



Kass.-Nr. AA040138/U/cap

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Hans Michael Riemer, Alfred Keller, Karl Spühler und Reinhard Oertli sowie der Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Sitzungsbeschluss vom 28. Februar 2005

in Sachen

Anton R.,

...,

Kläger, Appellant und Beschwerdeführer

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

(Versicherung),

...

Beklagte, Appellatin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend **Forderung**

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil der II. Zivilkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 25. Juni 2004 (LB030075/U)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Der Kläger kaufte im Juni 1999 von H. das Occasions-Fahrzeug Mercedes Benz 300 SL-24 Cabriolet (1. Inverkehrsetzung März 1992, Kilometerstand 45'000) für Fr. 50'000.-- (Rechnung, BG act. 4/3). Nach seiner Darstellung stellte der Kläger am Abend des 26. Februar 2000 das Fahrzeug auf einem Güterumschlagplatz an der B-strasse 10 in Zürich ab und begab sich in Begleitung einer Bekannten (R) ins benachbarte Restaurant „Entenhaus“ zum Abendessen. Als der Kläger und seine Begleitung wieder zum Fahrzeug zurückgekehrt seien, sei dieses nicht mehr dort gewesen. Der Kläger erstattete am gleichen Abend Diebstahlsanzeige bei der Kreiswache Zürich 2). Am 1. März 2000 um ca. 22.45 Uhr wurde das Fahrzeug in der Gemeinde B. brennend aufgefunden. Am 22. März 2000 reichte der Kläger bei der Beklagten, bei welcher das Fahrzeug kaskoversichert war, eine Schadenersatzanzeige ein. Er meldete den Mercedes als gestohlen und legte eine Liste der im Auto befindlichen Gegenstände dazu (BG act. 12/4 und 12/5).

Der Brandermittlungsdienst der Kantonspolizei Zürich stellte fest, dass beide Fahrzeigtüren weder im Schloss- noch im Verriegelungsbereich Beschädigungen aufwiesen und sich das Zündschloss unbeschädigt am ursprünglichen Ort befand. Alle drei Schlüssellöcher waren optisch gesehen intakt und es bestanden keinerlei Hinweise, wonach die Zündung elektrisch überbrückt worden war, um den Motor zu starten. Aufgrund der vorgefundenen Spuren musste das Feuer seinen Anfang im Fahrgastraum genommen haben. Das Gesamtpurbild sowie der Brandort (abgelegenes Waldstück), die Ereigniszeit und der Brandherd deuten gemäss Bericht des Brandermittlungsdienst auf eine Brandstiftung hin (Vgl. BG act. 4/5 S. 1). Die Bezirksanwaltschaft Y eröffnete in der Folge ein Strafverfahren gegen den Kläger wegen Brandstiftung, Betrugsversuch und Irreführung der Rechtspflege. Dieses wurde mit Verfügung vom 19. März 2001 eingestellt, wobei die Kosten auf die Staatskasse genommen und dem Kläger eine Umtriebsentschädigung und ei-

ne Genugtuung (für die Verhaftung am Arbeitsplatz - der Kläger ist Kriminalpolizeibeamter - und drei Tage erlittene Untersuchungshaft) ausgerichtet wurde (BG act. 4/5).

Mit Schreiben vom 26. Juli 2001 lehnte die Beklagte ihre Leistungspflicht aus Versicherungsvertrag ab, erklärte sich unter Berufung auf Art. 40 VVG rückwirkend per 26. Februar 2000 nicht mehr an den Versicherungsvertrag gebunden und stellte dem Kläger Rechnung für die von ihr im Zusammenhang mit dem Brand des Fahrzeugs erbrachten Leistungen (für Feuerwehreinsatz und Bergungs- und Abschleppkosten) in Höhe von Fr. 5'431.50 (BG act. 4/6).

b) Am 26. März 2002 erhob der Kläger unter Beilage der entsprechenden Weisung des Friedensrichteramtes X beim Bezirksgericht Zürich Klage mit dem Begehren, die Beklagte sei zu verpflichten, ihm Fr. 50'000.-- nebst Zins zu bezahlen (BG act. 1 und 2). Es handelte sich hierbei um eine Teilklage entsprechend dem Kaufpreis des Mercedes. Der Kläger behielt sich ein Nachklagerecht vor (BG act. 2 S. 3 Ziff. 1). Mit ihrer Klageantwort erhob die Beklagte Widerklage über Fr. 5'678.65 zuzüglich Zins (BG act. 11).

Das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung) wies mit Urteil vom 28. Juli 2003 sowohl die Klage wie die Widerklage vollumfänglich ab, auferlegte dem Kläger 10/11 und der Beklagten 1/11 der Gerichtskosten und verpflichtete den Kläger zur Bezahlung einer reduzierten Prozessentschädigung an die Beklagte (BG act. 43 = OG act. 48). Gegen dieses Urteil erhob der Kläger Berufung an das Obergericht (OG act. 49).

Mit Urteil vom 25. Juni 2004 wies auch das Obergericht (II. Zivilkammer) die Klage ab. Die bezirksgerichtliche Abweisung der Widerklage blieb unangefochten, weshalb das Obergericht mit Beschluss desselben Tages davon Vormerk nahm, dass diesbezüglich das bezirksgerichtliche Urteil in Rechtskraft erwachsen sei (OG act. 71 = KG act. 2).

2. Der Kläger führt gegen das genannte obergerichtliche Urteil kantonale Nichtigkeitsbeschwerde mit dem Antrag, es sei das Urteil aufzuheben und die Klage im

Umfang von Fr. 50'000.-- nebst Zins gutzuheissen, eventualiter sei die Sache zur Neuurteilung an das Obergericht zurückzuweisen (KG act. 1).

Die Beklagte beantragt, es sei die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen (KG act. 16). Das Obergericht verzichtet auf Vernehmlassung zur Beschwerde (KG act. 9). Der Kläger leistete die ihm auferlegte Prozesskaution innert erstreckter Frist (KG act. 13).

II.

1. Der Beschwerdeführer rügt, der angefochtene Entscheid beruhe auf willkürlicher Beweiswürdigung im Sinne von § 281 Ziff. 2 ZPO.

Aus der Natur des Beschwerdeverfahrens, das keine Fortsetzung des Verfahrens vor dem Sachrichter darstellt, folgt, dass sich der Nichtigkeitskläger konkret mit dem angefochtenen Entscheid auseinandersetzen und den behaupteten Nichtigkeitsgrund in der Beschwerdeschrift selbst nachweisen muss (§ 288 Ziff. 3 ZPO). In der Beschwerdebegründung sind insbesondere die angefochtenen Stellen des vorinstanzlichen Entscheides zu bezeichnen und diejenigen Aktenstellen, aus denen sich ein Nichtigkeitsgrund ergeben soll, im Einzelnen anzugeben. Es ist nicht Sache der Kassationsinstanz, in den vorinstanzlichen Akten nach den Grundlagen des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes zu suchen. Wer die vorinstanzliche Beweiswürdigung als willkürlich rügt, muss in der Beschwerde genau darlegen, welche tatsächlichen Annahmen des angefochtenen Entscheides auf Grund welcher Aktenstellen willkürlich sein sollen. Wird Aktenwidrigkeit einer tatsächlichen Annahme behauptet, so sind ebenfalls die Bestandteile der Akten, die nicht oder nicht in ihrer wahren Gestalt in die Beweiswürdigung einbezogen worden sein sollen, genau anzugeben. Wer vorbringt, angerufene Beweismittel seien nicht abgenommen worden, hat zu sagen, wo und zu welchen Behauptungen er sich auf diese berufen hat (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 4 zu § 288; Spüh-

ler/Vock, Rechtsmittel in Zivilsachen im Kanton Zürich und im Bund, Zürich 1999, S. 72 f.; von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2.A., Zürich 1986, S. 16 ff.).

Willkür in der Beweiswürdigung (§ 281 Ziff. 2 ZPO) liegt nur vor, wenn der vom Sachrichter gezogene Schluss für einen unbefangenen Denkenden als unhaltbar erscheint. Eine Beweiswürdigung ist nicht schon deshalb willkürlich, weil die Kassationsinstanz an der Stelle des Sachrichters allenfalls anders entschieden hätte (vgl. von Rechenberg, a.a.O., S. 28). Zur Begründung der Rüge gehört, dass in der Beschwerde gesagt wird, welcher tatsächliche Schluss aufgrund welcher Aktenstelle als willkürlich erscheint (ZR 81 Nr. 88 Erw. 6; Frank/Sträuli/Messmer, a.a.O., N 4 zu § 288).

2. a) Das Obergericht setzt sich in der Erwägung III/2b d es angefochtenen Beschlusses eingehend mit den Angaben und Aussagen des Beschwerdeführers zum Verbleib der Autoschlüssel auseinander (KG act. 2 S. 8 - 11) und kommt in der abschliessenden Würdigung zum Schluss, aus den dargelegten Umständen des Verschwindens und der Zerstörung des Mercedes, *insbesondere auch aufgrund des dargelegten Aussageverhaltens des Beschwerdeführers*, ergäben sich gravierende Zweifel, ob der Mercedes dem Beschwerdeführer gegen dessen Willen abhanden gekommen sei und gegen seinen Willen zerstört worden sei (S. 13).

b) Der Beschwerdeführer hält hierzu fest, grundsätzlich treffe zwar zu, dass widersprüchliche Aussagen in Bezug auf die Schlüsselverhältnisse geeignet seien, erhebliche Zweifel an der Sachdarstellung des Anspruchsberechtigten zu wecken. Zu denken sei dabei etwa an widersprüchliche Angaben zur Anzahl der ihm bei der Fahrzeugübernahme abgegebenen Schlüssel und überhaupt über die Anzahl Schlüssel, welche bis zum Eintritt des Schadenfalls in seinem Besitze gewesen seien. Gleichwertig seien widersprüchliche Aussagen dazu, ob er vorübergehend anderen Personen Schlüssel zur Verfügung gestellt habe. Im hier zu beurteilenden Fall habe der Beschwerdeführer dazu nicht widersprüchlich ausgesagt. Von Anfang an - und so habe er auch die Schadenanzeige an die Beschwerdegegner-

rin ausgefüllt - habe er geäussert, er habe bei der Fahrzeugübergabe fünf Schlüssel erhalten, und diese seien stets in seinem Gewahrsam gewesen. Dabei hätten sich drei Schlüssel zu Hause und 1 Schlüssel auf Mann befunden und der fünfte Schlüssel entweder ebenfalls zuhause oder im Büro. Der einzige Widerspruch in den Aussagen des Beschwerdeführers habe darin bestanden, dass er sich unterschiedlich über den Aufbewahrungsort des fünften Schlüssel zur Tatzeit geäussert habe: In der Schadenanzeige an die Beschwerdegegnerin habe er angegeben, der fragliche Schlüssel sei im Büro gewesen (BG act. 12/4 Ziff. 10). In der polizeilichen Befragung vom 11. April 2000 habe er demgegenüber ausgeführt, der fünfte Schlüssel habe sich zu Hause befunden (BG act. 12/1 S. 16). Auf den Widerspruch zur Schadenanzeige aufmerksam gemacht, habe er geantwortet: „Dann ist es halt so gewesen, wie ich es im Schadenformular aufgeführt habe“ (S. 16). Diese Aussage habe er in derselben Befragung aus eigenem Antrieb korrigiert, er habe den fünften Schlüssel am Tag nach dem Diebstahl in sein Büro geholt (S. 18). Dabei sei er in der Folge geblieben.

Ob sich der fünfte Schlüssel zur Zeit des Diebstahls zu Hause oder im Büro befunden habe, sei ein unwesentliches Detail. Wesentlich sei, dass der Beschwerdeführer stets ausgesagt habe, er habe ab Fahrzeugübernahme immer fünf Schlüssel in seinem Gewahrsam gehabt, teilweise zu Hause, auf Mann oder im Büro. Allein der Umstand, dass er sich unterschiedlich geäussert habe, ob sich der fünfte Schlüssel zur Zeit des Diebstahls im Büro oder zu Hause befunden habe, sei nicht derart gravierend widersprüchlich, dass dies „die Glaubwürdigkeit des Klägers und damit die Glaubhaftigkeit seiner Angaben zum Vorfall Ende Februar / anfangs März 2000 Grundsätzlich und ganz massiv erschüttern“ könnte (angefochtenes Urteil, KG act. 2, S. 11). Ein derart ungebührliches Aufbauschen eines unwesentlichen Details sei willkürliche Beweiswürdigung (KG act. 1 S. 2 f. Ziff. 2a).

c) Der Beschwerdeführer bestreitet nicht, dass sich weder am Türschloss noch am Lenkrad des Fahrzeugs Spuren gefunden haben, welche auf ein gewaltsames Öffnen und Inbetriebsetzen hindeuten würden. Unter diesen Umständen kommt der Frage, wo sich die Autoschlüssel befunden haben, wesentliche Bedeutung zu.

Das Obergericht zitiert im übrigen nicht nur die vom Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung wiedergegebenen Aussagen, sondern weist darauf hin, dass der Beschwerdeführer zunächst unerwähnt gelassen habe, dass er seine Wohnung (nach dem Diebstahl) aufgesucht und die Schlüssel selbst kontrolliert habe. Vielmehr habe er ausgesagt, er habe mit seiner Cousine am Telefon gesprochen und diese habe ihm bestätigt, dass vier Schlüssel in der Schatulle seien. Diese Angaben habe der Beschwerdeführer in der Folge laufend und in wesentlichen Punkten korrigieren müssen. Die Widersprüche in seinen Aussagen seien offensichtlich und liessen sich mit blossen Erinnerungslücken oder auch durch den situationsbedingten Stress nicht erklären (KG act. 2 S. 11).

Mit diesen zusätzlichen Argumenten des Obergerichts setzt sich der Beschwerdeführer nicht auseinander und zeigt insbesondere nicht auf, dass diese nicht zutreffen. Das Obergericht verfällt nicht in Willkür, wenn es auf Grund von mehreren Widersprüchen in den Aussagen des Beschwerdeführers an dessen Glaubwürdigkeit und an der Glaubhaftigkeit seiner Angaben zweifelt. Die Rüge ist unbegründet.

3. a) Unter Ziffer 2 lit. b der Beschwerdeschrift befasst sich der Beschwerdeführer mit dem Umstand, dass weder am Türschloss noch am Lenkrad des Fahrzeugs Spuren gefunden werden konnten, welche auf ein gewaltsames Öffnen bzw. Inbetriebsetzen hindeuten würden. Er nennt Möglichkeiten, welche eine Wegfahrt oder einen Abtransport des Fahrzeugs ohne solche Spuren erklären könnten: Nachschlüssel, Abtransport mit einem Tieflader. Er hält dafür, solche müssten als Restversion bestehen bleiben, solange die Beschwerdegegnerin nicht den Gegenbeweis erbringe. Allein mit der Tatsache, dass weder am Türschloss noch am Lenkrad Spuren eines gewaltsamen Öffnens oder einer gewaltsamen Inbetriebnahme gefunden worden seien, sei kein solcher Gegenbeweis erbracht. Es sei willkürlich, die fehlenden Spuren ohne jegliche weiteren konkreten Indizien zu Ungunsten des Beschwerdeführers als Anlass für erhebliche Zweifel an dessen Darstellung zu qualifizieren (KG act. 1 S. 3).

b) Der Beschwerdeführer nennt keine konkrete Erwägung des Obergerichts, auf welche er Bezug nimmt.

Auf Seite 7 des angefochtenen Urteils hält das Obergericht fest, gemäss Bericht eines kriminaltechnischen Prüfungslabors fänden sich an den fünf Schlüsseln keine Abformmasse, keine Abtastspuren oder Spannungspuren. Immerhin sei gemäss dem Bericht eine spurenfreie Abtastung mit einer rechnergesteuerten Maschine möglich. Somit sei das Kopieren eines Schlüssel möglich gewesen, allenfalls sogar spurenfrei. Doch dazu hätte es besonderer Fachkenntnisse und wohl eines grossen technischen Aufwandes bedurft. Konkrete Hinweise, dass jemand eine solche Kopie angefertigt hätte, lägen nicht vor. Das Obergericht hält weiter fest, denkbar sei, dass jemand am Abend des 26. Februar 2000 den damals auf dem Pult des Beschwerdeführers bei der Polizei liegenden Schlüssel behändigt, den Mercedes des Beschwerdeführers geöffnet und den Schlüssel wieder auf das Pult gelegt hätte. Auch für diese Variante bestünden keine konkreten Hinweise. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, so das Obergericht weiter, es hätte jemand diesen auf dem Pult liegenden Schlüssel vorübergehend behändigt oder von einem Schlüssel Kopien angefertigt, so spreche wenig dafür, dass dieser dann das teure Fahrzeug nach einer wohl aufwändigen Beschaffung des Schlüssel oder einer Kopie wenige Tage später in Brand setzen würde (KG act. 2 S. 7 f.).

Das Obergericht setzt sich also mit Möglichkeiten auseinander, welche die Wegnahme des Fahrzeugs, ohne dass Spuren von Gewaltanwendung hinterlassen worden wären, erklären könnten, weist aber darauf hin, dass für diese keine Anhaltspunkte bestünden und dass diese als unwahrscheinlich erschienen. Das Fehlen von Spuren von Gewaltanwendung verbunden mit fehlenden Anhaltspunkten für eine vorübergehende Wegnahme eines Autoschlüssel bzw. für die spurenfreie Erstellung einer Kopie des Schlüssel, können als Indizien verstanden werden, welche zweifeln lassen, dass der Mercedes dem Beschwerdeführer gegen dessen Willen abhanden gekommen sei. Im übrigen stehen diese Anhaltspunkte nicht allein, sondern stützt das Obergericht seine abschliessende Würdigung auch auf das Aussageverhalten des Beschwerdeführers. Das Obergericht hält zudem in seiner abschliessenden Würdigung fest, selbst wenn man davon

ausgehen wollte, es sei leicht möglich gewesen, den Mercedes zu öffnen und wegzufahren, würde sich am Ergebnis nichts ändern. Der Beschwerdeführer vermöge eine *überwiegende* Wahrscheinlichkeit des Versicherungsfalles nicht darzutun (KG act. 2 S. 13).

Einen Nichtigkeitsgrund weist der Beschwerdeführer im Zusammenhang mit diesen Erwägungen jedenfalls nicht nach.

4. a) Der Beschwerdeführer bringt weiter vor, er habe ab 30. Juni 2000 einen Auslandsaufenthalt für sechs Monaten geplant. Während dieser Zeit hätte er sein Fahrzeug nicht gebraucht. Das Obergericht gehe nun davon aus, dass das Fahrzeug während rund sechs Monaten ständig an Wert verloren hätte und der Beschwerdeführer nicht ohne weiteres hätte damit rechnen können, das Fahrzeug vor der geplanten Auslandabwesenheit zum Kaufpreis von Fr. 50'000.-- wiederverkaufen zu können, woraus folge, dass der Beschwerdeführer aus einem Versicherungsfall finanziell profitiert hätte. Vorab, so der Beschwerdeführer, sei in Erinnerung zu rufen, dass rechtskräftig feststehe, dass er weder straf- noch zivilrechtlich Versicherungsbetrug versucht habe. Im übrigen habe er seit langem ein solches Fahrzeug gesucht und sich sehr gefreut, als er endlich eines gefunden habe. Es handle sich somit nicht um eine Wertanlage, sondern um ein Liebhaberobjekt, weswegen den Beschwerdeführer ein solcher Wertverlust nicht gekümmert hätte. Zudem sei unbestritten, dass der Beschwerdeführer in keinen finanziellen Schwierigkeiten gesteckt habe. Es sei ihm nicht um den Wert des Fahrzeugs, sondern um dessen Besitz gegangen, von welchem er auch nach der Rückkehr von seinem Auslandsaufenthalt noch lange hätte profitieren können. Auch wenn man - wie es das Obergericht willkürlich tue - vom rein finanziellen Aspekt ausginge, wäre es die Differenz zwischen dem Wertverlust von sechs Monaten zu den vier neuen Winterpneus und allfälligen eigenen Verkaufsbemühungen nicht wert, das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung wegen Betrugsversuchs und der daraus zwangsläufig resultierenden beruflichen Folgen für ihn als Polizeibeamten einzugehen. Die in diesem Zusammenhang erfolgte Beweiswürdigung durch das Obergericht sei ebenfalls willkürlich (KG act. 1 S. 3 f. Ziff. 2c).

b) Die Vorbringen des Beschwerdeführers beziehen sich offensichtlich auf Erwägung III/2c des angefochtenen Urteils (KG act. 2 S. 11 f.). Das Obergericht hält darin ausdrücklich fest, der Beschwerdeführer habe sich über den Kauf gefreut, sei in keinen finanziellen Schwierigkeiten gewesen, hätte einen Monat vor dem Vorfall noch neue Winterpneus gekauft und wäre, sollte er eines Betrugsversuchs und weiterer Delikte überführt werden, das Risiko einer strafrechtlichen Verurteilung und wohl auch schwerwiegender Folgen in beruflicher Hinsicht eingegangen. Es hat also die Argumente, die der Beschwerdeführer im Kassationsverfahren vorbringt, nicht übersehen. Es hält jedoch fest - und dies ist die zentrale Feststellung der gerügten Erwägung - es könne nicht gesagt werden, der Beschwerdeführer hätte - wollte er das Fahrzeug nicht behalten - aus dem Versicherungsfall nicht finanziell profitiert. Dass diese Feststellung falsch bzw. willkürlich sei, zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass das Argument des finanziellen Profits aus einem Versicherungsfall nicht allein steht, sondern nur eines von mehreren Indizien bildet, welche zur abschliessenden Würdigung des Obergerichts und damit zur Klageabweisung führten.

4. Zusammenfassend erweist sich die Beweiswürdigung der Vorinstanz als jedenfalls nicht willkürlich und ist die Nichtigkeitsbeschwerde als unbegründet abzuweisen, soweit auf sie eingetreten werden kann.

III.

Der Beschwerdeführer wird ausgangsgemäss für das Kassationsverfahren kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO, § 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit auf sie eingetreten werden kann.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf:
Fr. 3000.-- ; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 305.-- Schreibgebühren,
Fr. 190.-- Zustellgebühren und Porti.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden dem Beschwerdeführer auf-
erlegt
4. Der Beschwerdeführer wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das
Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 3'000.— (inklusive
Mehrwertsteuer) zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, die II. Zivilkammer des Obergerichts
des Kantons Zürich und das Bezirksgericht Zürich (8. Abteilung), je gegen
Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: