

Obergericht des Kantons Zürich

II. Zivilkammer



Geschäfts-Nr.: LB110057-O/U

Mitwirkend: Oberrichterin lic. iur. A. Katzenstein, Vorsitzende, Oberrichter lic. iur. P. Diggelmann und Ersatzrichterin Prof. Dr. I. Jent-Sørensen sowie Gerichtsschreiberin lic. iur. K. Wili.

Urteil vom 20. August 2012

in Sachen

A._____ AG,

Beklagte und Berufungsklägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,

Kläger und Berufungsbeklagter

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Berufung gegen ein Urteil der 4. Abteilung des Bezirksgerichtes Zürich vom 9. August 2011; Proz. CG100151

Rechtsbegehren:

„Die Beklagte sei unter ausdrücklichem Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, dem Kläger CHF 50'000.-- zuzüglich 5 % Zins seit dem 4. August 2009 zu bezahlen, alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten“.

(Prot. VI S. 2)

Urteil des Bezirksgerichtes Zürich, 4. Abteilung vom 8. August 2011:

1. Die Beklagte wird unter Vorbehalt der Nachklage verpflichtet, dem Kläger Fr. 50'000.-- nebst Zins zu 5 % seit 4. August 2009 zu bezahlen.
2. Die Entscheidgebühr (Pauschalgebühr) wird auf Fr. 5'500.-- festgesetzt. Allfällige weitere Auslagen bleiben vorbehalten.
3. Die Gerichtskosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger eine Parteientschädigung von Fr. 9'450.-- zuzüglich 7 % MwSt. auf Fr. 7'000.-- und 8 % MwSt. auf Fr. 2'450.-- sowie Weisungskosten von Fr. 760.-- zu bezahlen.
- 5./6. Mitteilung/Rechtsmittel

(act. 42 = act. 50 S. 20)

Berufungsanträge:

der Beklagten und Berufungsklägerin (act. 47 S. 2):

1. Es seien in Gutheissung der Berufung Dispositiv Ziff. 1, 3 und 4 des Urteils des Bezirksgerichts Zürich, 4. Abteilung, vom 9. August 2011 aufzuheben und
 - a) die Klage vollumfänglich abzuweisen
 - b) die Kosten des erstinstanzlichen Verfahrens dem Kläger aufzuerlegen und
 - c) der Kläger zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung für das erstinstanzliche Verfahren vom Fr. 9'450.-- zu bezahlen;
2. eventualiter sei ein Beweisverfahren im Sinne der nachfolgenden Ausführungen durchzuführen;
3. unter ausgangsgemässer Kosten- und Entschädigungsfolge im Berufungsverfahren zu Lasten des Klägers.

des Klägers und Berufungsbeklagten (act. 56 S. 2):

„Die Berufung sei abzuweisen und das vorinstanzliche Urteil sei vollumfänglich zu bestätigen,
unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zulasten der Beklagten“.

Erwägungen:

I.

1. Der Kläger hatte seinen C._____ ... [Automarke] bei der Beklagten Kasko versichert. Am Samstag, 24. Januar 2009 reiste er mit seinem Auto nach D._____ [Stadt in Staat E._____] zur Übernachtung im Grandhotel Dort übergab er den C._____ [Automarke] einer Person, die sich wie ein Hotelangestellter verhielt, um es in der hoteleigenen Tiefgarage parkieren zu lassen. Seither ist das Auto verschwunden. Im vorliegenden Verfahren gilt es zu klären, ob die Beklagte den Verlust decken muss.

2. Mit Urteil vom 9. August 2011 hiess die Vorinstanz die Teilklage des Klägers gut. Dagegen reichte die Beklagte fristgerecht Berufung ein und stellte die eingangs genannten Anträge (act. 56). Der mit Verfügung vom 27. September 2011 auferlegte Kostenvorschuss von Fr. 5'550.-- wurde rechtzeitig geleistet (act. 51, 53). Der Kläger erstattete die Berufungsantwort (act. 56 mit Beilagen in act. 57). Nachdem die Berufungsantwort der Beklagten am 15. November 2011 zur Kenntnis zugestellt worden war, ersuchte diese um eine Fristansetzung für eine zusätzliche Stellungnahme (act. 60). Dem wurde mit Verfügung vom 18. November 2011 entsprochen (act. 61). Nach einer Fristerstreckung reichte die Beklagte die Berufungsreplik (act. 65), der Kläger in der Folge die Berufungsduplik ein (act. 70). Letztere wurde der Beklagten zur Kenntnis gebracht (act. 71). Mit Beschluss vom 17. April 2012 (act. 75) wurde den Parteien Gelegenheit gegeben, für den Fall, dass ein Betrug vorliegen sollte, sich zu den massgeblichen Aspekten der Auslegung der allgemeinen Vertragsbedingungen im Hinblick auf die Versicherungsdeckung eines allfälligen Betrugs zu äussern, insbesondere auch dazu, ob die Unklarheitenregel anwendbar sei. Dazu reichten beide Parteien

ob die Unklarheitenregel anwendbar sei. Dazu reichten beide Parteien innert erstreckter Frist je eine Stellungnahme ein (act. 82, act. 83), welche gegenseitig zugestellt wurden (act. 85/1 und 85/2). Die Sache ist nunmehr spruchreif.

II.

1. Die Vorinstanz hat ihren Entscheid im wesentlichen damit begründet, dass der Kläger einwende, sein Auto sei ihm unter „nicht geklärten Umständen“ gestohlen worden (act. 50 S. 4). Es habe nicht geklärt werden können, ob der Kläger den Autoschlüssel einem tatsächlichen oder einem vermeintlichen Hotelangestellten zum Parkieren des Autos in der Hotelgarage übergeben habe, so dass einzig feststehe, dass das Auto am 24. oder am 25. Januar 2009 unter ungeklärten Umständen durch eine unbekannte Täterschaft abhanden gekommen sei. Sie setzt sich einlässlich mit BGer 5C.306/2005 vom 22. Februar 2006 auseinander, der einen ähnlichen Fall betraf (act. 50 S. 6). Entscheidend sei die Qualifikation als Diebstahl (Art. 139 StGB) oder als Veruntreuung (Art. 138 StGB), weil die Veruntreuung von der Versicherungsdeckung der Vollkasko-Versicherung ausgeschlossen sei (act. 50 S. 6). Die Vorinstanz hat in der Folge drei mögliche Tathergangsvarianten geprüft: Die erste, am wenigsten wahrscheinliche Variante – der Täter ist ein unbekannter Dritter, der das zuvor dort parkierte Auto aus der Hotelgarage weggenommen hat – wird als Diebstahl qualifiziert, weil der Gewahrsam des Hotels bzw. des Klägers gebrochen wurde (act. 50 S. 7 f.). Bei der zweiten Variante – Täter ist Hotelangestellter und hat sich das Auto widerrechtlich angeeignet – spielt nach der Vorinstanz eine Rolle, dass der Kläger den übergeordneten Gewahrsam behielt und es sich daher ebenfalls um Diebstahl handelt (act. 50 S. 8 ff.). Für den Fall, dass es sich beim Täter um einen bloss angeblichen Hotelangestellten handelt – so die dritte (wahrscheinlichste) Variante – hat die Vorinstanz den Tatbestand des Betruges geprüft, der in den AVB der Beklagten nicht genannt ist. Weil der Kläger den Herrschaftswillen über sein Fahrzeug behalten habe, fehle es am Tatbestandsmerkmal der Vermögensdisposition, so dass der Gewahrsam bestehen geblieben sei, was wiederum zur Qualifikation als Diebstahl führt (act. 50 S. 17 f.). Damit hat die Vorinstanz sämtliche in Betracht

gezogenen Varianten als Diebstahl qualifiziert und damit die Versicherungsdeckung bejaht (act. 50 S. 18).

2. In der Berufungsbegründung (act. 47) macht die Beklagte geltend, dass der Kläger die Variante, dass die Person, der er den Schlüssel übergeben habe, eine fremde Person war, die mit dem Auto das Weite gesucht habe, nicht in Abrede gestellt habe, ja auch er betrachte diese – nachdem die Beklagte eine Wahrscheinlichkeitskaskade aufgestellt habe – unbestrittenermassen als am wahrscheinlichsten (act. 47 S. 4). Zutreffend sei, dass die Beklagte haftbar wäre, wenn bezüglich aller drei Varianten die Haftpflicht bejaht werden müsste. Für Veruntreuung und Betrug gebe es allerdings keine Versicherungsdeckung (act. 47 S. 5). Unhaltbar sei, dass die Vorinstanz in allen drei Varianten Diebstahl bejaht habe; dieser sei nur bei der unwahrscheinlichsten Variante 1 gegeben; Variante 2 sei Veruntreuung und Variante 3 sei Betrug. Präzisiert werden müsse, dass es nicht allein auf die Straftatbestände Diebstahl und Veruntreuung ankomme, sondern dass es – wenn nicht gar entscheidend – auf die zivilrechtlichen Verhältnisse ankomme, die vorfrageweise abzuklären seien, entscheide sich doch vorab an diesen, ob eine Sache anvertraut sei (act. 47 S. 5). Daher sei auch nicht bedeutungslos, nach welchen zivilrechtlichen Bestimmungen das Grandhotel ... allenfalls hafte, weil der reguläre Hinterlegungsvertrag den klassischen Anwendungsfall des Anvertrautseins darstelle (act. 47 S. 6). Vorliegend sei – anders als in Pra 84 Nr. 275 – von einem separat abgeschlossenen Hinterlegungsvertrag auszugehen, bei welchem das Fahrzeug nicht nur in den Einflussbereich des Hoteliers bzw. seiner Angestellten gelange, sondern zwecks sicherer Aufbewahrung an diesen übertragen werde. Die Rückgabepflicht sei eine essentielle, ja charakteristische Leistung der Hinterlegung und setze voraus, dass eine Sache anvertraut worden sei (act. 47 S. 6), was auch für das ... Recht [Recht in Staat E. _____] gelte, worauf es – weil Schweizer Recht anzuwenden sei – allerdings nicht ankomme. Die Rückgabepflicht setze gemäss Pra 84 Nr. 275 die ausschliessliche Sachherrschaft voraus. Dem Kläger sei es vor allem, wenn nicht sogar ausschliesslich, um die sichere Verwahrung gegangen, wofür er die Garage vorbestellt habe (act. 47 S. 7 f.). Es handle sich um eine stark gesicherte Garage (Video, Gittertore); mit der Übernahme des Autoschlüssel gegen ein Entgelt von Euro 21 pro Nacht habe

das Hotel die Aufbewahrung übernommen und damit verbunden sei die Pflicht zur Rückgabe an den Kläger (act. 47 S. 8). Dass der übergeordnete Gewahrsam durch die Schlüsselübergabe nicht aufgegeben worden sei, weil der Kläger – anders als in BGer 5C.306/2005 – wusste, wo das Auto war und allein zu ihm hätte gelangen können, sei bestritten (act. 47 S. 9). Das Wissen und der Zugang seien unwesentlich, nicht hingegen, dass der Kläger das Auto nicht ohne weiteres habe behändigen können. Wesentlich sei, dass anders als in BGer 5C.306/2005 ein Hinterlegungsvertrag zustande gekommen sei, der zur Aufbewahrung und zur Rückgabe verpflichtet habe. Der unmittelbaren Kontrolle über eine Sache könne man sich auch dadurch begeben, dass die Sache einem Treugeber mit der Verpflichtung übergeben werde, sie sicher aufzubewahren (act. 47 S. 10). Die Übergabe des Schlüssels zum Umparkieren sei nicht zu vergleichen mit der Übergabe zur sicheren Verwahrung in der Hotelgarage. Nicht massgeblich sei das Wissen um den Ort der Aufbewahrung und die Tatsache, allenfalls allein dorthin gelangen zu können (act. 47 S. 12), massgeblich jedoch, dass das Fahrzeug nicht ohne Hilfe aus der Garage gefahren werden könne (act. 47 S. 13). Mit den Sicherungsmassnahmen – eine Ausfahrt sei, ausser mit einem Trick, nicht möglich – übernehme das Hotel die Verantwortung für die sichere Aufbewahrung (act. 47 S. 15). Werde das Fahrzeug einem Hotelangestellten zur sicheren Aufbewahrung – und nicht nur kurzfristig – übergeben, so gehe die Sachherrschaft über. Hinterlegung begründe ohne weiteres eine Treuepflicht im Sinne von Art. 138 StGB. Sei für eine sichere Aufbewahrung ein Hinterlegungsvertrag abgeschlossen worden, so liege Veruntreuung vor.

Sei die entgegennehmende Person mit grosser Wahrscheinlichkeit kein Hotelangestellter, so habe sich für die Vorinstanz die Frage des Betruges gestellt: diesbezüglich gehe das angefochtene Urteil davon aus, dass keine Vermögensdisposition erfolgt sei, sondern dass der Kläger weiterhin den übergeordneten Gewahrsam behalten habe. Der Kläger habe aber nicht gewusst, wo das Fahrzeug war, weil es ja nicht in der Garage abgestellt worden sei, womit der Gewahrsam verloren gegangen sei. Es handle sich damit um eine Vermögensdisposition, auch wenn diese für den Kläger im Zeitpunkt der Vornahme noch nicht erkennbar gewesen sein sollte (act. 47 S. 16). Unter dem Einfluss eines Irrtums vorgenom-

mene Rechtshandlungen unterstünden den Regeln des Betruges, der bei der dritten Sachverhaltsvariante klarerweise vorliege (act. 47 S. 17). Beim Abschluss eines Hinterlegungsvertrages und mit der Übergabe des Fahrzeuges zur sicheren Aufbewahrung sei die unmittelbare Sachherrschaft über das Fahrzeug aufgegeben und über den Gewahrsam verfügt worden, was gleichermassen eine Vermögensdisposition nach dem Betrugstatbestand darstelle (act. 49 S. 17 f.). Nur die Variante 1 sei damit ein Diebstahl, während es sich bei den Varianten 2 und 3 um Veruntreuung bzw. Betrug handle, welche beide nicht unter die Versicherungsdeckung fallen.

3. Der Kläger führt in der Berufungsantwort aus, die Beklagte habe für die Sachverhaltsschilderung pauschal auf Ziff. 3.1 S. 3 ff. des vorinstanzlichen Urteils verwiesen, womit sie ihrer Begründungspflicht nach Massgabe der ZPO nicht genüge und der prozessrelevante Sachverhalt sei nur teilweise, soweit sie sich in der Berufung dann doch noch damit auseinandersetze, erstellt (act. 56 S. 8). Die Beklagte bestreite hier erstmals unsubstanziert die Kenntnis des Klägers von der Tiefgarage und deren Zugang, was nicht zu hören sei (act. 56 S. 9 ff.). Der Kläger habe substantiiert in Klage und Replik behauptet, einen zweiten Autoschlüssel, den einen Teil des „teilbaren“ C. _____-Schlüssels, behalten zu haben (act. 56 S. 9 f.). In der Berufung sei dies ungerügt geblieben (act. 56 S. 10). Der Kläger habe nur den elektronischen Teil des zweiteiligen Schlüssels übergeben und den mechanischen Schlüssel behalten (act. 56 S. 10). Die Beklagte habe zugestanden, dass die Tiefgarage für Hotelgäste erreichbar sei und auch selbständig verlassen werden könne (act. 56 S. 11).

Der Kläger fasst alsdann die prozessrelevante Vorgeschichte aus seiner Sicht zusammen (act. 56 S. 12 ff.) und führt zur rechtlichen Subsumption des Sachverhaltes aus, er könne sich – mangels Abklärungen minimalster Fragen vor Ort, z.B. zu den genauen Personalien und Beobachtungen des am fraglichen Abend in der Hotelhalle arbeitenden Personals und aufgrund des von der Beklagten treuwidrig herbeigeführten Beweisnotstandes – lediglich auf den Standpunkt stellen, dass es drei gleichwertige und mögliche Tatbestandsvarianten gebe, dass jedoch bei allen der übergeordnete Gewahrsam nie aufgegeben worden sei. Aus

der unüberprüfaren, angeblichen Behauptung der Hotelmanagerin gemäss Rapport von Inspektor F. _____ – vom Kläger vollumfänglich bestritten – versuche die Beklagte abzuleiten, dass lediglich zwei Personen in der Hotelhalle tätig waren, so dass es einen dritten Aussenstehenden gegeben haben müsse, der das Auto entwendet habe. Weil sie damit der Leistungspflicht unter dem prozessrelevanten Kaskovertrag zu entgehen suche, wäre sie dafür beweispflichtig. Das sei ihr nicht ansatzweise gelungen (act. 56 S. 18). Da der Kläger den übergeordneten Gewahrsam behalten habe, sei das Auto entweder gestohlen oder entwendet worden (act. 56 S. 18 ff.). Unrichtig sei es, wenn die Vorinstanz (unter Bezug auf act. 2 S. 14) davon ausgehe, auch der Kläger habe diejenige Tatversion für am wahrscheinlichsten gehalten, wonach der Schlüssel einem aussenstehenden Dritten übergeben worden sei (act. 56 S. 19).

Unbestrittenermassen seien „Diebstahl“, „Raub“ und „Entwendung“, nicht aber „Veruntreuung“ oder „Unterschlagung“ gedeckt, wobei Veruntreuung nach Art. 138 StGB im Sinne von Lehre und Rechtsprechung zu verstehen sei (act. 56 S. 20 f.). Anfänglich sei – mit Blick auf 5C.306/2005 – nur das Tatbestandselement des Anvertrautseins im Sinne des unter-, gleich- oder übergeordneten Gewahrsams streitig gewesen. Nach h.L. stehe über- oder gleich geordneter Gewahrsam an der übergebenen Sache der Veruntreuung entgegen (act. 56 S. 21). Drei Aspekte seien nach BSK StGB II-Niggli/Riedo (N. 41 f. zu Art. 138) (kumulativ) massgeblich: (1) Dass dem Täter das Anvertraute übertragen wird und er damit die Verfügungsmacht erhält, (2) dass die Verfügungsmacht des Täters diejenige des Treugebers ausschliesst und (3) dass eine Rückgabe- oder eine Weiterleitungsverpflichtung besteht. Es sei nicht annähernd bewiesen worden, dass der Autoschlüssel dem Täter anvertraut worden sei (act. 56 S. 22). Habe nicht der Kläger den Gewahrsam übertragen, so entfalle die Veruntreuung. Übergegangen sei nur der Schlüssel, nicht das Auto als solches (act. 56 S. 23). Habe der Kläger weiterhin die Verfügungsmacht und die Kontrolle über die Sache gehabt, so liege keine Veruntreuung vor, ausser nach Ansicht des Bundesgerichts bei gleich geordnetem Gewahrsam. Diese Ansicht liege auch BGer 5C.306/2005 zugrunde: weil die unmittelbare, faktisch nicht mögliche Kontrolle fehlte, habe zunächst die Kammer und dann das Bundesgericht gleich geordneten Gewahrsam angenom-

men (act. 56 S. 24). Auch ausgehend von dieser Entscheidung habe der Kläger in der vorliegenden Situation übergeordneten Gewahrsam gehabt (act. 56 S. 24): Der Kläger sei (wie schon früher) Gast im Hotel gewesen, habe die Örtlichkeiten gekannt und das Auto bereits wiederholt parkieren lassen. Sein Gepäck sei vom vermeintlichen Hotelangestellten in die Hotelhalle getragen worden, wo er den Schlüssel übergeben habe (act. 56 S. 25 f.). Dank Schlüssel und Ortskenntnis sei der übergeordnete Gewahrsam beim Kläger geblieben. Es handle sich genau um den vom Bundesgericht zitierten Fall der Schlüsselübergabe zwecks Umparkierens bzw. um den Genfer Fall in BGE 120 II 252 (Pra 84/1995 Nr. 275; act. 56 S. 26). Die Übergabe des Autoschlüssels nach den in internationalen Erstklasshotels bestehenden Gepflogenheiten sei kein besonderer Vertrauensakt, der den übergeordneten Gewahrsam des Klägers brechen würde (act. 56 S. 25 f.). Der vom Bundesgericht erwähnte Trickdiebstahl sei eine Diebstahlsvariante (act. 56 Rz 116). BGE 120 II 252 (Pra 84/1995 Nr. 275) betreffe die Auslegung von Art. 487 OR und damit die Hinterlegung beim Gastwirt (act. 56 S. 29), wonach dieser hafte, wenn in der Hotelgarage abgestellt, nicht aber, wenn auf einem Aussenparkplatz parkiert werde (act. 56 S. 29), wobei es sich zudem um einen Regressfall gehandelt habe. Die Unterscheidung Aussen- oder Innenparkplatz als solche sei nicht massgeblich (act. 56 Rz 29 f.).

Was den geltend gemachten Betrug anbelange, berufe sich die Beklagte auf ein Zitat von Andreas Donatsch (Strafrecht III, 9. Auflage, Zürich 2008, S. 211), womit belegt werden solle, dass der Kläger mit der Autoschlüsselübergabe an einen bloss vermeintlichen Hotelangestellten eine Disposition vornahm, auch wenn er diese in diesem Moment noch nicht als solche erkannt haben möge (act. 56 S. 31). Aus dem Zitat von Donatsch (a.a.O.) ergebe sich allerdings, dass es nicht als Vermögensdisposition gelte, wenn mit einer Verhaltensweise andere Vermögensdelikte ermöglicht würden, so z.B. sei kein Betrug, sondern Diebstahl gegeben, wenn sich der Täter arglistig Zutritt zu einer Wohnung verschafft, um sich dort befindliche Gegenstände anzueignen (act. 56 S. 31). Das müsse für einen arglistig erlangten Autoschlüssel identisch sein. So oder so habe der Kläger den übergeordneten Gewahrsam behalten (act. 56 S. 32).

4. Die Parteien erstatteten je noch einen weiteren Schriftenwechsel (act. 65 und act. 70). Soweit erforderlich wird im jeweiligen Zusammenhang darauf eingegangen.

5. Die mit Beschluss vom 17. April 2012 (act. 75) gegebene Gelegenheit, eine Stellungnahme zur Versicherungsdeckung bei einem allfälligen Betrug zu erstatten, nahmen beide Parteien wahr (act. 82 und act. 83 mit Beilage act. 84).

a) Die Beklagte weist darauf hin (act. 82 Rz 1), dass sie die Versicherungsdeckung mit hinreichender Begründung bestritten habe, während der Kläger, der einen Betrug verneine, sich überhaupt nicht dazu, auch für den Eventualfall, geäußert habe. Hinsichtlich der fehlenden Erwähnung des Betruges in den AVB und der von der Kammer angesprochenen Unklarheitenregel werde darauf hingewiesen, dass diese nur subsidiär gelte. Nicht jede Undeutlichkeit wirke sich gegen den Regelverfasser aus, sondern nur, wenn eine Bestimmung in guten Treuen verschieden aufgefasst werden könne, womit die Rechtssicherheit und nicht der Versicherungsnehmer geschützt werden wolle (act. 82 Rz 3). Zunächst sei die gewollte Lösung zu ermitteln und nur, wenn das nicht gelinge und durch Auslegung nicht zu beseitigende Zweifel bestehen blieben, könne – als ultima ratio – die Unklarheitenregel Anwendung finden. Ob ein Konsens bestehe, sei eine Tatfrage, die zum Beweis verstellt werden müsse (act. 82 Rz 6). Erst wenn sich der übereinstimmende Wille nicht ermitteln lasse, sei eine objektivierte „normative“ Auslegung erforderlich und zulässig. Die Möglichkeit, dass es sich um einen Betrug handeln könnte, sei von der vorinstanzlichen Referentin ins Spiel gebracht worden (act. 82 Rz 8). Als Folge davon habe der Kläger in der Replik – rein vorsorglich – ausgeführt, dass nicht von einem Betrug auszugehen sei, so dass die Frage der Versicherungsdeckung für den Betrug ausser Acht gelassen werden könne. Die Beklagte habe in der vorinstanzlichen Duplik das Thema aufgegriffen und dargetan, dass der Betrug die wahrscheinlichste aller Varianten sei, und diese von der Versicherungsdeckung klar nicht erfasst werde (act. 82 Rz 8). Das hätte der Kläger rechtzeitig bestreiten müssen. Der Kläger hätte seinerseits mindestens behaupten müssen, dass er von einer Versicherungsdeckung für einen Betrugsfall ausgegangen sei, was er bewusst unterlassen habe (act. 29 Rz 65).

Wenn er das nicht getan habe, deute dies darauf hin, dass er selber nicht ernsthaft daran glaube (act. 82 Rz 10). Er hätte den von der Beklagten sinngemäss behaupteten tatsächlichen Konsens, wonach Betrug nicht gedeckt sei, bestreiten müssen, und zwar mit dem ihm jederzeit zustehenden Replikrecht gegenüber der beklagtischen Duplik (act. 82 Rz 11). Der Kläger habe weder in der Berufungsantwort (act. 56 Rz 139 ff.) noch in seiner Berufungsduplik (act. 70 Rz 68 ff.) nur mit einem Wort geltend gemacht, dass der von der Beklagten behauptete tatsächliche Konsens mit Bezug auf den Ausschluss des Betruges von der Versicherungsdeckung nicht zustande gekommen sei (act. 82 Rz 12). Wenn der Kläger bewusst und erklärtermassen über die sich aufdrängende Frage nach der Versicherungsdeckung beim Betrug hinweggegangen sei, so könne es nicht Sache des Gerichtes sein, durch die Ausübung der Fragepflicht die Tatsachenbehauptung zu ergänzen (act. 82 Rz 13), schon gar nicht mehr nach dem zweiten Schriftenwechsel im Berufungsverfahren (act. 82 Rz 14). Damit habe die beklagtische Behauptung, dass für Betrug keine Kaskodeckung bestehe, als unbestritten zu gelten. Das verunmögliche eine objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip und eine solche nach der Unklarheitenregel (act. 82 Rz 15). Das gleiche Ergebnis würde sich nach der Ansicht der Beklagten bei einer objektivierten, normativen Auslegung ergeben (act. 82 Rz 16 f.). Nach dem Vertrauensprinzip sei primäres Auslegungsmittel der Wortlaut des Vertrages. Der Versicherer sei völlig frei, welche Schadensereignisse er – durch positive Umschreibung – abdecken wolle. Er sei nicht gehalten, sämtliche entfernt in Frage kommenden unerwünschten Risiken ausdrücklich von der Deckung auszuschliessen. Es sei allgemein anerkannt, dass die positive Enumeration die Versicherungsdeckung beschränke, weil durch die Aufzählung auch die Beschränkung bestimmt werde (act. 82 Rz 18). Bei der einzeln durchnummerierten Aufzählung in den Ziff. 3.2-3.11 könne nicht ansatzweise zweifelhaft sein, dass es sich um eine abschliessende Aufzählung handle. Was nicht positiv erwähnt sei, sei auch nicht versichert (act. 82 Rz 19). In den AVB sei beim fett hervorgehobenen Begriff „Diebstahl“ erläutert, wiederum abschliessend und enumerativ, was unter Diebstahl zu verstehen sei, nämlich auch Entwendung oder Raub. Andere Risiken seien damit offensichtlich ausgeschlossen (act. 82 Rz 20). Der Negativkatalog (Veruntreuung und Unterschlagung) könne daran nichts

ändern. Die beiden Negativ-Tatbestände seien deshalb erwähnt worden, weil insbesondere die Veruntreuung oftmals Abgrenzungsprobleme zum Diebstahl biete. Mit Ziff. 3.6 werde für jedermann deutlich erkennbar zum Ausdruck gebracht, dass nicht jedes wie auch immer geartete Abhandenkommen des Fahrzeuges versichert sei, sondern lediglich Schäden im Zusammenhang mit einem eigentlichen Diebstahl oder mindestens verwandten Tatbeständen, nämlich Entwendung oder Raub. Massgeblich müsse der Gewahrsamsbruch sein. Salopp gesagt: das Auto müsse recht eigentlich geklaut werden und es könne nicht um einen "Beschiss" gehen (act. 82 Rz 21). Eine objektivierte Auslegung nach dem Vertrauensprinzip führe im Gesamtzusammenhang dazu, dass der Deckungsumfang auf den Diebstahl, einschliesslich Raub und Entwendung, beschränkt sei.

b) Der Kläger führt in seiner Stellungnahme aus, dass er konsistent, seit Anbeginn unverändert und ohne Rückfragen oder Beanstandungen der Beklagten geltend gemacht habe, einem Angestellten des Hotels den elektronischen Teil des Autoschlüssels übergeben zu haben (act. 83 Rz 5) und er stelle sich – in Übereinstimmung mit der Vorinstanz – auf den Standpunkt, dass bei allen drei Tatvarianten ein Diebstahl vorliege (act. 83 Rz 6). Dafür, dass es sich nicht um einen Hotelangestellten gehandelt habe, sei die Beklagte beweispflichtig. Die Beklagte habe den Tatverlauf zunächst gar nicht und dann erheblich verspätet und lückenhaft abgeklärt. Ihre unbewiesene Behauptung, es hätten nur zwei Hotelangestellte an der Rezeption gearbeitet, sei vom Kläger bestritten worden und seither habe die Beklagte nichts Substanziiertes zum Beweis vorgelegt. Mit der möglichen, jedoch unterlassenen Abklärung habe die Beklagte ihre versicherungsrechtliche Abklärungspflicht (Auskunft des Hotelmanagements betreffend die Zahl der Angestellten an der Rezeption) missachtet (act. 56 Rz 47 – 52), so dass sie gemäss Art. 8 ZGB die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen habe (act. 83 Rz 10). Deshalb sei von der Tatvariante, dass der Autoschlüssel an einen Hotelangestellten übergeben werden müsse, auszugehen, so dass sich die Frage nach dem Vorliegen eines Betruges gar nicht mehr stelle (act. 83 Rz 12).

Die Beklagte habe dem Kläger bestätigt, dass gegen ihn kein Betrugsverdacht bestehe (act. 83 Rz 14). Die Beklagte habe sich in der umfangreichen vor-

prozessualen Korrespondenz und bis hin zur Klageantwort nie auf Betrug bezogen. Das Thema Betrug habe die vorinstanzliche Referentin in der Referentenaudienz aufgebracht (act. 83 Rz 16), so dass die Parteien in Replik und Duplik Ausführungen dazu gemacht hätten. Die Beklagte müsste gegebenenfalls sämtliche Voraussetzungen des Betruges beweisen (act. 83 Rz 18), wozu die wenigen, vollständig unsubstanzierten Behauptungen der Beklagten vor Vorinstanz bei Weiterem nicht ausreichten (act. 83 Rz 19). Insbesondere und beispielhaft habe sich die Beklagte nicht zum Thema „Arglist/Lügengebäude“ geäußert. Es könne der Beklagten auch nicht helfen, dass sie ein täuschendes Verhalten, das geeignet gewesen sei, den Kläger zur Vermögensdisposition zu veranlassen, genügen lassen wolle (act. 83 Rz 21 f.). Mangels (substanzierten) tatsächlichen Behauptungen der Beklagten zu den kumulierten Tatbestandsvoraussetzungen des Betruges könne dieser im Rahmen der anwendbaren Dispositionsmaxime durch das Gericht nicht überprüft und schon gar nicht bejaht werden (act. 83 Rz 23).

Eventualiter führt der Kläger zu den AVB allgemein aus, dass diese – mangels Feststellung des konkreten oder mutmasslichen Willens der Parteien – nach dem Vertrauensprinzip aufgrund aller Umstände des Vertragsschlusses ausgelegt werden müssten (act. 83 Rz 28). Massgeblich sei der allgemeine Sprachgebrauch (act. 83 Rz 32). Als Auslegungsmittel seien folgende Umstände des Vertragsschlusses als ergänzendes Auslegungsmittel zu beachten: Die Entstehungsgeschichte, der Vertragszweck, die Interessenlage der Parteien, die rechtliche Natur des Vertrages. Handelsgebräuche oder die AVB anderer Versicherer spielten in der Regel bei der Auslegung der AVB keine Rolle (act. 83 Rz 34). Art. 33 VVG charakterisiere die Unklarheitenregel und sehe vor, dass der Versicherer für alle Ereignisse hafte, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweifelhafter Fassung vom Vertrag ausschliesse. Gemäss Unklarheitenregel sei jene Bedeutung einer AVB-Bestimmung vorzuziehen, die für den Versicherer ungünstiger sei (act. 83 Rz 35 f.). Der Kläger sei selbständiger Kaufmann im Detailhandel ohne einschlägige Kenntnisse, der die AVB nach dem Prinzip „take it or leave it“ habe übernehmen müssen. Eine besondere Aufklärung sei beim Vertragsschluss nicht erfolgt (act. 83 Rz 40). In

Sachversicherungen bestehe die Versicherungsgefahr im möglichen Schadensereignis durch Beschädigung, Zerstörung oder Verlust der versicherten Sache (Feuer, Diebstahl usw.), so dass der Verlust im weitest möglichen Sinn (durch Zerstörung oder durch Wegnahme) sowie Beschädigung gedeckt sein müsse (act. 83 Rz 41 f.). Unter Diebstahl werden „Diebstahl, Entwendung und Raub“ verstanden, Entwendung sei weder im StGB noch in einem anderen Gesetz geregelt (act. 47 f.). Veruntreuung sei im StGB geregelt, Unterschlagung (aArt. 141 StGB) gebe es seit 1994 nicht mehr. Die inhaltlich geänderte Nachfolgebestimmung sei die unrechtmässige Aneignung i.S.v. Art. 137 StGB. Die Begriffe, soweit sie gesetzlich geregelt seien, würden zu den „strafbaren Handlungen gegen das Vermögen gehören (act. 83 Rz 52), wozu auch der Betrug zu zählen sei (act. 83 Rz 52). Der Kläger stelle sich auf den Standpunkt, dass nach allgemeinem Sprachgebrauch lediglich die Ereignisse Diebstahl und Raub einigermaßen fest umrissen seien, während die anderen Begriffe, insbesondere die gesetzlich nicht geregelte Entwendung und die Unterschlagung, keine feste Kontur hätten (act. 83 Rz 54). Die Definition des Dudens für die Entwendung laute „unter Ausnutzung einer Gelegenheit unbemerkt wegnehmen und [mühe]los an sich bringen; stehlen. Dazu gebe es zahlreiche Synonyme, so dass der umgangssprachliche Begriff der „Entwendung“ sehr weit sei und die verschiedensten Vermögensdelikte im weitesten Sinne erfasse, so dass das Entwendungsdelikt „Betrug“ umgangssprachlich und nach Massgabe des vorgenannten Vertragszweckes, d.h. Schutz vor Verlust und Beschädigung) gedeckt sei, zumal der Betrug nicht explizit ausgeschlossen sei (act. 83 Rz 57). Der Hinweis der Beklagten, dass es beim Betrug in Bezug auf den Gewahrsam nicht die gleiche subtile rechtliche Differenzierung gebe wie beim Diebstahl, mache klar, dass diese vom Kläger als Laie nicht erkannt worden sei (act. 83 Rz 58). Die Beklagte hätte die Ereignisse Unterschlagung und Veruntreuung nicht ausschliessen müssen, wenn es die Meinung gehabt hätte, dass Entwendung eindeutig einen Gewahrsamsbruch vorausgesetzt hätte (act. 83 Rz 59 ff.).

Die beiden Eingaben wurden den Parteien gegenseitig zur Kenntnis zugestellt (act. 85 und 86).

III.

1. Dokumentiert ist der Wortlaut der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Fahrzeugversicherung (act. 7/4: Ziff. G 3.6: „Diebstahl: Verlust, Zerstörung oder Beschädigung durch Diebstahl, Entwendung oder Raub; ausgeschlossen sind Veruntreuung und Unterschlagung“. Das ist unbestritten. Zur Unterschlagung ist anzufügen, dass diese in Art. 141 aStGB geregelt war. Mit der Vermögensstrafrechtsrevision von 1995 wurde mit Art. 137 StGB die unrechtmässige Aneignung ins Gesetz aufgenommen, welcher Elemente verschiedener Tatbestände vereinigt und der ehemaligen Unterschlagung teilweise entspricht (Art. 137 Ziff. 2 Abs. 1 StGB; BSK StGB II-Niggli, N. 6 zu Art. 137). Auch der Tatbestand mit dem Marginale „Entwendung“ (Art. 138 aStGB) ist im Strafgesetzbuch gestrichen. Hingegen regelt Art. 94 SVG die „Entwendung zum Gebrauch“, welcher Art. 141 StGB derogiert (Art. 94 Ziff. 4): Ziff. 1 betrifft die Entwendung als solche, während Ziff. 2 von der Verwendung anvertrauter Motorfahrzeuge zu Fahren ohne Ermächtigung handelt.

2. In tatsächlicher Hinsicht ist ungeklärt, ob ein Hotelangestellter oder bloss ein vermeintlicher Hotelangestellter vom Kläger den Schlüssel zum Auto entgegen genommen hat, und ob diejenige Person, die den Autoschlüssel entgegen genommen hat, das Auto selber wegnahm, oder ob der Täter eine Person ist, welche den Schlüssel hinter der Rezeption behündigt hat und davon fuhr, oder ob der Täter das Auto mittels Zutritt zur Hotelgarage und mittels Einbruch ins Auto wegnahm (act. 50 S. 4). Die Beklagte hat im vorinstanzlichen Verfahren darauf bestanden, dass sich der Kläger auf eine Tatvariante (als wahrscheinlichste) festlege, was der Kläger nicht tat, wie sich z.B. aus act. 2 Rz 173 und act. 56 S. 19 Rz 74 ergibt. Die Beklagte macht geltend, dass sie deshalb in der Duplik eine Wahrscheinlichkeitskaskade aufgestellt habe, die dann von der Vorinstanz (act. 50 S. 6 E. 4.2 b) übernommen worden sei (act. 47 Rz 3 und 4). Die Vorinstanz sei davon ausgegangen, dass die Beklagte leistungspflichtig werde, wenn nach sämtlichen Tatvarianten die Haftungsfrage bejaht werden müsse (act. 47 = act. 50 S. 4).

In der Berufungsduplik verweist der Kläger darauf, dass er die Variante 2 für die wahrscheinlichste halte (act. 70 S. 13 Rz 42). In seiner zusätzlichen Stellungnahme bei der Kammer (act. 83 Rz 5) macht er geltend, er habe unverändert und seit Anbeginn stets geltend gemacht, er habe seinen Autoschlüssel einem Angestellten des Hotels übergeben, wovon ausgegangen werden müsse (act. 83 Rz 11).

Damit stellt sich die Frage, inwiefern es von Bedeutung ist, was der Kläger zur Person, der er den Schlüssel übergeben hat, genau behauptet hat. Hat der Kläger tatsächlich (rechtzeitig und genügend substantiiert und gleichbleibend) behauptet, er habe den Schlüssel (oder Teile davon) einem Hotelangestellten übergeben und hat dies die Beklagte (rechtzeitig und genügend substantiiert) bestritten, so hätte die Vorinstanz darüber Beweis abnehmen müssen. Wäre der Beweis missglückt, so wäre die Überprüfung der weiteren Tatvarianten unzulässig gewesen. Der Kläger hat zum Tathergang Folgendes behauptet:

act. 2 Rz 21: „Anlässlich des letzten Aufenthaltes des Klägers im Grand Hotel ... wurde das von einem Hotelangestellten in der Tiefgarage des Grand Hotels ... zu parkierende Auto des Klägers unter nicht geklärten Umständen gestohlen“.

act. 2 Rz 40: „Ein schlanker, kleinerer Hotelangestellter im dunkeln Anzug stand beim Hoteleingang, ging umgehend auf den Kläger zu und fragte ihn in fließendem ... [Sprache in E._____] ganz selbstverständlich, ob er einchecke, was der Kläger bejahte. Er war dem Kläger beim Ausladen behilflich und trug ihm das auszuladende Gepäck (eine Louis Vuitton Reisetasche sowie eine Daunenjacke mit Fellkragen) in die Halle des Grand Hotel Er stellte es rund 2 Meter vor der Hotelrezeption ab. Die Frage des Hotelangestellten in der Halle, ob er das Auto in der Hotelgarage parkieren solle, bejahte der Kläger. Auf seine entsprechende Aufforderung hin *übergab der Kläger dem Hotelangestellten seinen Autoschlüssel in der Halle des Grand Hotels ...*, wie dies auch anlässlich der beiden früheren Aufenthalte problemlos geschehen war und wie es in derartigen Hotels international Usanz ist“.

act. 2 Rz 44: „Der Kläger hatte aufgrund des Auftretens und Verhaltens des den Autoschlüssel Hotelangestellten ihm gegenüber beim Hoteleingang und in der Hotelhalle (vor der Rezeption) nicht die geringsten Verdachtsmomente, dass etwas nicht stimmen könnte. Vielmehr war er in zweifelsfreiem gutem Glauben, seinen Autoschlüssel in der Hotelhalle vor der Rezeption einem Hotelangestellten zwecks Parkierung des Autos in der Hotelgarage zu übergeben.“

act. 2 Rz 49: „Da diese nicht beim Hotel vorbeikommen wollte, begab sich der Kläger umgehend per Taxi zur ... Polizei [in D. _____], wo er eine Diebstahlsanzeige bezüglich des Autos, unter Beschreibung des Sachverhalts gemäss vorstehender Erwägungen und der Person, des (vermeintlichen?) Hotelangestellten erstattete“.

act. 2 Rz 160: „Der Kläger durfte daher unter den dargelegten, von der Beklagten unbestrittenen Umständen (Person in dunklem Anzug, die zweifelsfrei wie ein Angestellter des Grand Hotel ... aussah, die neben dem Hoteleingang stand, die sofort die Autotüre öffnete, die sich beim Kläger nach dem Übernachten erkundigte, die ihm das Gepäck bis kurz vor die Rezeption trug, die ihn in der Hotelhalle fragte, ob er das Auto in der hoteleigenen Garage parkieren sollte), die sich 1:1 wie bei den vorherigen Aufenthalten des Klägers (inkl. Auto in der dem Kläger bekannten Hotelgarage) abspielten, darauf vertrauen, dass usanzgemäss und nach Treu und Glauben alles seine Ordnung hat“.

act. 2 Rz 171 und 172: „In tatsächlicher Hinsicht (seitens der diesbezüglich nachweislich in Sachen Sachverhaltsabklärung passiv gebliebenen Beklagten) völlig ungeklärt ist die Frage, ob tatsächlich ein Hotelangestellter oder bloss ein vermeintlicher Hotelangestellter vom Kläger den Schlüssel zum Auto entgegengenommen hat und ob diejenige Person, die den Autoschlüssel entgegen nahm das Auto stahl, oder ob der Täter eine Person ist, welche hinter der (z. T. nicht besetzten) Theke den (mit anderen Wagenschlüsseln offen herumliegenden) Autoschlüssel behändigte und davon fuhr oder ob der Täter das Auto durch Zutritt zur Hotelgarage und mittels Einbruch ins Auto stahl. (Rz 172) Der Kläger, der dazu keinerlei Anhaltspunkte hat, bestreitet die vorgenannten Aspekte bzw. Tätervarianten vorsorglich und vollumfänglich mit Nichtwissen“.

act. 2 Rz 173: „Fazit: Der Tatablauf ist unbekannt; bis anhin wurden dazu nur Vermutungen geäussert. Damit ist völlig unklar, ob jemand, dem der Autoschlüssel anvertraut wurde oder jemand, der den Schlüssel hinter der Theke behändigte oder jemand, der ins Auto einbrach und dann das Auto stahl“.

act. 2 Rz 177: „... seine Autoschlüsselübergabe an einen (vermeintlichen oder richtigen?) Hotelangestellten ...“.

Die vorstehenden Zitate aus der Klageschrift (act. 2) zeigen, dass es keineswegs zutrifft, dass der Kläger sich ausnahmslos auf einen Hotelangestellten als Täter (und nur auf diesen) festgelegt hat. Hingegen hat er durchwegs betont, dass er gutgläubig davon ausgehen durfte, dass es sich um einen Hotelangestellten handelte, was etwas anderes ist. Das eingangs genannte Beweisverfahren zur Frage, ob der Täter ein Hotelangestellter war, ist daher entbehrlich. Somit bleibt es dabei, dass die Beklagte nur dann ersatzpflichtig wird, wenn die Ersatz-

pflicht für alle drei Varianten bejaht werden kann (act. 50 S. 18 E. 4.2 b, 6.4). Davon geht auch die Beklagte aus, hingegen bestreitet sie die Versicherungsdeckung, insbesondere beim Vorliegen des nach ihrer Ansicht wahrscheinlichsten Falles, dass der Kläger Opfer eines Betruges geworden ist. Ausserdem macht sie geltend, bei der Variante 2 liege eine Veruntreuung vor, die ebenfalls nicht zu den versicherten, ja sogar zu den explizit ausgeschlossenen Ereignissen gehört (act. 47 S. 4 Rz 4).

3. Im Folgenden sind die einzelnen Varianten zu überprüfen:

a) Bei der **Variante 1** geht es um den (unproblematischen) Fall, dass das Auto durch einen unbekanntem Dritten aus der Hotelgarage entfernt wurde. Das ist unzweifelhaft ein Diebstahl, da jedenfalls Gewahrsam gebrochen wird, und zwar unabhängig davon, wo genau der Autoschlüssel deponiert gewesen war (act. 50 S. 8 [vorinstanzlicher Entscheid]; act. 47 S. 5 Rz 5 [Beklagte]; act. 56 S. 23 Rz 98 [Kläger]). Diesbezüglich kann auf den vorinstanzlichen Entscheid verwiesen werden und es bedarf keiner weiteren Ausführungen.

b) Bei der **Variante 2** wird davon ausgegangen, dass es ein Hotelangestellter war, dem der Kläger den Autoschlüssel in der Hotelhalle übergeben hatte und dass dieser das Auto in der Folge behündigt hat.

Die Vorinstanz hat zunächst den Tatbestand der Veruntreuung gemäss Art. 138 Ziff. 1 Abs. 1 StGB geprüft (act. 50 S. 8 f.). Unter Hinweis auf BSK StGB II-Niggli/Riedo (N. 42, N. 73 und N. 76 zu Art. 138) müsse der Gewahrsam an den Täter übergehen. Werde der Gewahrsam nicht bewusst übertragen, so breche der Täter fremden Gewahrsam. Nach überwiegender Lehre müsse der Treugeber den Gewahrsam vollständig aufgegeben, damit veruntreut werden könne. Bei blossem Mitgewahrsam des Täters mit dem Geschädigten nehme die herrschende Lehre Diebstahl und nicht Veruntreuung an. Anders sehe es allerdings das Bundesgericht, das auch bei bestehen gebliebenem Mitgewahrsam des Geschädigten/Eigentümers Veruntreuung angenommen habe. Das Bundesgericht entscheide die Konkurrenzfrage allerdings je nachdem, ob der Gewahrsamsbruch

oder der Vertrauensbruch gewichtiger seien. Habe der Geschädigte/Eigentümer übergeordneten Gewahrsam, so liege Diebstahl, andernfalls Veruntreuung vor.

Die Vorinstanz hat sich eingehend mit BGer 5C.306/2005, Urteil vom 22. Februar 2006, auseinander gesetzt (im Folgenden 2005er-Fall genannt). Dieser (unpublizierte) Bundesgerichtsentscheid erging im Rahmen des Weiterzuges des von der Kammer am 8. November 2005 gefällten Urteils (LB050012). Obwohl bereits die Vorinstanz den Sachverhalt, welcher diesen beiden Entscheidungen zu Grunde lag, ausführlich wiedergegeben hat (act. 50 S. 9 f.), ist er nochmals aufzuführen, damit sich klarer darstellen lässt, inwiefern der vorliegende Fall und der 2005er-Fall gleich bzw. ungleich sind: „X., der in der Innenstadt von ... einen Geschäftstermin wahrzunehmen hatte, fand für sein Fahrzeug, einen geleasten ... [Automarke], keinen Parkplatz. Nachdem er einige Male hin- und hergefahren war, sprach ihn ein (gut gekleideter) Mann an, der im Eingangsbereich des Hotels ... stand – gegenüber dem Ort, wo die Besprechung stattfand. Der Mann bot X. an, den Wagen gegen eine Gebühr in der hoteleigenen Garage zu parkieren, da das Hotel nicht ausgebucht sei. Seinen eigenen Aussagen zufolge zögerte X. zunächst, dem Mann das Fahrzeug zu überlassen. Nachdem sich der Fremde aber zu einem ebenfalls dort stehenden uniformierten Hotelangestellten begeben und mit diesem etwas besprochen hatte, übergab ihm X. das Fahrzeug und begab sich zur Besprechung. Danach waren weder der gut gekleidete Herr noch das Fahrzeug auffindbar und an der Hotelrezeption beschied man X., der fragliche Mann arbeite nicht für das Haus. X. wusste nicht, wo sich die Garage befand, und kannte auch nicht den Weg dorthin, weshalb es ihm nicht möglich gewesen wäre, das Fahrzeug ohne fremde Hilfe (des fraglichen Mannes oder eines Hotelangestellten) zu behändigen“.

Das Bundesgericht hat in E. 1 des 2005er-Entscheides zunächst auf die Überlegungen der Kammer im Urteil vom 8. November 2005 verwiesen: „Anvertrautsein setze Gewahrsam des Täters an der Sache gemäss dem Willen des Eigentümers voraus, Gewahrsam als tatsächliche Herrschaft über eine Sache nach den Regeln des sozialen Lebens. Gewahrsam des Täters fehle beispielsweise beim kurzzeitigen Überlassen eines Kleidungsstücks zur Anprobe. Bei übergeordnetem Gewahrsam des Eigentümers liege Diebstahl vor, bei

ordnetem Gewahrsam des Eigentümers liege Diebstahl vor, bei gleichgeordnetem Veruntreuung. Entferne sich der Täter (relativ) zeitlich lang und örtlich weit, so dass dem Eigentümer die unmittelbare Kontrolle nicht mehr möglich bzw. der Gewahrsam von Eigentümer und Täter mindestens gleichgeordnet sei, liege Veruntreuung vor. Gebe beispielsweise der Eigentümer nach dem Parkieren seines Fahrzeugs auf dem Hotelparkplatz den Schlüssel an der Rezeption ab, damit das Fahrzeug vom Personal bei Bedarf umgestellt werden kann, sei der Gewahrsam des Hotelangestellten untergeordnet und breche der Täter den (übergeordneten) Gewahrsam des Eigentümers.

Für die Kammer, die davon ausging, dem Täter sei im 2005er-Fall das Fahrzeug anvertraut worden, waren die folgenden Überlegungen ausschlaggebend: Im Gegensatz zum Eigentümer, der den Schlüssel zum Zwecke späteren Umparkierens an der Rezeption abgibt, habe der Geschädigte/Eigentümer nicht gewusst, wo sich die (Hotel-) Garage befand und er habe den Weg dorthin auch nicht gekannt; er wäre auf die Hilfe der fraglichen Person oder eines Hotelangestellten angewiesen gewesen, um das Fahrzeug wieder behändigen zu können, weswegen ihm die unmittelbare Kontrolle darüber nicht möglich und sein Gewahrsam jenem des Täters gleichgeordnet gewesen sei. Das widerspiegeln sich auch im anfänglichen, dann aber überwundenen Misstrauen des Klägers gegenüber dem Täter. Infolge des erlangten gleichgeordneten Gewahrsams habe der Täter durch die Aneignung des Fahrzeugs eine Veruntreuung begangen“.

Die Beklagte hält die Variante 2 für vergleichbar mit dem 2005er-Fall, so dass ebenfalls von einer Veruntreuung auszugehen sei (act. 47 S. 5 Rz 5). Bei der Aneignung durch einen tatsächlichen Hotelangestellten habe der Kläger nicht nur die vom Hotel angebotene Dienstleistung, sein Auto in die Hotelgarage fahren zu lassen, in Anspruch genommen, sondern mit diesem einen Hinterlegungsvertrag abgeschlossen, so dass er mit der Übergabe des Fahrzeuges zur sicheren Aufbewahrung auch nach seinen (des Opfers) Vorstellungen sehr wohl die unmittelbare Sachherrschaft über das Fahrzeug aufgegeben habe. Habe die Übergabe des Fahrzeuges an das Hotel bzw. an dessen Angestellten mindestens gleichge-

ordneten, in Tat und Wahrheit sogar alleinigen Gewahrsam begründet, so habe er insoweit über das Auto verfügt (act. 47 S. 17 f. Rz 32).

Der Kläger hingegen macht auf verschiedene Unterschiede aufmerksam: Anders als der Geschädigte im 2005er-Fall habe er nur den einen Teil des Doppelschlüssels – den elektronischen Teil desselben (act. 2 S. 13 Rz 41 bis 43; S. 16 Rz 60; S. 36 Rz 168; act. 29 S. 9 Rz 37 f.; act. 70 S. 10 Rz 22 ff., bestritten von der Beklagten in act. 16 S. 6 Rz 13 bis 13.2, S. 8 Rz 18, relativierend dann in act. 38 S. 8 Rz 19; unklar in act. 47 S. 12 Rz 21, erneut bestritten in act. 47 S. 13 Rz 22, act. 65 S. 6 Rz 12) – übergeben, und zwar nicht irgend einer Person auf der Strasse, sondern im Hotel drinnen, wo er ein Zimmer und einen Garagenplatz im Voraus reserviert hatte. Diese Örtlichkeiten habe er von früheren Aufenthalten her gekannt und er habe gewusst, wie man als Gast in die Garage gelangen könne. Damit habe der Kläger übergeordneten Gewahrsam behalten, so dass es sich um Diebstahl und nicht um Veruntreuung gehandelt habe. Aus der Hotelgarage habe denn auch ohne Hilfe ausgefahren werden können (act. 29 S. 10 Rz 45 bis 47; bestritten durch die Beklagte, insbesondere in act. 16 S. 10 ff. Rz 25 ff.).

Dem Kläger ist zuzustimmen, dass der hier zu beurteilende Fall anders liegt als der 2005er-Fall. Es trifft zu, dass Sachverhaltselemente, die in 5C.306/2005 zur Begründung des Vorliegens einer Veruntreuung herangezogen wurden, abweichen. Ein aus der Sicht der Kammer wesentlicher Punkt ist, dass die Variante 2 darauf basiert, ein wirklicher Hotelangestellter habe den Schlüssel in der Hotelhalle entgegengenommen. Damit stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Hotelangestellten und dem Hotel (als juristischer Person bzw. seinen Organen) als dessen Arbeitgeber. In dieser Konstellation ist davon auszugehen, dass der Kläger den Gewahrsam, soweit er ihn überhaupt preisgab, dem Hotel bzw. seinem Personal übertrug. Diese Sichtweise wird z.B. auch durch einen neueren Entscheid der I. Strafkammer des Obergerichts des Kantons Zürich vom 10. Mai 2010 (publiziert unter http://www.gerichte-zh.ch/fileadmin/user_upload/entscheide/oeffentlich/B56ACB0CED4C6D07C125774C003E49DD_SB100157.publ.pdf) bezüglich des Falles eines Kassenangestellten, der Einnahmen aus Verkäufen nicht in die Kasse legte, sondern sie für sich behielt: „Bei

einem Anstellungsverhältnis hat der Angestellte zwar Herrschaftsmacht und Herrschaftswillen über eine Sache, jedoch übt er diese Herrschaft für einen anderen, nämlich den Arbeitgeber, aus (sog. Gewahrsamsdiener). Es wird in Lehre und Rechtsprechung daher die Meinung vertreten, dass in einer solchen Konstellation untergeordneter Mitgewahrsam anzunehmen ist und dass bei der Wegnahme ein Gewahrsamsbruch gegenüber dem anderen übergeordneten Gewahrsamsinhaber stattfindet (BSK StGB II-Niggli/Riedo, N. 34 zu Art. 139)“. Bei der Variante 2 begeht der Angestellte, wenn er das Auto behündigt, deshalb einen Diebstahl, und zwar unabhängig davon, wessen Gewahrsam er bricht, jenen des Hotels oder jenen des Hotelgastes. Liegt keine Veruntreuung vor, so kann auch dahingestellt bleiben, ob der Kläger einen Hinterlegungsvertrag geschlossen hat, wobei die h.A. bei Einstellen eines Fahrzeuges in einer Hotelgarage Haftung für eingebrachte Sachen und keine Hinterlegung annimmt (KuKo OR-Maurenbrecher/Schott, N. 12 zu Art. 472 mit weiteren Hinweisen) und bei Erhebung einer Parkgebühr Miete, ausser es würde eine Hinterlegung besonders vereinbart (KuKo OR-Maurenbrecher/Schott, N. 3 zu Art. 487).

c) Bei **Variante 3** wird davon ausgegangen, dass es sich um einen angeblichen Hotelangestellten handelt – um einen unbekanntem Dritten – der sich als Hotelangestellter ausgegeben hat. Diesbezüglich liegt der vorliegende Fall gleich wie der 2005er-Fall. Anders sind allerdings die Rahmenbedingungen, weil der Schlüssel bzw. das Auto nicht auf der Strasse übergeben wurde, sondern in der Hotelhalle in der Nähe der Rezeption, wo ein Zimmer und ein Garagenplatz im Vorfeld gebucht worden waren. Der Kläger, der das Hotel schon von früher kannte, wusste daher auch, wo sich die Hotelgarage befand und wo sein Auto abgestellt werden würde. Ob Hotelgäste selbständig dorthin gelangen können, ob der Kläger den „mechanischen“ Schlüssel behielt und ob Hotelgäste aus der Garage selber und ohne Mitwirkung des Personals ausfahren können, ist zwischen den Parteien umstritten.

Während das Bundesgericht und die Kammer in der Situation des 2005er-Falles davon ausgingen, dass Täter und Opfer gleichgeordneten Gewahrsam gehabt hätten – gleichgeordnet deswegen, weil das Vertrauenselement überwogen

habe, weil der Geschädigte nicht gewusst habe, wo sich die Garage befinde und er damit das Auto nicht ohne Hilfe hätte zurückerlangen können – spricht die Konstellation der vorliegenden Variante 3 für mehr Herrschaftsmöglichkeit und damit auch für mehr Gewahrsam des Klägers, welcher davon ausgeht, er habe übergeordneten Gewahrsam gehabt (act. 2 Rz 209, 212), wovon die Vorinstanz ebenfalls ausgeht (act. 50 S. 13 ff.).

Der Gewahrsam wird als tatsächliche Herrschaft über eine Sache „nach den Regeln des sozialen Lebens“ definiert. Erforderlich sind Herrschaftswille und Herrschaftsmöglichkeit. Die Beklagte verneint die Herrschaftsmöglichkeit des Klägers, letztlich hauptsächlich mit der Begründung, dass er nicht selber und ohne Mitwirkung des Hotelpersonals die Garage hätte verlassen können, macht aber auch geltend, er habe keinen Schlüssel gehabt und hätte nicht selbständig in die Hotelgarage gelangen können, was der Kläger seinerseits bestreitet.

Der Gewahrsam hat eine faktische, aber auch eine gesellschaftliche Komponente, basierend auf „den Anschauungen des täglichen Lebens“ (vgl. BSK StGB II-Niggli/Riedo, N. 14 zu Art. 139). Deshalb wird Gewahrsam verschiedentlich auch dort angenommen, wo tatsächlich keine unmittelbare Einwirkung auf die Sache möglich ist, diese jedoch nach sozial üblicher Anschauung als fortbestehend angesehen wird (genannt werden z.B. Vermögenswerte in Wohnungen während der Ferienabwesenheit ihrer Eigentümer, BSK StGB II-Niggli/Riedo, N. 14 zu Art. 139). Und speziell für Fahrzeuge ist erwähnt, dass die Herrschaft – bedingt durch ihren Zweck und die Mobilität nicht verloren geht – auch wenn ihr Eigentümer sich nicht in der Nähe befindet (BSK StGB II-Niggli/Riedo, N. 24 zu Art. 139). Aus dieser Sicht ist der allzeit freie Zugang und die stets völlig ungehinderte Verfügungsfreiheit keine unabdingbare Voraussetzung zur Bejahung des Gewahrsams. Es ist gerichtsnotorisch, dass eine Rezeption in einem hochklassigen Hotel in einer ... Grossstadt [in E. _____] Tag und Nacht besetzt ist und auch für den vorliegenden Fall wird nichts anderes behauptet. Der Hotelgast, der seinen Autoschlüssel – und wäre es der einzige – an einer solchen Rezeption deponiert bzw. deponieren lässt, gibt damit nach herkömmlicher Ansicht seine Verfügungsmacht nicht preis, weil er den Schlüssel jederzeit verlangen kann. Auch seinem Wunsch,

die Garage zu betreten, um das Auto zu holen und auszufahren bzw. das Auto holen zu lassen, wird regelmässig kurzfristig entsprochen. Bei dieser Ausgangslage erscheint es nicht wesentlich, ob der Zutritt zur Garage bzw. die freie Ausfahrt selbständig möglich ist oder ob dazu die (stets verfügbare) Hilfe des Hotelpersonals erforderlich ist. Was die Hotelverantwortlichen anbelangt, wird es ihnen regelmässig um den „Dienst am Kunden“ in jeglicher Form gehen: Parkplätze für Kundenfahrzeuge zur Verfügung zu stellen und vor unerwünschter Wegnahme oder Beschädigung durch Dritte zu schützen. In diesem Sinne ist der Herrschaftswille des Hotels bzw. seiner Verantwortlichen beschränkt und jener des Hotelgastes fortbestehend. Die Vorinstanz hatte daher gute Gründe, die Konkurrenzfrage zu Gunsten des Diebstahls zu lösen. Anzuführen ist, dass sich der überwiegende Teil der Strafrechtslehre in der Konkurrenzfrage zwischen Diebstahl und Veruntreuung für den Diebstahl entscheidet (vgl. statt vieler Günther Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 7. Aufl., Bern 2010, Rz 94 zu § 13).

d) Mit der Abgrenzung von Diebstahl und Veruntreuung bei der **Variante 3** ist der Betrug allerdings noch nicht ausgeschlossen worden. Für das Vorliegen eines Betruges (vgl. act. 38 S. 15 Rz 35, act. 47 S. 17 Rz 31) kann sich die Beklagte auf BSK StGB II-Niggli/Riedo, N. 57 zu Art. 139 berufen. Diese beiden Autoren beziehen sich wie folgt auf den bereits mehrfach erwähnten 2005er-Fall: „Fremder präsentiert sich als Hotelangestellter, der ein Fahrzeug parkieren soll“. Damit, so der Kommentar (a.a.O.) werde über die Eigenschaft des Täters getäuscht, es liege tatsächlich Aufgabe des Gewahrsams bzw. Einwilligung in die Gewahrsamsbegründung durch den Täter vor und kein Gewahrsamsbruch, so dass Betrug in Betracht komme. Einen ähnlichen Fall nennen Günter Stratenwerth/Guido Jenny/Felix Bommer (a.a.O., Rz 84 zu § 13) mit dem falschen Elektromonteur, der vorgibt, ein Fernsehgerät zur Reparatur abzuholen. Bei einer mit Willensmängeln behafteten Einwilligung sei zu unterscheiden; beruhe die Einwilligung auf einer Täuschung, so komme Betrug in Betracht, weil der Wille des Gewahrsamsinhabers nicht gebrochen werde, wofür wiederum auf die bereits genannte Stelle im BSK StGB II von Niggli/Riedo (N. 57 zu Art. 139) verwiesen wird.

Zur Gewahrsamsfrage führt die Beklagte aus, dass es sich beim Täter der Variante 3 um eine fremde Drittperson handle, so dass es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge ausgeschlossen sei, dass das Fahrzeug je in die dafür vorgesehene Hotelgarage gelangt sei. Der Kläger habe somit von vornherein nicht wissen können, wo sich das Fahrzeug befand; ihm habe vom Moment der Übergabe des Schlüssels an den vermeintlichen Portier an der für die tatsächliche Sachherrschaft notwendigen, wenn auch nicht ausreichenden Kenntnis vom Standort des Fahrzeuges gefehlt, so dass der Gewahrsam verloren gegangen sei. Gleichzeitig und unmittelbar habe der Täter neuen, ausschliesslichen Gewahrsam daran begründet. Das beruhe auf einer Vermögensdisposition des Klägers, auch wenn er diese im Zeitpunkt der Vornahme nicht als solche erkannt haben sollte, wofür auf Andreas Donatsch (Strafrecht III, 9. Auflage, Zürich 2008, S. 211 mit Hinweis auf BGE 100 IV 275) verwiesen werden könne. Glaube jemand aufgrund einer Irreführung, das Auto lediglich zwecks Einparkierens in die Garage einem vermeintlichen Hotelangestellten zu überlassen und gehe deshalb davon aus, lediglich untergeordneten Gewahrsam zu übertragen, verschaffe er aber dem Täter in Tat und Wahrheit aus den genannten Gründen alleinigen Gewahrsam, so handle es sich um Betrug.

Der Kläger bestreitet das Vorliegen eines Betruges (act. 59 Rz 60 ff): Es liege keines der kumulativ erforderlichen Tatbestandsmerkmale für die Bejahung eines solchen vor, was zum untergeordneten Teil auch damit zu tun habe, dass der Sachverhalt durch Versäumnisse der Beklagten nicht ansatzweise geklärt worden sei. Bei der Übergabe des Schlüssels an einen Dritten fehle es an der Arglist (im gesetzlich verlangten restriktiven Sinne des "Lügengebäudes" oder der "betrügerischen Machenschaften"), so dass es mangels Täuschung auch keinen täuschungsbedingten Irrtum geben könne. Ebenso wenig liege hier auch nur ansatzweise eine irrtumsbedingte, freiwillige und unmittelbar vermögensvermindernde Vermögensdisposition durch den Kläger zugunsten des Täters vor. Besonders die Unmittelbarkeit der Vermögensdisposition stellt er eingehend in act. 56 Rz 139 ff. in Frage, weil nach Lehre und Rechtsprechung ganz allgemein Verhaltensweisen, die lediglich anderweitige Vermögensdelikte des Täters ermöglichen, nicht erfasst

sein. Weiter bestreitet er die Aufgabe des übergeordneten Gewahrsams (act. 56 Rz 144).

Was die Vermögensdisposition anbelangt, ist dem Kläger entgegen zu halten, dass die Übergabe eines Autoschlüssels nicht mit der Verschaffung des blossen Mittels zur Deliktbegehung (z.B. Übergabe eines Wohnungsschlüssels, der dann zur Wegnahme von Vermögenswerten aus der Wohnung dient, vgl. Donatsch, a.a.O., Anm. 673 zu § 18, S. 211) gleichzusetzen ist. Wurden dem Täter die Autoschlüssel als Mittel zur Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft in unmittelbarer Nähe des Autos selbst übergeben, so handelte es sich nicht nur um die technischen Mittel zur Ausübung der Sachherrschaft (vgl. BK-Stark [3. Auflage 2001], N. 22 zu Art. 922 ZGB), sondern es ging darum, das Auto zu behändigen. Damit hat sich der Täter den Vermögenswert „Auto“ als solches verschafft, so dass es sich durchaus um eine unmittelbare Vermögensdisposition handelt.

Auch die Irreführung des Klägers durch den unbekanntem Täter mittels arglistigem Vorspiegeln oder Unterdrückung von Tatsachen muss bejaht werden. Dass der Kläger auf den Täter „hineingefallen“ ist, wird von ihm nicht in Abrede gestellt. Und es kann auch bejaht werden, dass der Täter objektiv mehr getan hat als bloss falsche Angaben zu machen (vgl. dazu Donatsch, a.a.O., S. 199). Er hat sich durch den Empfang bei der Vorfahrt des Hotels, durch die Übernahme des Gepäcks, durch das Betreten des Hotels zusammen mit dem Gast und mit der Deponierung des Gepäcks in der Hotelhalle in der Nähe der Rezeption wie ein Hotelangestellter gebärdet. Dieses Verhalten des Täters sind eigentliche Machenschaften, mit erheblicher Dreistigkeit ausgeführt, mit der nicht gerechnet werden muss. Dass der Kläger in dieser Situation grundlegende Vorsichtsmassnahmen missachtet hat, kann nicht gesagt werden. Zwar hätte er beim Personal hinter der Rezeption problemlos nachfragen können, ob es sich beim Täter um einen Hotelangestellten handle; angesichts der ganzen Situation kann ihm diesbezüglich keine Unterlassung vorgeworfen werden, weil es an der Legitimation des Täters für sein Tun – auch aus objektivierter Sicht – keinen begründeten Anlass gab. Der Vermögensschaden ist unstreitig und von den subjektiven Tatbestandsmerkmalen (Vorsatz, Bereicherung) ist angesichts der Umstände (Vorge-

hensweise, verschwunden gebliebenes Fahrzeug) auszugehen, wie das zum Beispiel auch beim Diebstahl – bei diesbezüglich gleicher Ausgangslage – anzunehmen ist. Keine Seite hat in Frage gestellt, dass es dem Täter – wie man sein Delikt auch immer qualifizieren will – um die Verschaffung eines eigenen Vermögensvorteils gegangen ist.

Wenn der Kläger geltend macht, dass die Beklagte die kumulativ zu erfüllenden Tatbestandselemente (arglistige Täuschung, Irrtum, Vermögensdisposition, Vermögensschaden, Motivationszusammenhang und Kausalzusammenhang sowie zwei subjektive Kriterien, Vorsatz und Absicht der ungerechtfertigten Bereicherung) im Sinne der Verhandlungsmaxime nicht genügend behauptet hat (act. 83 Rz 18), kann ihm deshalb nicht zugestimmt werden. Wie sich der Vorfall abgespielt hat, ist bekannt und was die subjektiven Voraussetzungen anbelangt, ist davon auszugehen, dass es sich bei der Prüfung der Versicherungsdeckung von Schadensereignissen mit deliktischem Hintergrund nicht um die Verurteilung eines Straftäters geht, so dass die „täterbezogenen“ Tatbestandsmerkmale, jedenfalls wenn der Täter unbekannt bleibt (was eine strafrechtliche Verurteilung verunmöglichen würde), stets nur antizipiert und mit einem Rückschluss auf Tathergang und Tatfolgen ermittelt werden können.

Zusammenfassend ist davon auszugehen, dass die Kammer in den Varianten 1 und 2 von einem Diebstahl und in Variante 3 von einem Betrug ausgeht. Während für die beiden ersten Varianten gemäss den massgeblichen AVB die Versicherungsdeckung („Diebstahl“) nicht zweifelhaft ist, muss die Frage für den Betrug in Variante 3 näher erörtert werden.

4. Aus der Sicht der Beklagten ist bei Tatvariante 3 problematisch, dass der Kläger es wegen der Behauptung, dass kein Betrug vorliege, unterlassen hat – sich allenfalls auch nur eventuell – zur Versicherungsdeckung im Betrugsfall zu äussern, was für ihn prozessuale Konsequenzen haben müsse (act. 82 Rz 1). Tatsächlich hat der Kläger den Betrug als solchen verneint (act. 29 Rz 59 ff.) und sich zur Versicherungsdeckung bei Betrug im Rahmen der Vorbringen vor Vorinstanz und vor der Kammer nicht geäussert (act. 56 Rz 147). Die Beklagte hat in der Klageduplik ihre Leistungspflicht für den Betrugsfall entschieden verneint. Sie

weist darauf hin, dass sich in der Schweiz keine Versicherung finde, die Betrug in den Katalog der versicherten Gefahren aufgenommen habe (act. 38 Rz 38, vgl. auch act. 47 Rz 4). Ausserdem weist sie darauf hin, dass eine Versicherung frei sei zu entscheiden, für welche Risiken sie Versicherungsdeckung gewähre.

a) Zuerst ist zu klären, welche Wirkungen die fehlenden Ausführungen des Klägers zur Versicherungsdeckung im Betrugsfall haben. Die Parteien müssen dem Gericht das Tatsächliche des Rechtsstreites darlegen. Die Frage, ob eine Versicherungsdeckung besteht, betrifft nicht das Tatsächliche des Streites, sondern dessen Rechtsfolgen. Ergeben sich die Rechtsfolgen aus dem Gesetz, so bedarf es jedenfalls keiner entsprechenden Behauptungen: Dann sind Ausführungen zwar zulässig, aber unter dem Gesichtspunkt von *iura novit curia* und der Rechtsanwendung von Amtes wegen nicht erforderlich (Art. 57 ZPO). Bei der Frage, wie es sich mit der Versicherungsdeckung in AVB verhält, handelt es sich um die objektivierte Vertragsauslegung, was ebenfalls Rechtsanwendung ist; deshalb sind diesbezügliche Behauptungen entbehrlich (vgl. dazu Gauch/Schluep/ Schmid/Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band I, 9. Auflage, Zürich 2008, insbesondere Rz 1201). Anders wäre es nur, wenn geltend gemacht worden wäre, dass bezüglich der Versicherungsdeckung in Ziff. G 3.6 besondere individuelle Vereinbarungen getroffen worden wären, was nicht behauptet worden ist und worauf sogleich zurückzukommen sein wird (unten b).

Die Beklagte geht davon aus, dass sie – weil es sich bei Variante 3 um Betrug handle – dem Kläger für den Verlust des Autos nicht hafte und begründet dies wie folgt (act. 38 Rz 38 f.): „Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten nennen unter G 3 ausdrücklich und abschliessend die durch die Kaskoversicherung gedeckten Risiken, darunter unter G 3.6 „**Diebstahl**“ (Verlust, Zerstörung oder Beschädigung durch Diebstahl, Entwendung oder Raub; ausgeschlossen sind Veruntreuung und Unterschlagung). Mit letzterem wird verdeutlichend dargetan, was unter die versicherte Gefahr des „Diebstahls“ fällt, nämlich Diebstahl, Entwendung oder Raub, welche Vermögensschädigungen allesamt mit einem Gewahrsamsbruch an den dem Versicherungsnehmer gehörenden Ge-

genständen verbunden sind, während dies bei der exemplikativ ausgeschlossenen Veruntreuung und Unterschlagung gerade nicht der Fall ist. Eines ausdrücklichen Ausschlusses des Betruges von der Leistungspflicht der Versicherung bedarf es keinesfalls, da Betrug im Katalog der versicherten Gefahren (G3, ad. 7/4) nicht erwähnt wird, weder unter einer eigenständigen Ziffer, noch unter den ausdrücklich und abschliessend aufgezählten Tatbeständen, die als von der Versicherung gedeckter „Diebstahl“ im Sinne von G 3.6 der AVB's zu gelten haben. Umfasst die Versicherungsdeckung klarerweise nur Tatbestände, bei denen der Gewahrsam des Versicherungsnehmers gebrochen und neuer Gewahrsam des Täters begründet wird, was bei den namentlich aufgezählten Tatbeständen der Fall ist, jedoch klarerweise nicht beim Betrug, entfällt mangels entsprechend versicherten Risikos jegliche Leistungspflicht der Versicherung. Es wird sich in der Schweiz keine Kaskoversicherung finden lassen, welche das Abhandenkommen eines Fahrzeuges durch Betrug versichert. Dem liegt die gleiche Überlegung zugrunde, wie beim Ausschluss der Veruntreuung von der Versicherungsdeckung: Hier wie dort liegt die Überlegung zugrunde, dass für in der Person, mit der sich der Versicherungsnehmer einlässt, liegende Risiken, sei es ein Treunehmer oder ein Betrüger, ausschliesslich der Versicherungsnehmer einzustehen hat, weil die Auswahl und Bestimmung der betreffenden Person ausserhalb des Einflussbereiches des Versicherers liegt“. Ausserdem macht die Beklagte geltend, dass zunächst die von den Parteien gewollte Lösung ermittelt werden müsse und nur, wenn das nicht gelinge und durch Auslegung nicht zu beseitigende Zweifel bestehen blieben, könne – als ultima ratio – die Unklarheitenregel Anwendung finden. Ob ein Konsens bestehe, sei eine Tatfrage, die zum Beweis verstellt werden müsse. Erst wenn sich der übereinstimmende Wille nicht ermitteln lasse, sei eine objektivierte „normative“ Auslegung erforderlich (act. 82 Rz 6).

b) Im vorliegenden Fall handelt es sich nicht um eine Frage des Konsenses – dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien – der gemäss der Beklagten zuerst ermittelt werden müsste (act. 82 Rz 5). Beide Parteien stellen den Vertragsschluss mit den bei den Akten liegenden Versicherungsbedingungen (act. 7/4) nicht in Frage, so dass der Konsens nicht streitig ist (vgl. dazu Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1197-1199) und auch der Wortlaut des

massgeblichen Passus' betreffend Versicherungsdeckung (Ziff. G 3.6) wird von keiner Partei bestritten. Gab es keine Verhandlungen mit behaupteten bzw. bestrittenen individuellen Abreden, so besteht, anders als die Beklagte meint (act. 82 Rz 5), kein Raum für eine – zunächst subjektive – gerichtliche Vertragsauslegung (vgl. Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1200). Diese käme dann zum Zug, wenn zumindest eine Partei einen abweichenden „wirklichen Willen“ (vgl. BSK VVG-Fuhrer, N. 100 zu Art. 33) geltend gemacht hätte, was voraussetzt, dass über die Frage der Versicherungsdeckung besonders verhandelt worden wäre; das könnte und müsste dann festgestellt werden. Ist dies nicht der Fall, so bleibt die objektivierte („normative“) Auslegung, so dass das ermittelt werden muss, was „vernünftig und redlich (korrekt) handelnde Parteien unter den gegebenen (auch persönlichen) Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden“ (Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger, a.a.O., Rz 1201). Diese Autoren weisen a.a.O. darauf hin, dass die Ermittlung des mutmasslich Gewollten eine Rechtsfrage sei, so dass nicht die Verhandlungsmaxime zur Anwendung kommt, die der Kläger, der zur Versicherungsdeckung im Betrugsfall nichts ausgeführt hat, nicht verletzt hat, sondern um richterliche Rechtsanwendung (Art. 57 ZPO; vgl. z.B. Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 156; Hans Ulrich Walder/Béatrice Grob-Andermacher, Zivilprozessrecht, 5. Auflage, Zürich 2009, § 20 Rz 2; ZK ZPO-Sutter-Somm/von Arx, N. 17 zu Art. 57). Entsprechend gilt ein jederzeitiges und unbeschränktes Äusserungsrecht der Parteien, von dem diese allerdings keinen Gebrauch machen müssen, weil die Rechtsanwendung in den Verantwortungsbereich des Gerichtes fällt. Rechtliche Äusserungen werden denn auch nicht durch die Eventualmaxime eingeschränkt (Adrian Staehelin/Daniel Staehelin/Pascal Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2008, Rz 42 zu § 10). Der Einwand der Beklagten, der Kläger hätte – auf ihre Behauptung hin, dass keine Versicherungsdeckung bei Betrug bestehe – imperativ behaupten müssen, der Betrug sei in der Versicherungsdeckung inbegriffen (act. 82 Rz 9 f.), ist deshalb unbehelflich.

c) Art. 33 VVG sieht vor, dass der Versicherer für alle Ereignisse haftet, „welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen

wurde, an sich tragen, sei es denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst“. Nach der sog. Unklarheitsregel gehen Zweifel über die Bestimmtheit oder Eindeutigkeit einer Ausschlussbestimmung zu Lasten des Versicherers (BSK VVG-Fuhrer, N. 3 zu Art. 33). Art. 33 VVG gilt nicht nur für die Ausschlussbestimmungen als solche, sondern auch für die positiven Enumerationen, weil dadurch nicht nur der Deckungsumfang, sondern auch dessen Beschränkung bestimmt wird (BSK VVG-Fuhrer, N. 12 zu Art. 33). Da Ziff. G 3.6 sowohl eine positive Enumeration wie auch einen Ausschluss enthält, ist Art. 33 VVG damit jedenfalls anwendbar.

d) Die Beklagte weist zu Recht darauf hin, dass die Unklarheitenregel erst anwendbar ist, wenn die Auslegung des Auschlussstatbestandes zu keinem oder zu mehreren Ergebnissen geführt hat (BSK VVG-Fuhrer, N. 12 zu Art. 33). Was die objektivierte Auslegung anbelangt, ist der allgemeine Sprachgebrauch, wie ihn der Vertragspartner des AVB-Verwender nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben versehen durfte und musste, massgeblich, ohne dass es auf die juristische, technische oder wissenschaftliche Bedeutung ankommt (BSK VVG-Fuhrer, N. 103 zu Art. 35 mit Hinweis auf die Ausnahmen in N. 105 ff.). Der Wortlaut hat Vorrang und die Umstände des Vertragsschlusses sind als ergänzendes Auslegungsmittel zu berücksichtigen (BSK VVG-Fuhrer, N. 109 zu Art. 33). Im Zusammenhang mit dem Ausdruck „vorsätzliche Begehung eines Verbrechens oder Vergehens“ wird festgehalten, dass er nicht in einem rechtstechnischen Sinne verstanden werden dürfe. Der Laie verstehe darunter Delikte von einer gewissen Schwere, wozu ein „Bubenstreich“ nicht gehöre (BSK VVG-Fuhrer, N. 117 zu Art. 33).

e) Die Beklagte macht geltend, dass sich kein Anbieter in der Schweiz finden lasse, der Betrugsfälle versichere. Eine Internet-Recherche bei einigen zufällig ausgewählten Versicherern hat ergeben, dass der Betrug regelmässig nicht ausdrücklich, d.h. weder positiv noch negativ erwähnt ist, so z.B. G._____, Ausgabe 01.05.2012: „**Diebstahl**. Der Verlust, die Zerstörung oder die Beschädigung des Fahrzeugs infolge Diebstahl oder Beraubung sowie dessen Beschädigung anlässlich eines versuchten Diebstahls bzw. einer versuchten Beraubung sind

mitversichert. *Nicht versichert sind Schäden durch Veruntreuung oder Unterschlagung*“; H. _____ 04.2012: „**Diebstahl**. Beschädigung oder Verlust durch vollendete oder versuchte Begehung von Diebstahl, Entwendung zum Gebrauch oder Beraubung, nicht aber Veruntreuung oder Gebrauchsveruntreuung“; I. _____, Ausgabe 2010: „**Diebstahl**. Versichert sind Verlust, Abhandenkommen, Zerstörung oder Beschädigung durch Diebstahl, Entwendung zum Gebrauch und Raub der versicherten Gegenstände oder beim Versuche dazu, wenn sie unfreiwillig eingetreten sind. Keine Entschädigung erfolgt, wenn das Fahrzeug durch Familienangehörige des Versicherungsnehmers gestohlen, entwendet oder bei einem Diebstahlversuch abhanden gekommen oder beschädigt worden sind ...“; J. _____ch, Ausgabe B 2012: „TK2. Versuchtem oder vollendetem Diebstahl oder Raub, nicht aber durch Veruntreuung, unrechtmässige Aneignung und auch nicht infolge grobfahrlässiger Handlungen oder Unterlassungen (namentlich Nichtabschliessung des Fahrzeugs ...)“. Eine Ausnahme sind die neuen AVB der Beklagten selber, deren Ziff. G 3.6 in der „Ausgabe 01.2012“ lautet: „**Diebstahl**. Verlust, Zerstörung oder Beschädigung durch Diebstahl, Entwendung oder Raub oder durch den Versuch dazu; ausgeschlossen sind Veruntreuung und *Betrug*“ (Hervorhebung durch die Kammer). Anzumerken ist dazu, dass analoge (branchenübliche) Bestimmungen der anderen Versicherer ohnehin nicht zu berücksichtigen sind (BSK VVG-Führer, N. 111 zu Art. 33). Dass der Betrug nicht ausdrücklich erwähnt wird, bedeutet auch nicht, dass dafür zwangsläufig keine Versicherungsdeckung besteht; das wäre nur dann der Fall, wenn er ausdrücklich – wie in der neuen (hier nicht massgeblichen) Version der Bedingungen der Beklagten – von der Deckung ausgeschlossen ist. Sind bestimmte Ereignisse ausdrücklich als versichert und andere ausdrücklich als nicht versichert genannt, so lassen sich Fälle, die zur gleichen Kategorie gehören, aber weder bei der einen noch bei der anderen Aufzählung erwähnt sind, nicht ohne weiteres zuordnen.

5. Wie bereits erwähnt, haftet der Versicherer für alle Ereignisse, „welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter un-zweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst“ (Art. 33 VVG). Zu un-

tersuchen sind daher die auch für einen juristischen Laien erkennbaren (gemeinsamen) Merkmale der versicherten Gefahr.

Tatsache ist, dass trotz des Titels „Diebstahl“ weitere Ereignisse versichert sind. Die ins Auge springende Gemeinsamkeit ist, dass der Verlust auf ein rechtlich verpöntes Verhalten zurückgeht, wobei dies allerdings auf die positiv erwähnten Fälle (Diebstahl, Entwendung, Raub) sowie auch auf die negativ genannten Veruntreuung und Unterschlagung zutrifft. Ein Teil der Fälle betrifft im geltenden Strafgesetzbuch geregelte Tatbestände: Diebstahl (Art. 139 StGB) und Raub (Art. 140 StGB) der erstgenannten Kategorie und Veruntreuung (Art. 138 StGB) aus der zweiten. Die Entwendung (aus der ersten Kategorie) und die Unterschlagung (aus der zweiten) betreffen Vorkommnisse, die im geltenden Strafgesetzbuch nicht erwähnt sind: die als Straftatbestand gestrichene Unterschlagung (Art. 141 aStGB; vgl. Stefan Trechsel, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, Zürich 1989, N. 1 vor Art. 137) und die ebenfalls früher in Art. 138 aStGB geregelte Entwendung, welche die Wegnahme einer Sache mit geringem Wert aus besonderen Motiven (Not, Leichtsinn, Befriedigung eines Gelüstes) betraf. Ob mit „Entwendung“ tatsächlich Art. 138 aStGB gemeint ist, ist allerdings nicht klar; im vorliegenden Zusammenhang ist an die Entwendung gemäss Art. 94 SVG, dort mit dem Zusatz „**zum Gebrauch**“, zu denken, der gemäss Ziff. 1 die Wegnahme als solche betrifft, während Ziff. 2 die unerlaubte Verwendung anvertrauter Motorfahrzeuge, ein Sonderfall der Veruntreuung, unter Strafe stellt.

Was nun die gemeinsamen Merkmale der (versicherten) Gefahr anbelangt, gehören sie – jedenfalls die Delikte, die im geltenden StGB geregelt sind – zu den Vermögensdelikten nach Art. 137 ff. StGB. Das trifft auch für den nicht erwähnten Betrug (Art. 146 StGB) zu. Auch die unklare Entwendung bzw. der nicht mehr geregelte Tatbestand der Unterschlagung können nur als das Vermögen betreffend verstanden werden. Mit dem gemeinsamen Merkmal „Vermögensdelikt bzw. Schutz des Vermögens“ ist nichts gewonnen, wenn sowohl die positiv als auch die negativ erwähnten Versicherungsfälle dazu gehören.

Die Beklagte macht geltend, sie habe mit der Aufzählung der drei versicherten Fälle einerseits und der zwei nicht versicherten Fälle andererseits klare Ver-

hältnisse geschaffen; sie habe gesagt, wofür sie einstehe und wofür nicht, was ihr frei stehe. Das würde dann zutreffen, wenn damit alle Fälle mit gemeinsamen Merkmalen der versicherten Gefahr (Art. 33 VVG) erfasst wären. Geht man von den Schäden durch mögliche Vermögensdelikte als solche aus, so trifft dies nicht zu, da dazu u.a. auch die unrechtmässige Aneignung (Art. 137 StGB), die Sachentziehung (Art. 141 StGB), die unrechtmässige Verwendung von Vermögenswerten (Art. 141), die Sachbeschädigung (Art. 144 StGB; besonders geregelt in Ziffer G 3.9 der AVG [act. 7/4] sind „Vandalenschäden“) sowie der Betrug (Art. 146 StGB) gehören.

Sind die möglichen Vermögensdelikte nicht vollständig erfasst, stellt sich die Frage, wie die nicht geregelten Fälle behandelt werden müssen und nach welchen Merkmalen sie der einen oder anderen Kategorie zuzuordnen sind. Irgendwelche Hinweise zur Zuordnung enthalten die AVB nicht, was auch die Beklagte anerkennt, wenn sie ausführt, dass sie sich klar und eindeutig dazu geäußert habe, welche Schäden sie decke und welche nicht. Es wäre damit am Versicherten, mittels Analyse der verschiedenen Tatbestände die sie charakterisierenden Kriterien herauszufinden, diese zu vergleichen und sie der einen oder anderen Gruppe zuzuteilen. Problematisch daran ist, dass sich die gemeinsamen Merkmale der (positiven und negativen) Gruppe schon deshalb nicht eruieren lassen, weil die „Entwendung“ und die „Unterschlagung“ – wie bereits mehrfach erwähnt – gesetzlich nicht mehr oder mit anderem Namen („Entwendung zum Gebrauch“) geregelt sind. Deshalb müsste der Versicherte auf eine frühere Version des Strafgesetzbuches zurückgreifen, die bei der Datierung der massgeblichen AVB („Ausgabe 2006“) bereits mehr als zehn Jahre ausser Kraft gestanden hatten. Das kann nicht, von einem Laien schon gar nicht verlangt werden. Als Zwischenfazit ist festzuhalten, dass es – nicht nur für den Laien, sondern auch für den Juristen – nicht möglich ist, die gemeinsamen Merkmale der beiden Gruppen zu erkennen und damit zuordnen zu können, weil sowohl in der positiven als auch in der negativen Gruppe je ein Tatbestand vorkommt, der strafgesetzlich nicht mehr geregelt war und ist und der daher keine Tatbestandsmerkmale (mehr) hat.

Die Beklagte hält dafür, dass beim Betrug kein Gewahrsam gebrochen werde, so dass er der (negativen) zweiten Gruppe (Veruntreuung und Unterschlagung), bei dem – anders als in den Fällen der ersten (positiven) Gruppe (Diebstahl, Entwendung, Raub) – ebenfalls kein Gewahrsam gebrochen werde, zuzuordnen sei. Sie beruft sich (act. 16 Rz 37) auf den 2005er Fall (E. 3.2), wonach dem Ausschluss der Veruntreuung von der Versicherungsdeckung gemäss Bundesgericht offensichtlich die Überlegung zu Grunde liege, dass für in der Person des Trenehmers liegende Risiken ausschliesslich der Treugeber einzustehen habe, liege doch Auswahl und Bestimmung des Trenehmers ausserhalb des Einflussbereichs des Versicherers. Was das Bundesgericht für die Veruntreuung gesagt hat und worauf sich die Beklagte beruft, trifft für die altrechtliche Unterschlagung (Art. 141 aStGB) – wenn sie denn entgegen dem Vorstehenden tatsächlich noch massgeblich sein sollte – keineswegs zu. Zwar gibt es dort auch keinen Gewahrsamsbruch, hingegen musste dem Täter „eine fremde, bewegliche Sache, ... durch Naturgewalt, Irrtum, Zufall oder sonst ohne seinen Willen“ zugekommen sein. Damit kann nicht gesagt werden, dass bei der zweiten (negativen) Gruppe (Veruntreuung, Unterschlagung) die Haftung offensichtlich deshalb ausgeschlossen werde, weil das Opfer für sein verfehltes Vertrauen bzw. für seine Unvorsichtigkeit, auf die der Versicherer keinen Einfluss nehmen könne, eintreten müsse (act. 38 Rz 39: „Hier wie dort liegt die Überlegung zu Grunde, dass für in der Person, mit der sich der Versicherungsnehmer einlässt, liegende Risiken, sei es ein Trenehmer oder ein Betrüger, ausschliesslich der Versicherungsnehmer einzustehen hat, weil die Auswahl und Bestimmung der betreffenden Person ausserhalb des Einflussbereiches des Versicherers liegt“). Kann das Unvorsichtigkeitsargument für die Veruntreuung allenfalls gelten, kann es sicher nicht für die altrechtliche Unterschlagung herangezogen werden und sie ist daher kein Kriterium, das für die zweite Gruppe charakteristisch und damit für die Zuordnung des Betruges zu dieser ausschlaggebend sein kann.

Das Bundesgericht hat im 2005er Entscheid (E. 2) ausgeführt, dass – würden sich die AVB für den Laien erkennbar strafrechtlicher Begriffe bedienen, so seien diese grundsätzlich so zu verstehen, wie sie gemäss Art. 1 Abs. 3 ZGB von der einschlägigen Rechtsprechung und bewährten Lehre verstanden würden. Das

vorliegende Problem ist allerdings nicht eine Frage des Verständnisses des geltenden Rechts, sondern es liegt eine von der Beklagten zu vertretende Unmöglichkeit der Zuordnung der versicherten Ereignisse vor, was letztlich zu Gunsten des Klägers ausschlagen muss (BSK VVG-Führer, N. 150 ff. zu Art. 33). Ist damit die Versicherungsdeckung für alle drei Varianten zu bejahen, ist das vorinstanzliche Urteil – wenn auch mit teilweise abweichender Begründung – zu bestätigen und die Klage des Klägers im beantragten Umfang gutzuheissen.

IV.

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

2. Die unterliegende Beklagte wird auch zweitinstanzlich kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 106 Abs. 1 und Art. 111 Abs. 2 ZPO). Die Gerichtsgebühr sowie die Entschädigung des anwaltlich vertretenen Klägers im Berufungsverfahren sind anhand der einschlägigen obergerichtlichen Verordnungen streitwertabhängig zu bemessen. Der massgeblich Streitwert beläuft sich auf Fr. 50'000.--. Die zweitinstanzliche Gerichtsgebühr ist gestützt auf § 4 Abs. 1 in Verbindung mit § 12 Abs. 1 und 2 GebV OG auf 5'550.-- und mit dem geleisteten Kostenvorschuss (vgl. act.53) zu verrechnen. Die Prozessentschädigung beträgt nach §§ 4 Abs. 1, 12 Abs. 2 und 3 sowie 13 Abs. 2 AnwGebV Fr. 7'500.--.

Es wird erkannt:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger Fr. 50'000.-- nebst 5 % Zins seit 4. August 2009 zu bezahlen.
2. Die erstinstanzlichen Kosten- und Entschädigungsfolgen (Dispositiv-Ziff. 2-4) des vorinstanzlichen Urteils werden bestätigt.
3. Die zweitinstanzliche Entscheidgebühr wird auf Fr. 5'550.-- festgesetzt.

4. Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Beklagten auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, dem Kläger für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 7'500.-- zuzüglich 8 % MWST zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an das Bezirksgericht Zürich, 4. Abteilung, je gegen Empfangsschein.

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

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

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

Es handelt sich um eine vermögensrechtliche Angelegenheit. Der Streitwert beträgt Fr. 50'000.

Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung.

Obergericht des Kantons Zürich
II. Zivilkammer

Die Vorsitzende:

Die Gerichtsschreiberin:

lic. iur. A. Katzenstein

lic. iur. K. Wili

versandt am: