



Kreisgericht Rheintal

2. Abteilung

Präsident Dr. U.P. Cavelti, Kreisrichter lic.iur. M. Schärz, Kreisrichterin Dr. C. Gstöhl,
a.o. Gerichtsschreiber MLaw T. Candrian

Entscheid vom 1. September 2010

in der Sache

A.,

Kläger

vertreten von lic.iur. Emil Nisple, Rechtsanwalt, Oberer Graben 26, 9000 St. Gallen

gegen

X. Versicherungen

Beklagte

vertreten von Dr. Walter Locher, Rechtsanwalt, und lic.iur. Liliane Kobler, Rechtsanwältin, Museumstrasse 35, 9000 St. Gallen

betreffend

Forderung

Rechtsbegehren des Klägers (gemäss Klageschrift vom 18. Februar 2009)

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 67'416.25 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2007 zu bezahlen;
2. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger den Betrag von Fr. 3'519.10 nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2007 zu bezahlen;
3. Evtl. sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger einen nach Ausgang des Beweisverfahrens festzusetzenden Betrag nebst Zins zu 5% seit 1. Oktober 2007 zu bezahlen;
4. Das Nachklagerecht wird vorbehalten;
unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten (gemäss Klageantwort vom 26. Oktober 2009)

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers.

Erwägungen

I.

1. Am 13. August 2007 zeigte der Kläger bei der Beklagten, seiner Diebstahlversicherung, einen Einbruchdiebstahl an. Gemäss Aussage des Klägers war während seiner Ferienabwesenheit in das von ihm geführte Sportgeschäft B. an der _____ in _____ eingebrochen worden. Der Kläger verlangte von der Beklagten Ersatz für die von der unbekanntes Täterschaft aus seinem Sportgeschäft entwendete Verkaufsware im Gesamtwert von Fr. 70'935.35 (Einkaufspreise inkl. MWST). Mit Schreiben vom 25. Februar 2008 liess die Beklagte den Kläger wissen, dass sich ihrer Ansicht nach der gemeldete Schadenfall nicht in der von ihm geschilderten Weise zugetragen habe. Die Beklagte lehnte eine Leistungspflicht deshalb ab und trat gleichzeitig vom Versicherungsvertrag zurück (bekl.act. 12).
2. Mit Verweis auf den Leitschein des Vermittleramtes St. Margrethen vom 18. Dezember 2008 machte der Kläger mit Klageschrift vom 18. Februar 2009 die vorliegende Klage beim Kreisgericht Rheintal anhängig. Nach Abschluss des Schriftverkehrs wurden die Parteien auf den 7. Mai 2010 zur Hauptverhandlung vorgeladen. Bei Anwesenheit beider Parteien, respektive deren Vertreter, wurden anlässlich der Hauptverhandlung C., D. und E. als Zeugen einvernommen. Eine im An-

schluss an die Hauptverhandlung auf den 9. Juni 2010 einberufene Einigungsverhandlung endete ergebnislos. Auf die einzelnen Vorbringen der Parteien während des Verfahrens, die Aussagen der Zeugen sowie die Akten ist im Folgenden, soweit erforderlich, einzugehen.

II.

1. Es ist unbestritten und steht fest, dass der Kläger bei der Beklagten zur Zeit des behaupteten Einbruchdiebstahls unter der Versicherungs-Police Nr. _____ gegen die Art des angezeigten Schadens versichert war.
2. Macht ein Versicherungsnehmer einen Anspruch aus einem Versicherungsvertrag geltend, obliegt ihm gemäss der allgemeinen Regel von Art. 8 ZGB die Beweislast für den Eintritt des Versicherungsfalles sowie den dadurch entstandenen Schaden. Ist ein strikter Beweis für die beweisbelastete Partei der Natur der Sache nach allerdings nicht möglich oder nicht zumutbar, befindet sie sich mit anderen Worten in einer "Beweisnot", so wird ihr eine Beweiserleichterung zugestanden und von ihr lediglich verlangt, dass sie die von ihr zu beweisenden Tatsachen als überwiegend wahrscheinlich darzulegen vermag. Dabei schliesst die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, die überwiegende Wahrscheinlichkeit nicht aus; diese andere Möglichkeit darf für die betreffende Tatsache aber weder eine massgebende Rolle spielen noch vernünftigerweise in Betracht fallen. Im Zusammenhang mit dem Eintritt eines Versicherungsfalles geht die Rechtsprechung – namentlich bei der Diebstahlversicherung – davon aus, dass in der Regel eine Beweisnot gegeben ist und damit das Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit Anwendung findet (BGE 130 III 321 E. 3.2 f.; vgl. JÜRGEN NEF, Basler Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel / Genf / München 2001, N 26 f. zu Art. 39 VVG; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Bern 1995, S. 333).

Im Gegenzug steht dem Versicherer ein aus Art. 8 ZGB abgeleitetes Recht auf Gegenbeweis zu. Er hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wecken sollen. Gelingt es dem Versicherer, Tatsachen darzulegen, welche an der Sachdarstellung des Versicherungsnehmers im Ergebnis derart erhebliche Zweifel wecken, dass diese nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheint, so ist der Hauptbeweis des Versicherten geschei-

tert. Die im Rahmen des Gegenbeweises vorzubringenden Tatsachen können zunächst einmal das Schadenereignis als solches betreffen. Der Versicherer kann jedoch auch Unredlichkeiten und Indizien vorbringen, die keinen direkten Bezug zum Schadenfall haben, wobei solche Tatsachen nur zum Beweis zuzulassen sind, wenn bereits die Schilderung des Schadenfalls durch den Anspruchsberechtigten Zweifel erweckt. In einem solchen Fall kann nämlich auch die Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit des Versicherungsnehmers als solche geeignet sein, die Überzeugungskraft der bloss auf mehr oder weniger schlüssigen Indizien beruhenden Sachdarstellung zu erschüttern. Massgeblich ist letzten Endes eine Gesamtbeurteilung (BGE 130 III 321 E. 3.4; NEF, a.a.O., N 36 und 42 ff. zu Art. 39 VVG).

3. Gemäss Rapport der Kantonspolizei St. Gallen meldete der Kläger am Dienstag, 7. August 2007, um 12:58 Uhr, einen Einbruch in sein Sportgeschäft (kläg.act. 2, S. 8). Gegenüber der ausgerückten Polizistin sagte der Kläger aus, sein Sportgeschäft bis Ende Juni 2007 an der _____ in _____ betrieben zu haben, wegen der hohen Mietkosten dann aber an den neuen Standort an der _____ gezogen zu sein. Der Umzug habe unmittelbar vor seinen vom Freitag, 6. Juli 2007, bis Montag, 6. August 2007, dauernden Ferien stattgefunden. Während der Ferienabwesenheit habe sein Neffe, C., das neue Verkaufsgeschäft an zwei Samstagen, am 7. und 14. Juli 2007, geöffnet. Dafür habe er C. noch vor der Abreise den Zweitschlüssel für den Laden ausgehändigt. Am Morgen des 7. August 2007 habe er das Geschäft nach seiner Rückkehr aus den Ferien das erste Mal wieder betreten. Es hätten mehrere Schuhe und Kleidungsstücke gefehlt. Er habe sich noch gefragt, wie sein Neffe an zwei Samstagen so viel Ware habe verkaufen können. Anschliessend habe er sich in das im Untergeschoss liegende Büro begeben. Dort habe die Leiter quer im Büro sowie Schachteln und Ordner unordentlich auf dem Boden gelegen. Als er die Schachteln wieder zu sortieren begonnen habe, sei zum Vorschein gekommen, dass die Holztrennwand, welche sein Büro vom Abstellraum des Hauswartes trennt, beschädigt gewesen sei. Umgehend habe er C. angerufen und sich bei diesem über diese Unordnung erkundigt. Sein Neffe habe ihm gesagt, während den Ferien lediglich zwei, drei Artikel verkauft und die Belege dafür aufbewahrt zu haben. Von der defekten Holztrennwand habe sein Neffe nichts gewusst. So habe er schliesslich von einem Einbruch im Geschäft B. ausgehen müssen und darüber die Polizei verständigt (kläg.act. 2, S. 10).

C. ergänzte diese Darstellung gleichentags gegenüber der Polizei dahingehend, dass er nach den beiden Verkaufs-Samstagen auch noch am Abend des 17. Juli

2007 im Sportgeschäft gewesen sei, da ein Kollege von ihm etwas benötigt habe. Den Laden hätten sie um ca. 18:30 Uhr gemeinsam verlassen (kläg.act. 2, S. 11). Der Hauswart der Liegenschaft, E., wiederum gab der Polizistin gegenüber zu Protokoll, am 1. August 2007, nach der Rückkehr aus seinen Ferien, im Untergeschoss verschiedene Unregelmässigkeiten festgestellt zu haben. Dazu zählte er einen am Boden liegenden Schraubenschlüssel, zwei geöffnete Gitternetzfenster, die nicht verriegelte Türe zum Abstellraum beim Sportgeschäft und dort die eingedrückte Holztrennwand, welche in das Büro des Geschäfts B. hineinragte (kläg.act. 2, S. 11).

Betreffend der am 7. August 2007 angetroffenen Situation im Sportgeschäft des Klägers rapportierte die Polizistin, dass die Eingangstüre sowie eine Türe im Ladeninnern, welche in das Treppenhaus des Gebäudes führt, keine Einbruchspuren aufgewiesen hätten. Im Erdgeschoss sei jedoch eine Holztrennwand, welche den Abstellraum des Hauswarts vom Büro des Geschäfts B. trennt, eingeschlagen gewesen. Im Büro habe eine Unordnung geherrscht, Schachteln und Ordner seien verstreut und durchwühlt am Boden gelegen. Im Verkaufsbereich hingegen habe keine allzu grosse Unordnung geherrscht. Einige Schachteln mit Turnschuhen hätten sich verstreut und durchwühlt am Boden befunden. Vereinzelte Kleidungsstücke seien noch an den Kleiderständern gehangen, mehrere Kleiderständer seien leer gewesen. Einige Kleiderbügel seien ohne Kleidungsstück an einem Haken gehangen. Die Verkaufskasse neben dem Treppenabgang sei offen gestanden (kläg.act. 2, S. 9).

Aufgrund dieser Angaben im Polizeirapport erscheint als möglich, dass in der Zeit zwischen dem letztmaligen Betreten des Geschäfts B. durch C. am 17. Juli 2007 und E.'s Rückkehr aus den Ferien am 1. August 2007 eine unbekannte Täterschaft in das Sportgeschäft des Klägers eingedrungen ist und Verkaufsware entwendet hat.

4. a) Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe anlässlich der Befragung durch ihren Schadeninspektor am 17. Januar 2009 (bekl.act. 3, S. 6) – dies entgegen seinen Angaben bei der Polizei – ausgesagt, beim erstmaligen Betreten des Ladens nicht einmal bemerkt zu haben, dass im Verkaufslokal etwas fehle. Erst im Untergeschoss sei ihm klar geworden, dass etwas nicht stimmen konnte. Dies verwundere angesichts seiner unmittelbar darauf folgenden Aussage, dass der Laden "praktisch leer bzw. leereräumt" gewesen sei (act. 11, S. 5).

Es entspricht nicht den Tatsachen, wenn die Beklagte dem Kläger unterstellt, beim erstmaligen Betreten des "leergeräumten" Ladens nichts bemerkt zu haben. Die diesbezügliche Aussage des Klägers entstand in nachvollziehbarer Weise erst aufgrund des Vorhalts durch die Beklagte, er hätte in Anbetracht der Deckungsgleichheit der von ihm erstellten Inventarliste vom 30. Juni 2007 (bekl.act. 10) mit den beiden Listen des angeblichen Diebesguts vom 8. und 15. August 2007 (kläg.act. 7 und 8) nach seiner Rückkehr aus den Ferien eigentlich ein leeres Geschäft vorfinden müssen (bekl.act. 3, S. 6). Tatsache ist jedoch, dass der Kläger sowohl gegenüber der Polizei als auch zu Beginn der Befragung durch die Beklagte (bekl.act. 3, S. 1) aussagte, schon beim erstmaligen Betreten des Ladens eine Abweichung vom Üblichen festgestellt zu haben. Er beschrieb seinen ersten Eindruck in konstanter Weise mit den Worten, sich darüber gewundert zu haben, dass sein Neffe während der Ferienabwesenheit so viel verkauft habe. Dieser spontanen, zumal Gegenstand der Erstaussage bildenden Darstellung ist ein grösseres Gewicht einzuräumen als der durch die Frage der Beklagten provozierten Aussage, beim Betreten nichts "mitbekommen" zu haben (vgl. zum Beweiswert der Erstaussage des Versicherten: NEF, a.a.O., N 37 zu Art. 39 VVG; ANNA KATHARINA PANTLI / UELI KIESER / VOLKER PRIBNOW, Die "Aussage der ersten Stunde" im Schadenausgleichsrecht (...), AJP 2000, S. 1195ff.). Es ist demzufolge davon auszugehen, der Kläger habe sich beim erstmaligen Betreten seines Sportgeschäft tatsächlich als Erstes gefragt, ob während seiner Ferienabwesenheit so viel verkauft worden sei. Zu prüfen bleibt die Glaubhaftigkeit dieser Aussage. Massgeblich ist dabei der Vergleich des Zustandes des Geschäfts B. vor und nach den Ferien.

aa) Was den Zustand bei Ferienantritt betrifft, so spricht C. in seinem Schreiben davon, "dass alles sehr sauber aufgeräumt war und der Laden auch sonst vom Warenbestand her schon fast aus allen Nähten platzte" (kläg.act. 11, S. 2). Dies wiederholte der Neffe anlässlich der Zeugeneinvernahme, wo er sagte, anlässlich seines letzten Besuchs beim Onkel vor dessen Abreise seien zwar im Geschäft noch einige Ordner herumgelegen und ein paar Kisten herumgestanden, sonst sei aber alles in einwandfreiem Zustand gewesen (act. 39, S. 3). D., welcher am Abend vor der Ferienreise des Klägers um ca. 18:30 Uhr noch im Geschäft B. vorbeigeschaut hat, sagte seinerseits aus, das Geschäft habe zu jenem Zeitpunkt noch sehr nach "Umzug" ausgesehen (dass diese Visiten, anders als von den Zeugen C. und D. wohl angenommen (vgl. act. 39, S. 2, act. 40, S. 3f.), angesichts der Abreise am Freitag, 6. Juli 2007, an einem Donnerstag- und nicht an einem Freitagabend statt-

fanden, fällt nicht weiter ins Gewicht). Allerdings ging auch D. davon aus, dass das Geschäft innert 3 bis 4 Stunden hätte schön hergerichtet werden können (act. 40, S. 4). Dass sich das Geschäft B. bei Ferienantritt des Klägers trotz des kurz zuvor erfolgten Umzugs ordentlich und aufgeräumt präsentierte erscheint damit als erstellt. Dafür spricht nicht zuletzt das Vorhaben des Klägers, das Geschäft auch während den Ferien tageweise zu öffnen, was bedingte, dass C. verkaufsbereit und der neueröffnete Geschäft B. in gewissem Masse repräsentabel war.

bb) Betreffend den am 7. August 2007 angetroffenen Zustand findet sich in den Akten, abgesehen von den Aussagen des Klägers selber, die schriftliche Stellungnahme C.s, wonach er bei seinem Besuch im Geschäft des Onkels am Abend einen wirklichen leeren Laden und eine Riesensauerei angetroffen habe (kläg.act. 11, S. 4). Die Beklagte ihrerseits macht geltend, dass in Anbetracht der festzustellenden Deckungsgleichheit der Inventar- mit den beiden Deliktgutlisten das Geschäft an jenem Morgen hätte leer sein müssen (act. 11, S. 9f.), stellt aber zugleich fest, dass sich diese Erkenntnis nicht mit dem von der Polizei anlässlich der Tatbestandsaufnahme festgestellten Zustand vereinbaren lasse (act. 11, S. 6). Die polizeiliche Tatbestandsaufnahme erfolgte unbestrittenermassen am Nachmittag des 7. August 2007. Die im Recht liegende Fotodokumentation der Polizei (bekl.act. 6) kann damit ein aussagekräftiges und von den Aussagen der Parteien unabhängiges Bild über den vom Kläger angetroffenen Zustand der Verkaufsfläche des Sportgeschäfts vermitteln.

Gemäss der Fotodokumentation der Polizei herrschte bei der Rückkehr des Klägers in das Geschäft B. stellenweise eine auf den ersten Blick zu erkennende Unordnung, was namentlich auf das Durcheinander im Kassenbereich – auf und neben der geöffneten Kassenschublade liegen wild durcheinander Fanartikel, Quittungen und Büroartikel – sowie die rechts neben dem Treppenabgang unordentlich auf einem kleinen Haufen liegenden Sportschuhe zutrifft. Glaubt man dem Kläger, dass ihn sein erster Gang nach dem Betreten des Geschäfts in das im Untergeschoss liegende Büro geführt hat, so konnte ihm dieses Durcheinander nicht verborgen geblieben sein. Dass er in Anbetracht dieses Spurenbildes als Erstes daran gedacht haben soll, hier sei ausserordentlich viel verkauft worden, weckt erhebliche Zweifel an seiner Sachdarstellung. Auffallend ist bei einem ersten Hinschauen nämlich gerade nicht, dass hier viel Ware fehlen würde, zumal die Kleiderregale in der linken hinteren Ecke des Sportgeschäfts, in denen die grössten Lücken klaffen, durch ein davor stehendes Regal etwas verdeckt sind und vorab in der Nähe des

Kassenbereichs jede Menge Schuhe und Schuhkartons herumstehen. Anstelle einer grossen Leere fällt beim ersten Hinschauen vielmehr das an einigen Stellen gut sichtbare Chaos auf, dies ganz im Gegensatz zum Zustand des Geschäfts bei Ferienantritt, als alles sehr sauber und aufgeräumt war. Dass dem Kläger bei dieser augenfälligen Unordnung sowie im Wissen darum, dass der Neffe die Ferienvertretung seit Jahren ausführt, bei ihm noch nie etwas vorgefallen ist und man ihm deshalb "blind vertraut" (kläg.act. 2, S. 10) dennoch nicht gleich der Gedanke an einen Einbruch gekommen sein soll, macht stutzig.

Diese beim Studium der polizeilichen Fotodokumentation aufkommenden Zweifel vermag der Kläger nicht auszuräumen. Indem er vorbringt, ihm habe die Polizei das zwischenzeitliche Einräumen bzw. Auffüllen der Regale erlaubt (act. 13, S. 9), macht er seine Aussage in noch höherem Mass unglaubwürdig. Es ist kaum vorstellbar, dass die Polizei zu einer Vereitelung der Tatbestandsaufnahme ihre Einwilligung erteilen würde. Dafür, dass dem so gewesen wäre, finden sich auch keine Hinweise im Polizeirapport. Überdies hätte der Kläger ja selbst jedes Interesse daran haben müssen, an der von ihm angetroffenen Situation bis zum Abschluss der Tatbestandsaufnahme durch die Polizei keine Veränderungen vorzunehmen, um den von ihm entdeckten Einbruchdiebstahl belegen zu können. Wenn der Kläger im Weiteren vorbringt, die Schachteln der Sportschuhe seien von den Dieben eben geordnet zurückgestellt worden (act. 13, S. 9), so anerkennt er damit implizit gerade durch die Fotodokumentation gewonnenen Eindruck eines relativ gut gefüllten Sportgeschäftes. Zugleich schadet auch diese Aussage seiner Glaubwürdigkeit, ist ein solcher Tatablauf aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung doch kaum vorstellbar.

b) Was die mögliche Vorgehensweise der unbekanntes Täterschaft betrifft, so hat die Polizei an der Eingangstüre sowie an einer weiteren Türe im Ladeninnern keine Einbruchspuren festgestellt, jedoch fand sich im Untergeschoss eine eingedrückte Holztrennwand (kläg.act. 2, S. 9). Gemäss Aussage von E. ragte diese Holztrennwand schon bei seiner Rückkehr aus den Ferien am 1. August 2007 einen Spalt breit in das Büro des Sportgeschäftes hinein. Ausserdem stellte er im Untergeschoss des Hauses Unregelmässigkeiten fest. Ein fest montierter Schraubenschlüssel lag am Boden und die Türe zum Abstellraum war anders als üblich nicht verschlossen (kläg.act. 2, S. 11; act. 41, S. 2f.). Diese Spuren sind zwar ein Indiz dafür, dass sich Dritte im Untergeschoss Zugang zum Geschäft B. verschafft haben könnten. Allerdings sind auch hier Zweifel angebracht. Der zum Büro hin offenstehende Spalt ist

sehr schmal und es wäre einer durchschnittlich gebauten Person zumindest bei dieser Position der Holztrennwand nicht möglich, in das Sportgeschäft zu gelangen, geschweige denn durch diese Öffnung Verkaufswaren in grösserem Umfang abzutransportieren. In diesem Zusammenhang stellt sich unweigerlich die Frage, inwiefern nicht die quer hinter der Wand liegende Leiter den Abtransport des Diebesgutes auf diesem Weg behindert hätte bzw. weshalb die Leiter von der unbekanntem Täterschaft beim Verlassen des Geschäfts so umständlich hätte positioniert werden sollen, bevor die Holztrennwand von aussen wieder leicht zurechtgerückt worden sein soll. Doch selbst wenn man zu Gunsten des Klägers davon ausginge, die Leiter habe anfänglich quer im Büro gelegen und er habe diese bei seinen Aufräumarbeiten selber an der besagten Stelle positioniert, bliebe der dargestellte Sachverhalt un schlüssig: Der Kläger hat bei seiner Erstaussage gegenüber der Polizei nämlich festgehalten, die beschädigte Holzwand sei erst zum Vorschein gekommen, als er im Büro angefangen habe, die dort herumliegenden Schachteln zu sortieren und aufzustapeln (kläg.act. 2, S. 10). Es ist nun aber kaum vorstellbar, dass die angeblich die Sicht auf die Holztrennwand versperrenden Schachteln derart hoch aufgetürmt gewesen wären, dass sie den bis zur Decke hinaufreichenden Spalt verdeckt hätten. Im Gegenteil sprach sogar der Kläger von unordentlich *am Boden* herumliegenden Kartonkisten (kläg.act. 2, S. 10). Dass der Spalt in der im Untergeschoss gleich an die Treppe anschliessenden Holztrennwand dem Kläger erst nach dem Wegräumen von am Boden liegenden Schachteln aufgefallen sein soll, ist deshalb höchst fragwürdig.

c) Da die Schilderung des Schadenfalls durch den Anspruchsberechtigten nicht durchwegs schlüssig erscheint und gar in wesentlichen Punkten erhebliche Zweifel weckt, ist auch die generelle Glaubwürdigkeit des Klägers zu prüfen und sind daraus Rückschlüsse auf die Überzeugungskraft seiner Sachdarstellung zu ziehen (vgl. oben, Ziff. II. 2).

aa) Am 2. Oktober 2007 wurde der Kläger auf der Polizeistation St. Margrethen zu dem von ihm angezeigten Einbruchdiebstahl befragt. Dabei antwortete er auf die Frage, ob er Artikel bei sich zu Hause oder sonst wo untergebracht habe: "Extern habe ich nichts untergebracht. Es befindet sich alles im Laden." (kläg.act. 6, S. 7) Diese Antwort entsprach nicht der Wahrheit, sagte der Kläger doch in anderem Zusammenhang aus, von zu Hause diverse Artikel ins Geschäft zurückgebracht zu haben (act. 13, S. 14). Zur Begründung dieser Falschaussage gegenüber der Polizei führte der Kläger aus, dass er ein Auftauchen der Polizei bei ihm zu Hause habe

verhindern wollen, um die in der Bevölkerung ohnehin schon zirkulierenden Gerüchte, er sei ein Versicherungsbetrüger, nicht weiter anzuheizen (bekl.act. 3, S. 9; act. 13, S. 15). Abgesehen davon, dass diese Erklärung reichlich konstruiert wirkt, ist in Bezug auf die Glaubwürdigkeit des Klägers festzustellen, dass er gegenüber der in der Sache des vorliegend zu beurteilenden Schadenfalls ermittelnden Polizeibeamtin bewusst eine Falschaussage machte.

bb) Der Kläger machte geltend, die Polizei am 7. August 2007 erst deshalb am frühen Nachmittag benachrichtigt zu haben, da er sich vor deren Verständigung noch bei C. habe erkundigen wollen, ob nicht dieser der Urheber der Unordnung in seinem Sportgeschäft gewesen sei bzw. wie viele Artikel während der Ferienabwesenheit verkauft worden seien (act. 13, S. 9). Die Beklagte hingegen suggeriert, das lange Zuwarten bis zur Benachrichtigung der Polizei sei damit zu erklären, dass der Kläger den Vormittag dazu genutzt habe, den Einbruchdiebstahl zu fingieren (act. 11, S. 15). Wenngleich sich dem Kläger der Verdacht eines Diebstahls schon beim Betreten des Geschäfts hätte aufdrängen müssen (vgl. oben, Ziff. II. 4 a)bb)) und sich dieser Verdacht bei genauerem Umsehen nur erhärten konnte, erscheint die Begründung für sein Zuwarten bis zur Benachrichtigung der Polizei dennoch plausibel. Da man eine polizeiliche Anzeige gemeinhin nicht leichtfertig macht erscheint nämlich nachvollziehbar, dass sich der Kläger bei seinem Neffen zuerst vergewissern wollte, tatsächlich Opfer eines Einbruchdiebstahls geworden zu sein.

Nichtsdestotrotz bleibt aufgrund der Umstände fraglich, ob sich der Kläger am Morgen des Dienstag, 7. August 2007, tatsächlich an C. gewandt hat. Einerseits tätigte der Kläger am 7. August 2007 um 09:26 Uhr von seinem Mobiltelefon aus tatsächlich einen Anruf auf eine österreichische Nummer (kläg.act. 14), wobei offen blieb, ob diese Nummer C. zuzuordnen ist. Andererseits schrieb C. in seiner schriftlichen Stellungnahme, wie jeden *Montag*morgen auch am *6. August 2007* bei seiner Arbeit damit beschäftigt gewesen zu sein, Bestellungen ins System einzugeben, als er auf seinem Handy *mehrere* Anrufe des Klägers registriert habe. Er habe den Kläger dann zurückgerufen (kläg.act. 11, S. 3). Als Zeuge befragt sagte C. wiederum aus, wie immer *Anfang Woche* die Monatsbestellungen gemacht zu haben, als er die Nachricht seines Onkels *auf der Mailbox* gesehen habe. Der Onkel habe ihn gefragt, was der schlechte Scherz denn soll, etc. Daraufhin habe er seinen Onkel zurückgerufen, um zu erfahren was los sei (act. 39, S. 4). Die Ungereimtheiten betreffen demnach nicht nur das Datum des angeblichen Anrufs, sondern auch dessen Modalitäten: An welchem Wochentag soll der Kläger angerufen haben, gab es ei-

nen oder mehrere Anrufversuche und sprach der Kläger seinem Neffen auf die Mailbox oder rief dieser zuerst zurück, bevor er Konkretes erfahren hat? Diese Widersprüche wurden nicht ausgeräumt bzw. von des Klägers Zeugen erst geschaffen.

cc) Die Beklagte weist auch in Bezug auf die vom Kläger erstellte Deliktsgutliste auf Unregelmässigkeiten hin. So habe der Kläger diese Liste gemäss seinen Aussagen bei der Polizei grösstenteils aus dem Kopf sowie unter Zuhilfenahme der Lieferscheine erstellt, später aber gesagt, er habe sich auf eine beim Umzug erstellte Inventarliste gestützt. Dies sei erstens ein offener Widerspruch. Zweitens erstaune das Vorhandensein eines Inventars überhaupt, da der Kläger nach eigener Aussage beim Umzug keine Zeit mehr gehabt habe, ein solches zu erstellen. Diese Ungeheimheiten liessen nur den einen Schluss zu, dass nämlich die Inventarliste im Nachhinein erstellt wurde, um den vormaligen Besitz der gestohlenen Artikel zu untermauern (act. 11, S. 8f.; act. 19, S. 12). Der Kläger bringt dagegen vor, beim Umzug lediglich nicht dazu gekommen zu sein, ein *genaues* Inventar zu erstellen (act. 1, S. 4; act. 13, S. 3). Beim Zügeln habe er sich jedoch ein handschriftliches Inventar erstellt, aufgrund dessen er nach den Ferien die Inventarliste angefertigt habe. Gestützt darauf sowie unter Bezug der Lieferscheine habe er die Deliktsgutliste erstellen können. Schon gegenüber der Polizei habe er übrigens ausgesagt, sich bei der Zusammenstellung der Deliktsgutliste auf ein "kleines Inventar" gestützt zu haben (act. 13, S. 12f.).

Es trifft in der Tat zu, dass der Kläger das Vorhandensein einer kleinen Inventarliste bereits gegenüber der Polizei erwähnt hat (kläg.act. 6, S. 2 unten). Wie sich dieses "kleine Inventar" ausnahm, lässt sich aufgrund einer Aussage des Klägers gegenüber der Beklagten erahnen, wo er angab, beim Zügeln in Katalogen der Hersteller angekreuzt zu haben, was er ins neue Geschäft mitnehme (bekl.act. 3, S. 4). Für die Erstellung eines solchen "Inventars" scheint auch beim Umzug die Zeit allemal noch gereicht zu haben. Dennoch bleibt festzuhalten, dass die vom Kläger unterbreitete "Inventur 30 Juni 2007" (bekl.act. 10) nicht an diesem Datum, sondern erst nachträglich erstellt wurde und in mehreren Punkten falsch war, was selbst der Kläger gegenüber der Beklagten einräumen musste (bekl.act. 3, S. 4). Diese Vorlage nachträglich erstellter Belege, deren Mangelhaftigkeit erst durch das Insistieren der Beklagten aufgedeckt wurde, ist in Bezug auf die Glaubwürdigkeit des Klägers entsprechend zu würdigen (vgl. NEF, a.a.O., N 52 zu Art. 39 VVG).

dd) Die Beklagte bringt weitere Argumente vor, welche in ihrer Gesamtheit den Kläger ebenfalls als unredlich bzw. wenig glaubwürdig darstellen sollen. So wirft die Beklagte die Frage auf, wie sich der Kläger eine Ferienreise nach Russland leisten konnte, wenn er gleichzeitig mit ausstehenden Forderungen in der Grössenordnung von rund Fr. 145'000.00 konfrontiert gewesen sei (act. 11, S. 3ff.). Desweiteren macht sie Unregelmässigkeiten bei der (Nicht-)Installation der neuen Überwachungsanlage geltend (act. 11, S. 11). Überdies stellt sie fest, dass der Kläger unklare Personenangaben darüber gemacht habe, wer ihm beim Geschäftsumzug geholfen habe (act. 11, S. 7) und wer seine Buchhaltung führe (act. 11, S. 18). Was das letztgenannte Vorbringen betrifft, so hat der Kläger erklärt, selber für die laufende Buchhaltung besorgt zu sein, die Jahresabschlüsse hingegen einer Buchhalterin zu überlassen (act. 13, S. 23). Diese Erklärung erscheint plausibel. Auch aufgrund teilweise unterschiedlicher Angaben zu den Helfern bei der Zügelaktion kann an der Glaubwürdigkeit des Klägers nicht ernsthaft gezweifelt werden. Es steht fest, dass der grösste Teil der Zügelaktion vom Kläger und seiner Frau bestritten wurde, namentlich was das Einräumen des Ladens betraf, und Freunde lediglich beim Warentransport geholfen haben (vgl. kläg.act. 13). Es kann dem Kläger in guten Treuen nicht zum Vorwurf gemacht werden, die beiden Transporthelfer anlässlich der Befragung durch die Beklagte rund sechs Monate nach dem Umzug nicht erwähnt zu haben. Was die Überwachungskamera betrifft, so steht fest, dass dem Kläger deren Installation für die erste Ferienwoche versprochen wurde, weshalb dem Hauswart der Schlüssel in nachvollziehbarer Weise nur für diese Woche überlassen wurde. Nur weil der Installateur dieses Versprechen nicht einhalten konnte, stand er dann in der zweiten Ferienwoche vor verschlossener Tür, respektive teilte ihm E. mit, ihm den Zugang zum Geschäft B. nicht mehr verschaffen zu können (vgl. bekl.act. 11; act. 41, S. 3). Dass die Ferienreise nach Russland ein Hochzeitsgeschenk der Schwiegereltern der Ehefrau war (act. 13, S. 5ff.) erscheint ebenfalls als glaubhaft, so dass sich der Kläger auch betreffend dieser Reise keinen weiteren Verdächtigungen ausgesetzt zu sehen braucht.

5. Als Ergebnis der Beweiswürdigung ist Folgendes festzuhalten: Für den vom Kläger behaupteten Einbruch spricht in objektiver Hinsicht zunächst zwar der polizeilich dokumentierte Zustand des Sportgeschäfts, welcher mit den gemeinhin zu erwartenden Spuren eines Diebstahls übereinstimmt, insbesondere der vom Zeugen E. bereits am 1. August 2007 wahrgenommenen beschädigten Holztrennwand im Untergeschoss. Da jedoch unmittelbare Beweise für den behaupteten Einbruchdiebstahl fehlen, beispielsweise Zeugen, welche die unbekannte Täterschaft beobachtet

hätten, ist der Glaubwürdigkeit der Aussagen des Klägers ein besonderes Gewicht beizumessen. Hierbei fällt auf, dass sich der Kläger verschiedentlich in Widersprüche und Ungereimtheiten verstrickt hat. Vor allen Dingen wecken seine Aussagen darüber, in welchem Zustand er das Geschäft bei der Rückkehr aus den Ferien angetroffen hat, erhebliche Zweifel. Dinge, die ihm hätten ins Auge stechen müssen, sind ihm nicht sofort aufgefallen, den chaotischen Zustand will er mit einem sehr guten Verkauf während seiner Abwesenheit assoziiert haben. Auch bei mit dem angeblichen Diebstahl nur indirekt zusammenhängenden Sachdarstellungen verstrickte sich der Kläger in Widersprüche, insbesondere widersprechen seine Aussagen zum Teil jenen des Zeugen C.. Er stellt zudem, dass er gegenüber der ermittelnden Polizei bewusst falsch aussagte. In Anbetracht dieser Umstände gelingt es dem Kläger nicht, mit überwiegender Wahrscheinlichkeit darzulegen, dass der gegenüber der Beklagten angezeigte Diebstahl tatsächlich in der von ihm geschilderten Weise stattgefunden hat. Es kann mit anderen Worten vernünftigerweise nicht ausgeschlossen werden, dass die festgestellten Einbruchsspuren in Tat und Wahrheit nicht von einem unfreiwilligen Ereignis herrühren, womit dem Kläger der Beweis des Eintritts eines Versicherungsfalles misslungen ist. Die Klage ist demzufolge abzuweisen.

III.

Entsprechend dem Verfahrensausgang hat der Kläger die Prozesskosten zu tragen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 4'500.00 festgesetzt (Art. 13 Ziff. 122 GKT), für Zeugenentschädigungen ist ein Betrag von Fr. 30.00 angefallen. Die vom Kläger entrichtete Einschreibgebühr von Fr. 700.00 wird ihm angerechnet. Der Beklagte hat den Kläger überdies für seine Parteikosten zu entschädigen. Bei einem Streitwert von Fr. 70'935.35 ist ein mittleres Honorar von Fr. 9'842.30 geschuldet (Art. 14 Abs. 1 lit. d HonO). Unter pauschaler Hinzurechnung der Barauslagen von Fr. 393.70 (Art. 28bis Abs. 1 HonO) sowie von Fr. 777.95 MWST (Art. 29 HonO) ergibt sich damit ein Betrag von Fr. 11'013.95.

Dem Kläger wurde die unentgeltliche Prozessführung gewährt. Diese umfasst die Befreiung von Vorschüssen und Sicherheitsleistung, die Befreiung von den Gerichtskosten sowie die Bestellung eines Vertreters, welchen der Staat entschädigt (Art. 282 Abs. 1 ZPO). Die dem Kläger auferlegten Gerichtskosten trägt damit in dem Umfang, in dem sie die geleistete Einschreibgebühr übersteigen, vorerst der Staat. Der Rechtsvertreter des Klägers hat anlässlich der Hauptverhandlung eine

Honorarnote über Fr. 8'858.15 eingereicht (act. 28). Diese Honorarrechnung ist nicht zu beanstanden. Die anlässlich der Einigungsverhandlung eingereichte Kostennote (act. 32) ist hingegen in der Art zu kürzen, als der entsprechende Aufwand nicht mit den verrechneten 20 Prozent, sondern nur mit 10 Prozent des (reduzierten) Grundhonorars von Fr. 7'873.85 entschädigt wird. Damit resultiert unter Hinzurechnung der Barauslagen (Fr. 31.50), der Fahrspesen (Fr. 43.70) sowie der MWST (Fr. 65.55) ein Betrag von Fr. 928.15. Der Staat hat den Rechtsvertreter des Klägers folglich mit insgesamt Fr. 9'786.30 zu entschädigen.

Entscheid

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten, bestehend aus der Entscheidgebühr von Fr. 4'500.00 sowie der Zeugenentschädigung von Fr. 30.00, hat der Kläger zu bezahlen, dies unter Verrechnung der Einschreibgebühr von Fr. 700.00.

Zufolge Bewilligung der unentgeltlichen Prozessführung trägt die die geleistete Einschreibgebühr übersteigenden Kosten vorerst der Staat.

3. Der Kläger entschädigt die Beklagte mit Fr. 11'013.95.
4. Der Staat entschädigt Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple mit Fr. 9'786.30.

Der Vorsitzende

Der a.o. Gerichtsschreiber

Dr. U.P. Cavelti

MLaw T. Candrian

Zustellung an

- Rechtsanwalt lic.iur. Emil Nisple; im Doppel (GU)
- Rechtsanwältin lic.iur. Liliane Kobler; im Doppel (E)

am: 8. Oktober 2010

Berufung

Gegen diesen Entscheid kann innert **30 Tagen** nach der Zustellung schriftlich **Berufung** beim Kantonsgericht St. Gallen, Klosterhof 1, 9001 St. Gallen, eingereicht werden. Die Berufungserklärung hat zu enthalten:

- die Bezeichnung des angefochtenen Entscheides und die Änderungsbegehren;
- die tatsächliche und rechtliche Begründung der Berufungsbegehren;
- neue Tatsachenbehauptungen und Anträge auf Durchführung oder Wiederholung von Beweiserhebungen.

Wer sich als Beklagter im Verfahren vor erster Instanz nicht geäußert hat, wird mit Tatsachenbehauptungen und Beweisanträgen, deren Vorbringen ihm zumutbar gewesen wäre, nicht zugelassen.

Die Berufungsschrift ist im Doppel einzureichen. Der angefochtene Entscheid und die Urkunden, auf die sich der Berufungskläger beruft und über die er verfügt, sind beizulegen. Die Einschreibgebühr für das Berufungsverfahren beträgt Fr. 2'250.00.

Hinweis zum Fristenlauf

Die Rechtsmittelfrist beginnt an dem auf die Aushändigung dieses Entscheids folgenden Tag zu laufen.

Hinterlässt der Postbeamte eine Abholungseinladung im Briefkasten, so ist der Adressat berechtigt, die Sendung innert sieben Tagen auf der Post entgegenzunehmen. Unterlässt er dies oder eröffnet der Postbeamte eine längere oder gar zweite Frist, so gilt die Sendung trotzdem mit Ablauf des siebten Tags als zugestellt. Am folgenden Tag beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen.

Die Erteilung eines Postrückbehalteauftrags vermag den Lauf der Frist nicht zu beeinflussen; auch in diesem Fall gilt die Sendung am siebten Tag als zugestellt.