

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110053-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichterin lic. iur. M. Stambach und Oberrichter Dr. P. Higi sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. V. Seiler.

Beschluss und Urteil vom 14. Juni 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____,

Klägerin und Berufungsbeklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. August 2011; Proz. CG070054

Rechtsbegehren:

"Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin Fr. 81'122.95 nebst Zins zu 5 % seit 2. Juni 2003 für Fr. 75'000.– und Zins zu 5 % seit 26. September 2006 für Fr. 6'122.95 sowie Fr. 411.00 Weisungskosten zu bezahlen und es sei der Rechtsvorschlag in der Betreuung Zahlungsbefehl Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ im vorgenannten Umfang zu beseitigen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten."

(act. 2 S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Meilen vom 10. August 2011:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Fr. 71'531.95 nebst Zins zu 5% seit 2. Juni 2003 für Fr. 65'409.– und Zins zu 5% seit 26. September 2006 für Fr. 6'122.95 sowie Fr. 359.65 Weisungskosten zu bezahlen. In diesem Umfang wird der Rechtsvorschlag in der Betreuung Nr. ... des Betreibungsamtes C. _____ (Zahlungsbefehl vom 8. November 2006) aufgehoben.
2. Die Entscheidunggebühr wird festgesetzt auf
Fr. 12'000.00 ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 441.00 Zeugenentschädigungen
3. Die Kosten werden der Klägerin zu 1/8 und der Beklagten zu 7/8 auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von Fr. 14'700.– zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung / Rechtsmittel

(act. 91 S. 41 f.)

Berufungsanträge:

der Beklagten (act. 88):

- "1. Das Urteil der Vorinstanz sei unter Gutheissung der Berufung aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge in beiden Instanzen zu Lasten der Klägerin."

der Klägerin (act. 97):

"Es sei die Berufung vollumfänglich abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten und Berufungsklägerin."

Erwägungen:

1. Vorgeschichte / Prozessuales

1.1. Die Klägerin schloss am 4. Februar 1998 bei der D._____ Versicherungsgesellschaft eine Haushaltversicherung mit einer maximalen Versicherungssumme von Fr. 75'000.– ab (act. 4/3). Die D._____ wurde im Jahr yyyy von der Beklagten übernommen, welche das Versicherungsverhältnis mit der Klägerin weiterführte. Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der Beklagten sehen vor, dass Sachen, die nicht mehr gebraucht werden, statt mit dem (ansonsten geltenden) Neuanschaffungspreis, nur mit dem Zeitwert entschädigt werden (vgl. act. 4/3 Ziff. 7.2.1 und 7.2.2).

1.2. Nachdem es am 25. November 1999 bei der Klägerin an der ...strasse ... in E._____ zu einem Kellerbrand gekommen war und die Beklagte aufgrund einer am 16. November 2000 aussergerichtlich geschlossenen Entschädigungsvereinbarung die gesamte Versicherungssumme von Fr. 75'000.-- geleistet hatte (vgl. act. 42/5), brach am 28. September 2002 kurz vor dem Auszug der Klägerin aus der Liegenschaft ein Feuer in ihrer Wohnung aus. Die durch den Brand (angeblich) beschädigten oder zerstörten Hausratsgegenstände hat die Klägerin zuhanden der Beklagten in einer Schadenliste (act. 4/9 und act. 42/11) aufgeführt und

den Schaden der Beklagten fristgerecht zur Anzeige gebracht. Am 27. August 2003 trat die Beklagte gestützt auf Art. 40 VVG rückwirkend vom Versicherungsvertrag zurück (act. 4/20). Ein gegen die Klägerin eingeleitetes Strafverfahren wegen Brandstiftung und Irreführung der Rechtspflege wurde von der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat mit Verfügung vom 11. Januar 2006 eingestellt (act. 4/28).

1.3. Nachdem die Beklagte gegen die Betreibung der Klägerin Rechtsvorschlag erhoben hatte (vgl. act. 4/41-43), erhob die Klägerin mit Eingabe vom 31. Oktober 2007 unter Einreichung der Weisung des Friedensrichteramtes F. _____ vom 20. Juni 2007 Klage vor dem Bezirksgericht Meilen (act. 1 und 2). Die eingeklagte Forderung im Betrag von Fr. 81'122.95 setzt sich zusammen aus der Versicherungssumme im Betrag von Fr. 75'000.– sowie vorprozessualer Anwaltskosten in der Höhe von Fr. 6'122.95.

1.4. Das Bezirksgericht führte nach dem schriftlich geführten Hauptverfahren ein Beweisverfahren mit Zeugeneinvernahmen durch (vgl. Prot. I S. 19 ff.). Mit Urteil vom 10. August 2011 verpflichtete es die Beklagte, der Klägerin insgesamt Fr. 71'531.95 (Fr. 65'409.– plus Fr. 6'122.95) nebst Zins zu bezahlen (act. 91 S. 41 f.).

1.5. Dagegen richtet sich die vorliegende Berufung der Beklagten. Die Klägerin liess das vorinstanzliche Urteil unangefochten. Die teilweise Abweisung der Klage im Betrag von Fr. 9'591.– nebst Zins ist insofern rechtskräftig. Das ist vorzumerken.

1.6. Mit dem 1. Januar 2011 ist die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Gemäss Art. 405 Abs. 1 ZPO gilt für die Rechtsmittel und das Rechtsmittelverfahren das Recht, das bei Eröffnung des angefochtenen Entscheides in Kraft ist. Demgegenüber gilt gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO das bisherige Verfahrensrecht für die Verfahren weiter, die am 1. Januar 2011 vor der betroffenen Instanz rechtshängig waren.

Das angefochtene Urteil ist nach dem Inkrafttreten der ZPO eröffnet worden. Das vorliegende Rechtsmittelverfahren richtet sich daher ausschliesslich nach den Regeln der ZPO und der dazugehörigen kantonalen Erlasse zu den Gebüh-

ren (GOG, ferner GebV OG und AnwGebV vom 8. September 2010). Hingegen beurteilt sich der erstinstanzliche Prozess verfahrensrechtlich noch nach dem alten Recht (ZPO/ZH samt GVG/ZH und dazugehörigen kantonalen Erlassen zu den Gebühren vom 4. April 2007 bzw. vom 21. Juni 2006).

1.7. Die Beklagte beantragt die Aufhebung des angefochtenen Urteils und die vollständige Abweisung der Klage (act. 88 S. 2). Die Klägerin schliesst auf Abweisung der Berufung (act. 97 S. 2). Das Berufungsverfahren fand am 15. Mai 2012 mit Zustellung der Berufungsantwort an die Beklagte seinen Abschluss (act. 98). Der Prozess ist spruchreif.

2. Verjährung / Standpunkte der Berufung

2.1. Unangefochten sind die Erwägungen des Bezirksgerichts zur Frage der Verjährung. Im angefochtenen Urteil wird zutreffend dargelegt, dass und weshalb die eingeklagte Forderung nicht verjährt ist (act. 91 S. 5 ff.). Darauf kann ohne Weiterungen verwiesen werden.

2.2. Mit der Berufung beanstandet die Beklagte das angefochtene Urteil im Wesentlichen in zweierlei Hinsicht: So rügt sie zum einen, das Bezirksgericht habe ihre Einwendung, die Klägerin habe das Versicherungsereignis schuldhaft herbeigeführt resp. den Brand selber gelegt, zu Unrecht für ungenügend substantiiert erachtet (act. 88 S. 3 ff.). Zum anderen kritisiert die Beklagte die Ausführungen des Bezirksgerichts zur Schadenshöhe, und sie stellt sich auf den Standpunkt, das Bezirksgericht habe ihren Rücktritt vom Versicherungsvertrag wegen betrügerischer Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG zu Unrecht nicht geschützt, obwohl die Beklagte den Nachweis dafür geliefert habe, dass die Klägerin durch die Deklaration von beschädigten Gegenständen, die in Tat und Wahrheit unversehrt geblieben seien, eine höhere Versicherungssumme zu erhalten versuche und für Gegenstände, die nicht mehr in Gebrauch gestanden seien, die höhere Neuwertentschädigung fordere (act. 88 S. 6 ff.).

3. Schuldhaftes Herbeiführen des Versicherungsereignisses

3.1. Das Bezirksgericht stellt einleitend fest, dass durch den Wohnungsbrand vom 28. September 2002 der Versicherungsfall eingetreten sei. Die Beklagte wende gegen die Forderung im Wesentlichen ein, sie sei nicht an den Vertrag gebunden, da die Klägerin auf der Schadenliste unwahre Angaben gemacht habe. Soweit die Beklagte in ihren Ausführungen darüber hinaus zwischen den Zeilen die Meinung durchblicken lasse, die Klägerin habe den Brand vom 28. September 2002 selber verursacht, sei darauf mangels näherer Substantiierung nicht weiter einzugehen (act. 91 S. 12 f.).

3.2. Die Beklagte lässt das nicht gelten. Angesichts der Tatsache, dass sie in der Klageantwort klar zum Ausdruck gebracht habe, sie hege erhebliche Zweifel daran, dass es sich beim erneuten Brandfall um einen echten Schadenfall handle, sei nicht zu sehen, weshalb das Bezirksgericht ausführe, die Beklagte würde nur zwischen den Zeilen die Meinung durchblicken lassen, die Klägerin habe den Brand in schuldhafter Weise selber verursacht. Die Beklagte weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass sich eine substantiierte Bestreitung (jeder einzelnen Schadenposition) erübrige, wenn die Darstellung der Gegenpartei – wie vorliegend der Klägerin – durch eine eigene abweichende Darstellung der Tatsachen widerlegt werde, was vorliegend durch eine lückenlose Indizienkette nachgewiesen sei. So habe die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren zahlreiche Ungeheimheiten und Widersprüche im Zusammenhang mit dem von der Klägerin behaupteten Sachverhalt angeführt, welche gemeinsam mit dem Umstand, dass die Klägerin innerhalb von dreieinhalb Jahren zwei Mal Opfer eines Brandereignisses mit Totalschaden geworden sein wolle, nur dahingehend interpretiert werden könnten, dass der Brand in betrügerischer Absicht gelegt worden sei. Beim ersten Brand vom 25. November 1999 habe auch für die Stadtpolizei Zürich kein Zweifel daran bestanden, dass ein Fall von Brandstiftung vorliege. Das Bezirksgericht hätte damit bereits aufgrund der Tatsache, dass der Hauptbeweis der Klägerin – der Nachweis eines Versicherungsfalles – nicht erbracht sei, die Klage vollumfänglich abweisen müssen (act. 88 S. 3 ff.).

3.3. Das Bezirksgericht hat unter Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung zu-
treffend erwogen, dass der Versicherungsnehmer nach der allgemeinen Regel
von Art. 8 ZGB die Beweislast für das Bestehen eines Versicherungsvertrages,
den Eintritt des Versicherungsfalles sowie den Umfang des dadurch entstandenen
Schadens, d.h. der anspruchsbegründenden Tatsachen, trage, der Versicherung
hingegen die Beweislast für Tatsachenbehauptungen obliege, die sie zu einer
Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigten, z.B. wegen
schuldhafter Herbeiführung des befürchteten Ereignisses im Sinne von Art. 14
VVG, oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten
unverbindlich machen, z.B. wegen betrügerischer Begründung des Versiche-
rungsanspruches im Sinne von Art. 40 VVG. Der von der Versicherung zu führen-
de Nachweis ist in diesen Fällen kein blosser Gegenbeweis, sondern ein Haupt-
beweis (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.2, S. 326; BGer 5C.11/2002 vom 11. April 2002,
E. 2a).

3.4. Jede Partei hat diejenigen Tatsachenbehauptungen vorzubringen, für wel-
che ihr nach den allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung gemäss Art. 8
ZGB die Beweislast obliegt, da sich Behauptungs- und Beweislast in der Regel
decken. Ob die Behauptungen genügend bestimmt und vollständig im Sinne von
§ 113 ZPO/ZH sind, bestimmt sich nach materiellem Bundeszivilrecht. Tatsa-
chenbehauptungen müssen dabei so konkret formuliert sein, dass ein substanti-
iertes Bestreiten möglich ist und der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGer
4A_438/2010 vom 15. November 2010, E. 3.4.2.1; BGE 108 II 337 E. 2b, S. 339;
BGE 127 III 365 E. 2b, S. 368; BGE 133 III 153 E. 3.3, S. 162).

3.5. Zu beachten ist ferner, dass nach der für das erstinstanzliche Verfahren gel-
tenden zürcherischen Zivilprozessordnung eine relativ strenge Trennung zwi-
schen Haupt- und Beweisverfahren besteht. So bestimmt § 114 ZPO/ZH, dass die
Parteien mit Anträgen zur Sache, Tatsachenvorbringen, Einreden und Bestreitun-
gen nach ihrem letzten Vortrag oder ihrer letzten Rechtsschrift ausgeschlossen
sind. Die Substantiierung hat demgemäss spätestens mit der letzten Rechtsschrift
im Hauptverfahren zu erfolgen. Der Sachverhalt ist dabei in so vollständiger Wei-
se vorzutragen, dass das Beweisverfahren nicht mehr der Erschliessung des

Sachverhalts dienen muss, sondern darauf beschränkt werden kann, die Parteibehauptungen zu klären (vgl. ZR 90 [1991] Nr. 3 Erw. 2b; ZR 102 [2003] Nr. 15, E. 2.2; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 113 N 1 ff.; Burkhalter Kaimakliotis, Die Substanziierungslast - insbesondere gemäss der Zürcher Zivilprozessordnung und der Praxis des Bundesgerichts, AJP 2007, S. 1266; vgl. auch Meier, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2010, S. 298).

3.6. Um auf den vorliegenden Fall und die Einwände der Beklagten zurückzukommen: Richtig ist die Auffassung der Beklagten, dass sich eine substantiierte Bestreitung erübrigt, wenn die Darstellung der Gegenpartei (Klägerin) durch eine eigene abweichende Tatsachendarstellung widerlegt wird. Gerade das ist aber der entscheidende Punkt. Die Gegendarstellung ist nicht bloss Bestreitung, sondern eine neue Behauptung, die den Beweis des Gegenteils – einen neuen Hauptbeweis – erfordert. Nach den vorstehenden Grundsätzen kann sich die Versicherung darauf beschränken, die einzelnen Anspruchsvoraussetzungen zu bestreiten. Es steht ihr darüber hinaus frei, eine von derjenigen des Anspruchsberechtigten abweichende Sachdarstellung aufzuzeigen, namentlich die rechtsverrichtende Tatsache eines betrügerischen Vorgehens des Versicherungsnehmers darzutun. Für Letzteres ist die Versicherung behauptungs- und beweisbelastet. Sie hat eine bestimmte absichtliche oder grobfahrlässige Handlung der Gegenpartei zu behaupten, die mit dem Eintritt des Versicherungsfalles im adäquaten Kausalzusammenhang steht (vgl. BK VVG-Roelli/Keller, Bd. I, 2. A., Bern 1968, S. 269 f.). Ergo war es an der Beklagten als beweisbelasteter Partei, konkrete Behauptungen bezüglich einer schuldhaften Herbeiführung des Versicherungereignisses durch die Klägerin aufzustellen. Die Klägerin weist in ihrer Berufungsantwort (vgl. act. 97 S. 4) zu Recht darauf hin, die Beklagte hätte behaupten müssen, dass (und in den Grundzügen auch wann und wie) die Klägerin den Brand selbst gelegt oder grob fahrlässig verursacht habe.

3.7. Die Beklagte hat im erstinstanzlichen Verfahren einerseits die Tatsache, dass die Klägerin innerhalb von drei Jahren zweimal Opfer eines Brandschadens wurde, hervorgehoben und andererseits Umstände und Handlungen der Klägerin

im Vorfeld des Brandereignisses vom 28. September 2002 angeführt und als widersprüchlich, widersinnig und unglaubwürdig bezeichnet. So namentlich, dass die Klägerin einen Grossteil des Hausrats am Vorabend des Brandes trotz des bevorstehenden Umzuges nicht in Kisten verpackt gehabt habe, dass sie einige Sachen trotz des für den nächsten Morgen bestellten Umzugsunternehmens bereits am Freitagabend mit einem Taxi gezügelt habe, dass sie die schweren Sessel – angeblich um zu putzen – aufs Bett gestellt habe, obwohl sie nicht schwer tragen könne, weiter dass sie die Wohnungstüre nicht abgeschlossen habe, obwohl sie sonst überaus misstrauisch sei, und dass sie in ihrer neuen Wohnung trotz Rückenschmerzen auf dem Boden eingeschlafen sei und nach dem Schlafen in der neuen Wohnung am Samstag ein Bad genommen habe, obschon die Badetücher sich bei den verbrannten Sachen befunden hätten (vgl. act. 41 S. 6 ff.). Davon ausgehend hält die Beklagte in der Klageantwort weiter fest, nach umfangreichen Recherchen habe sich für sie der Verdacht erhärtet, dass beim vorliegenden Fall nicht von einem "normalen" Schadenfall gesprochen werden könne. So sei sie zur Überzeugung gelangt, dass mit teils unwahren Angaben versucht werde, eine erhöhte Entschädigung erhältlich zu machen. Zweifellos liege ein überhöhter Anspruch vor, wenn der Neuwert anstelle des effektiv geschuldeten Zeitwerts geltend gemacht werde (vgl. act. 41 S. 21, 26 f.). Auch in der Duplik resümiert die Beklagte, angesichts des Umstands, dass die Klägerin in gewissen Bereichen versuche, eine erhöhte Entschädigung geltend zu machen, habe sie den Tatbestand von Art. 40 VVG (bereits) erfüllt, was zur Abweisung der Klage führen müsse (vgl. act. 53 S. 27).

3.8. Die Beklagte äusserte somit Zweifel an der Glaubwürdigkeit der Klägerin, und sie machte geltend, die Klägerin versuche mit falschen Angaben auf der Schadenliste eine überhöhte Entschädigung zu erlangen. Aus diesem Grund sah sich die Beklagte an den Versicherungsvertrag mit der Klägerin nicht gebunden (vgl. auch act. 4/20). Aus den Ausführungen der Beklagten vor Bezirksgericht ergibt sich hingegen nicht, dass sie die Bezahlung der Versicherungsleistung (auch) aufgrund schuldhafter Herbeiführung des versicherten Ereignisses ablehnte. Die Beklagte hat insbesondere nicht behauptet, dass die Klägerin am 28. September 2002 das Feuer in ihrer Wohnung gelegt habe. Ihre Bestreitung des kläge-

rischen Standpunktes, wonach einer Anerkennung der Schadenersatzforderung nach Einstellung der Strafuntersuchung nichts mehr im Wege stehe (vgl. act. 2 N 17), kann eine positive Behauptung nicht ersetzen –, der blosser Hinweis, aus der Einstellung der Strafuntersuchung gegen die Klägerin könne nicht der Umkehrschluss gezogen werden, der Schadenfall sei rechtsgenügend nachgewiesen und eine Beteiligung der Klägerin als Urheberin ausgeschlossen (act. 41 S. 24), genügt den Substantiierungsanforderungen nicht. Die Beklagte ging bezüglich des Kellerbrandes mit Blick auf die Einstellungsverfügung der Staatsanwaltschaft Zürich-Limmat selber davon aus, ein entsprechender Verschuldensnachweis habe sich nicht führen lassen (vgl. act. 53 S. 4), und im streitgegenständlichen Brandfall tritt sie den Verschuldensnachweis nicht an.

3.9. Anzumerken ist, dass ein Anlass zu Verfahrenserweiterungen – namentlich zu einer ergänzenden richterlichen Befragung – nicht bestand. Die bisherige Praxis zum kantonalen § 55 ZPO/ZH, auf die es hier noch ankommt, war zwar in der Tendenz grosszügiger als Art. 56 ZPO (vgl. dazu ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, Art. 56 N 38 ff.; BGer 5A_115/2012 vom 20. April 2012, E. 4.5.2), indem sie die Fragepflicht auch gegenüber unvollständigen Vorträgen der Anwälte entstehen liess (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 55 N 4 ff.). Die Beklagte macht hingegen selbst nicht geltend, dass ihre Vorbringen der Nachfrage im Sinne von § 55 ZPO/ZH bedurft hätten. Es blieb der Beklagten unbenommen (etwa wegen der zu erwartenden Beweisschwierigkeiten), den Beweis der Brandstiftung durch die Klägerin nicht anzutreten und den Fokus ihrer Behauptungen stattdessen auf eine betrügerische Anspruchsbegründung durch falsche Angaben auf der klägerischen Schadenliste zu legen. Das Bezirksgericht durfte aufgrund der Ausführungen der Beklagten davon ausgehen.

3.10. Dass das Bezirksgericht eine schuldhaft Herbeiführung des versicherten Ereignisses bzw. eine von der Klägerin verübte Brandstiftung nicht prüfte und den Eintritt des versicherten Ereignisses (ungewollter Brand) als unbestritten ansah, erweist sich im Ergebnis folglich als richtig.

4. Schadenshöhe / Betrügerische Begründung des Versicherungsanspruchs

4.1. Das Bezirksgericht erörtert im angefochtenen Urteil ausführlich den behaupteten Schaden bzw. dessen Höhe, und es behandelt die Frage, ob die Klägerin mit falschen Angaben auf ihrer Schadenliste den Tatbestand der betrügerischen Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG erfüllt habe. Es führt aus, der behauptete Schaden von Fr. 77'304.– basiere auf nach dem Brand erstellten Schadenslisten, in welchen die Klägerin den Schaden zunächst auf Fr. 81'027.– (act. 42/11) und später auf Fr. 85'271.– (act. 4/9) geschätzt habe. Nach der Darstellung der Klägerin seien in der Folge einige auf der Liste stehende Gegenstände wieder zum Vorschein gekommen, was den Schaden auf Fr. 77'304.– reduziert habe (vgl. act. 2 S. 14). Sofern die Beklagte die jeweiligen Schadenspositionen nicht in substantiierter Form bestreite, sei sie darauf zu behaften, dass sie von der Klägerin nicht den Nachweis für den geltend gemachten Schaden verlangt habe. Die Addition der unbestrittenen Positionen ergebe einen Schaden der Klägerin in der Höhe von Fr. 39'784.–. Die Klägerin habe somit nur für die von der Beklagten substantiiert bestrittenen Schadenspositionen den (Haupt-)Beweis zu erbringen, dass die entsprechenden Gegenstände durch den Brand beschädigt worden seien. Aufgrund einer Würdigung der abgenommenen Beweismittel kommt das Bezirksgericht zum Schluss, dass der Klägerin der Beweis für die Beschädigung der Kleider in der Höhe von Fr. 19'458.– und Schuhen im Betrag von Fr. 3'772.– gelungen sei, wohingegen es den Schadensnachweis hinsichtlich der als beschädigt gemeldeten Küchenartikel nur im Betrag von Fr. 2'395.– und hinsichtlich der Lindbergh-Brille sowie hinsichtlich des Verlustes von Bargeld (Fr. 5'000.–) für nicht erbracht hielt. Insgesamt sei damit ein Schaden in der Höhe von Fr. 65'409.– mit der erforderlichen hohen Wahrscheinlichkeit nachgewiesen (act. 91 S. 16 ff.). Das Bezirksgericht geht mit Blick auf Art. 40 VVG sodann auf die Behauptungen der Beklagten ein, die Klägerin versuche mit teils unwahren Angaben eine erhöhte Entschädigung erhältlich zu machen. So sei sie der Meinung, dass die Stereoanlage der Marke Revox sowie der Wintermantel von Max Mara nicht mehr in Gebrauch gestanden seien und dennoch habe die Klägerin diese Sachen vereinbarungswidrig zum Neuanschaffungspreis in die Schadenliste aufgenommen. Für diese Behauptung sei die Beklagte beweispflichtig. Nach Würdigung der abge-

nommenen Beweismittel gelangt das Bezirksgericht zum Schluss, dass der Beklagten der Beweis ihrer Sachbehauptungen hinsichtlich einer betrügerischen Anspruchsbegründung nicht gelungen sei. So blieben erhebliche Zweifel mit Bezug auf die Behauptung, dass die Stereoanlage der Klägerin zur Zeit des Brandes nicht mehr benützt worden sei. Gleiches gelte für den behaupteten Nichtgebrauch des Wintermantels der Klägerin. Die Würdigung der vorhandenen Beweismittel ergebe ausserdem, dass der von der Klägerin eingesetzte Wiedererwerbspreis für Rucksack und Reisetaschen nicht zu beanstanden sei. Von bewusst übersetzten Preisen, welche den Tatbestand der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruches erfüllen würden, könne jedenfalls keine Rede sein (vgl. act. 91 S. 29 ff.).

4.2. Mit der Berufung hält die Beklagte daran fest, dass sie wegen betrügerischer Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG an den Vertrag nicht gebunden sei, weil die Klägerin auf ihrer Schadenliste unwahre Angaben gemacht habe. Sie wendet sich dabei zunächst gegen die Auffassung des Bezirksgerichts, sie habe die Ausführungen der Klägerin zum Schaden zu wenig substantiiert bestritten und macht geltend, dass sie sehr wohl die gesamten geltend gemachten Schadenersatzforderungen bzw. das Schadenssubstrat bestritten habe, indem sie aufgezeigt habe, weshalb eine Leistungspflicht der Beklagten entfalle. Sie rügt des Weiteren, das Bezirksgericht habe die betrügerische Anspruchsbegründung unzulässigerweise nur im Zusammenhang mit den von der Beklagten gemachten Ausführungen zur Differenzierung zwischen Zeit- und Neuwert untersucht und dabei überdies zu hohe Anforderungen an das Beweismass gestellt. So habe das Bezirksgericht es zwar als erstellt erachtet, dass sich die angegebene Menge Geschirr sowie weitere Küchenutensilien gar nicht im Schrank hätten befinden können. Das Bezirksgericht hätte diesbezüglich zur Überzeugung gelangen müssen, dass seitens der Klägerin Positionen als verbrannt gemeldet worden seien, die dieses Schicksal offensichtlich nicht erlitten hätten. Auch bezüglich der auf der Schadenliste aufgeführten Lindbergh-Brille und bezüglich der angeblich verbrannten Textilien und Schuhe komme das Bezirksgericht zum Schluss, dass hier ein Nachweis für den Brand nicht geführt worden sei. Trotzdem wende das Bezirksgericht Art. 40 VVG nicht an. Das Bezirksgericht habe sich damit begnügt, die entsprechenden Ge-

genstände nicht zu entschädigen, ohne aber die Frage des Versicherungsbetrugs diesbezüglich abzuklären. Nachdem erstellt sei, dass die Klägerin sowohl bezüglich des als beschädigt gemeldeten Geschirrs als auch bezüglich der Kleider und Schuhe sowie der Brille wissentlich falsche Angaben gemacht habe, sei der Tatbestand von Art. 40 VVG entgegen der Auffassung des Bezirksgerichts erfüllt, unabhängig davon, ob gegebenenfalls eine Anzahl von geltend gemachten Gegenständen tatsächlich verbrannt sei. Das Bezirksgericht hätte bei dieser Sachlage entsprechend dem Antrag der Beklagten den Rücktritt vom Vertrag zulassen müssen, so dass keinerlei Entschädigung geschuldet sei. Das Gleiche gelte im Zusammenhang mit der Tatsache, dass insbesondere die Revox-Stereoanlage und der Wintermantel nicht mehr in Gebrauch gestanden seien, diese somit lediglich noch zum Zeitwert zu entschädigen gewesen wären (act. 88 S. 3, 6 ff.).

4.3. Der Beklagten ist vorab darin zuzustimmen, dass sie die *gesamte* Schadenersatzforderung der Klägerin bestritten hat. Sie hat eine betrügerische Anspruchsbegründung der Klägerin behauptet, aufgrund welcher ihre Leistungspflicht nach Art. 40 VVG entfalle. Darüber hinaus hat die Beklagte einzelne Positionen der Schadenliste, nämlich die aufgeführten Kleider bzw. Textilien, Schuhe und Küchenartikel sowie die Lindberg-Brille bestritten (vgl. act. 41 S. 12 ff., act. 53 S. 10 ff.). Das Bezirksgericht hat die bestrittenen Positionen zum Beweis verstellt. Es auferlegte der Klägerin den Hauptbeweis dafür, dass sich die auf der Schadenliste aufgeführten Textilien, Schuhe, Küchenutensilien sowie die Lindbergh-Brille im Zeitpunkt des Brandes in der Wohnung befunden hätten und durch den Brand beschädigt worden seien (Prot. I S. 19). Die übrigen in der Schadenliste aufgeführten Positionen unter dem Titel Zubehör (mit Ausnahme des Reisegepäcks), Pflanzen, Putzschrank, Handarbeitsmaterial, Werkzeug, Möbel und elektrische Geräte (mit Ausnahme der Revox-Stereoanlage), Körperpflege und Büro im Gesamtbetrag von Fr. 39'784.– werden im angefochtenen Urteil der Höhe nach – vorbehältlich einer betrügerischen Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG – für unbestritten erachtet. Insoweit kann auf die zutreffenden Ausführungen des Bezirksgerichts verwiesen werden (act. 91 S. 18). Die Höhe dieser Schadenspositionen ist – abgesehen wiederum von der Stereoanlage (vgl. dazu unten Ziff. 4.13.1.) – in der Berufung kein Thema.

4.4. Nach Art. 40 VVG ist die Versicherung gegenüber dem Anspruchsberechtigten an den Vertrag nicht gebunden, wenn dieser über eine Tatsache vorsätzlich und in Täuschungsabsicht eine falsche Behauptung aufstellt, die geeignet ist, die Leistungspflicht der Versicherung auszuschliessen oder zu mindern. Hat der Versicherungsnehmer seinen Anspruch in dieser Art auf betrügerische Weise begründet, so kann die Versicherung die gesamte Leistung verweigern. Das Bezirksgericht hat die Bestimmung mit Verweisen auf die einschlägige Literatur zutreffend wiedergegeben (act. 91 S. 28 f.). Ergänzende Ausführungen zum Rechtlichen erübrigen sich.

4.5. Während der Versicherungsnehmer die Hauptbeweislast für die rechtsbegründende Tatsache des ihm entstandenen Schadens trägt, obliegt der Versicherung nach dem zuvor Dargelegten der Hauptbeweis für die Tatsachenbehauptungen, die den Versicherungsvertrag wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruches gegenüber dem Anspruchsberechtigten unverbindlich machen. Anspruchsberechtigter und Versicherung haben somit je ihr eigenes Beweisthema und hierfür je den Hauptbeweis zu erbringen. Dies trifft auch dann zu, wenn sich beide Beweisthemen im gleichen Verfahren gegenüberstehen; aus der Beweislosigkeit beim einen Thema (Schaden) darf nicht einfach auf den Beweis beim andern Thema (betrügerische Anspruchsbegründung) geschlossen werden. Behauptung und Gegenbehauptung können vielmehr beweislos bleiben (vgl. BGE 130 III 321 E. 3.1, S. 323 f.; BGer 5C.11/2002 vom 11. April 2002, E. 2a; BSK VVG-Nef, Art. 40 N 57).

4.6. Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 88 S. 10) hat das Bezirksgericht keine zu hohen Anforderungen an das Beweismass des ihr obliegenden Hauptbeweises gestellt, sondern zutreffend erwogen, dass die Beweisanforderungen wegen der Schwere des Vorwurfs und der Rechtsfolgen höher sein müssen, wenn die Versicherung die Leistungsverweigerung sowie den Vertragsrücktritt aus einer betrügerischen Anspruchsbegründung ableite (vgl. act. 91 S. 16 und dazu Appellationsgericht BS vom 20. Dezember 1996, BJM 1998, S. 94; BSK VVG-Nef, Art. 40 N 59). Konsequenterweise bedeutet das, dass das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit hier nicht genügt, vielmehr der strikte Be-

weis für die falschen Angaben und die betrügerische Absicht erbracht werden muss (vgl. Kreisgericht SG, 7. Dezember 2006, SG 2009 Nr. 1620; BGer 5C.109/2001 vom 10. Juli 2001, E. 2a). Das Beweismass entspricht in diesem Fall mithin der Regel. Zwar ist kein gewissermassen absoluter Beweis nötig – eine abschliessende Gewissheit liesse sich auch mit den zuverlässigsten Beweismitteln nie gewinnen. Das Gericht muss aber die bestimmte Überzeugung gewinnen, dass sich der behauptete Sachverhalt so verwirklicht hat. Lediglich theoretische Zweifel stehen dem nicht entgegen. Wenn aber ernsthafte Zweifel bestehen bleiben, bleibt eine Behauptung rechtlich unbewiesen, mag sie auch an sich plausibel, vielleicht sogar überwiegend wahrscheinlich sein (vgl. BSK ZGB I-Schmid, N 17 zu Art. 8 ZGB; Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., § 148 N 3).

4.7. Das Bezirksgericht auferlegte der Beklagten den Hauptbeweis für folgende Behauptungen: Dass die Stereoanlage der Klägerin nicht mehr in Gebrauch war, dass die Klägerin den auf der Schadenliste aufgeführten Wintermantel nicht mehr benutzte und diesen nicht wie auf der Schadenliste angegeben zu einem Preis von Fr. 1'390.--, sondern zu einem Preis von Fr. 790.– erworben hatte, dass der auf der Schadenliste aufgeführte Rucksack nicht wie angegeben einen Neuwert von Fr. 50.–, sondern einen solchen von Fr. 15.– hatte und schliesslich, dass die auf der Schadenliste aufgeführte Reisetasche nicht wie angegeben einen Neuwert von Fr. 190.– sondern einen solchen von Fr. 40.– hatte (Prot. I S. 20; vgl. act. 91 S. 29 ff.). Das kann sinngemäss als Beweisaufgabe zu einer betrügerischen Anspruchsbegründung verstanden werden.

4.8. So gesehen trifft es zu, wie die Beklagte argumentiert, dass das Bezirksgericht eine betrügerische Anspruchsbegründung nach Art. 40 VVG nur mit Bezug auf die Stereoanlage, den Wintermantel sowie die Reisetaschen und den Rucksack resp. im Hinblick auf die Differenz zwischen Zeit- und Neuwert prüfte. Mit Bezug auf die Textilien und Schuhe scheint die Beklagte allerdings zu übersehen, dass das Bezirksgericht es (nach ausführlicher Beweiswürdigung) mit dem erforderlichen Beweismass für bewiesen hält, dass sämtliche auf der Schadenliste aufgeführten Textilien und Schuhe durch den Brand beschädigt wurden (act. 91 S. 18 ff.). Die entsprechende, sorgfältige und zutreffende Beweiswürdigung wird

von der Beklagten nicht beanstandet. Ist aber bewiesen, dass sämtliche auf der Schadenliste aufgeführten Textilien und Schuhe durch den Brand beschädigt wurden, entspricht die Schadenliste insoweit der Wirklichkeit, was eine betrügerische Anspruchsbegründung in dem Punkt eo ipso ausschliesst.

4.9. Korrekt weist die Beklagte weiter darauf hin, dass das Bezirksgericht die Beweisführung der Klägerin hinsichtlich der auf der Schadenliste aufgeführten Küchenartikel (teilweise) für nicht überzeugend erachtete und auch den der Klägerin auferlegten Beweis für die Beschädigung der Lindbergh-Brille für misslungen erklärte. Im angefochtenen Urteil wird dazu erwogen, es sei unmöglich, dass – neben der Mikrowelle – sämtliche übrigen auf der Schadenliste figurierenden Küchenartikel ebenfalls noch auf der einen Seite des Bauernschranks Platz gefunden haben könnten. Namentlich bei den zahlreichen Tellern, Tassen etc. erstaune, dass auf den Schadenbildern überhaupt nichts entsprechendes zu erkennen sei, handle es sich doch um ein sehr umfangreiches und auffälliges Geschirr, welches zudem ganz zweifellos nicht vollständig verbrannt sein könne. Auf der anderen Seite – so das Bezirksgericht weiter – gehe aus den Fotografien und der Inventarliste der G._____ AG zweifelsfrei hervor, dass neben den Sektgläsern und der Mikrowelle weitere Küchengegenstände zerstört worden sein müssen. So seien auf den Schadensfotografien mehrere Pfannen gut zu erkennen; ebenfalls als beschädigt identifizierbar seien ein grosser Korb, zwei grüne Plastikschüsseln, eine grüne Thermoskanne sowie bunte Kunststoffformen. Zusammenfassend sei die Beschädigung der folgenden Küchengegenstände mit hinreichender Wahrscheinlichkeit erstellt: 6 Champagnergläser, Fischpfanne, 3 Pfannen, 11 bunte Kunststoffformen, 2 grüne Plastikschüsseln, grosser Korb, grüne Thermoskanne und Mikrowelle. Die Beschädigung weiterer Küchengegenstände sei zwar möglich, aber nicht mit hoher Wahrscheinlichkeit nachgewiesen. Damit ergebe sich ein weiterer Schaden in der Höhe von Fr. 2'395.– (vgl. act. 91 S. 24 ff.). Bezüglich der auf der Schadenliste aufgeführten Lindbergh-Brille führte das Bezirksgericht aus, dass auf den Schadenbildern keine beschädigte Brille erkennbar sei, und es kam unter Berücksichtigung der übrigen Beweismittel zum Schluss, dass der Beweis für deren Beschädigung durch Brand nicht erbracht worden sei (act. 91 S. 27).

4.10. Dass der Klägerin der Schadensnachweis mit den aufgerufenen Beweismitteln hinsichtlich einzelner Gegenstände nicht gelungen ist, bedeutet freilich noch nicht, dass der Klägerin insoweit ein betrügerisches Handeln vorzuwerfen ist. Was insbesondere die subjektive Seite des Tatbestands von Art. 40 VVG angeht, hat die Beklagte sich im erstinstanzlichen Verfahren auf die Auflistung überhöhter Preise bezogen und behauptet, die Klägerin habe nachweislich einen zu hohen Entschädigungswert gefordert und für mehrere Gegenstände bewusst statt den Zeitwert, den Neuanschaffungspreis verlangt (vgl. act. 41 S. 26 f., 30; act. 53 S. 23, 25, 27; vgl. dazu unten Ziff. 4.12.). Dass die Klägerin wider besseres Wissen bestimmte Küchenartikel auf der Schadenliste aufgeführt habe, welche in Wirklichkeit beim Wohnungsbrand unversehrt geblieben seien, hat die Beklagte im erstinstanzlichen Verfahren hingegen ebenso wenig behauptet wie, dass die Klägerin die Lindbergh-Brille auf der Schadenliste aufgeführt habe, obschon sich die Brille im Zeitpunkt des Brandes – wie die Klägerin gewusst habe – bereits in der neuen Wohnung befunden habe.

4.11. Wesentlich hinzu kommt Folgendes: Der misslungene Schadensnachweis kann als Indiz dafür gelten, dass die Klägerin in der Schadenliste durch den Brand nicht beschädigte Gegenstände aufgeführt hat. Als Beweis für die streitige Behauptung der Beklagten genügt es nicht. Die klägerische Darstellung erscheint zwar in den genannten Punkten nicht überwiegend wahrscheinlich; im Kern liegt sie aber nach wie vor im Bereich des Möglichen. Gegen die Behauptung der Klägerin, dass die auf der Schadenliste unter dem Titel "Küche" aufgeführten Gegenstände durch den Brand beschädigt wurden, führte die Beklagte die bei den Akten liegenden Hausratfotos (act. 42/29) sowie eine Kaufquittung der H._____ AG vom 18. Mai 1984 betreffend einen Fischkessel als Gegenbeweismittel an (act. 54/38; vgl. act. 68 S. 4). Das Bezirksgericht identifiziert im angefochtenen Urteil beweiswürdigend verschiedene Küchengegenstände – unter anderem die Fischpfanne (act. 42/11 Position 133) – anhand der Schadenfotografien (act. 4/13b) und hält im Übrigen fest, die Gegenstände auf den Schadenbildern könnten den Positionen auf der Schadenliste nicht eindeutig zugeordnet werden, weshalb der Klägerin der Beweis in dieser Hinsicht misslungen sei (act. 91 S. 26). Auch wenn schwer vorstellbar ist, dass alle als beschädigt gemeldeten Küchenutensilien auf

einer Seite im Bauernschrank Platz fanden und auch wenn die Darstellung der Klägerin in dem Punkt nicht überzeugt, könnten die Sachen beim Brand doch beschädigt und – wie die Klägerin geltend macht (vgl. act. 2 S. 15 f.; act. 97 S. 11, 16) – mit dem Brandschutt entsorgt worden sein. Das Gegenteil ist nicht hinreichend erstellt. Gegen die behauptete Beschädigung der Lindbergh-Brille berief sich die Beklagte auf den Schlussbericht vom 31. Juli 2003 sowie auf I._____ als Zeugen (act. 68 S. 5). Das Bezirksgericht hält in dieser Hinsicht für relevant, dass die betreffende Aussage der Klägerin (vgl. Prot. I S. 38 f.) nach § 149 Abs. 3 ZPO/ZH zu ihren Gunsten keinen Beweis bilden könne und aus den von der Klägerin bezeichneten Urkunden, insbesondere den Schadenbildern, nicht hervorgehe, dass durch den Brand eine Brille beschädigt worden sei (act. 91 S. 27). Der erwähnte Schlussbericht von I._____ geht davon aus, die Lindbergh-Brille sei zu Unrecht in die Schadenliste aufgenommen worden (act. 42/18 S. 16). Der Schlussbericht ist indessen nur die private Erklärung eines Zeugen, in der dieser zuhause einer Partei seine Wahrnehmungen festhält. Als Urkunde vermag das die Tatsache dieser Äusserung zu beweisen; als Beweismittel für die Richtigkeit der Wahrnehmung vermag sie jedoch nicht zu dienen –, den Zeugenbeweis kann sie nicht ersetzen (vgl. Frank/Sträuli/Messmer, op. cit., vor § 183 ff. N 3; ZR 54/1955 Nr. 10). I._____ vermochte sich anlässlich seiner Zeugenbefragung vor dem Bezirksgericht an eine Brille nicht zu erinnern, und er wusste zu den Details seiner Abklärungen nichts zu sagen, sondern konnte nur auf den Schlussbericht verweisen (Prot. I S. 49). Dabei ist daran zu erinnern, dass die Beklagte einen positiven Beweis führen muss. Wenn der von ihr selber angerufene Zeuge nicht so ausführlich aussagt, wie sie es sich wünscht, kann sie daraus nicht ableiten, die vermisste Ergänzung hätte ihren Beweis gestützt oder gar erbracht. Der Umstand, dass auf den Schadenbildern keine Brille erkennbar ist, bildet für sich genommen kein überzeugendes Indiz für die zu beweisende Behauptung der Beklagten, die Klägerin habe die Lindbergh-Brille zu Unrecht als beschädigt gemeldet. Wie der Beklagten mit den aufgerufenen Beweismitteln der Nachweis einer falschen Schadensmeldung der Klägerin hätte gelingen können, ist nicht zu sehen. Weitere Beweismittel nennt die Beklagten auch in der Berufung nicht. Unter Berücksichtigung der Ungereimtheiten in der klägerischen Darstellung ist es zwar möglich und

allenfalls plausibel, aber weder ohne erhebliche Zweifel anzunehmen noch auch nur hoch wahrscheinlich, dass die Klägerin auf ihrer Schadenliste (bewusst) Gegenstände aufgeführt hat, die beim Brand nicht zu Schaden kamen. Der Hauptbeweis einer betrügerischen Anspruchsbegründung durch Auflistung tatsächlich unbeschädigt gebliebener Gegenstände wäre der Beklagten deshalb selbst dann nicht gelungen, wenn sie (rechtzeitig) konkrete Behauptungen dafür vorgetragen hätte. Das gölte ebenso, wenn man – entgegen der hier vertretenen Auffassung – für den Beweis einer betrügerischen Anspruchsbegründung das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit als genügend erachtete.

4.12. Nur am Rande sei bemerkt, dass nicht weiter auffällig erscheint, wenn die Darstellung der Klägerin hinsichtlich einzelner Schadenpositionen nicht zu überzeugen vermag, kann die Schadensbezifferung bzw. die Auflistung beschädigter (nach dem Brand entsorgter) Hausratsgegenstände doch selbst bei kleinen Haushalten äusserst umfassend und komplex ausfallen. Die Klägerin hat ihre – 297 Positionen umfassende – Schadenliste zunächst ergänzt, die Schadensberechnung dann jedoch aufgrund von nachträglich wieder zum Vorschein gekommenen Gegenständen von sich aus reduziert (vgl. act. 2 S. 14; act. 41 S. 5; act. 4/9; act. 42/11-14). Entgegen der Auffassung der Beklagten (act. 41 S. 27) spricht solches – eigene Irrtümer zugebende – Verhalten nicht gegen, sondern für die Glaubwürdigkeit der klägerischen Darstellung.

4.13. Die Beklagte wendet sich mit der Berufung schliesslich gegen die Beweiswürdigung des Bezirksgerichts mit Bezug auf den Gebrauch bzw. Nichtgebrauch der Revox-Stereoanlage und des Wintermantels. Aus dem Beweisverfahren und den Vorbringen der Parteien ergibt sich dazu Folgendes:

4.13.1. Für die Ansicht der Beklagten, die beim Brand beschädigte Stereoanlage sei nicht mehr benützt worden, spricht prima facie, dass die Klägerin die Anlage auf dem grossen Bauernschrank platziert hat und dass sie (nach dem ersten Brand) nur noch über eine Lautsprecherboxe verfügte. Beides ist unbestritten. Zieht man jedoch die engen Platzverhältnisse im der Klägerin als Wohn- und Schlafzimmer dienenden Raum in Betracht, erscheint eine solche – freilich etwas unbequeme – Nutzung keineswegs derart widersinnig, dass daraus nur der

Schluss gezogen werden könnte, die Anlage sei eben nicht mehr gebraucht worden. Das Bezirksgericht bemerkt zu Recht, dass es mindestens ebenso sinnlos wäre, eine Lautsprecherbox bei einer nicht mehr betriebenen Stereoanlage zu belassen (vgl. act. 91 S. 33 f.). Der Zeuge J. _____ hat in dieser Hinsicht glaubhaft und plausibel seine Erinnerung geschildert. Er gab zu Beginn seiner Zeugenbefragung von sich aus an, die Klägerin habe den Cabelcom-Anschluss beanstandet und gesagt, sie würde nie Radio hören oder Kabelsignale konsumieren. Die Klägerin habe immer wieder gesagt, dass sie keinen TV- und Radioempfang haben wolle (Prot. I S. 52). Auf konkrete Nachfrage konnte der Zeuge das jedoch nicht bestätigen. So antwortete er auf die Frage, ob die Klägerin ihm gegenüber vor oder nach Dezember 2001 erklärt habe, dass sie nicht Radio hören und keine Kabelsignale empfangen wolle: "Das weiss ich nicht mehr. Die Klägerin wollte das Kabel nicht benutzen" (Prot. I S. 53). Wenn das Bezirksgericht den Zeugen J. _____ so versteht, dass er sich im Wesentlichen auf den Kabelanschluss bezogen habe, während mit der Zeugenaussage von J. _____ nicht bewiesen sei, dass die Klägerin geäussert habe, sie höre nie Radio, hat es den Beweis richtig gewürdigt. Wie das Bezirksgericht weiter zutreffend ausführt, gab die Klägerin selber an, die Cablecom-Gebühr ab April 2002 nicht mehr bezahlt zu haben, weil sie wegen Lärmbelästigungen einer Nachbarin nicht mehr richtig habe Musik hören können (act. 48 S. 11). Der Zeuge J. _____ erinnerte sich daran, dass Lärmbelästigungen der Nachbarin ein Thema gewesen seien und erklärte, er habe bei der Nachbarin wegen des zu lauten Fernsehers mehrfach interveniert (Prot. S. 52). Die von der Klägerin geäusserte Absicht, den Kabelanschluss plombieren zu lassen, kann unter den gegebenen Umständen nicht als Verzicht auf die Nutzung der Stereoanlage gewertet werden. Die – ohnehin nicht entscheidende – Bemerkung des Bezirksgerichts, eine Nutzung wäre auch nach dem Wegfall des Kabelanschlusses etwa mit einer Zimmerantenne möglich gewesen, mag über die Behauptungen der Klägerin hinausgehen, entspricht aber durchaus praktischer Erfahrung. Zentral ist, dass der Zeuge J. _____ die Lärmbelästigungen der Nachbarin bestätigte und somit für die Darstellung der Klägerin objektive Anhaltspunkte bestehen. Dass das Bezirksgericht die Behauptung der Klägerin hinsichtlich des Gebrauchs der Stereoanlage für wahrscheinlicher erachtet als die zum Beweis verstellte Be-

hauptung des Gegenteils, trifft im Übrigen nicht zu. Das Bezirksgericht gelangt in Würdigung der Beweismittel zutreffend zur Auffassung, dass erhebliche Zweifel mit Bezug auf die Behauptung der Beklagten verbleiben. Der Nichtgebrauch der Anlage mag dabei so wahrscheinlich sein wie deren Gebrauch, nur ist damit insoweit der Hauptbeweis der Beklagten nicht erbracht. Vielmehr bleiben, wie das Bezirksgericht zusammenfassend festhält (act. 91 S. 35), erhebliche Zweifel daran bestehen, dass die Stereoanlage der Klägerin zur Zeit des Brandes nicht mehr in Gebrauch gewesen sein soll.

4.13.2. Zum Beweis, dass die Klägerin den auf der Schadenliste aufgeführten grauen Wintermantel aus dem Jahr 1994 nicht mehr benutzte (vgl. Prot. I S. 20), berief sich die Beklagte einzig auf die Quittung des Modegeschäfts ... vom 29. Januar 1994 (act. 68 S. 2; 42/28). Damit lässt sich beweisen, dass die Klägerin den Mantel an diesem Tag zum Preis von Fr. 790.– erworben hat, was von der Klägerin im Rahmen der persönlichen Befragung zudem anerkannt wurde (vgl. Prot. I S. 42). Im Übrigen aber kann der Umstand, dass der betreffende Mantel im Zeitpunkt des Schadenfalls bereits gute acht Jahre alt war, nicht als Indiz dafür gewertet werden, dass die Klägerin ihn nicht mehr anzog. Dies gilt umso mehr, als die Klägerin nur für einen Wintermantel Ersatz geltend macht. Auch hier bleiben erhebliche Zweifel hinsichtlich der Behauptung, die Klägerin habe den Wintermantel nicht mehr gebraucht. Die Klägerin berief sich unter Hinweis auf Ziff. 7.2.1 AVB (act. 4/3) darauf, dass sie für den Wiedererwerbspreis versichert sei und der Preis für einen neuen Wintermantel der Marke Max Mara Fr. 1'390.– betrage (vgl. act. 91 S. 35 f.). Das wird von der Beklagten mit Grund nicht beanstandet.

4.13.3. Ein rechtsgenügender Nachweis dafür, dass die Klägerin die Revox-Stereoanlage und den grauen Wintermantel nicht mehr benutzte, liegt nach dem Beweisverfahren nicht vor. Bezüglich der Reisetaschen und dem Rucksack kam das Bezirksgericht in Würdigung der abgenommenen Beweise sodann zum Schluss, dass der von der Klägerin dafür eingesetzte Wiedererwerbspreis nicht zu beanstanden sei (act. 91 S. 37 f.). Gegen die betreffenden Erwägungen des Be-

zirksgerichts bringt die Beklagte zu Recht nichts vor. Sie bedürfen weder der Korrektur noch der Ergänzung.

4.14. Zusammenfassend bleibt es dabei, dass der Klägerin der Nachweis eines Schadens im Betrag von Fr. 65'409.– gelungen ist, während die Beklagte den Beweis unwahrer Angaben in der Schadenliste nicht erbringen konnte und sie demzufolge nicht berechtigt ist, die aufgrund Eintritts des versicherten Ereignisses geschuldete Leistung zu verweigern. Hinsichtlich der vorprozessualen Anwaltskosten kann auf die unbeanstandeten und zutreffenden Erwägungen im angefochtenen Urteil verwiesen werden, womit sich der von der Beklagten zu leistende Betrag auf Fr. 71'531.95 (Fr. 65'409.– plus Fr. 6'122.95) erhöht.

4.15. Die Berufung erweist sich im Ergebnis als unbegründet, und das angefochtene Urteil ist zu bestätigen.

5. Kosten / Entschädigung

5.1. Bei diesem Ausgang des Berufungsverfahrens ist die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge zu bestätigen.

5.2. Die unterliegende Beklagte wird zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtsgebühr sowie die Entschädigung der anwaltlich vertretenen Klägerin im Berufungsverfahren sind anhand der einschlägigen obergerichtlichen Verordnungen streitwertabhängig zu bemessen. Der Streitwert beläuft sich nunmehr auf Fr. 71'531.95. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf Fr. 7'270.-- festzusetzen (Reduktionsgründe bestehen nicht) und mit dem geleisteten Kostenvorschuss (vgl. act. 92 ff.) zu verrechnen. Die Prozessentschädigung beträgt nach § 4 Abs. 1 und 13 Abs. 1 und 2 AnwGebV Fr. 4'500.–. Ersatz der Mehrwertsteuer hat die Klägerin nicht verlangt (vgl. ZR 104/2005 Nr. 76; Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006).

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass die Abweisung der Klage im Betrag von Fr. 9'591.– nebst Zins nicht angefochten ist. Das Urteil des Bezirksgerichts Meilen vom 10. August 2011 ist insofern rechtskräftig.
2. Schriftliche Mitteilung an die Parteien zusammen mit dem nachfolgenden Erkenntnis.

Es wird erkannt:

1. Die Berufung wird abgewiesen und Dispositiv-Ziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Meilen vom 10. August 2011 wird bestätigt.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolge (Dispositiv-Ziffern 2-4) wird bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird auf Fr. 7'270.– festgesetzt.
4. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr wird der Beklagten auferlegt und mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für das Berufungsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 4'500.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Meilen, je gegen Empfangsschein.

Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an das Bezirksgericht 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. 71'531.95.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Präsidentin:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. V. Seiler

versandt am: