



{T 0/2} 5C.
306/2005 /blb

Urteil vom 22. Februar 2006

I1. Zivilabteilung

Besetzung

**Bundesrichter Raselli, Präsident,
Bundesrichterinnen Nordmann, Escher,
Bundesrichter Meyer, Marazzi,
Gerichtsschreiber Zbinden.**

Parteien

**X.
Kläger und Berufungskläger,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Christian Widmer,**

gegen

**Versicherungen V.
Beklagte und Berufungsbeklagte,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Jürg Geiger.**

Gegenstand

Versicherungsvertrag,

**Berufung gegen das Urteil des Obergerichts des Kantons
Zürich, II. Zivilkammer, vom 8. November 2005.**

Sachverhalt:

A.

X. _____, der in der Innenstadt von Mailand einen Geschäftstermin wahrzunehmen hatte, fand für sein Fahrzeug, einen geleasteten Mercedes-Benz SL 500, keinen Parkplatz. Nachdem er einige Male hin- und hergefahren war, sprach ihn ein (gut gekleideter) Mann an, der im Eingangsbereich des Hotels de la ville 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.

B.

Unter Hinweis auf den Deckungsausschluss bei Veruntreuung in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) der mit X. abgeschlossenen Kaskoversicherung lehnten die Versicherungen V. Leistungen ab. Hierauf klagte X. gegen die Versicherungen V. auf Bezahlung von Fr. 179'850.-- zuzüglich Zinses von 5 % seit dem 16. Dezember 2002. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage. Mit Urteil vom 10. Dezember 2004 verurteilte das Bezirksgericht Winterthur die Beklagte, dem Kläger Fr. 116'666.-- nebst Zins zu 5 % seit dem 16. Dezember 2002 zu bezahlen. Es begründete dies damit, dass der Kläger dem vermeintlichen Hotelangestellten bloss untergeordneten Mitgewahrsam eingeräumt habe. Mit dem Bruch des klägerischen Mitgewahrsams habe ein (versicherter) Diebstahl und keine (unversicherte) Veruntreuung stattgefunden. Das Gericht kürzte aber die Entschädigung wegen Verletzung elementarster Sorgfaltspflichten. Mit Appellation beim Obergericht des Kantons Zürich verlangte die Beklagte die Abweisung der Klage; für den Fall, dass ein Leistungsanspruch des Klägers bestünde, hielt sie eine Kürzung von

mindestens 75 % für angebracht.

Mit Urteil vom 8. November 2005 hob das Obergericht das erstinstanzliche Urteil auf und wies die Klage ab. Nach Auffassung des Obergerichts räumte der Kläger dem Täter mindestens gleichgeordneten Mitgewahrsam ein und beging dieser eine Veruntreuung, weshalb keine Deckung gegeben sei. Schliesslich erwog es noch, für den Fall, dass eine Haftung der Beklagten im Grundsatz bejaht würde, wäre die vom Bezirksgericht vorgenommene Kürzung ungenügend.

C.

Mit Berufung ans Bundesgericht verlangt der Kläger, die Beklagte zur Bezahlung von Fr. 175'000.-- zuzüglich Zinses von 5 % seit dem 16. Dezember 2002 zu verurteilen. Es wurde keine Berufungsantwort eingeholt. Das Obergericht hat auf Gegenbemerkungen verzichtet.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1.

Gemäss den AVB sind von der Kaskoversicherung u.a. Schäden am versicherten Fahrzeug infolge Diebstahls gedeckt. Als solche gelten "Schäden durch vollendeten oder versuchten Diebstahl, Entwendung zum Gebrauch oder Beraubung, nicht aber Veruntreuung" (C1/12). Umstritten ist in erster Linie, ob es sich beim vom Kläger verzeigten Vorfall um Diebstahl oder Veruntreuung handelt.

Vorweg geht das Obergericht davon aus, dass der 1995 in Kraft getretene Tatbestand der unrechtmässigen Aneignung (Art. 137 StGB), der wie Diebstahl (Art. 139 StGB) sich von der Veruntreuung namentlich durch das fehlende Tatbestandselement des Anvertrautseins unterscheidet, vom in den AVB verwendeten Begriff "Diebstahl" ebenfalls erfasst werde (E. 3.2), was vom Kläger nicht beanstandet wird.

Zur Abgrenzung der "blossen" Aneignung in Bereicherungsabsicht von der Veruntreuung führt das Obergericht im Wesentlichen Folgendes aus: 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 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 den Schluss des Obergerichtes, dass der Täter gleichgeordneten Gewahrsam am Fahrzeug erlangte, es ihm demnach anvertraut war und er eine Veruntreuung beging, waren die folgenden Überlegungen ausschlaggebend: Im Gegensatz zum Eigentümer, der den Schlüssel zum Zwecke späteren Umparkierens an der Rezeption abgibt, habe der Kläger nicht gewusst, wo sich die (Hotel-)Garage befand und den Weg dorthin nicht gekannt; er sei auf die Hilfe der fraglichen Person oder eines Hotelangestellten angewiesen gewesen, um das Fahrzeug wieder zu behändigen, weswegen ihm die unmittelbare Kontrolle über dieses faktisch nicht möglich und sein Gewahrsam jenem des Täters gleichgeordnet gewesen sei. Das widerspiegeln 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.

2.

Der Kläger wendet sich zunächst gegen ein Verständnis des Diebstahlbegriffs "nach subtiler strafrechtlicher Dogmatik" und postuliert eine "vertragsbezogene" Auslegung, weil es dem den Vertrag unterzeichnenden Laien nicht möglich sei, sämtliche juristischen Fachbegriffe zu kennen; er begründet dies mit dem Hinweis, dass ein Laie bei der Schilderung des ihm hier Widerfahrenen wohl nie sagen würde, es sei ihm das Auto durch Veruntreuung abhanden gekommen, sondern, es sei ihm gestohlen worden. Weil das Obergericht den Begriff Diebstahl nicht nach dem Vertrauensprinzip ausgelegt habe, rügt der Kläger eine Verletzung von Art. 1 Abs. 1 und 18 OR sowie Art. 2 ZGB.

Nach den AVB sind unter dem Titel "Diebstahl" dieser in seiner vollendeten und versuchten Form, ferner "Entwendung zum Gebrauch" und "Beraubung" versichert, hingegen ausdrücklich nicht "Veruntreuung". Die AVB bedienen sich offensichtlich strafrechtlicher Tatbestände. Darüber zu spekulieren, ob ein Laie angesichts der vorliegenden Fallkonstellation von Veruntreuung oder aber Diebstahl spre-

chen würde, ist müssig. Werden in AVB auch für den Laien erkennbar strafrechtliche Begriffe verwendet, sind diese grundsätzlich so zu verstehen, wie sie von der einschlägigen Rechtsprechung und bewährten Lehre verstanden werden (Art. 1 Abs. 3 ZGB). Es wäre mit dem Vertrauensgrundsatz geradezu unvereinbar, sich auf den (klägerischen) Standpunkt zu stellen, die in den AVB erwähnten Tatbestände des Diebstahls und der Veruntreuung seien nicht so zu verstehen, wie sie das Strafrecht verstehe. Die Rüge ist unbegründet.

3.

Zur umstrittenen Frage der Abgrenzung führt der Kläger sinngemäss aus, anvertraut sei eine Sache erst, wenn der Treugeber seinen Gewahrsam völlig aufgegeben habe, so dass kein Gewahrsam mehr gebrochen werden könne. Es sei nicht seine Absicht gewesen, das Fahrzeug der fraglichen Person anzuvertrauen. Der Täter habe nie Gewahrsam am Fahrzeug erlangt. Vielmehr habe er den Fahrzeugschlüssel einem Dieb ausgehändigt, der den Gewahrsam am Fahrzeug brach. Sinngemäss macht er geltend, es handle sich um einen sog. Trickdiebstahl. Der Vorfall sei unter Art. 139 (Diebstahl) oder allenfalls 137 StGB (unrechtmässige Aneignung), nicht aber unter 138 StGB (Veruntreuung) zu subsumieren. Er sieht alle diese Bestimmungen verletzt.

3.1 Das Bundesgericht geht in seiner Praxis zum früheren Recht davon aus, dass auch eine im blossen Mitgewahrsam des Täters stehende Sache diesem im Sinne von Art. 140 Ziff. 1 aStGB anvertraut sein kann, so dass zwischen Diebstahl und Veruntreuung ein Konkurrenzproblem besteht. Die Frage der Konkurrenz zwischen Diebstahl und Veruntreuung wird danach beurteilt, ob der Gewahrsamsbruch den Vertrauensbruch oder dieser jenen an Bedeutung übertrifft. Es soll im Einzelfall entschieden werden, "ob Art und Grad des Anvertrautseins die Anwendung des Art. 140 Ziff. 1 aStGB rechtfertigen oder ob die Schwere des Gewahrsamsbruchs die Tat als Diebstahl kennzeichne". Wo der Eigentümer der Sache übergeordneten Gewahrsam hat, ist Diebstahl anzunehmen, während bei gleichgeordnetem Gewahrsam, wo das Vertrauenselement im Vordergrund steht, Veruntreuung anzunehmen ist (BGE 92 IV 89 S. 91; 101 IV 33 E. 2a S. 35).

Dieser Rechtsprechung ist zwar in der Doktrin Kritik erwachsen. Zum einen werden die Abgrenzungsmerkmale als unbestimmt und schwer zu handhaben kritisiert (REHBERG/SaHMi), Strafrecht III, 2003, S. 88 f.). Zum andern wird postuliert, dass bei jedem Gewahrsams- oder Mitgewahrsamsbruch, ob dieser nun gleich- oder übergeordnet sei,

selbst wenn zugleich ein Vertrauensbruch vorliegt, der Tatbestand des Diebstahls zum Zuge kommen soll (NoLL, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 1983, S. 139 und 152; NIGGLI/RIEDO, Basler Kommentar, Strafgesetzbuch II, N. 77 zu Art. 138 StGB; STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2003, § 13 Rz. 52; SCHUBARTH/ALBRECHT, Kommentar zum StGB, Band 2, 1990, N. 9 zu Art. 140 aStGB; TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kurzkommentar, 2. Aufl. 1997/2005, N. 9 zu Art. 139 StGB). Demzufolge wäre eine Sache nur dann anvertraut, wenn der Treugeber seinen Gewahrsam vollständig aufgegeben hat. Dieser Kritik bzw. Lösung liegt offenbar die Überlegung zugrunde, dass der Gewahrsamsbruch nicht milder bestraft werden dürfe, wenn damit auch ein Vertrauensbruch verbunden ist. Da das neue Vermögensstrafrecht den Regelstrafrahmen der Veruntreuung an jenen des Diebstahls angeglichen hat, ist dieses Argument allerdings weitgehend entfallen und dürfte die Frage nur noch insofern praktisch bedeutsam sein, als die Qualifikationsmerkmale von Art. 138 und 139 StGB verschieden sind (STRATENWERTH, a.a.O., Rz. 94; REHBERG/SCHMID, a.a.O.). Unter der Herrschaft des neuen Vermögensstrafrechts musste die Konkurrenzfrage in der hier interessierenden Konstellation noch nicht entschieden werden.

Der bei der Auslegung der umstrittenen Begriffe massgebende Vertrauensgrundsatz legt nahe, sich an die einschlägige bundesgerichtliche Rechtsprechung zu halten und nicht an die sie kritisierende Doktrin. Der hier zu beurteilende Vorfall kann daher nicht allein deshalb als Diebstahl qualifiziert werden, weil der Kläger gleichgeordneten Mitgewahrsam behielt, der gebrochen wurde.

3.2 Der Kläger bestreitet allerdings auch, dass der Täter überhaupt Gewahrsam erlangte. Der Kläger übergab sein Fahrzeug dem Dritten, damit er es für ihn in die Hotelgarage fahre, um es dort für die zeitlich begrenzte Dauer seiner geschäftlichen Besprechung abzustellen. Setzte der Kläger den Dritten nur ein, um den Gewahrsam kurzfristig an seiner Stelle auszuüben, so gab er den Gewahrsam nicht auf. Das Obergericht hat denn auch nicht unterstellt, der Kläger habe mit der Übergabe seines Fahrzeugs den Gewahrsam völlig aufgegeben, jedoch erwogen, dass er dem Dritten Mitgewahrsam bzw. (mindestens) gleichgeordneten Gewahrsam eingeräumt habe. Ausschlaggebend dafür war, dass der Kläger, als er dem vermeintlichen Hotelangestellten das Fahrzeug übergab, nicht wusste, wo sich die Garage befand und er den Weg dorthin auch nicht kannte, womit er die unmittelbare Kontrolle über das Fahrzeug faktisch verloren hatte und auch nicht in der Lage gewesen wäre, dass Fahrzeug selber (ohne die Hilfe

des Dritten bzw. eines Hoteangestellten) wieder zu behändigen. Wer sich nun aber dergestalt des Zugriffs bzw. der Kontrolle über eine Sache begibt, setzt nach den Regeln des sozialen Lebens beträchtliches Vertrauen in den Dritten, dem die Sache übergeben wird. Ist aber dem Vertrauenselement ein entsprechend hoher Stellenwert beizumessen, ist der Schluss, dass der Vertrauensbruch den Gewahrsamsbruch an Bedeutung übertreffe und es sich um gleichgeordneten Gewahrsam handle, nicht zu beanstanden.

Dem Ausschluss der Veruntreuung von der Versicherungsdeckung liegt offensichtlich die Überlegung zugrunde, dass für in der Person des Trenehmers liegende Risiken ausschliesslich der Treugeber einzustehen hat, liegen doch Auswahl und Bestimmung des Trenehmers ausserhalb des Einflussbereichs des Versicherers. Mit diesem Normzweck ist vereinbar, auch jene Fälle dem Veruntreuungstatbestand zuzuordnen, wo der Gewahrsam des Dritten nicht klar untergeordnet, sondern jenem des Treugebers gleichgeordnet ist. Zwar wird auch in diesem Fall der Mitgewahrsam des Treugebers gebrochen. Gleichzeitig kommt es aber zum Vertrauensbruch durch jene Person, für deren Bestimmung allein der Versicherungsnehmer als Treugeber verantwortlich ist.

4.

Schliesslich stellt sich der Kläger auf den Standpunkt, es handle sich beim zu beurteilenden Vorfall um einen sog. Trickdiebstahl. Dieser umfasst die dadurch charakterisierte Fallgruppe, dass der Gewahrsamsinhaber nicht weiss, dass er seinen Gewahrsam aufgibt, und nach den Regeln des sozialen Lebens auch nicht damit rechnen muss, weshalb auch keine Einwilligung vorliegt. In diesem Zusammenhang werden etwa die Anprobe erwähnt, wo beispielsweise ein Kleidungsstück jemandem zur kurzzeitigen Benutzung zum Zwecke der Anprobe im Geschäft übergeben wird (nicht aber, wenn es nach Hause mitgegeben wird), oder der Fall, da jemand mittels Täuschung von der Sache weggelockt wird, damit sie behündigt werden kann (NIGGL/RIEDO, a. a.O., N. 54 zu Art. 139 StGB; SCHUBARTH/ALBRECHT, a. a.O., N. 74 zu Art. 137 aStGB). Hingegen schliesst die Verfügung des Opfers über den Gewahrsam einen Trickdiebstahl aus (ARZT, Basler Kommentar, N. 80 zu Art. 146 StGB).

Im vorliegenden Fall begründete der Kläger mit der Übergabe seines Fahrzeugs an den Dritten dessen (gleichgeordneten) Mitgewahrsam und verfügte insoweit über den Gewahrsam. Die Einwilligung in den Mitgewahrsam schliesst aber die Annahme eines (Trick-)Diebstahls

aus. Im Übrigen ist der vorliegende Fall mit den erwähnten, der Fallgruppe Trickdiebstahl zugeordneten Fällen nicht vergleichbar. Der Kläger wusste, dass er den Gewahrsam, wenn auch nicht ausschliesslich, dem Dritten übertrug und er damit Vertrauen in diesen setzte, was sich daran zeigt, dass er, wie das Obergericht verbindlich festgestellt hat, zunächst gezögert hatte, diesem das Fahrzeug zu übergeben. Demgegenüber liegt im Herzeigen eines Kleidungsstücks oder dessen Überlassung zur Anprobe im Laden nach den Regeln des sozialen Lebens kein besonderer Vertrauensakt; ebenso wenig im Umstand, dass sich jemand - sorglos- von seiner Sache weglocken lässt.

5.

Da die Beklagte nach dem Gesagten nicht haftet, erübrigt es sich, auf die klägerischen Ausführungen zur Höhe der Kürzung und auf die in diesem Zusammenhang gerügte Verletzung von Art. 14 Abs. 4 VVG einzugehen.

6.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Berufung abzuweisen ist. Nach dem Ausgang des Verfahrens sind die Kosten dem Kläger zu überbinden. Da keine Berufungsantwort eingeholt wurde, entfällt die Entschädigung der Beklagten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die Berufung wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 7'000.-- wird dem Kläger auferlegt.

3.

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Obergericht des Kantons Zürich, II. Zivilkammer, schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 22. Februar 2006

**Im Namen der II. Zivilabteilung
des Schweizerischen Bundesgerichts**

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber: