C. \_\_\_\_\_ keine Kenntnis gehabt habe von der bleibenden Verletzung des linken Knies, herrührend vom Berufsunfall vom 23. Januar 1993, und der damit einhergehenden Umstellung des Betriebes, welche nicht nur die Beschränkung auf Schleiferarbeiten sondern vornehmlich die Konzentration auf Geschäftsführungsaufgaben beinhaltet habe (Urk. 15 S. 5f.). Was Dr. med. C. \_\_\_\_\_ über den Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 und dessen Auswirkungen auf die Gesundheit und Arbeitsfähigkeit des Klägers wusste, ist nicht entscheidend und kann offen bleiben. Der Kläger selber bezog die 100%ige Arbeitsunfähigkeit, welche ihm bescheinigt worden war,

allein auf die eigentliche handwerkliche Tätigkeit als Bodenleger, wie er sie nach dem Berufsunfall

- 14 - vom 27. Dezember 1993 noch ausgeübt haben will - im Stehen zu verrichtende Schleiferarbeiten und leichtere Handreichungen beim Verlegen von Böden (Urk. 23 Rz 21-25). Bezüglich Geschäftsführung und Administration bezeichnete er sich demgegenüber als arbeitsfähig (Urk. 23 Rz 30 und 31). Der zeitliche Aufwand sei in dieser Hinsicht aber geringfügig gewesen und habe lediglich etwa 5% betragen (Urk. 23 Rz 20 und 31). Indem er gegenüber der Beklagten eine Arbeitsunfähigkeit von 100% geltend gemacht und entsprechende Arztzeugnisse eingereicht habe, könne ihm keine Täuschungsabsicht nachgewiesen werden (Urk. 23 Rz 25). Die Vorinstanz erwog zutreffend, dass die Prozentangabe eines Arztes zur Arbeitsunfähigkeit eine Exaktheit zum Ausdruck bringe, die es kaum gibt (Urk. 59 S. 35). Auch bei einer geringfügigen Arbeitsfähigkeit von wenigen Prozenten dürfte ärztlicherseits volle Arbeitsunfähigkeit bescheinigt werden und darf sich der Versicherte gegenüber der Versicherung als voll arbeitsunfähig ausgeben, ohne dass auf eine Täuschungsabsicht geschlossen werden kann. Dies scheint denn auch der Standpunkt der Beklagten zu sein. Sie bestritt wiederholt, dass der Kläger nur im Umfang von 5% Geschäftsführungsaufgaben und sonstige administrative Belange besorgt habe und machte geltend, dass der Kläger auch nach dem Unfall vom 29. Oktober 1999 in weit grösserem Umfang arbeitstätig gewesen sei (Urk. 15 Rz 6.3., 10.1., 31 Rz 7 und S. 21). Dass sie bereits bei einer Arbeitsfähigkeit von 5% das Taggeld reduziert hätte und in einem solchen Fall auf Täuschungsabsicht geschlossen werden kann, machte sie jedenfalls nicht geltend.

#### **E. 4.2.7**

Für den Ausgang des Verfahrens erweist sich somit das Ausmass der Geschäftsführung und Besorgung administrativer Belange durch den Kläger als entscheidend. Die Vorinstanz führte dazu ein Beweisverfahren durch und kam zusammengefasst zu folgenden Schlüssen. a) Die Darstellung der Beklagten, wonach der Kläger schon vor dem Autounfall von 1999 nicht mehr handwerklich gearbeitet habe, sei nicht erwiesen. Die anderslautenden eigenen Aussagen des Klägers gegenüber der IV-Stelle im Jahre 1995 seien zweifelhaft und hätten einzig der Verbesserung seiner Position beim

- 15 - Bezug von Versicherungsleistungen der IV gedient, welche er nach dem Berufsunfall im Jahr 1993 beantragt habe. Nicht erwiesen sei aber auch die Darstellung des Klägers, wonach er im Wesentlichen Parkettböden abgeschliffen und die Führung des Betriebes kaum Zeit in Anspruch genommen habe. Dagegen würden sein hohes Einkommen, die Aussagen des Zeugen D. \_\_\_\_\_ (eines Angestellten des Klägers), sowie verschiedene Verlautbarungen des Klägers selber sprechen. Genau beziffern lasse sich das Pensum der unternehmerischen Tätigkeit nicht, es müsse aber mehr als eine halbe Stunde pro Tag gewesen sein. Der Kläger sei nicht nur kurz am Morgen erschienen, um seine Mitarbeiter zu instruieren. Er sei auch auf Baustellen gegangen, habe die Rechnungsstellung veranlasst und Aufträge von den Firmen entgegengenommen, für die er als Unterakkordant tätig gewesen sei. Seine unternehmerischen Tätigkeit sei daher nicht marginal gewesen (Urk. 59 Erw. Ziff. 5.3.5.). b) Für die Zeit nach dem Unfall von 1999 zeigten schon die eigenen Schilderungen des Klägers zu seinen Arbeitsverrichtungen, dass er ein Pensum von mindestens 10 Wochenstunden geleistet habe und damit weit mehr als 5% arbeitstätig gewesen sei. Ein Pensum in dieser Grössenordnung lasse sich auch mit dem Einkommen, das er nach dem Unfall erzielt habe, in Einklang bringen. Der Unfall habe

sich zwar stark auf das Einkommen ausgewirkt, indem es in den Jahren 2000 und 2001 noch rund 40% dessen betragen habe, was er in den Jahren zuvor verdient habe. Die Einkommenseinbusse von rund CHF 100'000.- lasse sich auch nicht allein damit erklären, dass er nicht mehr handwerklich tätig sein könne, soviel lasse sich mit blossen Schleifarbeiten nicht verdienen. Der Kläger müsse auch unternehmerisch weniger aktiv gewesen sein, als vor dem Unfall. Dennoch müsse sein betriebliches Engagement über eine bloss geringfügige Tätigkeit hinausgegangen sein. Dass er mit 5% seines bisherigen Einsatzes 40% des bisherigen Einkommens erzielen könne, leuchte nicht ein. Schon vor dem Unfall habe sein damaliges Einkommen von CHF 160'000.- überwiegend auf seiner unternehmerischen Tätigkeit gegründet. Der Wegfall der handwerklichen Tätigkeit habe den Kläger nicht acht Mal produktiver gemacht. Aus diesen Zahlen sei zwar nicht auf ein 40%-Pensum zu schliessen, sie würden aber den

- 16 - Eindruck bestätigen, dass der Kläger mehr als nur marginal erwerbstätig gewesen sei und sicher in der Grössenordnung von 10 Wochenstunden gearbeitet habe. Damit sei bewiesen, dass der Kläger nach dem Unfall von 1999 erheblich Zeit und Arbeitskraft für seinen Betrieb aufgewendet habe (Urk. 59 Erw. Ziff. 6.3.5.).

#### **E. 4.2.8**

Der Kläger kritisiert die Würdigung der abgenommenen Beweise durch die Vorinstanz und erachtet deren Feststellung des Sachverhalts für falsch. a) Zur Beurteilung der Situation vor dem Unfall von 1999 erhebt er in der Berufungsbegründung zusammengefasst die folgenden Einwendungen (Urk. 63 S. 22ff.). Der Widerspruch, den die Vorinstanz aus seinen unterschiedlichen Angaben in den Befragungen durch die IV-Stelle in den Jahren 1995 und 2001 ableite, sei konstruiert, da diese aus völlig unterschiedlichen Zeitperioden stammen würden. Im Zeitpunkt der ersten Befragung im Jahre 1995 habe er realisiert, dass sich der Zustand des linken Knies nicht mehr bessern würde und er deshalb einen höheren Akquisitionsaufwand betreiben müsse, um Schleifarbeiten ausführen zu können. Dieses Auftragsvolumen habe erst allmählich gesteigert werden können. Im Zeitpunkt der zweiten Befragung im Jahre 2001 sei das Verhältnis mit den Auftraggebern derart eingespielt gewesen, dass der Betriebsführungsaufwand äusserst gering gewesen sei. Seine Auftraggeber, die E. \_\_\_\_ AG und Parkett F. \_\_\_\_ AG, hätten die Aufträge per Telefon erteilt. Derartige Gespräche hätten keine Minuten gedauert. Die Verlegeequipen seien eingespielt und der Instrukti- ons- und Kontrollaufwand daher gering gewesen sei. Sein Kleinbetrieb sei mit äusserst wenig Betriebsführungsaufwand ausgekommen. Sämtliche Buchhaltungsarbeiten habe der Kläger extern vergeben, was im erstinstanzlichen Verfahren unbestritten geblieben sei. Die Höhe seines Einkommens nach den Unfällen von 1999 und 2001 in der Höhe von rund CHF 74'000.- spreche entgegen der Auffassung der Vorinstanz nicht dagegen, dass er nur einen geringfügigen Aufwand für die Geschäftsführung besorgt habe. Das Verlegen von Parkettböden sei lukrativ. Der Kläger habe ein ökonomisches Interesse daran, seinen florierenden Betrieb weiterzuführen. Dies ge-

- 17 - linge ihm mit wenig Aufwand. Daran sei nichts auszusetzen. Der Vorinstanz gelinge es nicht, Betriebsertrag und Arbeitsleistung des Betriebsinhabers innerhalb seines Betriebes auseinanderzuhalten. b) Zur Situation, wie sie die Vorinstanz nach dem Unfall von 1999 einschätzte, wandle er Folgendes ein (Urk. 63 S. 25ff.). Aus der Höhe des Einkommens lasse sich, wie schon für den Zeitraum vor dem Unfall, nicht auf den Umfang der Geschäftsführungstätigkeit schliessen. Das Einkommen des Klägers habe sich durch die

Anstellung mehrerer Mitarbeiter erhöht, da die Lohnzahlungen an die Mitarbeiter geringer gewesen seien als das mit den Auftraggebern ausgehandelte Honorar. Die Überwachungsunterlagen, welche die G.\_\_\_\_\_ Versicherungs-Gesellschaft AG in Auftrag gegeben habe, seien hinsichtlich des Geschäftsführungsaufwandes nicht aufschlussreich. Deutlich werde nur, dass der Kläger nicht mehr handwerklich tätig gewesen sei. Aus den Aussagen des Klägers vom 8. September 2011 (anlässlich seiner Befragung durch die Vorinstanz) sowie den Aussagen des Zeugen D.\_\_\_\_\_ ergebe sich, dass sein Geschäftsführungsaufwand gering gewesen sei. c) Zur angeblichen Täuschungsabsicht hielt er fest, dass für ihn nach dem Unfall vom 29. Oktober 1999 klar gewesen sei, dass er auf der Baustelle nicht mehr mitarbeiten könne, was er auch seinem Arzt gegenüber, Dr. med. C.\_\_\_\_\_, kund getan habe. Dies indiziere, dass er durch den Verlust seiner handwerklichen Tätigkeit praktisch vollständig zur Inaktivität gezwungen gewesen sei, habe er doch vor dem Unfall den Arbeitstag zusammen mit seinen Equipen auf der Baustelle verbracht.

#### **E. 4.2.9**

Die Beklagte wies die Einwände des Klägers zurück und schloss sich den vorinstanzlichen Erwägungen an. Die Arbeitsunfähigkeit im angestammten Beruf als Bodenleger resp. Parkettschleifer sei nicht von Bedeutung. Als Geschäftsführer sei er zu 100% arbeitsfähig gewesen. Dies gehe aus den Observationsberich-

- 18 - ten- und aufnahmen hervor, habe der Kläger in seiner persönlichen Befragung selber und ebenso der Zeuge D.\_\_\_\_\_ ausgeführt und werde auch durch die Einkommensentwicklung des Klägers bestätigt (Urk. 68 S. 10). Bei seinen Behauptungen, dass er, nachdem er realisiert habe, dass sich der Zustand des Knies nicht mehr bessern würde, zunächst einen höheren Akquisitionsaufwand gehabt habe, das Auftragsvolumen erst allmählich habe gesteigert werden können, danach das Verhältnis mit den Auftraggebern und den Verlegeequipen aber derart eingespielt gewesen sei, dass der Betreuungsaufwand äusserst gering gewesen sei, handle es sich um unzulässige Noven (Urk. 68 S. 14).

#### **E. 4.2.10**

Die Vorinstanz gab den wesentlichen Inhalt der von ihr abgenommenen Beweismittel zutreffend wieder. In dieser Hinsicht äusserte keine der Parteien Kritik, so dass zunächst auf die entsprechenden Ausführungen im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden kann (Urk. 59 Ziff. 5.2.1.- 5.2.11. und Ziff. 6.2.1. - 6.2.15.).

#### **E. 4.2.11**

Das Gericht hat die Beweise nach freier Überzeugung zu würdigen (§ 148 ZPO/ZH). Der Richter darf sich nicht als überzeugt erklären, wenn Zweifel für ihn bestehen. Die richterliche Überzeugung braucht andererseits auch keine absolute Gewissheit zu sein, denn mit Gewissheit lassen sich bestrittene Tatsachen aus der Vergangenheit kaum je feststellen. Die richterliche Überzeugung darf sich auf eine Wahrscheinlichkeit stützen, die zwar objektiv Zweifel nicht ausschliesst, diese aber subjektiv, d.h. nach Ansicht des Gerichts als unbegründet erscheinen lässt. Es genügt, wenn das Gericht sich mit Bezug auf die Frage, ob sich die umstrittene Tatsache verwirklicht hat oder nicht, mit gutem Gewissen als überzeugt erklären kann. Als beweislos darf daher eine Tatsache nur bezeichnet werden, wenn ein Zweifel bestehen bleibt, dem ein gewisses Gewicht zukommt, nicht aber dann, wenn schon eine lediglich theoretisch entfernte Möglichkeit besteht, dass der wirkliche Sachverhalt anders sein könnte, als er sich dem Gericht darbietet. Es gibt Überzeugungen,

die sich mit Macht aufdrängen, und solche, die gewonnen werden, indem mögliche Zweifel unterdrückt werden (GULDENER, Beweiswürdigung und Beweislast nach schweizerischem Zivilprozessrecht, Zürich 1955, S. 6f.).

- 19 -

#### **E. 4.2.12**

Zum Umfang des Geschäftsführungsaufwandes des Klägers vor dem Autounfall vom 29. Oktober 1999 ist Folgendes festzuhalten. a) Der Kläger liess sich vor Einleitung dieses Prozesses wiederholt und zu verschiedenen Zeitpunkten zu seiner Arbeitstätigkeit vor dem Unfall vernehmen. aa) So im Jahre 1995 gegenüber der IV-Stelle, welche sich im Hinblick auf die Ausrichtung von Versicherungsleistungen mit den Folgen des Berufsunfalls vom 27. Dezember 1993 zu befassen hatte und die damaligen Angaben des Klägers im Abklärungsbericht vom 4. September 1995 festhielt (Urk. 41/1). Damals, im Jahre 1995, bezifferte er den Geschäftsführungsaufwand mit 50% (20% Betriebsleiterfunktion, 30% Auftragsbeschaffung), handwerklich könne er seit dem Unfall nicht mehr arbeiten, so dass 50% seiner Arbeitskraft ungenutzt bleibe. Vor dem Berufsunfall sei er zu 70% handwerklich tätig gewesen und zu 30% geschäftstend (10% Betriebsleiterfunktion, 20% Akquisition) [Urk. 41/1 Ziff. 2.2., 2.3. und 5.1.]. bb) Bereits zuvor liess er seinen damaligen Rechtsvertreter am 27. Juni 1995 im Rahmen einer Einsprache gegen eine Verfügung der SUVA vom 30. Mai 1995 geltend machen, dass er wegen seiner Knieverletzung keine schweren körperlichen Arbeiten mehr ausführen könne, und zwar nicht nur knieende. Er beschränke sich deshalb auf administrative Arbeiten und Kontrollen, Auftragsakquisitionen etc. (Urk. 15A/27 S. 2). cc) Aufgrund der Folgen des Autounfalles von 1999 meldete sich der Kläger im Jahre 2001 bei der IV an. Ein Mitarbeiter der Sozialversicherungsanstalt führte am 20. August 2001 ein Gespräch mit dem Kläger durch und erstellte gestützt darauf den Abklärungsbericht vom 5. September 2001 (Urk. 4/29). Der Kläger gab an, im Jahre 1998 bei voller Arbeitstätigkeit (40-50 Wochenstunden) zu rund 5% mit Auftragsbeschaffung und Administration beschäftigt gewesen zu sein und im übrigen Umfang körperlich gearbeitet zu haben. In den Jahren 1993 bis 1997 habe er lediglich 10-15 Wochenstunden handwerklich gearbeitet. Die Steigerung der handwerklichen Tätigkeit im Jahre 1998 sei mit dem "verlorenen Prozess" zu erklären (S. 2). Der Kläger meinte damit das Urteil des Eidgenössischen Versicherungsgerichts vom 23. November 1998, mit welchem entschieden wurde, dass er für den Berufsunfall von 1993 keine Rente erhält (Urk. 15A/5). Im Verfahren, das dieser Entscheid zu Grunde liegt, machte er geltend, dass er als Bodenleger nicht mehr körperlich tätig sein könne. Dieser Darstellung hätte es indessen widersprochen, wenn er bereits zu jenem Zeitpunkt seine frühere handwerkliche Tätigkeit als Bodenleger mit einer anderen handwerklichen Tätigkeit, den Schleiferarbeiten, voll hätte kompensieren können. Der befragende Mitarbeiter der Sozialversicherungsanstalt bezeichnete daher die Aussage des Klägers ihm gegenüber, wonach er bereits im Jahre 1998 40-50 Wochenstunden geleistet und davon 95% körperlich gearbeitet haben will, angesichts des Umstandes, dass das Urteil erst Ende 1998 gefällt worden sei, zu Recht als inkonsistent (S. 4). dd) Am 2. Mai 2002 gab er gegenüber zwei Mitarbeitern der Beklagten Auskunft. Danach habe er vor dem Unfall von 1999 Schleiferarbeiten ausgeführt und Leute geführt. Als Führungs- und administrative Aufgaben bezeichnete er konkret das morgendliche Entgegennehmen der Aufträge und deren Verteilung an die Gruppen, die abendliche Kontrolle der Arbeiten der Angestellten auf den verschiedenen Baustellen und die Niederschrift des Rechnungsentwurfs

("Rechnungen im Sudel"). Die Rechnungen seien von der Sekretärin ins Reine geschrieben worden, diese habe auch die Zahlungen (insbesondere Löhne) gemacht. Die Buchhaltung sei extern vergeben gewesen. Zur Hauptsache habe er Schleiferarbeiten gemacht, diese Akkordarbeiten hätten 95% ausgemacht (act. 15A/11 S. 2f.). ff) Die vorstehend wiedergegebenen Angaben des Klägers sind, wie die Vorinstanz zutreffend ausführte (Urk. 59 S. 13f.), widersprüchlich und lassen auf ein taktisches Aussageverhalten schliessen, das bewusst auf die Anspruchsvoraussetzungen der jeweils geltend gemachten Versicherungsleistungen ausgerichtet war. Das heisst aber nicht, dass sämtlichen Angaben des Klägers nicht getraut werden kann. Nach dem Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 machte der Kläger verschiedene sozialversicherungsrechtliche Ansprüche geltend und stellte sich in den entsprechenden Verfahren auf den Standpunkt, keine (schweren) handwerklichen Tätig-

- 21 - keiten mehr verrichten zu können [vgl. Erw. Ziff. 4.2.12.a)aa) und bb)]. Soweit er auf seine Tätigkeit als Geschäftsführer einging und Angaben auch zu deren Umfang machte, ist daher kein Interesse des Klägers ersichtlich, diesbezüglich zu übertreiben. Seine Angaben aus dem Jahre 1995 gegenüber einem Mitarbeiter der Sozialversicherungsanstalt, vor dem Berufsunfall vom 27. Dezember 1993 im Umfang von 30% als Geschäftsführer tätig gewesen zu sein und nach dem Unfall zu 50% [vgl. Erw. Ziff. 4.2.12.a)aa)], erweisen sich daher als glaubhaft, insbesondere vor dem Hintergrund, dass er vor dem Berufsunfall als Einmannbetrieb operierte und nach dem Unfall mehrere Mitarbeiter anstellte, was bekanntlich mehr Führungsaufwand zur Folge hat. Auch in den folgenden Jahren hatte der Kläger ununterbrochen Angestellte, wobei die Anzahl unklar ist - die Angaben des Klägers schwanken zwischen zwei (Prot. I S. 13) und fünf Mitarbeitern (Urk. 15A/11 S. 3), im Abklärungsbericht der IV-Stelle vom 5. September 2001 ist von dreien die Rede (Urk. 29 S. 2). Dass sich - wie der Kläger erstmals (!) in der Stellungnahme zum vorinstanzlichen Beweisergebnis geltend machte (Urk. 57 S. 10f; vgl. auch Urk. 63 S. 22) - die Verhältnisse mit der Zeit einspielten und der Führungsaufwand deswegen weniger wurde, mag zutreffen. Auch bei eingespielten Verhältnissen nehmen aber die vom Kläger konkret geschilderten Führungsaufgaben - morgendliche Entgegennahme der Aufträge und deren Verteilung an die Gruppen, abendliche Kontrolle der Arbeiten seiner Angestellten auf den verschiedenen Baustellen und Abfassung der Rechnungsentwürfe [vgl. Erw. Ziff. 4.2.12.a)dd)] - erfahrungsgemäss beträchtliche Zeit in Anspruch. Unwahrscheinlich ist daher, dass der Führungsaufwand nur noch 5% seiner gesamten Tätigkeit für die Firma - bei einer Arbeitswoche von 40 - 50 Stunden wäre dies (durchschnittlich) maximal ½ Stunde pro Tag - ausgemacht habe und dieser bemerkenswerte Rückgang der Führungsaufgaben just im Jahr 1998 eingetreten sein soll. Seine Erklärung gegenüber der IV-Stelle [vgl. Erw. Ziff. 4.2.12.a)cc)] erweist sich denn auch in mehrfacher Hinsicht als falsch bzw. konstruiert. Hätte die Ablehnung der Invalidenrente durch das Eidgenössische Versicherungsgericht ("der verlorene Prozess") den Kläger bewogen, seine handwerklichen Tätigkeiten

- 22 - durch Annahme von Schleifaufträgen auszubauen, wäre eine Zunahme dieser Arbeit erst im Jahre 1999 und nicht schon ab dem Jahre 1998 zu verzeichnen gewesen, erging das fragliche Urteil doch erst am 23. November 1998 (Urk. 15A/5). Der Ausbau seiner handwerklichen Tätigkeit wäre sodann ohne zusätzliche Akquisitionsbemühungen kaum möglich gewesen, was gegen eingespielte Verhältnisse spricht, die zu einer (markanten) Minderung des Führungsaufwandes hätten führen können. b) Der Kläger wurde von der

Vorinstanz auch persönlich befragt (Prot. I S. 12ff.). aa) Er sagte aus, nach dem Berufsunfall im Jahre 1993 sich mehr auf Aufträge konzentriert zu haben, bei denen Böden abzuschleifen gewesen seien. Nach dem Unfall habe er zwei Mitarbeiter gehabt, diese hätten das Rohparkett verlegt, er habe die Böden abgeschliffen. Vor dem Autounfall von 1999 habe er ungefähr von sieben Uhr morgens bis vier Uhr nachmittags gearbeitet. Er habe jeweils am Morgen bei den Firmen Parkett F.\_\_\_\_\_ oder H.\_\_\_\_\_ die Aufträge gefasst und sei dann auf die Baustelle oder zum Objekt gegangen (Prot. I S. 13). Darauf angesprochen, dass er im Jahre 1995 gegenüber der IV und der SUVA angegeben habe, praktisch nicht mehr handwerklich tätig zu sein, gab er an, sich nicht mehr erinnern zu können. Die Ablehnung einer IV-Rente durch das Eidgenössische Versicherungsgericht am 23. November 1998 habe zu keiner Änderung geführt. Daran, dass er gegenüber der IV (im Jahre 2001) erwähnt habe, dass er wegen des verlorenen Prozesses den Betrieb umgestellt habe, vermochte er sich ebenfalls nicht zu erinnern (Prot. S. I S. 14). Ebenso wenig vermochte er sich daran zu erinnern, im Jahre 1995 gegenüber der IV-Stelle den Umfang seiner Geschäftsführungsfunktion mit 50% beziffert zu haben (Prot. S. 15). bb) Konkrete Angaben zu Art und Umfang seiner Tätigkeit als Geschäftsführer lassen sich diesen Aussagen nicht entnehmen. Dazu wurde er allerdings auch nicht explizit aufgefordert, so dass das Fehlen entsprechender Ausführungen wenig aussagekräftig ist. Zu beachten ist zudem, dass Aussagen einer Partei zu eigenen Gunsten ohnehin keinen Beweis bilden (§ 149 Abs. 3 ZPO/ZH). Auffällig

- 23 - ist, dass der Kläger sich an diejenigen Angaben gegenüber der IV-Stelle aus dem Jahre 1995 und 2001, welche mit seinem Prozessstandpunkt in Widerspruch stehen, nicht zu erinnern vermochte. Dies ist nicht glaubhaft und bestätigt den Eindruck, dass der Kläger taktiert. c) Die vorinstanzliche Würdigung der Aussagen des Zeugen D.\_\_\_\_\_, eines Angestellten des Klägers, zu den Verhältnissen vor dem Unfall im Jahre 1999 (Urk. 59 S. 15f.) wurde vom Kläger nicht beanstandet. Soweit er konkrete Aussagen dieses Zeugen erwähnte - "Ich sehe ihn sehr selten. Wir stehen vor allem telefonisch in Kontakt. Er sagt mir per Telefon, was es zu tun gibt" (Urk. 63 S. 23) - beziehen sich diese auf die Verhältnisse nach dem Unfall. Darauf ist später einzugehen [vgl. Erw. Ziff. 4.2.13.f)]. D.\_\_\_\_\_ bestätigte zwar, dass der Kläger handwerkliche Arbeiten, vornehmlich Schleifarbeiten, verrichtete. Es fällt aber auf, dass er, trotz mehrjähriger Tätigkeit für den Kläger in den Jahren vor dem Unfall von 1999, nur ein- oder zweimal auf einer Baustelle mit dem Kläger zusammen gearbeitet haben will (Prot. I S. 21). Dieser minimale Umfang gemeinsamer handwerklicher Verrichtungen passt schlecht zur Darstellung des Klägers, dass er rund 95% seiner Arbeitstätigkeit handwerklich tätig gewesen sein will. d) Nichts anderes ist den eigenen Angaben des Klägers im Versicherungsantrag zu entnehmen, wie sie Grundlage der Unfallversicherungs-Police Nr. ... vom 11. Juni 1998 bilden (Urk. 4/28a i.V.m. Urk. 15A/1) und die Verhältnisse bei Vertragsschluss, rund 1 1/3 Jahr vor dem Unfall, wiedergeben. Interpretiert man diese Angaben im Sinne des Klägers, so verrichtete er damals sowohl handwerkliche Tätigkeiten wie Führungs- bzw. Büroaufgaben (Urk. 23 Rz 15 und vorstehende Erwägung Ziff. 4.2.5.c). Die besondere Erwähnung der Bürotätigkeit - "Parkettleger (Büro mit Betrieb)" bzw. "Arbeitseinschränkung wegen Knie (nur noch Büro)" [Urk. 15A/1 S. 1 und S. 3 Ziff. 15] - wäre nicht erfolgt, hätte sie für den Kläger nur marginale Bedeutung gehabt. Auch wenn er die Buchhaltung extern vergeben und eine Sekretariatsangestellte hatte, so fielen bei ihm, wie bereits erwähnt, bedeutende Führungsaufgaben an - morgendliche Entgegennahme der Aufträge und

- 24 - deren Verteilung an die Gruppen, abendliche Kontrolle der Arbeiten seiner Angestellten auf den verschiedenen Baustellen und Abfassung der Rechnungsentwürfe -, welche nicht nur wenige Minuten beanspruchten. e) Die Einkommenssituation des Klägers in den Jahren vor dem Unfall von 1999, welche die Vorinstanz ebenfalls berücksichtigte (Urk. 59 S. 17), bestätigt den Eindruck, dass der Kläger bis zum Unfall im Jahre 1999 sich mehr als nur marginal Führungsaufgaben widmete. Ein Einkommen von rund CHF 160'000.- pro Jahr lässt sich mit blossen Schleifarbeiten nicht erzielen und deutet auf nen- nenswerte (und erfolgreiche) Führungstätigkeit hin, welche auch erforderlich war, da er ja über mehrere Angestellte verfügte. Der Kläger wandte ein, dass es der Vorinstanz nicht gelinge, Betriebsertrag und Arbeitsleistung des Klägers innerhalb seines Betriebes auseinanderzuhalten, be- zog sich dabei aber auf die Einkommenssituation nach dem Unfall von 1999 (Urk. 63 S. 23f.). Darauf wird zurückzukommen sein [vgl. Erwägung Ziff. 4.2.12.g)]. f) Zusammenfassend ergibt sich, dass der Kläger, entgegen der Darstellung der Beklagten, seit geraumer Zeit vor dem Unfall wieder handwerklich tätig war, indem er Schleiferarbeiten ausführte. Seine anderslautenden Aussagen in den Verfahren um sozialversicherungsrechtliche Ansprüche, welche er nach dem Be- rufsunfall vom Jahre 1993 geltend machte, waren zweckgerichtet. Daneben be- sorgte er aber auch die Führung seines Betriebes (namentlich morgendliche Ent- gegenahme der Aufträge und deren Verteilung an die Gruppen, abendliche Kon- trolle der Arbeiten seiner Angestellten auf den verschiedenen Baustellen und Ab- fassung der Rechnungsentwürfe), was nach dem Berufsunfall vom Jahre 1993, als er mehrere Mitarbeiter anstellte, einiges mehr Aufwand erforderte, als zuvor, als er noch als Einmannbetrieb operierte. Der vom Kläger im Jahre 1995 beziffer- te Anteil, 30% vor dem Berufsunfall, 50% nach dem Berufsunfall, erscheint plau- sibel. Dass der Geschäftsführungsaufwand des Klägers in der Zeit vor dem Auto- unfall von 1999, insbesondere ab Juli 1998, dem Zeitpunkt des Abschlusses des vorliegenden Versicherungsvertrages, aufgrund eingespielter Verhältnisse nur

- 25 - noch marginal gewesen sein soll, erscheint als zweckgerichtete Untertreibung, was auch seine inkonsistenten Angaben gegenüber der IV-Stelle im August 2001 belegen. Diese Darstellung verträgt sich schlecht mit der Höhe seines damaligen Einkommens und der Schilderung des Zeugen D.\_\_\_\_\_ und widerspricht seinen eigenen Angaben zu seiner Berufstätigkeit im Versicherungsantrag. Das Gericht erachtet es daher als erwiesen, dass der Geschäftsführungsaufwand des Klägers vor dem Autounfall vom 29. Oktober 1999 nicht marginal war sondern deutlich mehr als ½ Stunde pro Tag ausmachte.

#### **E. 4.2.13**

Zum Umfang des Geschäftsführungsaufwandes des Klägers nach dem Autounfall vom 29. Oktober 1999 ist Folgendes festzuhalten. a) Bemerkenswert ist zunächst die eigene Sachverhaltsschilderung des Klä- gers im Rahmen der schriftlichen Parteivorträge vor Vorinstanz. In seiner Replik vom 18. Oktober 2010 führte er aus, dass er "die betrieblich notwendigen organi- satorischen Arbeiten wie Auftragseinholung, Instruktion der Arbeiter beim Mor- genkaffee, Überwachung und Kontrolle der ausgeführten Arbeiten, Anfertigung der Rapporte für die Sekretärin, etc. nach wie vor ausübt" (Urk. 23 Ziff. 30). In zeitlicher Hinsicht, so aber der Kläger, sei dieser Aufwand geringfügig gewesen (Urk. 23 Ziff. 31). b) In der Befragung, welche zwei Mitarbeiter der Beklagten am 2. Mai 2002 durchführten (Urk. 15A/11 S. 4), sagte der Kläger zu seinem Arbeitsalltag aus, dass er am Morgen jeweils nur noch schnell zur Firma F.\_\_\_\_\_ gefahren sei. Er habe die Rapporte abgenommen, das Material kontrolliert, und sei zu den Bau- stellen, höchstens eine oder

zwei, gegangen. Er habe die Arbeiter instruiert. Ferien habe er seit 1995 nie mehr richtig gemacht. Wenn er länger zumachen würde, wäre er ruiniert. Ein Problem sei insbesondere die Sprache seiner Angestellten, diese könnten kein Deutsch. Einen Stellvertreter habe er nicht. Den Tagesablauf beschrieb er so, dass er morgens um halb sieben aus dem Haus gehe und um halb neun oder neun wieder zu Hause oder im Café sei. Er tue im Prinzip nichts, schlage die Zeit tot, lese z.B. Zeitung (S. 6).

- 26 - c) Anlässlich der persönlichen Befragung vom 8. September 2011 durch die Vorinstanz führte der Kläger Folgendes aus (Prot. I S. 12ff.). Er sei am Morgen jeweils zur Firma Parkett F. \_\_\_\_\_ oder Firma H. \_\_\_\_\_ gegangen, habe dort die Aufträge gefasst und diese dann seinen Angestellten erklärt. Dann sei er rasch ins Café oder auf die Baustelle und danach nach Hause gegangen. Er habe noch für weitere Firmen gearbeitet, zwei davon seien in Konkurs gegangen. Im Café "... " und im Café "... ", welche er mit seinen Angestellten jeweils besucht habe, hätten sie Kaffee getrunken und zum Teil Berufliches besprochen. Bei der Firma I. \_\_\_\_\_ AG habe er das Lager gehabt. Bei der Firma H. \_\_\_\_\_ habe er keinen eigenen Raum zur Verfügung gehabt, dort habe er aber einen Schreibtisch benutzen dürfen, um Schreibearbeiten, Rapporte und dergleichen erledigen zu können. Er sei viel dort gewesen, je nach Auftragslage, manchmal 3-4 Mal in der Woche. Wenn ein Auftrag drei Tage gedauert habe, sei er drei Tage hintereinander dort gewesen. Wenn er einmal 14 Tage keinen Auftrag von H. \_\_\_\_\_ gehabt habe, dann eben nicht. Der Unfall vom Oktober 1999 habe daran nichts geändert. Auf den Baustellen habe er seinen Angestellten den Auftrag erklärt, in welche Richtung der Parkett zu verlegen sei und dergleichen. Aufträge habe er in dieser Zeit nicht aktiv akquirieren müssen. Das sei telefonisch gelaufen über diejenigen Firmen, mit welchen er schon seit längerem zusammenarbeite. Reklamationen der Auftraggeber seien an ihn gegangen, dies sei aber selten vorgekommen. Die Arbeiten der Angestellten habe er stichprobeweise kontrolliert. Er sei auf der Baustelle vorbeigegangen, als die Arbeiten beendet gewesen seien und habe kontrolliert, ob die Arbeit richtig ausgeführt worden sei. Das habe er auch nach dem Unfall vom Oktober 1999 so gemacht. Damit konfrontiert, dass ein Einkommen von über CHF 5'000.- pro Monat viel sei gemessen am behaupteten Beschäftigungsgrad von 5%, antwortete er, dass er sich um die Buchhaltung und Zahlen nie gekümmert habe und dazu nichts sagen könne. d) Alle diese Schilderungen des Klägers zeigen, dass seine Tätigkeit für seine Firma auch nach dem Unfall vom 29. Oktober 1999 alles andere als geringfügig war. Er erledigte sämtliche "betrieblich notwendigen organisatorischen Arbeiten" mit Ausnahme der Buchhaltung und der blossen Sekretariatsarbeiten. Er war

- 27 - morgens bei der Entgegennahme der Aufträge dabei, verteilte diese an seine Angestellten und instruierte sie. Wie dem Abklärungsbericht der IV-Stelle vom

#### **E. 4.2.14**

Zur versicherten Berufstätigkeit gehörten nach eigenem Verständnis des Klägers nicht nur handwerkliche Verrichtungen sondern auch die Führung des Betriebs (vgl. Erw. Ziff. 4.2.5.). Der Kläger anerkennt sodann, nur bezüglich handwerklicher (körperlicher) Tätigkeiten arbeitsunfähig gewesen zu sein, nicht aber im Bereich der Geschäftsführung (vgl. Erw. Ziff. 4.2.6.). Weiter ist erstellt, dass

- 31 - der Kläger auch nach dem Unfall vom 29. Oktober 1999 nicht nur geringfügig sondern in beträchtlichem Umfang arbeitstätig war. Bei einer durchschnittlichen Arbeitszeit von mindestens zwei Stunden pro Tag ist von einem Arbeitspensum von 20-25%

auszugehen (vgl. Erw. Ziff. 4.2.13.). Mit diesem Engagement für die Firma erzielte er ein Einkommen von über CHF 5'000.- pro Monat. Indem er der Beklagten regelmässig Arztzeugnisse zukommen liess, die ihm vorbehaltlos und ohne Einschränkungen eine Arbeitsunfähigkeit von 100% bescheinigten, täuschte er die Beklagte wissentlich darüber, dass er den Betrieb weiterführte und damit weiterhin in einem Teilpensum von 20-25% arbeitstätig war. Die Beklagte zahlte dem Kläger auf diese Weise die vollen Taggelder aus. In Kenntnis des wahren Sachverhalts wäre sie indessen berechtigt gewesen, diese anteilmässig zu kürzen (Urk. 4/3, Bestimmungen F 4.1 i.V.m. B 8). Unter diesen Umständen besteht kein Zweifel, dass der Kläger seine teilweise Arbeitsfähigkeit mit Absicht verschwie, um Taggelder zu beziehen, auf die er in dieser Höhe keinen Anspruch hatte.

#### **E. 4.2.15**

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der Kläger in betrügerischer Weise von der Beklagten Taggelder bezog. Diese ist somit an den Unfallversicherungsvertrag vom 11. Juni 1998, Police Nr. ..., nicht gebunden und demzufolge berechtigt, weitere Versicherungsleistungen zu verweigern. Die Klage ist daher abzuweisen.

#### **E. 5**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

##### **E. 5.1**

Über die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens hat die Berufungsinstanz bei diesem Ausgang des Verfahrens nicht zu entscheiden (Art. 318 Abs. 3 ZPO e contrario). Es bleibt somit beim erstinstanzlichen Entscheid (Urk. 59 Dispositiv Ziff. 2.-4.).

##### **E. 5.2**

Für den Berufungsprozess wird der Kläger ausgangsgemäss kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 95 i.V.m. Art.106 ZPO). Die Gerichtskosten sind mit dem vom Kläger geleisteten Kostenvorschuss zu verrechnen (Art. 111 ZPO).

##### **E. 5.3**

Die Höhe der Gerichtsgebühr und der Prozessentschädigung richtet sich nach den einschlägigen Verordnungen (Art. 105 Abs. 2 ZPO; LS 211.11 und LS

- 32 - 215.3). Der Streitwert beläuft sich auf rund eine Million Franken (4 mal CHF 9'900.- über 23,5 Jahre und CHF 70'000.-). Da es sich um eine Streitigkeit über wiederkehrende Leistungen handelt, rechtfertigt es sich, die ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 30'750.- auf ein Drittel, d.h. auf rund CHF 10'000.- zu kürzen (§ 12 Abs. 1 i.V.m. 4 Abs. 1 und 3 der Gebührenverordnung vom 8. September 2010). Die Prozessentschädigung ist auf CHF 11'300.- (Mehrwertsteuer inbegriffen) festzusetzen (§13 Abs. 1 und 2 i.V.m. § 4 Abs. 1 und 3 der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010). Es wird erkannt:

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