



Mitwirkend: Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Vizepräsidentin, und Oberrichter Prof. Dr. Alexander Brunner, Handelsrichter Dr. Alexander Müller, Handelsrichterin Nathalie Lang und Handelsrichterin Dr. Myriam Gehri sowie der Gerichtsschreiber Dr. Moritz Vischer

Urteil und Beschluss vom 26. Februar 2019

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwältin Dr. iur. X. _____

gegen

B._____ AG,
Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag in der Höhe von CHF 412'051.00 zzgl. Zins zu 5% seit dem 8. Juli 2016 zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin vorbehält, für den Zeitraum ab 1. Januar 2017 eine weitere Entschädigung für den Ertragsausfall aus ihrer Geschäftstätigkeit zu fordern.
3. Es sei die Rücktrittserklärung der Beklagten vom Versicherungsvertrag vom 19. August 2015, geltend gemacht im Schreiben vom 14. November 2016, für ungültig zu erklären.
4. Alles unter Kosten- (zzgl. MwSt.) und Entschädigungsfolgen zu lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist im Optikergeschäft tätig, namentlich im Verkauf von Brillen. Die Beklagte betreibt ein Versicherungsunternehmen.

b. Prozessgegenstand

Mit der vorliegenden Klage nimmt die Klägerin die Beklagte als Versicherin für einen Diebstahl in ihrer Filiale in C._____ in die Pflicht.

B. Prozessverlauf

Am 17. Februar 2017 reichte die Klägerin die Klage hierorts ein (act. 1). Den ihr mit Verfügung vom 27. Februar 2017 (act. 5) auferlegten Kostenvorschuss leistete sie fristgerecht (act. 7). Im Anschluss wurde der Beklagten mit Verfügung vom 7. März 2017 (act. 8) Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt. Deren Erstattung erfolgte am 24. Mai 2017 (act. 10). Nachdem an der Vergleichsverhandlung vom 19. Dezember 2017 keine Einigung erzielt werden konnte (Prot. 6 f.),

wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und hierfür ein weiterer Kostenvorschuss eingefordert (act. 17). Die Replik datiert vom 22. März 2018 (act. 20) und die Duplik vom 11. Juni 2018 (act. 24). Am 11. Februar 2019 reichte die Klägerin eine Noveneingabe ein (act. 34). Die Hauptverhandlung fand am 26. Februar 2019 statt. Anlässlich dieser Verhandlung nahm die Beklagte auch zur genannten Noveneingabe Stellung (Prot. S. 15). Das Verfahren erweist sich als spruchreif. Ein Urteil kann ergehen (Art. 236 Abs. 1 ZPO). Auf die Ausführungen der Parteien ist nur soweit einzugehen, als sie für den Entscheid relevant sind.

Erwägungen

1. Formelles

Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich blieben vorliegend zu Recht unbestritten.

Die Klägerin verlangt nebst ihres Leistungsbegehrens auch die gerichtliche Feststellung, dass "die Rücktrittserklärung der Beklagten vom Versicherungsvertrag vom 19. August 2015" ungültig sei. Ein derartiges Feststellungsbegehren ist an bestimmte Voraussetzungen gebunden, die durch die Klägerin auszuführen gewesen wären (dazu z.B.: BGE 135 III 378 E. 2.2; BGE 136 III 523 E. 5; namentlich z.B. "Subsidiarität"). Sie legt allerdings keine einzige dieser Voraussetzungen konkret dar (act. 1 N 29). Dies führt ohne Weiteres zu einem Nichteintreten auf das entsprechende Feststellungsbegehren.

Gerade die zugleich erhobene Leistungsklage auf Bezahlung von CHF 412'051.– aus demselben Versicherungsvertrag, dessen Bestand letztlich mit der Feststellungsklage festgestellt werden soll, lässt gewahr werden, dass die *Subsidiarität* der Feststellungsklage ohnehin nicht gegeben gewesen wäre. Auch aus diesem Blickwinkel hätte auf die Feststellungsklage nicht eingetreten werden können.

2. Schadensberechnung / Quantitativ

2.1. Vorbemerkungen

Die Klägerin hat die Tatsachen zur Begründung ihres Versicherungsanspruchs zu beweisen, also namentlich den Umfang des Anspruchs (BGE 130 III 321 E. 3.1; BGE 141 III 241 E. 3.1). Nur für den Eintritt des Versicherungsfalls erfolgt nach der Rechtsprechung eine Beweiserleichterung, indem das Beweismass auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt wird (BGE 130 III 321 E. 3.3). In dessen gilt für das Schadensquantitativ das Regelbeweismass. Für eine richterliche Schadensschätzung bleibt nach dem Gesagten kein Raum, zumal die Klägerin zu den diesbezüglichen Anspruchsvoraussetzungen auch nichts ausgeführt hat (dazu: BGE 143 III 297 E: 8.2.5.2). Kurzgefasst ist es an der Klägerin, das Quantitativ ihrer Forderung konkret zu behaupten, zu substantiieren und zu beweisen (vgl. z.B. kürzlich auch wieder BGE 144 III 155 E. 2.2.2). Dies gilt umso mehr, als es sich bei der Klägerin um eine GmbH handelt, die verpflichtet ist, eine ordnungsgemässe Rechnungslegung zu führen.

Übersichtshalber macht die Klägerin folgende Beträge geltend (act. 1 N 27):

Aufräumarbeiten	CHF 800.–
Brillen (2000 Brillen x CHF 100.–)	CHF 200'000.–
Fenster / Glasbruch	CHF 291.–
Kassenbestand	CHF 5'000.–
Medizinische Geräte (Wiederbeschaffung)	CHF 104'117.–
Offene Rechnungen (abholbereite Brillen)	CHF 6'111.–
Kosten für Buchhaltung	CHF 6'404.–
Ertragsausfall	CHF 89'328.–
Total	CHF 412'051.–

Im Folgenden ist die Versicherungsdeckung für jede Position gesondert zu prüfen.

2.2. Aufräumarbeiten / Brillen

Die Klägerin räumt bezüglich der Positionen "Aufräumarbeiten" und "Brillen" unumwunden ein, dass es sich um blossе Schätzungen handelt:

act. 20 N 64: Position "Aufräumarbeiten" (Hervorhebungen hinzugefügt)

"Herr D._____ (Anm.: Geschäftsführer der Klägerin) hat die Anzahl der erbrachten Arbeitsstunden bloss geschätzt. Seine Schätzung ist jedoch korrekt und nachvollziehbar."

act. 20 N 55: Position "Brillen" (Hervorhebungen hinzugefügt)

"Schliesslich ist davon auszugehen, dass eine Zahl von 2'000 Brillen (Anm.: in casu eingeklagt), die von der Klägerin als gestohlen angegeben wurden, selbstverständlich eine Schätzung sein muss. Dass es sich um eine ziemlich gute realistische Schätzung handelt, bestreitet die Klägerin nicht, aber es ist eine Schätzung. (...) Die Anzahl der Brillen konnte der Geschäftsführer der Klägerin deshalb ziemlich gut schätzen, weil er erfahrungsgemäss von jeder Brillenart (Damen-, Herren-, Unisex-, Sonnen- und Kinderbrillen) eine gewisse Anzahl in der Auslage hat."

Mit ihren Ausführungen kommt die Klägerin den eingangs beschriebenen Anforderungen an die konkrete Darlegung des Quantitativen nicht nach. Dies hat für sich genommen bereits die Klageabweisung mangels gehöriger Schadenssubstantiierung zur Folge.

Die Ausführungen und Berechnungen der Klägerin sind im Übrigen auch schlicht nicht nachvollziehbar, widersprüchlich und un schlüssig (z.B. exakte Anzahl an gestohlener Brillen 2'259 [act. 20 N 82] vs. möglicherweise zwischen 1'970 bis 2'050 gestohlene Brillen [act. 20 N 25]; Berechnung der Höhe des Stundensatzes für Aufräumarbeiten [act. 20 N 65], diesbezüglich wohl sowieso "Ohnehin-Kosten" [vgl. Zugeständnis in act. 20 N 64] etc.).

Durch die Einholung eines Gutachtens, das mehrfach offeriert wurde, kann ein nur ungenügend vorgetragenes Tatsachenfundament nicht ergänzt werden (z.B. Urteil BGer 4A_504/2015 vom 28. Januar 2016 E. 2.4; vgl. BGE 141 III 549, nicht publ. E. 3.1).

2.3. Fenster

Replicando gesteht die Klägerin ein, dass sie nicht Auftraggeberin der Reparaturarbeiten am Fenster war. Vielmehr habe ihre Vermieterin, die E._____ Genossenschaft, diese in Auftrag gegeben (act. 20 N 61). Unklar bleibt aber aufgrund der klägerischen Vorbringen, wer schlussendlich für die Rechnung aufgekommen ist, zumal die Klägerin in der Klageschrift noch von direkt ihr entstandenen Kosten

sprach (act. 1 N 16). Sollte die Klägerin sie schlussendlich doch getragen haben, hätte sie darlegen müssen, inwiefern ein derartiger, bei einer Dritten (E. _____ Genossenschaft) eingetretener Schaden von der beklagten Versicherung gedeckt ist. Dies hat sie allerdings nicht getan, weshalb ihr auch kein Betrag für die Position "Fenster" zugesprochen werden kann.

Die Beklagte wendet diesbezüglich ohnehin ein, dass mangels Glasbruchs unter dem Versicherungsvertrag vom 19. August 2017 keine Deckung bestünde (act. 3/2; act. 10 N 46). Das scheint die Klägerin auch gar nicht zu bestreiten, stützt sie sich im zweiten Parteivortrag (wohl) ausschliesslich auf die mit der Beklagten geschlossene Haftpflichtversicherung (act. 20 N 62). Ihre Verweisung auf eine mehrere Seiten umfassende, nicht unterschriebene und zeitlich befristete Offerte vom 3. Oktober 2015 (act. 21/61) erweist sich im Geltungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes aber als unbehelflich. Es ist nicht Aufgabe des Gerichts, die Anspruchsgrundlage aus dem genannten Dokument, sollte dieses überhaupt rechtsbeständig sein, herauszusuchen (z.B. Urteil 4A_281/2017 vom 22. Januar 2018 E. 5). Die genannten Gründe haben die Klageabweisung zur Folge.

2.4. Kassenbestand

Die klägerischen Tatsachenvorbringen sind unklar: Einerseits spricht die Klägerin von einem gestohlenen Betrag von CHF 5'685.- und andererseits von einem solchen von CHF 5'591.25 (act. 20 N 43). Ob sich "üblicherweise" CHF 5'000.- in der Kasse der Filiale in C. _____ befunden haben oder nicht, ist ebenso irrelevant (act. 20 N 43). Die Klägerin hat das Quantitativ ihrer Forderung, wie ausgeführt, genau zu behaupten und zu substantiieren. Es genügt nicht, wenn sie lediglich irgendeinen Betrag über den versicherten CHF 5'000.- geltend macht.

Die Beklagte bestreitet zudem die klägerische Berechnung konkret, was die Klägerin nicht mit schlüssigen Tatsachenbehauptungen zu entkräften vermag. Bloss pauschal führt sie aus, dass die betroffene Kasse im Geschäft C. _____ nie im Minus geführt wurde (act. 20 N 67). Warum dies – anders als im Geschäft in F. _____ – so sein soll, lässt sich nicht nachvollziehen. Gleiches gilt hinsichtlich

einer dritten, offenbar vorhandenen Kasse, die "Ende Jahr zur Korrektur" benötigt wurde (act. 20 N 67).

Angesichts dieses Behauptungssubstrats können durch das Gericht keine Tatsachenfeststellungen über die Kasse in C._____ zum Zeitpunkt des Einbruchs erfolgen. Die Klage ist abzuweisen.

2.5. Medizinische Geräte (Wiederbeschaffung)

Die Klägerin fordert den Neupreis von insgesamt vier medizinischen Geräten, die beim Einbruchdiebstahl entweder zerstört oder entwendet worden seien (act. 1 N 19). Es handelt sie um einen Schleifautomaten samt Handschleifmaschine, ein Scheitelbrechwertmesser, ein Autoref-Keratometer und ein Automatisches Phoropter.

Die diesbezüglichen Ausführungen der Klägerin sind erneut nicht schlüssig.

Es ist unklar, ob die zerstörte Handschleifmaschine doch noch kostengünstiger hätte repariert werden können. Jedenfalls entgegnet die Klägerin auf die Bestreitung der Beklagten selbst, die Möglichkeit einer Reparatur sei "nicht von der Hand zu weisen" (act. 20 N 75). Ohne Nennung von konkreten Beträgen fährt sie dann fort, dass eine solche Reparatur teurer gewesen wäre als eine Neuanschaffung. Aufgrund dieser Behauptungen ist es nicht möglich, festzustellen, ob die Beklagte tatsächlich den Neupreis oder nur die Reparaturkosten schulden würde. Selbst die zum Beweis anbotene E-Mail vom 15. August 2016 bringt keine Klärung. Vielmehr spricht sie nur allgemein davon, dass eine G._____ (Suisse) SA den Handschleifmaschinentyp nicht warten könne ("kann nicht von uns gewartet werden"; act. 3/19).

Ausserdem fordert die Klägerin nicht nur den Neupreis für den entwendeten Schleifautomaten samt Handschleifmaschine, sondern auch für ein "... Lesegerät" (act. 3/20) in der Höhe von total CHF 65'386.44. Was es mit Letzterem auf sich hat, ist nicht klar. Es wird nur pauschal behauptet, dass dieses Lesegerät ebenfalls entwendet wurde (act. 20 N 76). Im eingereichten Filial-Inventar taucht das

Gerät jedenfalls nicht separat auf (act. 3/21). Ob hierfür durch die Beklagte Ersatz geschuldet wird, kann nicht beurteilt werden.

Diese Gründe machen insgesamt die genaue Zusammensetzung des geltend gemachten Betrags von CHF 65'386.44 für einen "Schleifautomaten samt Handschleifmaschine" un schlüssig (Umfasst dieser Wert tatsächlich den "Neupreis" für die gestohlenen / beschädigten Geräte? Welche wären dies überhaupt; gehört das ... Lesegerät auch dazu? etc.).

Gleiches gilt auch hinsichtlich der weiteren Geräte (Scheitelbrechwertmesser, Autoreif-Keratometer und Automatisches Phoropter). Zum einen blieb die Aussage der Klägerin, die exakt gleichen Geräte würden auf dem Markt nicht mehr existieren (act. 20 N 71), unbelegt, und zum anderen enthält der geltend gemachte Neupreis auch Kosten für "Installation Silver" und "Instruktion Silver" (act. 3/18). Bezüglich der letzten Positionen blieb sogar unbestritten, dass es sich um nicht versicherte Kosten handelt (act. 20 N 71). Das Quantitativ kann nicht nachvollzogen werden. Zu ergänzen ist, dass ein Gutachten das ungenügend vorgetragene Tatsachenfundament nicht zu ergänzen vermag. Dies führt zur Klageabweisung.

2.6. Offene Rechnungen (abholbereite Brillen)

Die Klägerin macht unter dieser Position die Versicherungsdeckung für einen "Schaden aus abholbereiten Brillen" geltend (act. 1 N 24). Ihr diesbezüglicher Vortrag blieb hinsichtlich des Quantitativen aber nur rudimentär und ungenau. In unzulässiger Weise wird auf Sammelbeilagen verwiesen (z.B. act. 3/27). Es ist nicht am Gericht, den geltend gemachten Betrag aus den Beilagen zusammensuchen bzw. ihn selbständig zu errechnen (siehe schon oben). Die Klage ist daher abzuweisen.

2.7. Kosten für Buchhaltung

Nur pauschal führt die Klägerin aus, dass sie "in der Folge des Schadensfalles diverse Unterlagen betreffend die Buchhaltung zu erbringen hatte" und sich die verursachten Kosten des Treuhandbüros auf CHF 6'404.40 belaufen würden (act. 1 N 25). Trotz entsprechender beklagtischer Bestreitung liess sich die Klage-

rin ebenso nicht zur genauen Zusammensetzung des genannten Betrages aus. Beispielsweise wurde eine Position "Bilanz & Erfolgsrechnungen inkl. Kontoblätter Jahre 2011 bis 2015 ausgedruckt und gesandt" fakturiert (act. 3/29). Der Bezug zum Einbruchdiebstahl im Jahr 2016 ist unklar und nicht dargetan worden. Angesichts dessen kann der Klägerin kein Betrag für "Kosten für Buchhaltung" zugesprochen werden. Die Klage ist abzuweisen.

2.8. Ertragsausfall

Die Berechnungen der Klägerin sind nicht nachvollziehbar. Die Darstellung genügt den Substantiierungsanforderungen nicht. So ist unklar, wie sich der geltend gemachte Ertragsausfall errechnet. Die Klägerin verweist ohne nähere Substantiierung auf eine von ihr hergestellte Urkunde (act. 3/31), was für sich schon ungenügend ist. Die darin enthaltenen Umsatzzahlen sind weder gehörig behauptet worden noch dokumentiert. Zusätzlich werden Abzüge gemacht, deren Höhe und Relevanz nicht klar und belegt sind (z.B. "Die Klägerin berechnet den Faktor 2.2 für Sonnenbrillen und den Faktor 3 für Korrekturbrillen. Durchschnitt 2.6 somit 26% gesparte Kosten" [act. 20 N 99; wobei sich der 26%-Wert entgegen der Klägerin zusätzlich auch im H._____-Gutachten nirgends in dieser Form findet] etc.). Es kann durch das Gericht nicht geprüft werden, ob die Berechnung der Klägerin zutrifft oder nicht. Ein Zusammensuchen der Beträge aus den eingereichten Urkunden, wie Mehrwertsteuerbelegen etc., verbietet sich im Anwendungsbereich des Verhandlungsgrundsatzes. Die Klage ist abzuweisen.

3. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Auf Rechtsbegehren Ziffer 3 ist mangels geltend gemachten und ersichtlichen Feststellungsinteresses nicht einzutreten. Im Übrigen fehlt es der Klage durchwegs an nachvollziehbaren, schlüssigen und gehörig behaupteten Vorbringen hinsichtlich des Quantitativen. Dies führt zur ihrer Abweisung.

Damit erübrigt es sich, auf die weiteren Vorbringen der Parteien, insbesondere zu Art. 40 VVG, einzugehen und über die Zulässigkeit der klägerischen Noveneingabe zu befinden, zumal diese nicht entscheidrelevant ist.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Sowohl die Festsetzung der Gerichtsgebühr als auch die Festsetzung der Parteientschädigung richten sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG; § 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). In casu beträgt er gemäss klägerischen Rechtsbegehren CHF 412'051.–. Daraus resultiert eine ordentliche Gerichtsgebühr von CHF 19'000.–. Sie ist ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen. Ausserdem ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Die Durchführung einer Vergleichsverhandlung und die Einreichung einer zweiten Rechtsschrift rechtfertigen einen Zuschlag um einen Drittel, was zu einer Parteientschädigung in der Höhe von rund CHF 28'900.– führt. Weitere Erhöhungen, wie von der Beklagten gefordert, rechtfertigen sich keine. Ein Ersatz für Parteigutachten ist normalerweise nicht geschuldet (URWYLER/GRÜTTER, DIKE-Komm-ZPO, Art. 95 ZPO N 20). Eine Ausnahme ist in diesem Fall für das H.____-Gutachten nicht zu machen. Die durch die Beklagte weiter geltend gemachten Kopierkosten sind durch nichts belegt. Sie können der Beklagte nicht als erstattungspflichtige Auslagen angerechnet werden. Mangels Darlegung der Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung der Beklagten im Übrigen praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil BGer 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Auf Rechtsbegehren Ziffer 3 wird nicht eingetreten.
2. Die Kosten- und Entschädigungsfolgen richten sich nach dem nachfolgenden Erkenntnis.
3. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittel gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt sodann:

1. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 19'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 28'900.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 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 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 412'051.–.

Zürich, 26. Februar 2019

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vizepräsidentin:

Gerichtsschreiber:

Dr. Claudia Bühler

Dr. Moritz Vischer