

# **ZH\_OBERGERICHT NP160021 vom 15. November 2016**

ZH Obergericht, 2016-11-15, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_obergericht\\_NP160021](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_obergericht_NP160021)

FR: ZH\_OBERGERICHT NP160021 du 15 novembre 2016

IT: ZH\_OBERGERICHT NP160021 del 15 novembre 2016

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Klägerin und die Beklagte vereinbarten seit 2008 regelmässig Verträge, worin sich die Klägerin zur Bezahlung von Entgelt und die Beklagte zur Leistung unterschiedlicher Dienstleistungen verpflichtete, u.a. Schutz, Lagerung und Transport von Gold von D. \_\_\_\_\_ in die Schweiz. Am 17. Dezember 2010 trafen nach Angaben der Klägerin 54.4810 kg Gold im E. \_\_\_\_\_-F. \_\_\_\_\_ Vault am Flughafen in D. \_\_\_\_\_ ein. Am 18. Dezember 2010 wurde am Flughafen in D. \_\_\_\_\_ aus dem Tresorraum, sog. Vault, der E. \_\_\_\_\_ gemäss Aussagen der Klägerin ein Teil des Goldes, rund 24,9 kg, dieser Lieferung geraubt. Der Rest wurde bestimmungsgemäss über Amsterdam nach Zürich geflogen und von dort durch die Beklagte nach G. \_\_\_\_\_ weiter transportiert. Die Klägerin fordert von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der C. \_\_\_\_\_ International mit der vorliegenden Teilklage Schadenersatz. Sie macht geltend, das Gold sei in D. \_\_\_\_\_ der Rechtsvorgängerin der Beklagten übergeben worden, welche sich vertraglich nicht nur verpflichtet habe, das Gold zu transportieren, sondern u.a. auch zu schützen, zu überwachen und zu versichern. Die Beklagte bestreitet dies; das Gold sei ihr als blosser Frachtführerin erst in Zürich übergeben worden.

### **E. 2**

Mit Urteil vom 30. März 2016 wies das Einzelgericht des Bezirksgerichtes Bülach die Klage ab, unter Regelung der Kosten- und Entschädigungsfolgen (Urk. 47). Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin mit Eingabe vom 4. Mai 2016, hier rechtzeitig eingegangen am 6. Mai 2016, Berufung. Mit Verfügung vom 25. Mai 2016 wurde der Klägerin Frist angesetzt, um einen Vorschuss für die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- zu bezahlen (Urk. 48). Dieser ging rechtzeitig bei der Obergerichtskasse ein (Urk. 49). Am 17. Juni 2016 wurde der Beklagten Frist anberaumt, um die Berufung zu beantworten (Urk. 50). Die Berufungsantwortschrift erfolgte rechtzeitig mit Eingabe vom 19. August 2016, hier eingegangen am 22. August 2016 (Urk. 53). Mit Verfügung vom 23. August 2016 wurde das Doppel der Berufungsantwort der Gegenpartei zur Kenntnisnahme zugestellt (Urk. 54). Weitere Eingaben der Parteien erfolgten nicht.

- 5 -

### **E. 3**

Bezüglich des erstinstanzlichen Prozessverlaufs kann auf dessen Darstellung im vorinstanzlichen Urteil verwiesen werden (Urk. 47 S. 2 f.) . Antragsgemäss (Urk. 46 S. 4) wurden die Akten des ersten Berufungsverfahrens NP140020 beigezogen. Die Beklagte hatte dazu ihr ausdrückliches Einverständnis erklärt (Urk. 53 S. 2). Zu Recht ging die Vorinstanz davon aus, dass vorliegend schweizerisches Recht zur Anwendung gelangt (Urk. 47 S. 3). II. 1. Mit der Berufung kann sowohl die unrichtige Rechtsanwendung als

auch die unrichtige Feststellung des Sachverhalts geltend gemacht werden (Art. 310 ZPO). In der Berufungsschrift sind die Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen. Zudem muss sie – im Gegensatz zur Klageschrift – nicht nur eine tatsächliche, sondern auch eine rechtliche Begründung enthalten (Reetz/Theiler, in: Sutter-Somm et al., ZPO Komm., Art. 311 N 36). Der Berufungskläger hat mittels klarer und sauberer Verweisungen auf die Ausführungen vor der Vorinstanz zu zeigen, wo er die massgebenden Behauptungen, Erklärungen, Bestreitungen und Einreden erhoben hat. Es ist nämlich nicht Sache der Rechtsmittelinstanz, die Akten und die Rechtsschriften der Vorinstanz zu durchforsten, um festzustellen, was welche Partei wo ausgeführt hat. Damit ist gesagt, dass die Berufungsschrift weder eine pauschale Verweisung auf die bei der Vorinstanz eingereichten Rechtsschriften noch eine neuerliche Darstellung der Sach- oder Rechtslage enthalten darf, welche nicht darauf eingeht, was vor der Vorinstanz vorgebracht worden ist und von dieser erwogen worden ist (BGE 138 III 374 E. 4.3.1). Pauschale Verweisungen auf die vor der Vorinstanz eingebrachten Rechtsschriften sind namentlich dann unzulässig, wenn sich die Vorinstanz mit den Ausführungen des Berufungsklägers auseinandergesetzt hat. Stützt sich der angefochtene Entscheid auf mehrere selbständige Begründungen, muss sich der Berufungskläger in der Berufungsschrift mit allen Begründungen auseinandersetzen. Das Gleiche gilt im Falle von Haupt- und Eventualbegründung. Auch hier muss sich der Berufungskläger mit beiden Begründungen auseinandersetzen (Hungerbühler/Bucher, - 6 - DIKE-Komm-ZPO, Art. 311 N 36 ff.). Zwar prüft die Berufungsinstanz nicht nur die geltend gemachten Rügen (Rügeprinzip). Der Berufungskläger hat sich aber mit der Begründung des erstinstanzlichen Entscheids auseinandersetzen; das Gericht muss den angefochtenen Entscheid nicht von sich aus auf Mängel untersuchen, es sei denn, der Sachverhalt sei geradezu willkürlich festgestellt worden oder das Recht sei geradezu willkürlich angewandt worden (Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 311 N 36). Aufgrund der umfassenden Überprüfungsbefugnis ist die Berufungsinstanz nicht an die mit den Rügen vorgebrachten Argumente oder an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden, sie kann die Rügen auch mit abweichenden Erwägungen gutheissen oder abweisen (vgl. Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 310 N 6). Die Begründungsanforderungen gelten auch für die Berufungsantwort, wenn darin Erwägungen der Vorinstanz beanstandet werden, die sich für die im kantonalen Verfahren obsiegende Partei ungünstig auswirken können (BGer 4A\_258/2015 vom 21. Oktober 2015, E. 2.4.2; Reetz/Theiler, a.a.O., Art. 312 N 11). 2. Im Berufungsverfahren sind neue Vorbringen nur noch unter den Voraussetzungen von Art. 317 Abs. 1 ZPO zulässig. Danach sind neue Tatsachen und Beweismittel nur noch zu berücksichtigen, wenn sie – kumulativ – ohne Verzug vorgebracht werden (Art. 317 Abs. 1 lit. a ZPO) und trotz zumutbarer Sorgfalt nicht schon vor erster Instanz vorgebracht werden konnten (Art. 317 Abs. 1 lit. b ZPO). Das Berufungsverfahren soll zwar den erstinstanzlichen Entscheid umfassend überprüfen, nicht aber alle Sach- und Rechtsfragen völlig neu aufarbeiten und beurteilen. Das Berufungsverfahren steht gewissermassen auf den Schultern des erstinstanzlichen Entscheides und dient nicht dazu, dass die Parteien Versäumtes nachbessern können. Alles, was relevant ist, ist deshalb in das erstinstanzliche Verfahren einfliessen zu lassen (Reetz/Hilber, a.a.O., Art. 317 N 31). Jede Partei, welche neue Tatsachen und Beweismittel einreicht, hat zunächst zu behaupten und zu beweisen, dass dies ohne Verzug geschieht. Will eine Partei unechte Noven geltend machen, so trägt sie die Beweislast für die Zulässigkeit der Noven. Sie muss zusätzlich Behauptungen aufstellen und Beweise benennen, aus denen sich ergibt, dass sie umsichtig und sorgfältig gehandelt hat, aber dennoch keine frühere Kenntnis von den neu vorgebrachten Tatsachen

und Behaup-

- 7 - tungen oder Beweismitteln hatte. Der anderen Partei steht der Gegenbeweis offen (Steininger, DIKE-Komm-ZPO, Art. 317 N7; vgl. zum Ganzen auch BGer 5A\_330/2013 vom 24. September 2013, E. 3.5.1 m.w.H.). III. 1. Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, dass die Einlieferung von 54,4810 kg Gold im E.\_\_\_\_\_ Vault durch die Klägerin als bewiesen gelte (Urk. 46 S. 6). Die Beklagte habe dies nicht bestritten (Urk. 38 S. 2). Diese Auffassung ist unzutreffend. Die Beklagte hatte den Goldraub in ihrem zweiten Vortrag (vom Gericht als Duplik bezeichnet = 1. Vortrag im Hauptverfahren) anlässlich der Hauptverhandlung vom 9. Dezember 2015 ausdrücklich bestritten (Urk. 19 S. 8). Entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 38 S. 2 f.) war die Beklagte in jenem Zeitpunkt ohne Weiteres noch befugt, diese Tatsache zu bestreiten, da der Aktenschluss noch nicht eingetreten war (BGE 140 III 312). Die Parteien konnten ihre Vorbringen bis dahin ergänzen oder abändern und bestreiten. Es konnten anlässlich der Hauptverhandlung auch noch neue Tatsachen behauptet werden (Art. 229 Abs. 2 ZPO). Der Aktenschluss trat nach den ersten Parteivorträgen an der Hauptverhandlung ein. Die Parteien hatten sich zuvor lediglich einmal in der Klagebegründung und Klageantwort vollumfänglich zum Prozessstoff äussern können (Urk. 2/2 und Urk. 2/25). Die Parteien sollen jedoch je zweimal die Möglichkeit haben, uneingeschränkt Tatsachen und Beweismittel vorzutragen zu können und danach grundsätzlich nicht mehr (Leuenberger, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., [3.A.], Art. 229 N 4 und 12). Die Vorinstanz stellte diese von der Klägerin behauptete Tatsache in der Folge jedoch nicht zum Beweis, sondern beschränkte das Beweisverfahren (einstweilen) auf den Beweissatz, wonach die Klägerin zu beweisen habe, dass die Beklagte vertraglich verpflichtet gewesen sei, für den Schutz, die Überwachung, die Versicherung und den Transport des Goldes am 17. Dezember 2010 besorgt zu sein (Urk. 22). Dieses Vorgehen ist zulässig, jedoch müsste beim Gelingen des Beweises durch die Klägerin der behauptete Goldraub ebenfalls noch bewiesen und das Beweisverfahren in diesem Sinne ergänzt werden. In diesem Zusammenhang ist noch darauf hinzuweisen, dass die Beklagte auch rechtzeitig bestreiten liess,

- 8 - dass der Klägerin ein Schaden entstanden sei, weil sie bezweifelte, dass die Klägerin überhaupt Eigentümerin des Goldes sei (Urk. 19 S. 10). 2.a) Zwischen den Parteien ist strittig, ob die Beklagte auch am 17. Dezember 2010 einen Goldtransport von D.\_\_\_\_\_ in die Schweiz als "door-to-door"-Geschäft ausgeführt und als sog. "full service provider" agierte. Die Parteien sind sich daher uneinig darüber, ob die Beklagte für die Sicherheit des Goldes während der Aufbewahrung des Goldes bei der E.\_\_\_\_\_ International Ltd. auf dem Flughafen D.\_\_\_\_\_ bis zum Abflug des Flugzeuges FH.\_\_\_\_\_ N.V. verantwortlich war und für einen allfälligen Verlust im Sinne von Art. 97 ff. OR haftete. Relevant ist somit einzig, wer für das Gold ab Eingang beim E.\_\_\_\_\_ Vault in D.\_\_\_\_\_ haftete (Urk. 46 S. 7). Demnach ist der konkrete Vertragsinhalt, d.h. vor allem die durch die Beklagte zu erbringenden Vertragsleistungen bezüglich dieser Goldlieferung, umstritten. Unbestritten ist, dass die Beklagte von dieser Lieferung am 30. Dezember 2010 die nach dem behaupteten Raub von 24,9 kg verbliebenen 30,5 kg Gold von Zürich nach G.\_\_\_\_\_ transportierte (Urk. 46 S. 5; Urk. 25/2 S. 17). b) Die Klägerin machte geltend, dass zwischen den Parteien eine langjährige Geschäftsbeziehung bestehe. Die Beklagte habe sich seit ca. 2008 verpflichtet, für die Klägerin Goldbarren von D.\_\_\_\_\_ in die Schweiz zu transportieren. Diese langjährige Geschäftsbeziehung sei nicht bestritten und durch die seit

2008 gestellten und bezahlten Rechnungen belegt (Urk. 46 S. 4; Urk. 17 S. 15; Urk. 38 S. 3). Ein entsprechender schriftlicher Vertrag bzw. schriftliche Verträge befinden sich nicht in den Akten. Deren Vorliegen wurde auch nicht explizit behauptet. Es wurde auch nicht vorgebracht, dass die Parteien einen Rahmen- bzw. Gesamtvertrag o.ä. über ihre mehrjährige Zusammenarbeit und die betreffenden Transporte abgeschlossen hätten, weshalb nicht vom Vorliegen eines solchen ausgegangen werden kann, sondern anzunehmen ist, dass die Parteien für jeden Transport (konkludent) einen neuen Vertrag abgeschlossen haben. Bezüglich des Goldtransportes vom 17. Dezember 2010 befindet sich ebenfalls kein schriftlicher Vertrag in den Akten. Dass kein schriftlicher Vertrag zwischen den Parteien für diesen Transport vorlag, ist auch unbestritten (Urk. 46 S. 26).

- 9 - Die Klägerin stellte sich auf den Standpunkt, dass zwischen den Parteien für über 300 Transporte ein mündlicher Vertrag durch übereinstimmende Willensäusserungen zustande gekommen sei, wonach die Beklagte gegen Bezahlung eines Entgelts Gold im E.\_\_\_\_\_ Vault im Flughafen D.\_\_\_\_\_ in Empfang genommen, in eigene Säcke verpackt, bis zum Flug gelagert habe und während der Vertragsdauer für dessen Schutz verantwortlich gewesen sei. Ein solcher Vertrag sei auch bezüglich des Transportes vom 17. Dezember 2010 mündlich zustande gekommen. Erst danach seien die Vertragsbedingungen geändert worden (Urk. 2 S. 3 ff.; Urk. 38 S. 3 f.; Urk. 46 S. 12 ff.). Die Haftung der Beklagten habe ab dem F.\_\_\_\_\_ Vault in D.\_\_\_\_\_ bestanden (Prot. I S. 9, 13). Auf Frage des Gerichts, weshalb die Beklagte ab der Einlieferung des Goldes im Vault in D.\_\_\_\_\_ dieses unter ihrer Kontrolle hätte haben sollen, meinte der Vertreter der Klägerin, weil sich die Beklagte im Vault befinde und sie die Transporte zusammen mit der F.\_\_\_\_\_ durchführe (Prot. I S. 9). Die Klägerin hatte jedoch die Aussage der Beklagten, dass sich bei diesem Transport niemand ihrerseits vor Ort befand, nicht bestritten. Die Klägerin erklärte, dass ihr Beauftragter, I.\_\_\_\_\_, ab Anfang November 2010 die Aufgabe von der ehemaligen Beauftragten der Beklagten, "J.\_\_\_\_\_", übernommen habe, das Gold vom Zoll bis zum Vault E.\_\_\_\_\_-F.\_\_\_\_\_ zu befördern. Das Gold sei am 17. Dezember 2010 in den Vault E.\_\_\_\_\_-F.\_\_\_\_\_ übergeben worden. Ab diesem Übergabezeitpunkt hätten sich die 54.4810 kg Gold in der Obhut der Beklagten befunden (Urk. 17 S. 13). Die Parteien sind sich einig, dass das Groundhandling ab November 2010 durch die Klägerin selbst übernommen wurde, nachdem es zuvor von "J.\_\_\_\_\_" vorgenommen worden war (Urk. 46 S. 7). Die Klägerin stellte sich jedoch auf den Standpunkt, dass das Groundhandling lediglich den Transport vom Zoll bis zum E.\_\_\_\_\_ Vault, eine Distanz von ca. 200m, beinhaltet habe (Urk. 46 S. 7). Die Beklagte erklärte, dass sich die Parteien einig seien, dass bis Ende Oktober 2010 solche sog. "door-to-door"-Geschäfte von ihr für die Klägerin ausgeführt worden seien, jedoch bestehe kein Konsens darüber, dass es sich auch am 17. Dezember 2010 um ein solches Geschäft gehandelt habe (Urk. 53 S. 3). Der zwischen den Parteien bezüglich dieses Transportes bestehende Vertrag habe lediglich den Transport von Zürich nach G.\_\_\_\_\_ umfasst. Es sei nicht vereinbart

- 10 - gewesen, dass die Beklagte das Gold bei der Klägerin abhole, das Gold von der Klägerin zum Flughafen transportiere, das Gold dort ins Flugzeug einlade und den Transport des Goldes mit dem Flugzeug von D.\_\_\_\_\_ via Amsterdam nach Zürich organisiere. Entgegen der Darstellung der Klägerin sei kein "door-to-door"-Geschäft vereinbart gewesen, und die Beklagte habe insbesondere nicht als "full service provider" agiert, im Gegensatz zu den Geschäften, welche sie bis Ende Oktober 2010 für die Klägerin durchgeführt habe. Bei jenen Geschäften sei das Gold unter der Verantwortung der

Beklagten bei der Klägerin abgeholt, zum Flughafen in D.\_\_\_\_\_ gebracht, in die Schweiz geflogen und ins Tessin gebracht worden (Urk. 19 S. 2 f.). Der Transporteur, welcher das vorliegend in Frage stehende Gold bei der Klägerin abgeholt und zum Flughafen in D.\_\_\_\_\_ transportiert und dort zur Verfrachtung nach Europa übergeben habe, habe im Auftrag der Klägerin agiert. Die Beklagte kenne diesen Transporteur nicht. Unter welcher Verantwortung der Transporteur stehe, der das Gold zum Flughafen bringe, sei jedoch entscheidend. Es verhalte sich so, dass der Transporteur als sog. Shipper auftrete und für den Transport des Goldes mit dem Flugzeug bis zum Zielflughafen verantwortlich sei. Dieser Transporteur schliesse den Vertrag mit der Fluggesellschaft bzw. Cargogesellschaft und bezahle vor Ort auch den Frachtpreis. Wenn also der Transporteur nicht im Auftrag der Beklagten tätig gewesen sei, dann könne auch die vom Transporteur beauftragte Fluggesellschaft nicht im Auftrag der Beklagten tätig gewesen sein. Wenn das Gold bei der Cargogesellschaft bzw. der Fluggesellschaft abhanden gekommen sei, sei dies nicht im Verantwortungsbereich der Beklagten gelegen. Bis Ende Oktober 2010 seien die Goldtransporte zum Flughafen D.\_\_\_\_\_ von der Firma "J.\_\_\_\_\_" durchgeführt worden. Diese Firma sei von der Beklagten ausgewählt und instruiert worden. Sie habe direkt an die Beklagte rapportiert und nach einem von der Beklagten bestimmten und überwachten Sicherheitskonzept gearbeitet. Entscheidend sei die Tatsache, dass "J.\_\_\_\_\_" von der Beklagten angewiesen worden sei, das Gold nicht einfach beim Flughafen D.\_\_\_\_\_ abzustellen, sondern das Gold auch so lange zu überwachen, bis es ins Flugzeug geladen und dieses gestartet sei (Urk. 19 S. 3 ff., Urk. 2/25 S. 7 f.). Die Beklagte habe mit "J.\_\_\_\_\_", ihrem Agenten, am 22. Oktober 2008 ein Services Agreement abgeschlossen, wonach "J.\_\_\_\_\_" die Verantwortung für

- 11 - die laufenden Sendungen als Unterbeauftragter übernommen habe (Urk. 2/25 S. 9). Ein wichtiger Aspekt sei, dass die 37 Sendungen, die durch ihren Agenten "J.\_\_\_\_\_" durchgeführt worden seien, immer durch bewaffnete und geschulte Mitarbeiter dieser Firma erfolgt seien, wogegen die durch die Klägerin selbst abgewickelten 23 Sendungen nach dem 5. November 2010 inklusive der streitgegenständlichen Sendung jeweils durch unbewaffnete Personen vorgenommen worden seien (Urk. 2/25 S. 10 f.). Die Beklagte habe als Frachtführerin lediglich 318 Gold-Sendungen transportiert, aber keine Lagerung vorgenommen (Urk. 2/25 S. 5). Diese Darstellung der Durchführung und Überwachung der Transporte durch die Beauftragte der Beklagten vor Ort in D.\_\_\_\_\_, "J.\_\_\_\_\_", wurde von der Klägerin nicht substantiiert bestritten (Urk. 17 S. 12, 14 und Urk. 38; Prot. I S. 13), weshalb von diesem Handlungsablauf auszugehen ist. Die Klägerin bestritt auch nicht ausdrücklich (Urk. 38), dass sie im konkreten Fall den Transport in D.\_\_\_\_\_ sowie die Flüge bei der F.\_\_\_\_\_ selbst organisierte bzw. organisieren liess und die Aufbewahrung des Goldes bis zum Abflug des F.\_\_\_\_\_-Flugzeuges im E.\_\_\_\_\_ Vault veranlasst hatte (Urk. 17 S. 13/14) und dass sie auf dem Air Waybill als Transporteur aufgeführt ist (Urk. 2/26/9). Sie erklärte sogar ausdrücklich, dass der Umstand, wonach die K.\_\_\_\_\_ auf dem Air Waybill als "Shipper" aufgeführt sei, bedeute, dass sie den Auftrag für den Transport gegeben habe (Prot. I S. 8; Urk. 46 S. 15). Sie anerkannte, dass alle Handlungen vor Ort und die Organisation des Transportes durch sie erfolgten. Sie behauptete dennoch, dass das Gold nach dessen Eingang im E.\_\_\_\_\_ Vault bezüglich Haftung in den Verantwortungsbereich der Beklagten übergegangen sei (Prot. I S. 8 Urk. 46 S. 15). Die Klägerin bestritt im Weiteren auch nicht, dass weder die Beklagte bzw. ein Beauftragter der Beklagten im Zusammenhang mit dem fraglichen Transport am 17. Dezember 2010 vor Ort in D.\_\_\_\_\_ zugegen war und irgendwelche der genannten Aufgaben eines Shippers zu

Gunsten der Klägerin wahrgenommen hatte. Insofern hatte sich - entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 46 S. 15 ff.) - Wesentliches gegenüber den früheren Transporten geändert, indem die Beklagte nicht mehr vor Ort vertreten war.

- 12 - c) Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sachverhaltsmässig feststeht, dass die Beklagte bzw. ein Vertreter oder Beauftragter von ihr, am 17. Dezember 2010 nicht vor Ort auf dem Flughafen in D.\_\_\_\_\_ war. Auch ist davon auszugehen, dass die Klägerin den Transport organisierte, indem sie den Transport bis zum E.\_\_\_\_\_ Vault sicherstellte, die Einlieferung des Goldes in den F.\_\_\_\_\_ - E.\_\_\_\_\_ -Vault besorgte und auch den Flug via Amsterdam in die Schweiz buchte. Es war demnach nicht vereinbart gewesen, dass die Beklagte das Gold bei der Klägerin abhole, das Gold von der Klägerin zum Flughafen transportiere, das Gold dort ins Flugzeug einlade und den Transport des Goldes mit dem Flugzeug von D.\_\_\_\_\_ via Amsterdam nach Zürich organisiere. Das Groundhandling wurde allein von der Klägerin vorgenommen, ohne Wissen der Beklagten (vgl. auch Urk. 47 S. 12). Die Beklagte hatte demnach weder mit dem E.\_\_\_\_\_ Vault noch mit der Fluggesellschaft einen Vertrag bezüglich Aufbewahrung und Transport des Goldes vereinbart. Solches behauptete die Klägerin auch nicht. Die Klägerin schloss den Transportvertrag mit der F.\_\_\_\_\_. Die Beklagte war bei der Buchung des Fluges und der Übergabe des Goldes zur Aufbewahrung bei der E.\_\_\_\_\_ International Ltd. noch nicht einmal darüber informiert worden, dass überhaupt eine Lieferung stattfinden sollte. Die Beklagte wurde über den fraglichen Goldtransport unbestrittenermassen erstmals mit Mail vom 17. Dezember 2010 (Urk. 20/27), welches Ortszeit Zürich 13.18 Uhr abgeschickt wurde, informiert, wobei die Mail nicht an die Beklagte, sondern an die Käuferin des Goldes in der Schweiz gerichtet und die Beklagte nur im CC aufgeführt war (Urk. 19 S. 5; Prot. I S. 21). Aufgrund dieser Umstände ist davon auszugehen, dass zwischen der Beklagten und der Fluggesellschaft F.\_\_\_\_\_ bzw. der E.\_\_\_\_\_ International Ltd. kein Vertragsverhältnis bestand, da die Klägerin als Shipper in D.\_\_\_\_\_ auftrat und den ganzen Transport inkl. Flüge organisierte und bezahlte, wie auch das Gold bei der E.\_\_\_\_\_ International Ltd. zur Aufbewahrung übergab. d) Als Zwischenfazit ist daher festzuhalten, dass der Vertragsinhalt gegenüber den früheren Verträgen, bei denen ein Beauftragter der Beklagten, "J.\_\_\_\_\_", vor Ort war und das Groundhandling vornahm, grundlegend geändert wurde. Die Rolle der Beklagten wurde wesentlich reduziert, indem sie ab November 2010 lediglich noch den Transport ab dem Zielflughafen in Zürich überneh-

- 13 - men musste (Urk. 47 S. 14). Diese Vertragsbedingungen wurden von den Parteien offensichtlich im gegenseitigen Einvernehmen vereinbart. Anderes wurde jedenfalls nicht behauptet. Schon diese Umstände erwecken erhebliche Zweifel an der Darstellung der Klägerin, wonach trotz dieser markanten Reduzierung der Aufgaben der Beklagten, deren Übergang auf eine andere Firma und dem damit stark verminderten Einfluss der Beklagten auf Durchführung der Transporte, die Zusicherung bezüglich Weitergeltung der Haftung im ursprünglichen Umfang aufrechterhalten wurde. Es erscheint eher lebensfremd anzunehmen, dass der Vertragsinhalt derart weitgehend geändert, die Haftung aber unvermindert beibehalten wurde. Dies ist jedoch im Folgenden anhand der von der Klägerin bezeichneten Beweismittel zu prüfen. 3.a) Im modernen Zivilprozess gilt der Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung durch das Gericht, welcher nun auch in Art. 157 ZPO ausdrücklich verankert ist. Freie Beweiswürdigung heisst, dass das Gericht nach Abnahme der erforderlichen Beweise ohne Bindung an bestimmte formelle Beweisregeln nach pflichtgemäss ausgeübtem Ermessen und nach seiner frei gebildeten

Überzeugung darüber befinden soll, ob der Beweis für eine bestimmte Tatsache geleistet worden ist oder nicht. Glaubwürdigkeit, klare Aussage, Widersprüche etc. bilden Anhaltspunkte für die Beweiswürdigung etwa einer Zeugenaussage durch das Gericht (Stahelin/Stahelin/Grolimund, Zivilprozessrecht, Zürich 2013, § 18 N 31 f.). Die freie Beweiswürdigung mündet in eine subjektive, allerdings auf die objektive Wahrheit als Beweisziel gerichtete Überzeugung des Gerichts. Sie bestimmt das Beweisergebnis verbindlich, wenn sie mit den Natur- und Denkgesetzen sowie den durchgesetzten Erfahrungssätzen zu vereinbaren ist. Den Kontrollmassstab legt nicht Art. 8 ZGB, sondern letztlich das Willkürverbot fest (BK-Walter, N 122 zu Art. 8). Das Beweismass regelt den Grad der Sicherheit, mit welchem die tatbestandsmässigen Tatsachen nachgewiesen werden müssen, um die Rechtsfolge auszulösen. Es bestimmt die Anforderungen an die Intensität des Beweises und steht in engem Zusammenhang mit der Beweiswürdigung, ist begrifflich aber von ihr abzusetzen. Vorerst wird in der Beweiswürdigung geprüft, ob Beweis erbracht ist. Im Anschluss daran regelt das Beweismass, wann der Beweis gelungen ist. Die Beweiswürdigung ist die qualitative Bewertung der erhobe-

- 14 - nen Beweise im Einzelfall, das Beweismass die normative Stufe, welche das Gericht in der konkreten Beweiswürdigung erklimmen muss, um vom non liquet zum Beweis zu gelangen (BK-Walter, N 126 zu Art. 8). Vorliegend gilt das Regelbeweismass, also der volle, strenge und sichere oder strikte Beweis muss gelingen. Er ist erbracht, wenn das Sachgericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Wahrheit einer Behauptung und damit vom Vorliegen einer Tatsache voll überzeugt ist. Jeder Hauptbeweis muss im Zivilprozess als Regelbeweis erbracht werden, sofern nicht Gesetz oder gesetzmässiges Richterrecht anderes anordnet. Das Vorliegen der Tatsache braucht nicht mit Sicherheit festzustehen, die an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit reicht für den Nachweis aus, selbst wenn eine abweichende Möglichkeit nicht völlig auszuschliessen ist (BK-Walter, N 134 zu Art. 8). b) Als Beweismittel wurde von der Klägerin der Air Waybill vom 17. Dezember 2010 bezeichnet (Urk. 2/4/3 = Urk. 2/26/9). In diesem Luftfrachtbrief wird die K.\_\_\_\_\_, welche mit der Klägerin identisch ist (Prot. I S. 8), als Shipper (Transporteur) und die Beklagte als Consignee (Empfängerin) aufgeführt. Die zu transportierende Fracht wird mit 55,4 kg Goldbarren angegeben. Weiter ist ersichtlich, dass der Air Waybill durch die FH.\_\_\_\_\_ ausgestellt wurde, welche als carrier den Transport von D.\_\_\_\_\_ via Amsterdam nach Zürich durchführte. Hinweise auf einen Vertrag zwischen der Klägerin und der Beklagten bzw. einen konkreten Vertragsinhalt bezüglich Haftung ergeben sich daraus nicht. Die Beklagte führte aus, die Klägerin habe ab 5. November 2010 das Erstellen der Air Waybills in D.\_\_\_\_\_ selbst organisiert. I.\_\_\_\_\_ habe dann jeweils die Air Waybills per E-Mail an die Beklagte geschickt, damit die Beklagte über die Ankunft der Sendung in Zürich informiert gewesen sei (Urk. 2/25 S. 8). Die Klägerin erachtete es als unbeachtlich, wer als Shipper auf dem Air Waybill aufgeführt sei. Als Shipper werde bezeichnet, wer den Auftrag für den Transport gegeben habe (Prot. I S. 8). Viel wichtiger sei jedoch der Umstand, dass ab dem Zeitpunkt, in dem sich das Gold im E.\_\_\_\_\_ - F.\_\_\_\_\_ Vault des Flughafens D.\_\_\_\_\_ befunden habe, die Beklagte für die Überwachung, Transport und die Versicherung zuständig gewesen sei. Der Air Waybill halte fest, dass die Beklagte als "Consignee" die Person sei, die das Gold im E.\_\_\_\_\_ - F.\_\_\_\_\_ Vault des Flughafens in D.\_\_\_\_\_ in ihrer Obhut hatte

- 15 - (Urk. 17 S. 13 f.; Urk. 46 S. 14). Die Beklagte machte geltend, dass die Klägerin in ihrer Mitteilung, welche die Klägerin der Beklagten am 17. Dezember 2010 zuge-

habe, auf den Air Waybill verweise. In dieser Mitteilung führe die Klägerin aus, dass die Beklagte "upon arrival" (Urk. 2/4/4) zu benachrichtigen sei. Damit sei jedoch der Ankunftsort des Flugzeuges und nicht die Ankunft der Ware am Abflugort des Flugzeuges gemeint. Somit sei die Beklagte erst ab Zürich zuständig gewesen (Urk. 19 S. 6). Entgegen der Auffassung der Klägerin geht aus dem Air Waybill auch nicht hervor, dass die F.\_\_\_\_\_ Unterakkordantin der Beklagten war (Urk. 38 S. 7). Dies wurde von der Beklagten auch in Abrede gestellt (vgl. auch Urk. 53 S. 6). Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass sich die Behauptungen der Parteien bezüglich der Bedeutungen des Air Waybill widersprechen. Fest steht jedoch, dass aus dieser Urkunde nicht konkret hervorgeht, dass die Beklagte ab Einlieferung des Goldes durch die Klägerin in den E.\_\_\_\_-F.\_\_\_\_- Vault für dessen Sicherheit haftete. Der auferlegte Beweis kann durch diese Urkunden somit nicht rechtsgenügend erbracht werden. Die entsprechenden Einwendungen der Klägerin in ihrer Berufungsbegründung sind daher nicht stichhaltig (Urk. 46 S. 8., 15).

c) Entgegen der Auffassung der Klägerin (Urk. 38 S. 7) geht aus der Rechnung vom 17. Dezember 2010 (Urk. 2/4/4) nicht mit genügender Klarheit hervor, dass die Beklagte eindeutig dafür zuständig war, dass das Gold vom Vault in das Flugzeug gebracht und nach Zürich geflogen werde (Urk. 38 S. 7 f.). Es ist nur ersichtlich, dass als Destination L.\_\_\_\_ Ltd. aufgeführt ist und nach der Ankunft die C.\_\_\_\_ A.G., M.\_\_\_\_, benachrichtigt werden soll. Das von der Klägerin behauptete, lässt sich diesen Urkunden nicht explizit entnehmen. Es bleibt ein gewisser Interpretationsspielraum. Diese Urkunde ist daher nicht geeignet, den erforderlichen strikten Beweis zu erbringen.

d) Wie die Vorinstanz zutreffend ausführte, ergibt ein Vergleich zwischen den den Listen angefügten Air Waybills aus der Zeit vor November 2010 (Urk. 2/26/7) mit denjenigen danach (Urk. 2/26/8) und dem Air Waybill vom 17. Dezember 2010 (Urk. 2/26/9), dass bis Ende November 2010 "J.\_\_\_\_" und - 16 - nachher die K.\_\_\_\_ sowie für vier weitere Transporte die N.\_\_\_\_ NV als Spediteur aufgeführt waren. Diese Urkunden belegen einzig, dass der Transporteur ab November 2010 gewechselt hat.

e) Die Klägerin hatte sich bezüglich der Haftung der Beklagten stets auch auf einen Fax der Beklagten vom 4. August 2010 (Urk. 2/4/9b) berufen (Urk. 2 S. 7; Urk. 38 S. 6; Urk. 46 S. 8). Darin bestätigte M.\_\_\_\_ zuhanden der Klägerin, dass die Beklagte ihre Verantwortung für die Goldtransporte ab der Übernahme durch die F.\_\_\_\_-Fluggesellschaft bis zur Auslieferung an den Endempfänger übernehme. Diese Zusicherung wurde jedoch zu einem Zeitpunkt abgegeben, als die Beklagte das Groundhandling in D.\_\_\_\_ noch selbst bzw. durch einen Beauftragten vor Ort vornahm. Sie bezog sich offensichtlich auf diejenigen Dienstleistungen, die die Beklagte bis Ende Oktober 2010 erbrachte. Es war keine Zusicherung für irgendwelche künftigen Transporte. Allein der Umstand, dass die Beklagte dieses Schreiben nach den geänderten Umständen ab November 2010 nicht widerrief, reicht nicht aus, um eine Weitergeltung dieser Haftung zu beweisen. Da bei jedem Transport ein neuer Vertrag abgeschlossen wurde und sich die Bedingungen und damit der Vertragsinhalt ab November 2010 wesentlich geändert hatten, konnte die Klägerin nach Treu und Glauben im Geschäftsverkehr nicht davon ausgehen, dass nur dieser Punkt unverändert weiter gelte bzw. übernommen werde, obwohl die Beklagte keinerlei Kontrolle mehr vor Ort ausübte und die Transporte auch nicht organisierte, sondern das ganze Groundhandling neu bei der Klägerin war. Aufgrund des Wortlauts dieses Schreibens ist zudem fraglich, ob die Haftung nicht erst ab Verlad des Goldes in das Flugzeug bestehen sollte und nicht ab Einlieferung in den E.\_\_\_\_-F.\_\_\_\_ Vault (vgl. dazu auch die Ausführungen der Vorinstanz in Urk. 47 S. 16), auf welchen Standpunkt sich auch die Beklagte stellte (Urk. 53 S. 10). Da das Gold

angeblich im Vault abhanden gekommen war, wäre der Diebstahl unter diesen Umständen durch die Versicherung der Beklagten ohnehin nicht gedeckt gewesen. Auch diese Urkunde vermag den strikten Beweis für eine Haftung der Beklagten bezüglich des konkreten Transportes jedenfalls nicht zu erbringen.

- 17 - f) Als weiteres Beweismittel wurde von der Klägerin der Versicherungsnachweis vom 20. August 2010 (Urk. 2/4/10a und b) genannt (Urk. 22 S. 2; Urk. 2 S. 8; Urk. 46 S. 9). Was dessen Inhalt anbelangt, kann auf die Ausführungen der Vorinstanz verwiesen werden (Urk. 47 S. 8). Es handelt sich dabei um eine allgemeine Versicherungsdeckung, welche keinen direkten Zusammenhang mit dem Transport vom 17. Dezember 2010 aufweist und über die konkrete Haftung der Beklagten betreffend diesen Transport keinen Beweis zu erbringen vermag (vgl. auch Urk. 47 S. 15). Die Klägerin kann ohnehin keine direkten Ansprüche daraus ableiten. Dass diese Versicherungsdeckung gegenüber der Klägerin nicht widerrufen wurde (Urk. 46 S. 9), ist ebenfalls unerheblich, da sie wohl auch für die Transporte ab anderen Flughäfen galt, nämlich generell für internationale Transporte. g) Die Klägerin berief sich zum Beweis (Urk. 22 S. 2) auch auf eine Rechnung vom 31. Dezember 2010 (Urk. 2/4/14 = Urk. 2/26/3), worin die Beklagte der Klägerin für den Transport von 30,5 kg Gold von Zürich nach G.\_\_\_\_\_ (airport vault destination to door) USD 880.-- verrechnete. Diese Rechnung vermag den geforderten strikten Beweis ebenfalls nicht zu erbringen. Sie belegt einzig die Kosten für den Transport von Zürich nach G.\_\_\_\_\_. Hätte es sich - wie die Klägerin stets behauptete - bei dem Transport vom 17. Dezember 2010 um ein "Door-to-door"-Geschäft der Beklagten gehandelt, wären die 30,5 kg Gold, welche nach dem Raub noch in die Schweiz transportiert wurden, ab D.\_\_\_\_\_ verrechnet worden, die Rechnung wäre allenfalls wegen der ursprünglich höheren Menge von 54,5 kg etwas tiefer ausgefallen. Eine Rechnung für den Transport der 30,5 kg Gold von D.\_\_\_\_\_ in die Schweiz befindet sich jedoch nicht bei den Akten und wurde auch nicht geltend gemacht. Der Umstand, dass jedoch für diesen Transport offenbar nur die Strecke Zürich-G.\_\_\_\_\_ verrechnet wurde, deutet daraufhin, dass die Beklagte, wie sie geltend machte, auch nur für den Transport ab dem Zielflughafen Zürich verantwortlich war. Da keine weiteren Rechnungen auf Seiten der Klägerin als Beweismittel abgenommen wurden (Urk. 22 S. 2) und dies von der Klägerin nicht gerügt wurde, ist darauf nicht weiter einzugehen. Weil zudem nicht ausgeführt wurde, ob der Transportpreis wesentlich von der zu transportierenden Goldmenge, was eher der Fall sein dürfte (Urk. 18/29b), oder der

- 18 - Länge der Transportstrecke abhängt, könnten aus einem solchen Vergleich ohnehin keine aussagekräftigen Schlüsse gezogen werden. h) Die Klägerin stellte sich weiter auf den Standpunkt, dass den E-Mails vom 30. Dezember 2010 und 4. Januar 2011 (Urk. 18/29 a und b) sowie dem Fax vom

#### **E. 4**

Die Gerichtskosten für das zweitinstanzliche Verfahren werden der Klägerin auferlegt und mit ihrem Kostenvorschuss verrechnet.

#### **E. 5**

Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten für das Berufungsverfahren eine Parteientschädigung von Fr. 3'564.-- zu bezahlen.

#### **E. 6**

Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Vorinstanz, je gegen Empfangsschein. Nach unbenutztem Ablauf der Rechtsmittelfrist gehen die erstinstanzlichen Akten an die Vorinstanz zurück.

#### **E. 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. 29'900.--. Die Beschwerde an das Bundesgericht hat keine aufschiebende Wirkung. Hinsichtlich des Fristenlaufs gelten die Art. 44 ff. BGG.

- 23 - Zürich, 15. November 2016 Obergericht des Kantons Zürich I. Zivilkammer Die Vorsitzende: Die Gerichtsschreiberin: Dr. L. Hunziker Schnider lic. iur. P. Knoblauch versandt am: jo

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.