

# Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



---

Geschäfts-Nr.: LB100073-O/U3.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. G. Pfister,  
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan sowie Gerichtsschreiberin lic. iur.  
M. Reuss Valentini

## Urteil vom 13. Dezember 2011

in Sachen

**A.** \_\_\_\_\_,

Kläger und Appellant

gegen

**B.** \_\_\_\_\_ **AG**,

Beklagte und Appellatin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. \_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung,  
vom 22. September 2010 (CG080039)**

**Rechtsbegehren:**

"Die Beklagte sei zur Zahlung von Fr. 21'783.40 nebst Zins zu 5% seit 8. Juni 2007 zu verurteilen."

**Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, II. Abteilung, vom 22. September 2010:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf Fr. 3'300.—.
3. Die Kosten werden dem Kläger auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, die Beklagte mit Fr. 6'150.— zu entschädigen.

**Berufungsanträge:**

des Klägers und Appellanten (Urk. 51 S. 2):

1. Es sei das vorinstanzliche Urteil vom 22. September 2010 aufzuheben.
2. Es sei die Beklagte/Appellatin zur Zahlung von CHF 21'783.40 nebst Zins zu 5% seit 8. Juni 2007 zu verurteilen.
3. Eventualiter sei die Angelegenheit an die Vorinstanz zur Neuurteilung zurückzuweisen.
4. Es sei dem Kläger/Appellanten die unentgeltliche Prozessführung für das vorliegende Verfahren zu bewilligen und der Unterzeichnete als unentgeltlicher Rechtsvertreter zu bestellen.

der Beklagten und Appellantin (Urk. 56 S. 2):

1. Die Berufung sei abzuweisen und das angefochtene Urteil zu bestätigen.
2. Eventuell sei die Klage direkt abzuweisen.

### **Sachverhalt und Prozessgeschichte:**

1. Der Kläger leaste gemäss Leasingvertrag mit der C. \_\_\_\_\_ SA vom 12. Oktober 2006 das offenbar von der Garage D. \_\_\_\_\_ angebotene und von der E. \_\_\_\_\_ gelieferte Fahrzeug Alfa Romeo 166 und liess dieses gemäss Versicherungsvertrag vom 18. Oktober 2006 (Police Nr. ...) mit Wirkung ab 5. Oktober 2006 bei der Beklagten mit Vollkasko versichern. Der Kilometerstand des geleasten Fahrzeuges wurde im Leasing-Vertrag mit 56'300 km angegeben (Urk. 4/2 und Urk. 4/8). Nachdem dem Kläger das versicherte Fahrzeug nach seinen Angaben am 23. November 2006 während einer ...-Reise in F. \_\_\_\_\_ gestohlen worden sei, machte er gegenüber der Beklagten aufgrund dieses Diebstahls einen Schaden im Gesamtbetrag von Fr. 21'783.40 geltend. In der Schadensanzeige vom 6. Dezember 2006 gab er dabei einen Kilometerstand von rund 57'000 km an (Urk. 4/23; Urk. 4/11; Urk. 4/10; Urk. 4/16, Urk. 4/17 und Urk. 4/18). Die Beklagte trat unter Verweis auf Art. 40 VVG (Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches) vom Versicherungsvertrag zurück und wies die Schadensforderung des Klägers ab (Urk. 4/20 und 4/22; vgl. auch Urk. 51 S. 3 ff.).

2. a) Mit Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes G. \_\_\_\_\_ vom 17. November 2007 und der Klageschrift vom 21. Dezember 2007 erhob der Kläger bei der Vorinstanz Klage. Diese trat mit Beschluss vom 7. März 2008 auf die Klage nicht ein, da der vereinbarte Gerichtsstand keinen genügend Bezug zum vereinbarten Gericht habe (Urk. 5). Die I. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich hiess indes einen gegen diesen Entscheid erhobenen Rekurs des Klägers unter Hinweis darauf, dass im Anwendungsbereich des Lugano-Übereinkommens die Prorogation für das vereinbarte Gericht zwingend sei, gut und wies den Prozess mit Beschluss vom 2. Juni 2008 zur Anhandnahme zurück (Urk. 8).

b) Nach Eingang der schriftlichen Klageantwort wies das Bezirksgericht Horgen das Gesuch des Klägers um unentgeltliche Prozessführung wegen Aus-

sichtslosigkeit infolge fehlender Aktivlegitimation ab (Urk. 20). Gestützt auf eine Rückzession der fraglichen Forderung an den Kläger hiess die I. Zivilkammer des Obergerichtes einen Rekurs des Klägers mit Beschluss vom 2. September 2009 gut und wies das Verfahren zur weiteren Prüfung des Armenrechtsgesuchs an die Vorinstanz zurück (Urk. 24). In der Folge wurde das schriftliche Verfahren fortgesetzt. Für die Sachdarstellung der Parteien vor Vorinstanz kann auf die ausführliche Wiedergabe im angefochtenen Urteil verwiesen werden (Urk. 44 S. 4 - 6).

c) Mit Urteil vom 22. September 2010 wies die Vorinstanz die Klage unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten des Klägers ab. Sie ging dabei davon aus, dass die Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt seien und die Beklagte demzufolge berechtigt gewesen sei, vom Vertrag mit dem Kläger zurückzutreten (Urk. 44).

3. a) Mit Eingabe vom 28. September 2010 erhob der Kläger rechtzeitig Berufung gegen das Urteil des Bezirksgerichts Horgen vom 22. September 2010 (Urk. 45), worauf ihm mit Verfügung vom 25. Oktober 2010 Frist zur Begründung der Berufung angesetzt wurde (Urk. 49). Die Berufungsbegründung datiert vom 6. Dezember 2010 (Urk. 51), die Berufungsantwort vom 7. Februar 2011 (Urk. 56).

b) Der Kläger ersuchte mit seiner Berufungsbegründung vom 6. Dezember 2010 um Gewährung der unentgeltlichen Prozessführung und um Bestellung eines unentgeltlichen Rechtsbeistandes (Urk. 51 S. 2 und S. 16 f.). Die Kammer wies diesen Antrag jedoch mit Beschluss vom 4. September 2011 ab. Zwar wurde die Mittellosigkeit des Klägers bejaht, seine Berufungsanträge wurden jedoch als kaum aussichtsreich erachtet (Urk. 59). Dieser Entscheid blieb unangefochten, worauf die Parteien am 3. November 2011 zur Berufungsverhandlung vorgeladen wurden (Urk. 60). Mit Eingabe vom 29. November 2011 teilte der bisherige Vertreter des Klägers mit, dass er das Mandat niederlege. Der Kläger, an den die Korrespondenz inskünftig direkt zuzustellen sei, sei über den Stand des Verfahrens orientiert (Urk. 62).

c) Zur heutigen Berufungsverhandlung ist der Kläger unentschuldigt nicht erschienen, weshalb er mit seiner Replik ausgeschlossen ist (§ 268 Abs. 2 ZPO/ZH). Die Beklagte hat ihrerseits auf ihre Duplik sowie auf Anwesenheit an der öffentlichen Urteilsberatung und mündlichen Urteilseröffnung verzichtet (Prot. II S. 5).

### **Erwägungen:**

#### I.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt indes für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Damit sind für das Verfahren vor Obergericht weiterhin die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden.

2. Nachdem das Gesuch um unentgeltliche Rechtspflege im Berufungsverfahren abgewiesen worden ist (Urk. 59) und der entsprechende erstinstanzliche Beschluss vom 22. September 2010 (Urk. 44 S. 18) unangefochten geblieben ist, ist diese Frage nicht weiter zu prüfen.

#### II.

1. a) Die Vorinstanz gelangte zum Schluss, die Beklagte sei berechtigt gewesen, sich gestützt auf Art. 40 VVG auf die Unverbindlichkeit des Versicherungsvertrages mit dem Kläger zu berufen und von diesem zurückzutreten, weil der Kläger unrichtige Angaben betreffend den tatsächlichen Kilometerstand im Zeitpunkt des behaupteten Diebstahls gemacht habe. In der Schadensanzeige vom 6. Dezember 2006 habe der Kläger den Kilometerstand mit 57'000 km beziffert (Urk. 4/23; Urk. 4/12 S. 10). Aufgrund des Fahrzeug-Prüfberichts des Sicherheitsdepartements des Kantons J.\_\_\_\_\_, Motorfahrzeugkontrolle, vom 26. Januar 2006 (Urk. 13/1), welcher als amtliches Dokument mit entsprechend hoher Be-

weiskraft zu werten sei, ergebe sich, dass das Fahrzeug bereits im Januar 2006 über einen ablesbaren Kilometerstand von mehr als 89'000 km verfügt habe. Des Weiteren lägen zwei Erklärungen von in die Fahrzeugübertragung auf den Kläger involvierten Personen vor, welche einen Kilometerstand des Fahrzeugs im Zeitpunkt der Übertragung von zwischen 70'000 km und 80'000 km bzw. zwischen 80'000 km und 90'000 km bestätigten. Solchem stünde lediglich der von privaten Parteien abgeschlossene Leasingvertrag vom 12. Oktober 2006 gegenüber, welcher einen tieferen Kilometerstand bei Übernahme durch den Kläger vermerke, nämlich 56'300 km. Der im Leasingvertrag aufgeführte Kilometerstand genüge alleine nicht, um den sich aufgrund der genannten übrigen Akten ergebenden höheren Kilometerstand des Fahrzeugs zu widerlegen. Der Kläger vermöge denn auch nicht substantiiert zu behaupten, wie der Kilometerstand des Fahrzeugs von fast 90'000 km im Januar 2006 auf 56'300 km im Oktober 2006 hätte gesunken sein sollen. Er habe lediglich erwähnt, die Prüfberichte seien vor Übernahme durch ihn und vor der Auswechslung des Motors (und eventuell des Kilometerzählers) erstellt worden. Ein aussergewöhnlicher, zudem nicht zulässiger Vorgang wie die Auswechslung des Kilometerzählers bei einem Fahrzeug oder ein Zurückstellen des Kilometerstandes müsste vom Kläger jedoch klar und substantiiert behauptet werden, würde es sich doch hierbei um Täuschungshandlungen mit strafrechtlicher Relevanz handeln. Allein die blosser Erwähnung solcher Manipulationsmöglichkeiten genüge nicht. Gestützt auf den Prüfbericht vom Januar 2006 ergebe sich hingegen in genügend schlüssiger Weise, dass der vorliegend massgebliche, tatsächliche ablesbare Kilometerstand des fraglichen Fahrzeugs im Zeitpunkt des geltend gemachten Diebstahls massiv höher gewesen sei, als vom Kläger in der Schadensmeldung angegeben worden sei. Ein gewöhnlicher Autonutzer kenne nach der allgemeinen Lebenserfahrung den ablesbaren Kilometerstand seines Fahrzeugs ungefähr. In jedem Fall achte jedoch auch ein gewöhnlicher Autonutzer beim Kauf eines Occasionsfahrzeuges auf den angezeigten Kilometerstand, zumal dieser massgeblichen Einfluss auf den Wert des Fahrzeuges habe. Dies müsse auch und gerade für den Kläger gelten, für welchen sein Fahrzeug - wie aufgrund der geltend gemachten vorgenommenen Zubehöreinsbauten ersichtlich werde - offensichtlich nicht blosses Fortbewegungsmittel, sondern auch Ausdruck

seiner Individualität darstelle. Dass der Kläger, welcher das Fahrzeug nur etwa einen Monat vor dem geltend gemachten Schadensfall übernommen habe, den Kilometerzähler vor Vertragsschluss oder auch während des Fahrens im neu übernommenen Fahrzeug nie angeschaut und deshalb nicht gewusst habe, ob der angezeigte Kilometerstand auch real demjenigen auf dem Leasingvertrag entsprochen habe, widerspreche jeder Erfahrung. Der Kläger habe nicht dargelegt, weshalb gerade er diese sogar für einen Durchschnittsautomobilisten selbstverständlichen Wahrnehmungen nicht gemacht haben sollte, ihm deshalb der tatsächliche Kilometerstand nicht zumindest ungefähr bekannt gewesen sei und er bei der Schadensmeldung deshalb allein auf die Angaben im Leasingvertrag habe zurückgreifen müssen. Aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung sei vorliegend klar davon auszugehen, dass der Kläger den ablesbaren Kilometerstand des von ihm neu geleasten und erst seit rund einem Monat benützten Fahrzeugs zumindest ungefähr auf über 80'000 km liegend gekannt und in der Schadensanzeige demzufolge wissentlich viel zu tief angegeben habe. Der Kläger habe wissentlich falsche Angaben über den Kilometerstand des als gestohlen gemeldeten Fahrzeugs gemacht, welcher einen Einfluss auf die Schadenshöhe und damit die Versicherungsleistung habe, insofern sei die Täuschungsabsicht vorliegend zu vermuten. Der Kläger habe auch als Leasingnehmer im Hinblick auf die entsprechend höhere Versicherungsleistung durchaus ein Interesse an einem tiefen Kilometerstand des geleasten Fahrzeugs, weil ihm einerseits auch als Leasingnehmer jener Anteil am Erlös verbliebe, welcher den Betrag von Fr. 15'284.40 (Autowert; vgl. Urk. 25/5) überstiege, andererseits sei der Kläger aus dem Leasingvertrag nicht nur zur Zahlung des Anschaffungspreises des betreffenden Fahrzeugs verpflichtet, sondern darüber hinaus zur Zahlung des Zuschlags für das Leasing (Urk. 4/8). Nach einem Diebstahl des versicherten Fahrzeugs bestünde durchaus die Möglichkeit, dass die sich am verbleibenden Fahrzeugwert orientierende Versicherungsleistung nicht ausreiche, die gesamte Restforderung der Leasinggeberin (einschliesslich Kosten für das Leasing) zu decken.

Zusammengefasst sei davon auszugehen, dass alle Voraussetzungen von Art. 40 VVG erfüllt seien und die Beklagte demzufolge berechtigt (gewesen) sei, vom Vertrag mit dem Kläger zurückzutreten. Die übrigen von der Beklagten ange-

fürten Gründe für die Ablehnung einer Leistungspflicht, wie etwa der nicht genügende Nachweis des Diebstahls des Fahrzeuges oder des vom Kläger behaupteten Einbaus von Zubehör seien somit nicht weiter zu prüfen. Ein Anspruch des Klägers gegenüber der Beklagten entfalle und die Klage sei demzufolge abzuweisen (Urk. 44 S. 9-15 mit Hinweisen).

b) Der Kläger hält im Berufungsverfahren daran fest, dass das durch die Beklagte versicherte Fahrzeug Alfa Romeo 166 am 23. November 2006 während seiner Ferien in F.\_\_\_\_\_ gestohlen worden sei. Dieser Diebstahl sei ordnungsgemäss gemeldet worden. Er sei seinerzeit im Hinblick auf die Geburt der Tochter mit der Garage D.\_\_\_\_\_ in H.\_\_\_\_\_ in Kontakt getreten, um ein grösseres Auto zu erwerben. Herr I.\_\_\_\_\_ von der Garage D.\_\_\_\_\_ habe den bisherigen Leasingvertrag für seinen Fiat Stilo übernommen und ihm den Alfa Romeo 166 angeboten. So sei es über die Garage D.\_\_\_\_\_, die alles abgewickelt habe, am 12. Oktober 2006 zum Abschluss des neuen Leasingvertrages gekommen. In diesem Vertrag sei der Kilometerstand mit 56'300 km angegeben. Der Kläger macht im Berufungsverfahren - wie bereits vor Vorinstanz - geltend, er behaupte nicht, der Fahrzeug-Prüfbericht sei falsch, mit dem am 26. Januar 2006 ein Kilometerstand von 89'797 km festgehalten worden war. Er wendet jedoch ein, den Kilometerstand des Fahrzeuges nicht gekannt und sich auf den Leasingvertrag verlassen zu haben. Zudem habe der Kilometerzähler eventuell gar nicht die Kilometerzahl gemäss Prüfbericht aufgewiesen. Es sei nicht strittig, dass das Fahrzeug nach dem Prüfbericht mit einem "neuen" Occasionsmotor versehen worden sei. Weil - wie entsprechende Foren im Internet zeigten - allseits grosse Unsicherheit darüber bestehe, dass der Kilometerzähler dem Motor nicht angepasst werden dürfe, sondern auch beim Einbau eines neuen Motors zu verbleiben habe, habe auch der Kläger nicht beurteilen können, welcher Kilometerstand als richtig anzusehen sei, jener auf dem Tacho, sollte dort tatsächlich ein höherer Wert als im Leasingvertrag angegeben worden sein, oder jener im Leasingvertrag. Zudem könne er sich nicht an die Kilometerzahl auf dem Tacho erinnern, weil diese für ihn nicht ausschlaggebend gewesen sei, sondern allein, dass er sich aus dem alten Leasingvertrag über ein für ihn und seine Familie zu kleines Auto durch den neuen Leasingvertrag habe herauslösen können und damit über ein genügend grosses

Auto verfügt habe. Es könne nicht klar belegt und insbesondere auch nicht substantiiert behauptet werden, welcher Kilometerstand auf dem Tacho abzulesen gewesen sei. Allein der Beweis, dass gemäss Prüfbericht ein wesentlich höherer Kilometerstand auf dem Tacho hätte erscheinen sollen, als der Kläger der Versicherung angegeben habe, sei rechtsgenügend erbracht. Nicht erbracht sei der Beweis jedoch dafür, welchen Wert der Kilometerstand tatsächlich angezeigt habe. Diesbezüglich bestünden fundierte Zweifel. Lediglich "Herr I. \_\_\_\_\_ c/o Garage D. \_\_\_\_\_" könnte als Zeuge eventuell Auskunft über den Kilometerstand nach Einbau des Ersatzmotors erteilen. Sodann könne dem Kläger keine Täuschungsabsicht unterstellt werden. Die Angaben des Kilometerzählers gemäss Tacho seien ihm bei der Meldung des Schadens nicht bekannt gewesen. Er habe sich daher in guten Treuen auf die Angaben im Leasingvertrag verlassen dürfen, zumal er ohnehin die Leasinggeberin als eigentliche Berechtigte an der Forderung betrachtet habe und damit davon ausgegangen sei, den Schaden so richtig zu melden. Ohnehin wäre ihm nicht klar gewesen, welcher Kilometerstand verbindlich gewesen wäre, jener auf dem Kilometerzähler, auf dem Leasingvertrag oder der auf Grundlage des neu eingebauten Motors. Als juristischem Laien und Gipser von Beruf sei ihm weder bewusst gewesen, dass der Kilometerstand eines Fahrzeuges nicht verändert werden dürfe, noch welchen Kilometerstand er genau bei der Schadensmeldung angeben müsse. Es könne ihm daher unabhängig von der Kenntnis eines allfälligen höheren Kilometerstandes des Tachos keine Täuschungsabsicht - wobei eine eventuelle Absicht nicht genüge - vorgehalten werden. Die Vorinstanz gehe davon aus, dass er bei der Schadensmeldung wesentlich falsche Angaben gemacht habe, obwohl sich diese Annahme lediglich auf Vermutungen stütze und sich im Widerspruch zu eingelegten Beweisen befinde. Er habe stets bestritten und bestreite immer noch, von Falschangaben überhaupt gewusst zu haben. Es sei klar dargelegt worden, dass ihm der Kilometerstand nicht geläufig gewesen sei und der genaue auf dem Kilometerzähler erscheinende Kilometerstand habe nicht schlüssig bewiesen werden können. Sodann hätte er den gesamten Betrag, welchen er von der Versicherung erhalten würde, der Leasinggeberin als Restleasing weiterzuleiten. In jedem Fall würde ihm nichts

verbleiben, was er in die eigene Tasche stecken könnte, selbst wenn er einen noch tieferen Kilometerstand angegeben hätte (Urk. 51 S. 3 ff.).

c) Die Beklagte, welche auch den Fahrzeugdiebstahl an sich bestreitet, hält im Zusammenhang mit der betrügerischen Anspruchsbegründung aufgrund von Falschangaben hauptsächlich dafür, die Glaubwürdigkeit des Klägers sei insbesondere durch seine falschen Angaben im Zusammenhang mit dem Kilometerstand erschüttert. Zudem habe der Kläger zum Kilometerstand eine dubiose Geschichte über einen angeblichen Wechsel des Motors aufgetischt, wozu er keine Beweise habe liefern können. Hinzu trete, das allgemein bekannt sei, dass ein Austausch des Motors ohne Einfluss auf den Kilometerstand am Armaturenbrett wäre. Zu Recht habe die Vorinstanz bei der Beweiswürdigung insbesondere dem Prüfbericht der Motorfahrzeugkontrolle J. \_\_\_\_\_ als amtliches Dokument mehr Gewicht beigemessen als dem Leasingvertrag. Die Behauptung, dass der Kläger den Kilometerstand nicht gekannt habe, sei völlig unglaubwürdig. Tatsache sei, dass das Fahrzeug schon im Januar 2006 über 89'000 km aufgewiesen habe und dass einem Autoliebhaber wie dem Kläger, der sein Auto habe "tunen" lassen und in den zwei Jahren vor dem "Diebstahl" zehn Mal sein Auto gewechselt habe, eine Abweichung vom Kilometerstand im Leasingvertrag sicher aufgefallen wäre. Die Erklärungen des Klägers zur Falschangabe des Kilometerstandes seien unsubstantiiert und der Kläger habe hier dem Versicherer zumindest eventualvorsätzlich falsche Angaben gemacht, was genüge. Wenn der Kläger behauptete, sein Interesse, die Restschuld aus dem Leasingvertrag gering zu halten, sei für ihn nicht ausschlaggebend gewesen, stimme das nicht. Einerseits sei es für ihn in seiner schwierigen finanziellen Situation sicher von Vorteil gewesen, seine Passiven abzubauen, und zudem hätte er dank dem zu tief angegebenen Kilometerstand von der Versicherung einen Mehrbetrag von zirka Fr. 3'000.– erhalten. Der Kläger habe dem Versicherer klar einen höheren Fahrzeugwert vortäuschen wollen. Seine Behauptung, er habe ohnehin die Leasinggeberin als eigentlich Berechtigten an der Forderung betrachtet, sei falsch. Er habe ja noch in seinem Antrag für die Versicherung angegeben, das Fahrzeug aus privaten Mitteln finanziert zu haben. Offensichtlich sei der Kläger davon ausgegangen, das Fahrzeug und dessen Wert gehörten ihm (Urk. 56 S. 5 f.).

2. a) Der Kläger schloss - wie erwähnt - am 18. Oktober 2006 einen Versicherungsvertrag mit der Beklagten, der u.a. mit der Vollkaskoversicherung den Schaden im Diebstahlsfalle decken sollte (Urk. 4/2 i.V. mit Urk. 4/3 Art. 41). Er beruft sich denn auch auf diesen Versicherungsvertrag. Gemäss Art. 40 VVG ist der Versicherer jedoch nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte oder sein Vertreter u.a. Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliessen oder mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitteilt oder verschwiegen hat.

b) Vorweg ist mit der Vorinstanz aufgrund des Fahrzeug-Prüfberichts des Sicherheitsdepartements des Kantons J.\_\_\_\_\_ vom 26. Januar 2006 davon auszugehen, dass das fragliche Fahrzeug damals einen ablesbaren Kilometerstand von 89'741 km aufwies. Bei der Nachkontrolle wurde ein Kilometerstand von 89'797 km vermerkt (Urk. 13/1). Dies ist aufgrund des amtlichen Dokumentes klar erstellt. Hiezu braucht es keine weiteren Abklärungen. Sodann haben der frühere Fahrzeughalter K.\_\_\_\_\_ und Herr I.\_\_\_\_\_, der die Übertragung des Fahrzeuges organisierte, auf Anfrage erklärt, dass der Kilometerstand beim Verkauf 70'000 - 80'000 km (K.\_\_\_\_\_, Urk. 13/14) bzw. 80'000 - 90'000 km (I.\_\_\_\_\_, Urk. 4/9) betragen habe. Angesichts des amtlichen Fahrzeug-Prüfberichtes kann mit der Vorinstanz eine entsprechende Zeugeneinvernahme unterbleiben. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass der Kilometerstand von beinahe 90'000 km erkennbar war.

Der Kläger hat indes beim Abschluss des Leasingvertrages einen Kilometerstand von 56'300 km angegeben (Urk. 4/8). Hiezu hält er im Berufungsverfahren fest, er habe keinen Einfluss auf diesen Vertrag gehabt (Urk. 51 S. 9). Dies ist ganz offensichtlich unzutreffend, hat er doch diesen Vertrag mit unterzeichnet. Sodann stellt der Kilometerstand bei einem Occasionsfahrzeug erfahrungsgemäss einen ganzen wesentlichen Punkt bei der Bewertung und beim Kaufentscheid dar. Die Darstellung des Klägers, er habe den Kilometerstand nicht gekannt und sich auf den Leasingvertrag verlassen (Urk. 51 S. 9), ist absolut unglaubwürdig und weltfremd. Nach der allgemeinen Lebenserfahrung zählen beim Occasionskauf Jahrgang und Kilometerstand zu den wesentlichen Entscheid-

grundlagen für den Kauf. Damit ist aber auch davon auszugehen, dass der Kilometerstand vor Abschluss des Vertrages und nicht erst bei der Unterzeichnung des Leasingvertrages zur Kenntnis genommen wurde. Beim Kläger ist zudem zu beachten, dass er in den zwei Jahren vor der Übernahme des fraglichen Alfa Romeos 166 nicht weniger als zehn Occasionsfahrzeuge zur Versicherung angemeldet hatte (Urk. 13/4-13), womit er zweifellos als geübter Autokäufer bezeichnet werden kann.

Der Kläger macht zwar - ohne dies näher zu substantiieren - geltend, dass der Kilometerzähler eventuell gar nicht die im Fahrzeug-Prüfbericht angegebene Kilometerzahl aufgewiesen habe. Es sei unbestritten, dass das Fahrzeug nach dem Prüfbericht mit einem "neuen" Occasionsmotor versehen worden sei. Er wisse nicht, ob bei diesem Vorgang auch der Kilometerzähler ausgetauscht worden sei oder ob dieser auf den Kilometerstand des eingebauten Motors gebracht worden sei. Das Herz eines Fahrzeuges sei ja der Motor und die effektive Kilometerzahl des Motors habe entscheidenden Einfluss auf den Kaufentscheid. Abgesehen davon, dass der Austausch des Motors nichts mit dem Kilometerzähler zu tun hat und diese Behauptungen schon deshalb fragwürdig sind, fehlt es an klaren Behauptungen des Klägers, wonach er getäuscht worden sei. Da - wie oben dargelegt - davon auszugehen ist, dass der Kilometerstand beim Occasionskauf, und vor allem bei einem erfahrenen Käufer, wesentlich und auch bekannt war, wäre ein Beweisverfahren nur dann anzuordnen gewesen, wenn der Kläger geltend gemacht hätte, das Auto sei ihm mit dem Kilometerstand von 56'300 km gemäss Leasingvertrag übereignet worden. Diesfalls müsste entweder der frühere Besitzer oder die vermittelnde Garage den Kilometerzähler manipuliert haben. Eine derartige Behauptung liegt indes nicht vor.

c) Der Kläger bestreitet das Vorliegen einer Täuschungsabsicht. Eine solche sei nicht bewiesen. Eine blosser Vermutung für das Vorliegen einer Täuschungsabsicht genüge nicht (Urk. 51 S. 11 ff.). Die Falschangabe muss im Hinblick auf die Versicherungsleistung gemacht worden sein. Der Nachweis eines bestimmten Wissens, einer bestimmten Absicht ist naturgemäss schwierig zu erbringen, handelt es sich dabei doch um einen inneren Vorgang, der sich in der

Regel einem direkten Beweis entzieht. Die Lösung führt über eine wertende Analyse aller Umstände und Indizien des Sachverhalts, die Schlüsse zulassen mit Bezug auf die Motive des Anspruchstellers. Bei wissentlicher Falschangaben über die Schadenshöhe wird teilweise unmittelbar auf Täuschungsabsicht geschlossen (Nef, in: Das Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Honsell/Vogt/Schnyder (Herausgeber), Basel/Genf/München 2001, Art. 40 VVG N 23, 61, 64).

Vorliegend muss entsprechend dem Gesagten mit Blick auf den Fahrzeug-Prüfbericht davon ausgegangen werden, dass es sich bei dem im Leasingvertrag angegebenen tieferen Kilometerstand um eine falsche Angabe handelt. Dass der Einbau eines "neuen" Occasions-Motors am Kilometerstand nichts ändert, darf, trotz den offenbar diesbezüglich bestehenden Unsicherheiten im breiten Volk (vgl. Google-Auszüge des Klägers: Urk. 53/1), als notorisch gelten, insbesondere bei autokundigen Personen, wie dem Kläger. Zudem darf als allgemein bekannt gelten, dass der Kilometerstand eines Fahrzeuges nicht verändert werden darf. Die geltend gemachten vorgenommenen Zubehöreinsbauten (vgl. 4/10; Urk. 51 S. 5; Urk. 4/12 S. 12 f.: Remus-Auspuff, Alu-Felgen, Tieferlegung des Fahrzeuges, mobiles Navigationsgerät) zeigen sodann klar, dass dem Kläger das Auto weit mehr bedeutet als ein blosses Transportmittel und dass er diesbezüglich sachkundig ist (Urk. 51 S. 12). Nach der allgemeinen Lebenserfahrung und dem gewöhnlichen Lauf der Dinge muss daher - mit der ersten Instanz - davon ausgegangen werden, dass der Kläger den ablesbaren Kilometerstand des von ihm neu geleasteten und erst seit rund einem Monat benützten Fahrzeuges mit gegen 90'000 km liegend kannte, und dass er ihn demzufolge in der Schadensanzeige wissentlich viel zu tief angab (Urk. 44 S. 12 f.). Von einer bloss eventualvorsätzlichen falschen Angabe ist nicht auszugehen, auch nicht von einer irrtümlichen, versehentlichen oder unsorgfältigen Falschangabe.

d) Es ist unbestritten, dass der Kilometerstand eines Fahrzeugs Einfluss auf dessen Zeitwert und damit nach einem Schadensfall auch auf den Umfang der Versicherungsleistung hat (vgl. Urk. 13/21 und 13/22). Die Angabe eines im Vergleich zum tatsächlichen Kilometerstand tieferen Standes kann daher die

Leistungspflicht der Beklagten erhöhen. Wie gesehen, ist davon auszugehen, dass der Kläger gegenüber der Beklagten den Kilometerstand des als gestohlen gemeldeten Fahrzeuges wissentlich als zu tief angab, was, wie erwähnt, einen Einfluss auf die Schadenshöhe hat. Vor diesem Hintergrund muss von einer Täuschungsabsicht ausgegangen werden. Es ist denn auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Kläger sonst bewusst einen falschen, zu tiefen Kilometerstand hätte angeben sollen.

Was die Argumentation des Klägers anbelangt, es hätte für ihn keinerlei Sinn gemacht, den Kilometerstand falsch anzugeben, da er die erlangte Vergütung aus der Versicherung ohnehin der Leasinggeberin auszuhändigen habe (Urk. 51 S. 13), kann vollumfänglich auf die Darstellung der Vorinstanz verwiesen werden, wonach der Kläger auch als Leasingnehmer im Hinblick auf die Versicherungsleistung durchaus ein Interesse an einem tiefen Kilometerstand des geleasten Fahrzeuges gehabt haben kann, nachdem ihm einerseits auch als Leasingnehmer jener Anteil am Erlös verblieben wäre, welcher den Betrag von Fr. 15'284.40 (Restleasing) überstiegen hätte und andererseits durchaus die Möglichkeit besteht, dass die sich am verbleibenden Fahrzeugwert orientierende Versicherungsleistung nicht ausreichen könnte, die gesamte Restforderung der Leasinggeberin (einschliesslich der Kosten für das Leasing) zu decken. Aus der von der Beklagten eingereichten Fahrzeugbewertung mit einem Kilometerstand von 56'300 km ergebe sich etwa, dass die selbst bei diesem Stand berechnete Entschädigung nicht ausreichen würde, die vom Kläger für das Fahrzeug geltend gemachten Schadenspositionen (einschliesslich des eingebauten Zubehörs) zu decken. Bei der Bewertung mit einem Kilometerstand von über 90'000 km zeigt sich ein entsprechender erheblich höherer Betrag, welcher im Falle einer Versicherungsleistung der Beklagten auf dieser Basis ungedeckt bliebe und vom Kläger selbst zu tragen wäre (Urk. 44 S. 14 mit Hinweis auf Urk. 13/21, 22). Der Kläger räumte denn auch ein, er habe aufgrund seiner finanziellen Situation ein Interesse daran gehabt, die Höhe der Restschuld aus dem Leasingvertrag gering zu halten, was für ihn jedoch nicht ausschlaggebend gewesen sei (Urk. 51 S. 13 unten). Dass der Kilometerstand gemäss Leasingvertrag nicht ausschlaggebend sein konnte (Urk. 51 S. 14), wurde bereits dargelegt. Der Kläger wollte für die

Leasinggeberin und damit auch für sich mit der Angabe eines tieferen Kilometerstandes jedenfalls eine höhere Versicherungsleistung erlangen. Die Beklagte hat sich daher zu Recht auf Art. 40 VVG berufen. Die Klage ist damit in Bestätigung des erstinstanzlichen Entscheides abzuweisen.

### III.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird der Kläger für beide Instanzen kosten- und entschädigungspflichtig. Nachdem die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung nicht beanstandet wurde, ist diese zu bestätigen. Die Gerichtsgebühr und die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren sind noch nach den bisherigen Verordnungen zu bestimmen (§ 23 der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 und § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010). Die Gerichtsgebühr ist danach auf Fr. 3'300.– festzusetzen (§ 13 Abs. 1 i.V. mit § 4 Abs. 1 GGebVO vom 4. April 2007). Die Prozessentschädigung für das Berufungsverfahren ist in Anwendung von § 12 Abs. 1 i.V. mit § 3 Abs. 1 und § 6 Abs. 1 AnwGebVO vom 21. Juni 2006 auf Fr. 3'000.– zu bemessen. Ein Mehrwertsteuerzuschlag ist nicht zu berücksichtigen (ZR 104 Nr. 76).

### **Es wird erkannt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung (Disp. Ziff. 2 - 4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 3'300.– festgesetzt.
4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt.
5. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, II. Abteilung, , je gegen Empfangsschein.

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

7. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

Dies ist ein Endentscheid im Sinne von Art. 90 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 21'783.40.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

Zürich, 13. Dezember 2011

Obergericht des Kantons Zürich  
I. Zivilkammer

Der Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. M. Reuss Valentini

versandt am:

mc