



Geschäfts-Nr. LB080095/U

II. Zivilkammer

Mitwirkend: Oberrichter Dr. O. Kramis, Vorsitzender, Oberrichterin Dr. L. Hunziker Schnider und Oberrichter lic. iur. W. Meyer sowie die juristische Sekretärin lic. iur. R. Maurer

Beschluss und Urteil vom 29. Januar 2010

in Sachen

A._____,
Kläger und Appellant

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ AG,
Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 3. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2008; Proz. CG070062

Rechtsbegehren:

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 41'679.60 zuzüglich Zins zu 5% seit 12. Oktober 2004 zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

(act. 66 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2008:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 41'089.-- zu bezahlen. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 9'800.--.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Prozessentschädigung von Fr. 13'450.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel.

(act. 66 S. 21)

Berufungsanträge:

Des Klägers und Appellanten (act. 73 S. 2):

- „1. Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2008 sei bezüglich der Abweisung der Klage im Mehrbetrag aufzuheben und die Klage sei vollumfänglich gutzuheissen.
Eventualiter
2. Dispositiv Ziff. 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Zürich vom 28. November 2008 sei bezüglich der Abweisung der Klage im Mehrbetrag aufzuheben und der Prozess sei zur Durchführung eines Beweisverfahrens betreffend der Forderung der Restprämie (pro rata temporis) an die Vorinstanz zurück zu weisen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.“

Der Beklagten und Appellatin (act. 79 S. 2):

„Die Berufung des Klägers und Appellanten sei abzuweisen. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zuzüglich 7.6% Mehrwertsteuer zu Lasten des Klägers und Appellanten.“

Das Gericht zieht in Betracht:

1. Sachverhalt und Prozessgeschichte

1.1. Am 26. März 1994 schloss der Kläger, gesetzlich vertreten durch seinen Vater, bei der Rechtsvorgängerin der Beklagten, der „C._____“ 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 tt. 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 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 Stand-

punkt, 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.

1.2. Der Kläger machte die Klage ohne Weisung (§ 104 lit. d ZPO) mit Einreichung der Klageschrift am 4. April 2007 bei der Vorinstanz rechtshängig (act. 1). Bezüglich der Prozessgeschichte kann auf die Ausführungen im angefochtenen Entscheid verwiesen werden (§ 161 GVG; 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).

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 D. _____“ 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 abgewiesen wurde, sowie bezüglich der Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss Dispositiv Ziffern 2 bis 4. Davon ist Vormerk zu nehmen.

Im Berufungsverfahren wurde ein doppelter Schriftenwechsel durchgeführt (act. 73, 79, 84, 91). Auf die Vorbringen der Parteien ist – soweit erforderlich – nachfolgend einzugehen.

2. Restprämie (pro rata temporis)

2.1. 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 (§ 161 GVG; act. 66 S. 14), altes Recht zur Anwendung.

2.2. Gemäss Art. 24 aVVG 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 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.).

2.3. Die Parteien haben mit dem Versicherungsvertrag die Anwendung der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (...): VI1/1993 (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 innert dreissig Tagen seit ihrem Verfall zahlbar.

27.2 ...

27.3 Die „C. _____“ 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 tt. 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 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.

2.4. Die Vorinstanz hielt fest (act. 66 S. 13ff.), 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 E. _____ 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 Willen der „C.____“ als juristischer Person im Zeitpunkt der Vertragsannahme nicht ermittelbar. Der Kläger behaupte, E.____ 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 Gerichts, seine Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen, unterlassen anzugeben, wann das Gespräch zwischen E.____ 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 E.____ dies dem Vater des Klägers mitgeteilt haben sollte, so könne daraus der wirkliche Wille der "C.____" 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 "C.____" 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 "C.____" 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 "C.____" keine entsprechende schriftliche

Annahmeerklärung ergangen und sei der Police keine derartige Regelung zu entnehmen. Nach dem Gesagten sei der tatsächliche Wille der „C. _____“ nicht ermittelbar. Der durch Auslegung zu ermittelnde hypothetische Vertragswille führe dazu, dass eine Rückerstattungspflicht der Restprämie zu verneinen sei.

2.5. 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 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 „C. _____“ 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 F. _____ 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 unver-

brauchte Jahresprämie pro rata erstatte. Ferner habe er ganz spezifisch den ursprünglichen G._____ 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 G._____ 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. 5 f.). Stehe der tatsächliche Wille der Beklagten, die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten fest, erübrigten sich weitere Abklärungen dazu, was dem Vater des Klägers bei Vertragsschluss mitgeteilt worden sei (act. 73 S. 7).

Der Kläger macht ferner geltend, der von der Vorinstanz erhobene Vorwurf der mangelhaften Substantiierung dahingehend, er habe es unterlassen, seine Behauptung, dass E._____ dem Vater des Klägers bei Versicherungsabschluss mitgeteilt habe, dass die Jahresprämie pro rata zurück erstattet werde, bestimmt und vollständig aufzustellen, sei unzutreffend. Er habe in der Replik ausgeführt, dass die Kunden jeweils von den Unteragenten über das Versicherungsprodukt informiert worden seien und anlässlich dieses Gesprächs den Versicherungsantrag unterzeichnet hätten. Diese Versicherungsanträge seien dann an die Agenten in der Schweiz gesandt worden. Im konkreten Fall habe das Vorgehen dem vom Kläger dargelegten Muster entsprochen. Der Vater des Klägers sei vom Unteragenten E._____ informiert worden. Daraus gehe hervor, dass der Vater des Klägers anlässlich des Gesprächs mit E._____ den Versicherungsantrag unterzeichnet habe. Das genaue Datum könne der Kläger nicht nennen, weil sich der Versicherungsantrag bei der Beklagten befinde. Er habe indessen die Edition desselben beantragt. Aus dem Versicherungsvertrag gehe hervor, dass dieser am 26. März 1994 geschlossen worden sei, womit das Gespräch mit E._____ ca. 14 Tage zuvor stattgefunden habe. Bereits mit dem Hinweis des Klägers, dass sein Vater als gesetzlicher Vertreter anlässlich der Unterzeichnung des Versicherungsantrages über die pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Heiratsfall informiert worden sei, sei die klägerische Behauptung genügend substantiiert worden. Die Vorinstanz habe an die Behauptungslast einen zu strengen, die Durchsetzung des materiellen Rechts übermässig einschränkenden Massstab angelegt (act. 73 S. 8 f.).

Zudem bringt der Kläger vor, die Feststellung der Vorinstanz, dass es keine Rolle spiele, was E. _____ dem Vater des Klägers mitgeteilt habe, da nur eine schriftliche Vereinbarung bindend sei, sei falsch. Ziff. 2.1 AVB statuiere nicht ein Formerfordernis der Schriftlichkeit für den Versicherungsvertrag. Es gehe darin einzig um die vom Antragsteller mitgeteilten Grundlagen des Vertrages. Es gehe um die Deklarationspflicht des Antragstellers und indirekt die Möglichkeit des Versicherers bei Falschdeklaration wegen Willensmangel vom Vertrag zurück zu treten. Thema dieser Bestimmung sei die Vertragsgrundlage und nicht der Vertragsinhalt. Aus dieser Bestimmung könne nicht abgeleitet werden, dass sämtliche Vertragsbestimmungen schriftlich geschlossen werden müssten. Selbst unter interpretierendem Beizug von Ziff. 2.2 AVB könne nicht die Rede davon sein, dass hier „etwas Anderes als in den AVB Festgelegtes“ habe vereinbart werden wollen. Ziff. 27.3 AVB sei nicht klar oder eindeutig, sondern auslegungsbedürftig. Hinzu komme, dass die Agenten vom damals zuständigen Direktor der Beklagten, Herr F. _____, ausdrücklich darüber informiert worden seien, dass selbstverständlich auch im Heiratsfall der unverbrauchte Teil der Jahresprämie zurück erstattet werde. Diese Information sei über die Agenten und Unteragenten den Versicherungsnehmern mitgeteilt worden. Dabei handle es sich nicht um eine Änderung des Versicherungsvertrages, sondern um eine Erläuterung der AVB-Bestimmungen. Aus Art. 34 VVG gehe hervor, dass sich der Versicherer Aussagen der Vermittler anrechnen lassen müsse. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung bänden Erklärungen dieser Art den Versicherer, selbst wenn sie falsch seien (act. 73 S. 10 f.).

2.6. 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, vertrauensrechtlich 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).

2.7. Das hier anwendbare Recht gemäss Art. 24 aVVG statuiert die Unteilbarkeit der Prämie, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben. Ziff. 27.3 der übernommenen AVB bestimmt, dass die „C. _____“ dem aus der Versicherung 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 (§ 161 GVG; 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).

2.8. Nicht gefolgt werden kann dem Kläger, wenn er dafür hält, es erübrigen 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 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). Gleichwohl kann folgendes festgehalten werden:

2.8.1. 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 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.

2.8.2. Der Kläger macht geltend, 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. Schon die Vorinstanz hat zutreffend festgehalten, dass sich aus der Praxis anderer Versicherungsgesellschaften keine Rückschlüsse auf die Praxis der „C.____“ ziehen lasse, und dass bei drei Fällen, in welchen es zu Prämienrückzahlungen der Beklagten gekommen sei, nicht von einer Praxis gesprochen werden könne, aus welcher

Rückschlüsse auf die Willenslage der „C. _____“ bei Vertragsabschluss gezogen werden könnten, zumal bei zwei dieser drei Fälle die Police einige Jahre früher abgeschlossen worden sei, die AVB von 1986 zugrunde gelegen hätten und entsprechend auch andere vertragliche Absprachen hätten getroffen worden sein können (act. 66 S. 17 + 18).

2.8.3. Richtig ist, dass der tatsächliche Wille einer juristischen Person durch ihre Organe gebildet wird. Selbst wenn aber ein Direktor der Beklagten, wie der Kläger geltend macht (act. 73 S. 5), angeben würde, die Beklagte habe in den Jahren 1980 bis 1995 im Sinne gehabt, den unverbrauchten Anteil der Jahresprämie im Heiratsfall pro rata zurück zu erstatten bzw. den Agenten mitgeteilt hätte, dass die Beklagte auch im Heiratsfall die unverbrauchte Jahresprämie pro rata erstatte, liesse dies nicht auf den tatsächlichen Willen der Beklagten als juristische Person schliessen. Festzuhalten bleibt vorab, dass die sog. „Heiratsversicherungen“ unbestrittenermassen nur zwischen 1989 und 1995 vertrieben wurden (act. 10 S. 4, act. 19 S. 2). Zu beachten ist sodann, dass unterschiedliche Organbegriffe auseinander zu halten sind. Der Ausdruck „Organ“ wird oft in der Bedeutung von Funktionsmittelpunkt verwendet; man bezeichnet damit eine der Stellen, bei der zentrale Aufgaben, wie diejenige der Willensbildung, der Geschäftsführung oder der Kontrolle, zusammengefasst werden. In diesem Sinne stellen Generalversammlung, Verwaltung(srat) und Revisionsstelle Organe einer AG dar. Davon zu unterscheiden ist der Begriff des Organs im Sinne von Personen, die für eine Gesellschaft nach aussen handelnd auftreten, wie etwa das Verwaltungsratsmitglied, der Direktor oder Prokurist. Diese engere Bedeutung hat das Wort „Organ“ in Art. 55 ZGB. Mit „Organ“ ist hier der nach aussen auftretende Funktionsträger, das Exekutivorgan gemeint (Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht 10. A., § 2 N 29 f.; BSK ZGB I-Huguenin, Art. 55 N 16). Ein Direktor vermag dem Willen der juristischen Person Ausdruck zu geben und die juristische Person mit seinen Handlungen zwar zu verpflichten (Art. 55 Abs. 1+2 ZGB) – sie muss sich das Handeln ihrer Organe grundsätzlich als eigenes anrechnen lassen, selbst wenn dieses unrechtmässig oder gegen den Willen der übrigen Organe oder der Aktionäre geschieht (BSK ZGB I-Huguenin, Art. 55 N 17) –, nicht aber deren tatsächlichen Willen zu bilden. Dass der behauptete tatsächliche Wille der Beklagten be-

züglich pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Heiratsfall in Generalversammlungs- oder Verwaltungsratsbeschlüssen oder z.B. Protokollen eines dafür als zuständig erklärten Ausschusses niedergelegt wäre, wurde nicht behauptet.

2.8.4. Der Kläger macht schliesslich geltend, der ursprüngliche G._____ Report vom 14. September 1995 bzw. der Report von G._____ vom 5. Juli 1995 enthielten Hinweise darauf, dass die Beklagte die Jahresprämie im Heiratsfall pro rata habe zurück erstatten wollen. Im ursprünglichen Report vom 14. September 1995 sei ausdrücklich festgehalten worden, dass die bisher praktizierte Teilbarkeit der Prämie nicht mehr angewendet werden sollte. Nach seinen Angaben hat dieser ursprüngliche Report jedoch später auf Geheiss von G._____ vernichtet werden müssen (act. 73 S. 5, act. 19 S. 104). Müsste davon ausgegangen werden, dass der ursprüngliche Report vernichtet worden ist, könnte er heute wohl kaum mehr eingereicht werden. Die Beklagte bestreitet allerdings, dass dieses Memorandum, bei dem es sich um ein internes Arbeitsdokument der Beklagten handle, vernichtet worden sei. Das Dokument sei annulliert und ersetzt worden durch das Memorandum vom 19. Februar 1996 (vgl. act. 32 S. 19). Darin sei explizit festgehalten (vgl. Ziff. 1. Vorwort): „Dieses Dokument ist eine Folgeversion von jenem vom 14.9.1995, das denselben Titel trägt und es annulliert und ersetzt (act. 21/ 85 und Originalversion act. 21/20). Das Dokument ist mit Nachricht betitelt und hat die „Tarifizierung der Zusatzversicherung der vorzeitigen Zahlung eines gemischten Kapitals im Falle der Heirat (Heiratshäufigkeit) – Code ...“ zum Gegenstand. Bezüglich Teilbarkeit der Prämie lässt sich diesem Dokument nichts entnehmen.

Der Report von G._____ und H._____ vom 5. Juli 1995 an den Beratungsausschuss liegt als act. 21/29 (in französischer Originalversion und englischer Übersetzung) bei den Akten, wobei Ziff. 4 mit dem Titel „Points contestés – position juridique“ als „work product“ abgedeckt ist. Der Kläger behauptet, im abgedeckten Teil finde sich der Hinweis auf die damals geplante Praxisänderung der Teilbarkeit der Prämie. Die Beklagte macht geltend, Ziff. 4 würde die interne Strategie der Beklagten aufzeigen und daher nicht offen gelegt. Sie sei im Hinblick auf künftige Verfahren verfasst worden. Sie enthalte eine Würdigung verschiedenster Rechtsfragen, Vorschläge für das weitere Vorgehen und eine Beurteilung der

Prozesschancen. Entgegen der Behauptung des Klägers werde die Problematik der pro rata Rückerstattung der letzten Jahresprämie weder erwähnt noch erörtert (act. 32 S. 20). Sie sei nur unter Schutzmassnahmen gemäss § 145 ZPO bereit, das Dokument offen zu legen. Es handle sich um ein in den ... privilegiertes Dokument, und sie befürchte, dass I._____, der Vertreter des Klägers und Initiant des vorliegenden Verfahrens versuche, den vollständigen Bericht zu erlangen, um diesen in einem neuen Fall in den ... verwenden zu können. Sollte das Gericht die Edition als notwendig erachten, werde sie wie im Verfahren J._____ beantragen, dass nur das Gericht Einsicht in den vollständigen Bericht nehmen könne (act. 79 S. 5 ff.). In jenem Verfahren verweigerte das Gericht Schutzmassnahmen, worauf die Beklagte das Dokument zurückzog (act. 74/ 3-4). Es erscheint wenig wahrscheinlich, dass die abgedeckte Stelle im Report vom 5. Juli 1995 einen Hinweis auf eine geplante Praxisänderung der Teilbarkeit der Jahresprämie enthält, weil eine solche Praxis – wie dargelegt – nicht festgestellt werden konnte. Der Kläger tut auch nicht dar, worauf seine Behauptung, der abgedeckte Teil enthalte entsprechende Hinweise, gründet, weshalb auch fraglich erscheint, ob die Erheblichkeit des zur Edition verlangten Reports überhaupt genügend dargetan ist, was die Beklagte bestreitet (act. 79 S. 5 und 7, act. 91 S. 3 f. und S. 14). Selbst wenn die abgedeckte Stelle aber einen solchen Hinweis enthielte, könnte der Kläger allein daraus nichts zu seinen Gunsten ableiten, weil ein nicht erklärter Wille, wie ausgeführt, unbeachtlich bleibt.

2.9. Der Kläger behauptet denn auch, der Unteragent E._____ 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. 2.5. und act. 73 S. 8 f.), kann aus nachstehenden Erwägungen offen bleiben:

2.9.1. 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 denn auch 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 „C._____“. Den AVB widersprechende Antragserklärungen, die vorgehen würden (VVG-Stoessel, Art. 3 N 6), wurden vom Kläger nicht behauptet. Eine schriftliche Bestätigung der Direktion der „C._____“ für eine besondere Vereinbarung oder Abänderung des Vertrages liegt sodann nicht vor.

2.9.2. Die Beklagte macht zudem geltend, bei E._____ 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: aVVG) schreibe explizit vor, dass der Agent nicht befugt sei, von den AVB zugunsten oder ungunsten des Versicherungsnehmers abzuweichen. Daraus folge, dass Aussagen gegenüber Versicherungsnehmern, wenn sie den Vorschriften in den AVB widersprüchen, 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.).

2.9.2.1. 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 (§ 161 GVG; act. 66 S. 14).

2.9.2.2. Gemäss Art. 34 Abs. 2 aVVG ist der Agent nicht befugt, von den allgemeinen Versicherungsbedingungen zugunsten oder ungunsten des Versiche-

rungsnehmers abzuweichen. Nach neuerer bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist diese Bestimmung so zu verstehen, dass der Agent im Rahmen seiner Vertretungsmacht nach Art. 34 Abs. 1 aVVG nicht zu Ungunsten, wohl aber zu Gunsten des Versicherungsnehmers von den AVB abweichen dürfe (SVA XV No. 72, 374 f.). 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-Fuhrer, Art. 34 N 177 ff.). Da die Vereinbarung der Teilbarkeit der Jahresprämie im Heiratsfall zugunsten 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: aVVG) nicht zulässig wäre, sondern eine blosser Auslegungserklärung (act. 84 S. 4).

2.9.2.3. Handelte es sich, wie die Beklagte geltend macht, bei E. _____ 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. Art. 34aVVG ist. Er arbeitet, obwohl vom Versicherer bezahlt, im Auftrag des Versicherungsnehmers. Es fehlt somit das Merkmal der Bindung an einen Versicherer (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 45; grundlegend BGE 124 III 481 ff.).

2.9.2.4. Handelte es sich bei E. _____ 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 „C._____-Versicherungsagenten (d.h. K.____ AG bzw. I._____) gegengezeichnet und nach ... weiterversandt worden, wo die entsprechenden Policen ausgestellt worden seien. Im vorliegenden Fall sei der Vater des Klägers vom Unteragenten E.____ 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 E.____ somit nicht über eine Abschlussvollmacht, sondern bloss über eine Vermittlungsvollmacht.

Verfügte E.____ bloss über eine Vermittlungsvollmacht, war er nicht bevollmächtigt, Willenserklärungen abzugeben, sondern nur, solche entgegenzunehmen. Zu seinen Aufgaben gehörte ferner die Abgabe und die Entgegennahme von Willenserklärungen (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 113 und 134). Insbesondere war er bevollmächtigt, Willenserklärungen (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 einzustehen. 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 Antragstellers aus als nicht klar und zweifelsfrei erscheinen (VVG-Fuhrer, Art. 34 N 139). Nach Darstellung des Klägers wollte sein Vater von E.____ 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. E. _____ 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).

Art. 27.3 AVB bestimmt (act. 3/32), dass die „C. _____“ dem aus der Versicherung Begünstigten denjenigen Teil der periodischen Prämie zurück erstatte, der am Ende des Versicherungsmonats, in dessen Verlauf der Versicherte **gestorben** ist, noch nicht verbraucht ist. Die Bestimmung bezieht sich klar und einzig auf den Todesfall und ist ohne weiteres verständlich, so dass sie objektiv nicht erklärungsbedürftig erscheint. Aus einer allfällig abweichenden Erklärung des Vermittlungsagenten E. _____ vermochte der Vater des Klägers daher nichts zu seinen Gunsten abzuleiten. Bei pflichtgemässer Aufmerksamkeit hätte ihm klar sein müssen, dass die Information von E. _____ bezüglich pro rata Rückerstattung der Jahresprämie im Heiratsfall nicht zutreffend war. Ob es sich bei der Frage, ob der Vater des Klägers im Fall einer Heirat seines Sohnes möglicherweise die Jahresprämie verlieren würde, und es deshalb besser wäre, eine Halbjahres- oder Vierteljahresprämie zu vereinbaren, um eine subjektiv erklärungsbedürftige Frage handelt, kann hingegen offen gelassen werden. Selbst wenn dies zuträfe, hätte die falsche Auskunft von E. _____ in casu zu keinem Schaden geführt. Selbst wenn bei richtiger Auskunft eine Vierteljahresprämie gewählt worden wäre, hätte der Kläger beim vorliegend zu beurteilenden Sachverhalt die Prämie für den letzten Monat 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.

2.9.2.5. Wenn man mit dem Kläger die Auffassung vertreten wollte, bei den fraglichen Informationen von E. _____ handle es sich lediglich um eine Auslegung der AVB, stellte sich die Frage nach Art. 34 Abs. 2 aVVG gar nicht. Die Beklagte haftete in diesem Fall für den aus der falschen Information entstehenden Schaden, allerdings nur bei gegebenen Haftungsvoraussetzungen, an denen es, wie bereits

vorstehend ausgeführt (Ziff. 2.9.2.4.), vorliegend fehlt. Ein Vertrag mit dem vom Kläger behaupteten Inhalt wäre hingegen nicht zustande gekommen (vgl. dazu auch VVG-Fuhrer, Art. 34 N 142 a.E.).

2.10. 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 eine schriftliche Bestätigung für eine besondere Vereinbarung oder Abänderung des Vertrages nicht vorliegt und es überdies E. _____ an der erforderlichen Bevollmächtigung zur Abgabe von Willenserklärungen, d.h. an der Abschlussvollmacht fehlte. Eine Haftung für falsche Erklärungen (oder eine falsche Auslegung der AVB) des Vermittlungsagenten E. _____ ist mangels Belehrungspflicht und aufgrund des Gebotes pflichtgemässer Aufmerksamkeit bzw. mangels eines Schadens ebenfalls zu verneinen. Es erübrigt sich daher, die unter den Parteien strittigen Behauptungen zum tatsächlichen Willen der Parteien beweismässig abzuklären.

2.11. Lässt sich eine tatsächliche Willensübereinstimmung der Parteien nicht feststellen, ist der mutmassliche Vertragswille nach dem Vertrauensprinzip durch Auslegung zu ermitteln. 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 (§ 161 GVG; act. 66 S. 16-19). Sie werden denn auch von keiner Partei beanstandet. Entsprechend ist das vorinstanzliche Urteil zu bestätigen und die Klage im Restbetrag von Fr. 590.60 abzuweisen.

3. Kosten- und Entschädigungsfolgen

3.1. Bei diesem Ausgang wird der Kläger für das Berufungsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO), wobei der Streitwert Fr. 590.60 beträgt. Die Gerichtsgebühr ist unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und 2 und § 9 Ziff. 1 GerGebVO auf Fr. 1'500.--, die Prozessentschädi-

gung unter Berücksichtigung von § 3 Abs. 1 und 2, § 6 Abs. 1 und § 12 Abs. 5 AnwGebVO auf Fr. 320.-- (inkl. Mehrwertsteuer) festzulegen.

Das Gericht beschliesst:

1. Es wird davon Vormerk genommen, dass das Urteil des Bezirksgerichts Zürich vom 28. November 2008 insoweit in Rechtskraft erwachsen ist, als die Klage im Umfang von Fr. 41'089.-- gutgeheissen bzw. im Umfang von 5% Zins seit 12. Oktober 2004 abgewiesen wurde, sowie bezüglich der Kosten- und Entschädigungsregelung gemäss Dispositiv-Ziff. 2-4.
2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.

Und erkennt sodann:

1. Im Restbetrag von Fr. 590.60 wird die Klage abgewiesen.
2. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 1'500.-- festgesetzt.
3. Die Kosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 320.-- (Mehrwertsteuer inbegriffen) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, je gegen Empfangsschein.

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

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Dop-

pel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden.

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).

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Frist für die Beschwerde an das Bundesgericht erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts (Art. 100 Abs. 6 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 Beschwerden an das Kassationsgericht und an das Bundesgericht haben keine aufschiebende Wirkung.

OBERGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

II. Zivilkammer

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter Dr. O. Kramis

lic. iur. R. Maurer

versandt am: