

Obergericht des Kantons Zürich

I. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB120107-O/U.doc

Mitwirkend: die Oberrichter Dr. R. Klopfer, Vorsitzender, und Dr. M. Kriech,
Ersatzoberrichter Dr. S. Mazan und Gerichtsschreiberin lic. iur.
E. Iseli

Beschluss und Urteil vom 7. Juni 2013

in Sachen

A. _____,

Kläger und Berufungskläger

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

gegen

B. _____ **AG,**

Beklagte und Berufungsbeklagte

vertreten durch Fürsprecher Y. _____

betreffend **Forderung**

**Berufung gegen ein Urteil des Bezirksgerichtes Horgen, I. Abteilung, vom
21. Juni 2012 (CG100049)**

Rechtsbegehren:

(Urk. 2 S. 2)

"Die Beklagte sei (im Sinne einer Teilklage) zu verpflichten, dem Kläger CHF 65'000.00 zzgl. Zins von 5 % seit 31. März 2010 zu bezahlen;

alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. gesetzliche MWST) zulasten der Beklagten."

Urteil des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. Juni 2012:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 5'000.– zzgl. Zins von 5% seit dem 31. März 2010 zu bezahlen. Im Mehrbetrag wird die Klage abgewiesen.
2. Die Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'700.– festgesetzt.
3. Die Gerichtskosten werden zu 9/10 dem Kläger sowie zu 1/10 der Beklagten auferlegt.
4. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 10'000.– zuzüglich 8 % MWSt zu bezahlen.

(5./6. Mitteilungen, Rechtsmittel)

Berufungsanträge:

des Klägers und Berufungsklägers (Urk. 35 S. 2):

- "1. Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichtes Horgen vom 21. Juni 2012 (CG100049) sei insoweit aufzuheben als die Klage im CHF 5'000.00 übersteigenden Betrage abgewiesen wurde; und es sei die Beklagte zu verpflichten, dem Kläger insgesamt CHF 65'000.00 (Teilklage) zzgl. Zins von 5 % seit 31. März 2010 zu bezahlen;
2. Dispositivziffern 3 und 4 des vorerwähnten Urteils seien aufzuheben, und es seien die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens der Beklagten aufzuerle-

gen, und diese sei zu verpflichten, dem Kläger eine angemessene Prozessentschädigung zu bezahlen;

Eventualiter sei die Sache zur Durchführung eines Beweisverfahrens und zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich gesetzliche Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten."

der Beklagten und Berufungsbeklagten (Urk. 41 S. 2):

"Die Berufung und die Klage seien abzuweisen;
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich MWST) für beide Instanzen zulasten des Klägers/Berufungsklägers."

Erwägungen:

I.

Der Kläger war Besitzer der vier Gemälde "... " von C. _____. Die Bilder wurden angeblich am 17. September 2005 bei einem Einbruchdiebstahl im Haus des Klägers gestohlen. Dieser hatte die Bilder bei der Beklagten u.a. gegen Einbruchdiebstahl und einfachen Diebstahl versichert, wobei er den Wert der Bilder im Versicherungsvertrag vom 1. November 2003 mit je Fr. 50'000.– bezifferte. Im Mai 2005 hatte der Kläger die Bilder durch einen Sachverständigen der ... Versicherungen schätzen lassen; der Experte Dr. D. _____ schätzte die Bilder auf je Fr. 15'000.–. Da der Kläger in der Schadenanzeige den Wert der Bilder mit Fr. 200'000.– angab und erst vier Jahre nach dem Schadenereignis der Beklagten die Schätzung bekanntgab, sah die Vorinstanz im Verhalten des Klägers eine betrügerische Handlung im Sinne von Art. 40 VVG und wies die Klage im Umfang von Fr. 60'000.– ab. In seiner Berufungsschrift wirft der Kläger der Vorinstanz u.a. vor, sie sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Schätzung den effektiven Wert der Bilder wiedergebe, und habe sich nicht einlässlich mit seinen plausiblen Erklärungen zur Bekanntgabe der Schätzung auseinandergesetzt.

II.

Die Klage wurde am 14. September 2010 bei der Vorinstanz anhängig gemacht (Urk. 1). Für den weiteren Prozessverlauf am Bezirksgericht Horgen kann auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen werden (Urk. 36 S. 2 f.). Der Kläger hat gegen dieses fristgerecht am 1. November 2012 Berufung erhoben. Die ihm auferlegte Prozesskaution ist rechtzeitig geleistet worden (Urk. 39). Die Berufungsantwort datiert vom 7. Januar 2013 (Urk. 41). Am 25. Januar 2013 hat der Kläger unaufgefordert eine Stellungnahme zur Berufungsantwort eingereicht, welche der Beklagten zugestellt wurde (Urk. 43). Ein weiterer Schriftenwechsel fand nicht statt.

III.

1. Auf den 1. Januar 2011 ist die neue Schweizerische Zivilprozessordnung in Kraft getreten. Gemäss Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten der Zivilprozessordnung rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für die Rechtsmittel gilt das Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist (Art. 405 Abs. 1 ZPO). Demnach ist vorliegend für das Berufungsverfahren die Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) anwendbar. Demgegenüber hatte die Vorinstanz die bisherigen Bestimmungen der ZPO/ZH und des GVG/ZH anzuwenden (Urk. 36 S. 13). Soweit sich im Rahmen der Überprüfung des vorinstanzlichen Entscheids Fragen der Anwendung von Verfahrensregeln stellen, ist zu prüfen, ob die Vorinstanz die im Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Normen richtig angewendet hat; eine Rückwirkung des neuen Rechts findet nicht statt.

2. Mit Berufung kann unrichtige Rechtsanwendung und unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie - im Gegensatz zur Klageschrift - nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten. Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht

nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinanderzusetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler in: ZPO-Komm. Sutter-Somm et al., 2. A., Art. 311 N. 36 f.). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen.

3. Im Berufungsverfahren können neue Tatsachen nur noch berücksichtigt werden, wenn diese ohne Verzug vorgebracht wurden und wenn sie trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 ZPO).

4. Die Einlegung der Berufung hemmt den Eintritt der Rechtskraft nur im Umfang der Anträge (Art. 315 Abs. 1 ZPO). Die nicht angefochtenen Teile des Urteils werden demnach von Bundesrechts wegen formell rechtskräftig und vollstreckbar.

Vorliegend wurde deshalb das Urteil der Vorinstanz vom 21. Juni 2012 bezüglich der Verpflichtung der Beklagten, dem Kläger Fr. 5'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 31. März 2010 zu bezahlen, mit Eingang der Berufungsantwort der Beklagten am 8. Januar 2013 rechtskräftig (vgl. zum Zeitpunkt Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 315 N 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. A., Zürich 1997, § 260 N 2). Dies ist vorzumerken. Die Beklagte hat zwar in der Berufungsantwort den Antrag gestellt, die Berufung und die Klage seien abzuweisen. Sie wollte aber offensichtlich keine Anschlussberufung erheben; weder erwähnt sie diese noch enthält die Berufungsantwort irgendwelche Ausführungen bezüglich der Fr. 5'000.– welche die Vorinstanz dem Kläger aus der allgemeinen Hausratversicherung für am 17. September 2005 gestohlenen Hausrat zugesprochen hat. Offensichtlich meint die Beklagte, die Klage sei im Mehrbetrag abzuweisen.

IV.

1. Gemäss den Ausführungen der Vorinstanz ist zwischen den Parteien unbestritten, dass der Kläger bei der Beklagten für die erwähnten Bilder eine "Haushaltversicherung ..." abgeschlossen und dabei den Wert der Bilder mit je Fr. 50'000.– beziffert hat. Bestandteil des Versicherungsvertrages waren die Allgemeinen Bedingungen zur Haushaltversicherung ..., Ausgabe 09.2003. Am 4. Mai 2005 erfolgte die besagte Schätzung der Bilder. Am 19. September 2005 machte der Kläger bei der Beklagten eine Schadenanzeige, wonach ihm infolge eines Einbruchs am 16./17. September 2005 diese vier versicherten Bilder sowie andere Hausratgegenstände gestohlen worden seien. Daraufhin forderte die Beklagte den Kläger mehrmals schriftlich wie auch mündlich auf, ihr allfällige Belege und Unterlagen zu den Schadenpositionen zuzustellen. Ferner teilte die Beklagte dem Kläger mit Brief vom 15. November 2005 mit, dass sie eine Akontoleistung von Fr. 5'000.– ausrichte und versuchen werde, die Wiederbeschaffungspreise für die entwendeten Gegenstände zu ermitteln. In der Folge reichte der Kläger mit Schreiben vom 25. März 2007 eine Offerte des Malers C. _____ für die vier Bilder sowie eine Honorarrechnung (über Fr. 4'052.40 für die Ausarbeitung von Skizzen und Besprechung im Detail; Urk. 12/4) ein. Die Offerte bezifferte den Kaufpreis für die vier Bilder mit Fr. 160'000.–. Mit Schreiben vom 3. September 2009 erwähnte der Kläger gegenüber der Beklagten erstmals die Schätzung der vier Bilder vom 4. Mai 2005 und stellte ihr diese zu. Hernach brachte die Beklagte mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 zum Ausdruck, dass sie die Schadenforderung ablehne. Sie verweigerte weitere Leistungen, weil sie sich wegen des Verschweigens der Schätzung von der Leistungspflicht entbunden sah (Urk. 36 S. 3 ff.). Weiter ging die Vorinstanz davon aus, dass sich der Diebstahl der Bilder mit überwiegender Wahrscheinlichkeit ereignet habe (Urk. 36 S. 10 und 14).

Im Berufungsverfahren werden diese Ausführungen von keiner Partei angefochten (Urk. 35 S. 4; Urk. 41 S. 2), weshalb von diesem Sachverhalt auszugehen ist.

2. a) Die Vorinstanz hat geprüft, ob der Kläger aus dem Versicherungsvertrag verpflichtet gewesen wäre, die Schätzung von Dr. D. _____ der Beklagten vorzulegen bzw. ob das Verschweigen dieser Schätzung während rund vier Jahren eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches nach Art. 40 VVG darstellt. Nach dieser Bestimmung sei der Versicherer gegenüber dem Anspruchsberechtigten nicht an den Vertrag gebunden, wenn der Anspruchsberechtigte Tatsachen, welche die Leistungspflicht des Versicherers mindern würden, zum Zwecke der Täuschung unrichtig mitgeteilt oder verschwiegen habe. Die Wertbestimmung der Bilder sei mit dem Kläger keine Tatsache mit absoluter Verbindlichkeit, sondern ein Werturteil. Dagegen übersehe der Kläger aber, dass das blosse Vorhandensein der Schätzung eine Tatsache darstelle, die sich nachweisen lasse. Mit dem Schweigen über den Bestand der Schätzung habe der Kläger eine Tatsache verschwiegen. Die Schätzung stelle ein Dokument dar, das zur Bezifferung des Wertes der vier versicherten Bilder geeignet sei. Sie sei viereinhalb Monate vor dem Schadenereignis erstellt worden und habe einen Wert für die Bilder ergeben, der deutlich tiefer gelegen habe als die Versicherungssumme. Das Vorenthalten der Schätzung sei damit durchaus geeignet gewesen, die Beklagte im Glauben zu lassen, der Wert der Bilder betrage tatsächlich Fr. 200'000.– statt der in der Schätzung ausgewiesenen Fr. 60'000.–, oder umgekehrt gesagt: Hätte der Kläger die Schätzung der Bilder vom 4. Mai 2005 schon bei der Schadenanzeige eingereicht, wäre von Anfang an klar gewesen, dass der Wert niemals Fr. 200'000.– betrage. Folglich sei das Verhalten des Klägers durchaus geeignet gewesen, bei der Beklagten eine Täuschung über den Wert der Bilder zu bewirken. Der Umstand, dass der Kläger die Schätzung während vier Jahren nicht offengelegt habe, erwecke den Eindruck, dass er die Beklagte in einem Irrtum über den Wert der Gemälde habe belassen und dadurch eine höhere Schadenleistung erwirken wollen. Es scheine, dass er die Versicherungssumme von Fr. 200'000.– statt der ausgewiesenen Fr. 60'000.– habe ein-kassieren wollen. Das Erstellen der Schätzung und das Schadenereignis lägen zeitlich derart nahe beieinander, dass der Kläger im Zeitpunkt der Schadenmeldung habe wissen müssen, dass der effektive Wert der Bilder deutlich unter der geltend gemachten Schadenssumme gelegen habe. Das Verschweigen der Schät-

zung manifestiere die Täuschungsabsicht. Der Kläger habe damit eine leistungsmindernde Tatsache zum Zwecke der Täuschung verheimlicht (Urk. 36 S. 18 ff.).

b) aa) Im Berufungsverfahren wehrt sich der Kläger zunächst dagegen, dass die Vorinstanz ohne Beweiserhebungen, lediglich gestützt auf die Schätzung von Dr. D._____, von einem effektiven Wert der Bilder von Fr. 60'000.– ausgegangen sei und diesen Umstand in der rechtlichen Würdigung als erhebliche Tatsache darstelle, welche die Leistungspflicht des Versicherers ausschliesse oder mindere. Die Behauptung, das Vorenthalten der Schätzung sei durchaus geeignet gewesen, die Beklagte im Glauben zu lassen, der Wert der Bilder betrage tatsächlich Fr. 200'000.– statt der in der Schätzung ausgewiesenen Fr. 60'000.–, sei daher unhaltbar (Urk. 35 S. 5). Das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Schätzung habe auf den Wert einer Sache und damit mittelbar auch auf die von einem Versicherer zu erbringenden Leistungen keinen Einfluss. Vielmehr handle es sich lediglich um ein Werturteil über eine Sache. Eine (solche) Schätzung könne zudem grundsätzlich jederzeit überprüft bzw. wiederholt werden. Damit sei auch nicht ersichtlich, wie die Kenntnis einer solchen Schätzung geeignet sein soll, den Wert der gestohlenen Gemälde, noch dazu im Sinne einer leistungsmindernden oder ausschliessenden Tatsache, zu beeinflussen. Das Resultat einer Verkehrswertschätzung könne nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden. Folglich könne es sich beim Schätzwert von Dr. D._____ auch nicht um eine relevante Tatsache im Sinne von Art. 40 VVG handeln. Vorliegend komme hinzu, dass der Wert der Bilder seitens der Beklagten von Anfang an bestritten gewesen sei und die abgeschlossene Versicherungssumme stets unter dem Vorbehalt eines entsprechenden Nachweises gestanden habe (Urk. 35 S. 9 f.).

bb) Gestützt auf Art. 40 VVG muss der Anspruchsteller den Versicherer über alle Tatsachen aufklären, welche für dessen Leistungspflicht wesentlich sind. Wenn er unrichtige Mitteilungen macht oder wichtige Tatsachen verschweigt, läuft der Versicherer Gefahr, Entschädigungen zu erbringen, die er nicht schuldet. Damit Art. 40 VVG zu Anwendung kommt, genügt ein Verhalten, das zum Zwecke der Täuschung an den Tag gelegt wird, also objektiv eine Irreführung des Versicherers verursachen kann. Das Gesetz verlangt jedoch keinen Täuschungserfolg;

es missbilligt bereits den erfolglosen betrügerischen Versuch. Darunter fällt auch der Versuch, für einen unsicheren Schaden Deckung zu erhalten, indem der Anspruchsteller eine massgebliche Leistungsgrundlage verschweigt und in quantitativer Hinsicht seine *Verhandlungsposition* und seine Aussichten auf ungerechtfertigte Versicherungsleistungen entscheidend verbessert (BSK VVG-Nef, Art. 40 N 12 und 17).

Vorliegend ist unbestritten, dass sich nach der Schadenanzeige vom 19. September 2005 die Schadenregulierung über Jahre dahinzog. In den Diskussionen zwischen den Parteien ging es darum, den Nachweis für den vom Kläger geltend gemachten Wert von Fr. 200'000.– zu erbringen. Die Parteien konnten sich nicht über den zu entschädigenden Wert der Gemälde einigen. Es gelang dem Kläger nicht, die Beklagte vom versicherten Wert von Fr. 200'000.– zu überzeugen. Im Rahmen eines Vergleichsvorschlags zur einvernehmlichen Erledigung der Versicherungsangelegenheit stellte er die Schätzung von Dr. D._____ der Beklagten zu, um wenigstens den von diesem ermittelten Wert ersetzt zu erhalten (Urk. 11 S. 8 ff.; von der Beklagten in Urk. 17 S. 17 f. nicht bestritten). Hätte der Kläger die Schätzung von Dr. D._____ der Beklagten früher zugänglich gemacht, hätte er seine Verhandlungsposition im Streit um die Entschädigung von Fr. 200'000.– zweifellos entscheidend geschwächt. Der Kläger hatte der Beklagten zuvor am 25. März 2007 eine Offerte des Künstlers für die vier Bilder über Fr. 160'000.– und am 23. Juni 2009 Fotos derselben zugestellt (Urk. 17 S. 4 und 11; Urk. 12/3 und 12/4). Er anerkennt, dass es ihm schwer gefallen sei, den Wert der gestohlenen Bilder von Fr. 200'000.– ganz konkret nachzuweisen (Urk. 26 S. 5). Ein Kaufvertrag, eine Rechnung oder eine Quittung für den Bilderkauf konnte er nicht vorlegen (Urk. 17 S. 4; Urk. 26 S. 6). Der Kaufpreis von Fr. 160'000.– ist nach Darstellung des Klägers mit Sachleistungen in dessen Hotel- und Restaurantsbetrieb verrechnet worden (Urk. 26 S. 7). Bei dieser Sach- und Beweislage wäre die Beklagte kaum bereit gewesen, dem Kläger für die Bilder mehr als den Schätzpreis von Dr. D._____ zu bezahlen. Indem der Kläger der Beklagten die Schätzung nicht offenbarte, konnte er auf eine höhere Entschädigung hoffen. Nicht entscheidend ist bei dieser Sachlage, ob die Bilder tatsächlich einen höheren Wert als Fr. 60'000.– aufwiesen und dem Kläger demnach in Tat und Wahr-

heit ein höherer Entschädigungsanspruch zusteht. Art. 40 VVG verpönt jede unrichtige Mitteilung zum Zwecke der Täuschung des Versicherers über Tatsachen, die für die Anspruchsbegründung von Belang sind (BGE 78 II 278 E. 4 S. 282). Darunter fallen auch Angaben, die gemacht werden, um Deckung für einen bloss möglichen bzw. für einen unsicheren Schaden zu erhalten. Entscheidend sind dabei stets Täuschungsabsicht und Täuschungseignung, nicht aber der Täuschungserfolg. Dass die Täuschung effektiv zu einem ungerechtfertigten Leistungsangebot des Versicherers geführt hat, ist nicht verlangt (Urteil des Bundesgerichts vom 15. Dezember 1997, SG Nr. 1259.1).

c) Der Kläger macht geltend, er sei nie aufgefordert worden, jegliche Unterlagen zu den Bildern, insbesondere abweichende Schätzungen, einzureichen. Es sei lediglich darum gegangen, den Nachweis für den Gesamtwert von Fr. 200'000.– zu erbringen. Er habe der Schätzung von Dr. D._____ keine Bedeutung beigemessen, da mit der zu tiefen und summarischen Schätzung der erforderliche Nachweis nicht habe erbracht werden können (Urk. 35 S. 6 f.).

Die Beklagte hatte dem Kläger am 27. September 2005 geschrieben, er möge ihr wie vereinbart seine Schadenliste inkl. allfällige Belege sowie "ev. Photos von den entwendeten Bildern" zur Prüfung zustellen (Urk. 18/1). Am 15. November 2005 teilte die Beklagte dem Kläger mit, sie werde versuchen, die Wiederbeschaffungspreise der entwendeten Gegenstände zu ermitteln (Urk. 18/2). Im Schreiben vom 9. März 2006 nimmt die Beklagte Bezug auf eine Besprechung, an der die Parteien vereinbart hätten, dass ihr der Kläger noch diverse Belege zustelle, damit sie den Schadenfall abschliessen könne (Urk. 18/3). Im Schreiben vom 11. Oktober 2006 hält die Beklagte fest, dass bisher noch keine weiteren Unterlagen eingetroffen seien, und bittet den Kläger, ihr die ausstehenden Unterlagen noch zuzustellen (Urk. 18/4).

Gemäss Art. 39 Abs. 1 VVG muss der Anspruchsberechtigte auf Begehren des Versicherers jede Auskunft über solche ihm bekannte Tatsachen erteilen, die zur Ermittlung der Umstände, unter denen das befürchtete Ereignis eingetreten ist, oder zur Feststellung der Folgen des Ereignisses dienlich sind. Zu den Folgen gehören auch Angaben zur Höhe des Schadens (BGE 46 II 82). In Ziff. 14.2 der

Allgemeinen Bedingungen zur Haushaltversicherung ... steht unter der Überschrift "Welche Informationen müssen Sie erteilen?", die Beklagte sei u.a. auf Informationen zur Höhe des Schadens sowie auf Aushändigung von Polizeirapporten und anderen Belegen oder weiteren wesentlichen Dokumenten angewiesen (Urk. 12/2). Der Kläger war daher gehalten, vorhandene Unterlagen zur Wertbestimmung der Bilder der Beklagten zu unterbreiten, und kann sich nicht darauf berufen, es sei einzig darum gegangen, den von ihm geltend gemachten Wert von Fr. 200'000.– nachzuweisen, zumal sich die Parteien über den Wert gerade nicht einig waren. Dass die Beklagte nicht explizit nach vorhandenen Schätzungen fragte, entband den Kläger nicht von seiner Pflicht, die vorhandene Schätzung der Beklagten offenzulegen. Nicht nachvollziehbar ist die Behauptung des Klägers, er habe der Schätzung keine Bedeutung beigemessen. Ist sie seiner Ansicht nach unter fachlichen Aspekten ungenügend, dann vermöchte sie auch nicht den Nachweis eines Werts der Gemälde von Fr. 60'000.– zu erbringen. Dass sie für die Wertbestimmung bedeutsam ist, auch wenn der Kläger den Bildern einen höheren Wert beimass, wurde bereits ausgeführt.

d) aa) Die Vorinstanz hat dem Kläger vorgeworfen, er habe die Schätzung während vier Jahren unterdrückt. Er habe behauptet, die Schätzung sei vorübergehend in Vergessenheit geraten und er habe sich erst nach vier Jahren wieder an sie erinnert, obwohl zwischen der Schätzung und dem Schadenereignis nur viereinhalb Monate lägen. Zudem habe sein Rechtsvertreter der Beklagten am 3. September 2009 mitgeteilt, dass der Kläger nach ergiebiger Suche bei sich zu Hause die Schätzung habe auffinden können. Schon bezüglich dieser Begründung stelle sich die Frage, warum der Kläger erst vier Jahre nach dem Schadenereignis mit der Suche nach der Schätzung begonnen habe. Darüber hinaus habe sich der Kläger in Ungereimtheiten verwickelt. Nachdem die Beklagte Erkundigungen beim Schätzer Dr. D. _____ eingeholt habe, habe sich der Kläger nämlich korrigiert und bestätigt, dass sein Bekannter, E. _____, eine Kopie der Schätzung bei Dr. D. _____ angefordert habe. Die Vorinstanz schliesst aus dem Verhalten des Klägers auf seine Täuschungsabsicht. Er habe während vier Jahren die Bilder mit einem erheblich höheren Wert beziffert, als er in der Schätzung ausgewiesen sei. Um diese Bezifferung zu stützen, habe er der Beklagten die Offerte und eine

Honorarrechnung beigebracht. Das Erstellen der Schätzung und das Schadenergebnis lägen zeitlich derart nahe beieinander, dass der Kläger im Zeitpunkt der Schadenmeldung habe wissen müssen, dass der effektive Wert der Bilder deutlich unter der geltend gemachten Schadenssumme liege. Das Verschweigen der Schätzung manifestiere die Täuschungsabsicht. Der Kläger habe damit eine leistungsmindernde Tatsache zum Zweck der Täuschung verheimlicht (Urk. 36 S. 20 ff.).

bb) Der Kläger ist der Auffassung, der Umstand, dass er selber die Schätzung der Beklagten ausgehändigt habe, widerspreche einer Täuschungsabsicht ganz und gar (Urk. 11 S. 10; Urk. 35 S. 7). Dem ist entgegenzuhalten, dass er selber eingeräumt hat, die Schätzung der Beklagten zugestellt zu haben, um wenigstens den von Dr. D._____ ermittelten Wert ersetzt zu erhalten (Urk. 11 S. 9). Daraus kann aber nur geschlossen werden, dass der Kläger die Schätzung der Beklagten erst dann zukommen liess, als er seine Chancen auf Erhalt der geforderten Fr. 200'000.– aufgrund der übrigen Unterlagen (Offerte, Fotos der Bilder) schwinden sah. Sein Vorgehen war durchaus eigennützig. Dass er nicht mit einem Täuschungsvorwurf seitens der Beklagten rechnete, versteht sich von selbst. Und dass der Kläger die Schätzung zunächst bewusst zurückhielt, ergibt sich auch aus seinen Ausführungen in der Klagebegründung, wonach er keine Veranlassung gesehen habe, die Schätzung einzureichen, da es um den Nachweis des Gesamtwerts von Fr. 200'000.– gegangen sei (Urk. 11 S. 10). Da es sich bei der Schätzung um ein Werturteil handle, habe er keinerlei Veranlassung, geschweige denn eine Obliegenheit gehabt, die Schätzung der Polizei oder der Versicherung mitzuteilen (Urk. 11 S. 11).

Der Kläger weist erneut darauf hin, dass der im Schreiben vom 3. September 2009 gewählte Wortlaut "Nach ergiebiger Suche ... bei sich zu Hause auffinden" auf einem Versehen seines Rechtsvertreters beruhe. Den genauen Umständen des Auffindens bzw. Wiederbeschaffens sei bei der Klienteninstruktion keine Beachtung geschenkt worden. Diese seien letztlich auch irrelevant. Ob diese Schätzung nach entsprechender aktiver Suche zu Hause wieder gefunden oder ob bei Dr. D._____ nochmals um eine Kopie der Schätzung ersucht worden sei,

spiele keine Rolle. Dieser Umstand sei in besagtem Schreiben verkürzt und insoweit missverständlich wiedergegeben worden. Daraus auf ein unlauteres Vorgehen des Klägers schliessen zu wollen, sei unbegründet (Urk. 35 S. 7). Ob der Kläger die Schätzung nach entsprechender Suche bei sich zu Hause auffand oder sie nochmals anforderte, kann in der Tat dahingestellt bleiben. So oder anders erweckte das Schreiben des klägerischen Rechtsvertreters vom 3. September 2009 den Eindruck, der Kläger sei wieder in den Besitz der verschollenen Schätzung gelangt und habe sie deshalb der Beklagten nicht früher übergeben können. Dies ist nach dem zuvor Ausgeführten nachweislich falsch. Hinzu kommt, dass die Vorinstanz zu Recht auf die geringe Zeitspanne von viereinhalb Monaten zwischen Schätzung und Schadenereignis hingewiesen hat, weshalb es "eigenartig", man kann auch sagen lebensfremd ist, wenn der Kläger behauptet, er habe die Schätzung zunächst vergessen und sich erst später wieder an sie erinnert.

Die Täuschungsabsicht des Klägers ist daher mit der Vorinstanz zu bejahen.

3. Die Beklagte hat mit Schreiben vom 26. Oktober 2009 an den Kläger von ihrem Rücktrittsrecht nach Art. 40 VVG Gebrauch gemacht (Urk. 18/6). Der Kläger beharrt im Berufungsverfahren darauf, dass die in Art. 6 VVG geregelte Rücktrittsfrist von vier Wochen auf das Rücktrittsrecht gemäss Art. 40 VVG analog anzuwenden sei (Urk. 35 S. 10 f.).

Die Vorinstanz ist der Auffassung, dass Art. 6 VVG vom Wortlaut und von der Systematik her nur auf Verletzungen der Anzeigepflicht beim Abschluss der Versicherung anwendbar sei. Zudem sei die Beklagte schon bei blosser betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs im Sinne von Art. 40 VVG nicht mehr an den Vertrag gebunden. Eine Kündigung sei dafür nicht erforderlich (Urk. 35 S. 23).

Art. 40 VVG enthält keine zeitliche Beschränkung des Kündigungsrechts. Vorbehalten bleibt ein Rechtsmissbrauch (Röllli/Keller, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, 2. A., Bern 1968, S. 586; BSK VVG-Nef, Art. 40 N 52; Theurillat: Versicherungsbetrug – Handlungsspielraum des Versicherers, SZW 2006 S. 275; Sarbach, Vertragsrechtliche

Folgen der betrügerischen Begründung des Versicherungsanspruchs gemäss Art. 40 VVG – Gedanken zu Natur und Wirkung der Vertragsauflösung aus aktuellem Anlass, recht 2006 S. 184; Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich 2011, Rz 11.96). Zwar schlägt der letztgenannte Autor vor, dass der Versicherer innert vier Wochen, nachdem er zuverlässige Kunde von Tatsachen erhalten habe, aus denen sich der sichere Schluss auf eine absichtliche Täuschung ziehen lasse, kündigen müsse. Dies mag zwar im Interesse der Rechtssicherheit sein, entbehrt aber einer rechtlichen Grundlage. Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass nicht einmal ansatzweise ein rechtsmissbräuchliches Zuwarten der Beklagten mit der Rücktrittserklärung ersichtlich ist, zumal es nachvollziehbar ist, wenn die Beklagte – vier Jahre nach dem Schadenereignis mit einer bislang nicht bekannten Schätzung konfrontiert – zunächst "umfangreiche Abklärungen" traf, bis sie dem Kläger ihren "Regulierungsentscheid" mitteilte (Urk. 18/6 S. 1, 1. Abs.).

4. Aus den dargelegten Gründen ist die Berufung des Klägers abzuweisen und der erstinstanzliche Entscheid zu bestätigen, soweit er nicht in Rechtskraft erwachsen ist.

V.

Ausgangsgemäss ist auch die erstinstanzliche Kosten- und Entschädigungsregelung zu bestätigen. Der Kläger wird für das zweitinstanzliche Verfahren kosten- und entschädigungspflichtig. Die Parteientschädigung ist auf Fr. 4'000.– zuzüglich 8 % Mehrwertsteuer festzusetzen.

Es wird beschlossen:

1. Es wird vorgemerkt, dass Dispositivziffer 1 des Urteils des Bezirksgerichts Horgen vom 21. Juni 2012 am 8. Januar 2013 insoweit in Rechtskraft er-

wachsen ist, als die Beklagte verpflichtet wurde, dem Kläger Fr. 5'000.– zuzüglich 5 % Zins seit 31. März 2010 zu bezahlen.

2. Schriftliche Mitteilung mit nachfolgendem Erkenntnis.
3. 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 Teilentscheid im Sinne von Art. 91 BGG.

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 5'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Es wird erkannt:

1. Die Klage wird im Fr. 5'000.– (zuzüglich 5 % Zins seit 31. März 2010) übersteigenden Betrag abgewiesen.
2. Die Gerichtskosten für das erstinstanzliche Verfahren werden auf Fr. 6'700.– festgesetzt.
3. Die erstinstanzlichen Gerichtskosten werden zu 9/10 dem Kläger und zu 1/10 der Beklagten auferlegt.
4. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 6'350.– festgesetzt.
5. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden dem Kläger auferlegt und mit seinem Kostenvorschuss verrechnet.

6. Der Kläger wird verpflichtet, der Beklagten für beide Verfahren eine Parteientschädigung von Fr. 15'120.– zu bezahlen.
7. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Horgen, je gegen Empfangsschein.

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

8. 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. 60'000.–.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

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

Zürich, 7. Juni 2013

Obergericht des Kantons Zürich
I. Zivilkammer

Der Präsident:

Die Gerichtsschreiberin:

Dr. R. Klopfer

lic. iur. E. Iseli

versandt am:
mc