



Mitwirkend: die Oberrichterin Dr. Claudia Bühler, Präsidentin, und der Oberrichter Roland Schmid, Vizepräsident, die Handelsrichter Dr. Alexander Müller und Marco La Bella, die Handelsrichterin Dr. Petra Ginter sowie die Gerichtsschreiberin Zoë Biedermann

Urteil und Beschluss vom 15. März 2023

in Sachen

A._____ GmbH,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw X. _____

gegen

B._____ Versicherungs-Gesellschaft AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y. _____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

- " 1. Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von Fr. 144'160.00, zuzüglich 5% Zins seit 17.11.2020, zu bezahlen.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zu lasten der beklagten Partei."

Modifiziertes Rechtsbegehren:

(act. 22 S. 2)

- " 1. Es sei die beklagte Partei zu verpflichten, der klagenden Partei den Betrag von Fr. 134'200.00, zuzüglich 5% Zins seit 17.11.2020, zu bezahlen;
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen, zzgl. MWST, zu lasten der beklagten Partei."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin mit Sitz in C._____ bezweckt die ... undsowie Die geschäftliche Tätigkeit der Klägerin liegt hauptsächlich in der Züchtung, dem Anbau, der Ernte und dem Verkauf von legalem CBD-Hanf (act. 3/2).

Die Beklagte ist eine in D._____ domizilierte Versicherungsgesellschaft, welche ... (act. 3/3).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht geltend, am 26. August 2020 zwischen ca. 01.50 Uhr bis 02.00 Uhr sei in ihr Geschäftslokal eingebrochen worden, wobei ihr 60 kg CBD-Blüten im Gesamtwert von CHF 144'360.– gestohlen worden seien. Mit der vorliegenden Klage verlangt sie von der Beklagten gestützt auf die mit dieser abgeschlossenen Sachversicherung den Ersatz des angeblichen Schadens, abzüglich eines Selbstbehalts von CHF 200.–. Im Rahmen der Replik reduziert die Klägerin die Menge der gestohlenen CBD-Blüten auf 56 kg und die eingeklagte Schadenssumme auf CHF 134'200.–.

Die Beklagte beantragt Klageabweisung. Sie bezweifelt, dass der Einbruchdiebstahl unfreiwillig geschehen ist. Für den Fall, dass von einem versicherten Ereignis ausgegangen werde, führt sie an, zur Leistungsverweigerung legitimiert zu sein, weil sich die Klägerin der betrügerischen Anspruchsbegründung im Sinne von Art. 40 VVG schuldig gemacht habe. Die Klägerin habe wahrheitswidrige Angaben über die Qualität der CBD-Blüten, den zu erzielenden Marktpreis und die Menge des angeblichen Diebesguts gemacht.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin reichte ihre Klage am 11. November 2021 (Datum Poststempel) beim Handelsgericht des Kantons Zürich ein (act. 1; act. 3/2-14). Mit Verfügung vom 12. November 2021 wurde der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses sowie zur Einreichung eines ergänzten Beweismittelverzeichnis angesetzt (act. 4). Nach fristgerechtem Eingang des ergänzten Beweismittelverzeichnis und Bezahlung des Vorschusses wurde der Beklagten Frist zur Klageantwort angesetzt (act. 6; act. 7; act. 8; act. 9). Die Beklagte reichte die Klageantwort am 8. Februar 2022 ein (act. 12; act. 13/1-15). Mit Verfügung vom 10. Februar 2022 wurde das Verfahren an die damalige Instruktionsrichterin, heutige Präsidentin, delegiert (act. 14).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Die Vergleichsverhandlung vom 25. März 2022 blieb ohne Ergebnis (Prot. S. 6 f.). Mit Verfügung vom 28. März 2022 ordnete das Gericht daher einen zweiten Schriftenwechsel an und räumte der Klägerin Frist zur Leistung eines zusätzlichen Kostenvorschusses sowie zur Replik ein (act. 19). Die Klägerin bezahlte den weiteren Vorschuss fristwährend (act. 21). Die Replik datiert vom 15. Juni 2022 (act. 22; act. 23/15-19). Mit Verfügung vom 20. Juni 2022 wurde der Beklagten Frist zur Duplik angesetzt (act. 28). Die Beklagte reichte die Duplik am 26. September 2022 ins Recht (act. 30; act. 31/16-27). Diese wurde der Klägerin mit Verfügung vom 3. Oktober 2022 zugestellt, und der Eintritt des Aktenschlusses festgestellt (act. 32). Die Klägerin liess sich in der Folge nicht mehr verlauten.

Mit Verfügung vom 24. Januar 2023 wurde den Parteien Frist angesetzt, zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung – unter Vorbehalt der Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 34). Die Parteien verzichteten in der Folge auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung (act. 36; act. 37). Das Verfahren erweist sich als spruchreif (Art. 236 Abs. 1 ZPO).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist zur Beurteilung der vorliegenden Klage unbestrittenermassen örtlich und sachlich zuständig (act. 1 Rz. 2 ff.; act. 3/4 S. 4 i.V.m. act. 3/5 Ziff. 6.2; act. 12 Rz. 3; Art. 17 i.V.m. Art. 9 ZPO sowie Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG).

1.2. Klageänderung

Die Klägerin hat mit ihrer Replik ihre Forderung von CHF 144'160.– auf CHF 134'200.– reduziert. Die Klage ist demnach im Umfang von CHF 9'960.– als

durch Klagerückzug erledigt abzuschreiben (Art. 227 Abs. 3 ZPO, BGE 4A_396/2021 E. 4.1).

1.3. Übrige Prozessvoraussetzungen

Die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Weiterungen Anlass. Auf die Klage ist einzutreten.

2. Vertragliche Ausgangslage

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Parteien haben unbestrittenermassen mit Beginn ab 21. Februar 2018 für den Detailhandel der Klägerin mit Blumen und Pflanzen an der E.____-strasse 1, C.____, den Versicherungsvertrag "B.____ Sachversicherung" abgeschlossen (Police Nr. 1). Unter dem Titel "Versicherte Gefahren und Schäden" wurde unter anderem das Risiko "Einbruchdiebstahl und Beraubung, Vollwert" mit einer Versicherungssumme von CHF 250'000.– und einem Selbstbehalt von CHF 200.– aufgeführt (act. 3/4). Ebenfalls unstrittig ist, dass neben der Police die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB; Ausgabe 1/2014) als Vertragsgrundlage zur Anwendung gelangen (act. 1 Rz. 20; act. 3/5; act. 12 Rz. 27.1). Die Versicherung wurde mit Kündigung vom 3. November 2020 aufgehoben (act. 12 Rz. 13.1; act. 22 Rz. 55).

Einschlägig sind die folgenden Vertragsbestimmungen der AVB (act. 3/5):

"1. Versicherte Sachen und Erträge

Je nach Vereinbarung in der Police sind versichert:

1.1 Waren

Sachen, welche zum Verkauf oder zum Verbrauch bestimmt sind und umgesetzt werden können (Abs. 1).

[...]

Entschädigt wird bei selbst hergestellten Waren der Selbstkostenpreis, d.h. die Material- und Fertigungskosten, die Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten sowie der Gewinn. Die oberste Grenze der Entschädigung bildet bei selbst hergestellten Waren der Marktpreis (Abs. 4).

[...]"

"2. Versicherte Gefahren und Schäden

Je nach Vereinbarung in der Police besteht Versicherungsschutz für:

[...]

2.2 Diebstahl

Versichert sind Schäden, die durch Spuren, Zeugen oder nach den Umständen schlüssig nachgewiesen wurden, verursacht durch:

- *Einbruchdiebstahl, d.h. Diebstahl oder den Versuch dazu, begangen durch Täter, die gewaltsam in ein Gebäude oder den Raum eines Gebäudes eindringen oder darin ein Behältnis aufbrechen;*

[...]"

2.2. Streitpunkte

Zwischen den Parteien ist umstritten, ob das versicherte Ereignis in Form eines Einbruchdiebstahls, der gegen den Willen der Klägerin erfolgte, überhaupt eingetreten ist (act. 1 Rz. 9, Rz. 25; act. 12 Rz. 5.2, Rz. 6.2.2, Rz. 7.3.1, Rz. 10.2.1 ff., Rz. 17.1; act. 22 Rz. 13, Rz. 19, Rz. 24, Rz. 34 ff., Rz. 80; act. 30 Rz. 10, Rz. 16.1, Rz. 16.5, Rz. 21.1, Rz. 32 ff., Rz. 72). Im Fall der Bejahung des Eintritts des versicherten Ereignisses ist zudem strittig, ob eine betrügerische Begründung des Versicherungsanspruches gemäss Art. 40 VVG vorliegen würde (act. 12

Rz. 5.3 f., Rz. 6.2.1, Rz. 11.2.4, Rz. 13.1, Rz. 17.4; act. 22 Rz. 14 f., Rz. 46, Rz. 83, Rz. 103; act. 30 Rz. 3, Rz. 9.3, Rz. 52, Rz. 67, Rz. 74).

3. Versicherungsanspruch

3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht – nach ihrer Klagereduktion in der Replik – geltend, das versicherte Ereignis sei am 26. August 2020 durch den Einbruchdiebstahl in ihre Betriebsräumlichkeiten eingetreten. Ihr seien 56 kg CBD-Blüten in sieben Behältnissen (vier 110 Liter-Abfallsäcke, zwei Kartonschachteln, ein 60 Liter-Abfallsack) entwendet worden, was eine Schadenssumme von CHF 134'736.– ergebe. 10 % (5.6 kg) der CBD-Blüten hätten sich im Detailhandel zu einem Einzelverkaufspreis von CHF 7'860.– pro Kilogramm verkaufen lassen und 90 % (50.4 kg) zu einem Engros-Preis von CHF 1'800.– pro Kilogramm. Abzüglich des Selbstbehalts von CHF 200.– ergebe sich gerundet ein Schaden von CHF 134'200.– (act. 22 Rz. 5 ff., Rz. 12, Rz. 33, Rz. 77, Rz. 90).

Die Beklagte bestreitet, dass es sich beim Einbruchdiebstahl vom 26. August 2020 tatsächlich um ein unfreiwilliges Ereignis gehandelt hat, dass die angegebene Menge CBD-Blüten abhanden gekommen ist, dass es sich bei den abhanden gekommenen CBD-Blüten um frische Blüten von hervorragender Qualität handelte, dass deren Verkehrswert den behaupteten Preisen entsprach, und dass die Klägerin für die angeblichen 56 kg Abnehmer gefunden hätte (act. 12 Rz. 5.2 ff.; act. 30 Rz. 5.1 ff.).

3.2. Rechtliches

3.2.1. In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 [2019] Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast (BGE 132 III 186 E. 4). Erstere verlangt, dass eine Partei diejenigen Tatsachen angibt, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO).

Die Behauptungslast beinhaltet insbesondere auch die Obliegenheit eines schlüssigen – d.h. widerspruchsfreien und vollständigen – Tatsachenvortrags, wobei ein blosser Verweis auf Akten in der Regel nicht genügt (SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], ZK ZPO, 3. Aufl. 2016, Art. 55 N 21; Urteil BGer 4A_284/2017 E. 4.2 m.w.H.). Bestreitet die Gegenpartei die Vorbringen der behauptungsbelasteten Partei substantiiert (vgl. zum substantiierten Bestreiten: WALTER, in: BK ZGB, Einleitung und Personenrecht, Band I/1, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 8 N 191 ff.), trifft die behauptungsbelastete Partei eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die erforderlichen Tatsachenbehauptungen müssen so konkret und bestimmt vorgebracht werden, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (WILLISEGGER, in: Spühler/Tenchio/Infanger [Hrsg.], BSK ZPO, 3. Aufl. 2017, Art. 221 N 29, m.w.H.). Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 (2003) Nr. 30; Urteile BGer 4C.211/2006 E. 3.1; 5P.210/2005 E. 4.1; WILLISEGGER, a.a.O., Art. 222 N 24).

3.2.2. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, diejenige Partei das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet. In versicherungsrechtlichen Streitigkeiten hat die anspruchsberechtigte Partei, d.h. die Versicherungsnehmerin, das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des versicherten Ereignisses und den Umfang des versicherten Anspruchs zu beweisen. Das Versicherungsunternehmen trägt demgegenüber die Beweislast für Tatsachen, die zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistungen berechtigen oder die den Versicherungsanspruch gegenüber der anspruchsberechtigten Partei unverbindlich machen (BGE 148 III 105 E. 3.3.1; 130 III 321 E. 3.1).

3.2.3. Der Beweis gilt als erbracht, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt ist. Dies ist zu beja-

hen, wenn das Gericht am Vorliegen der behaupteten Tatsache keine ernsthaften Zweifel mehr hat, oder allenfalls verbleibende Zweifel als leicht erscheinen. Ausnahmen von diesem Regelbeweismass, in denen eine überwiegende Wahrscheinlichkeit als ausreichend betrachtet wird, ergeben sich aus dem Gesetz selbst oder bei Vorliegen einer Beweisnot. Gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung ist beim Beweis des Eintritts des Versicherungsfalles, namentlich bei der Diebstahlversicherung, in der Regel eine Beweisnot gegeben, sodass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt (BGE 148 III 105 E. 3.3.1; 130 III 321 E. 3.2).

3.3. Beweislastverteilung und Beweismass

Die Klägerin erhebt gegenüber der Beklagten einen Anspruch aus Versicherungsvertrag, der seit 21. Februar 2018 bestand, und welcher sie im Umfang der Versicherungssumme von CHF 250'000.– bei einem Selbstbehalt von CHF 200.– unter anderem gegen das Risiko "Einbruchdiebstahl" in ihrem Geschäftslokal in C._____ versicherte (vgl. Erwägung 2.1). Sie trägt die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast für den Eintritt des versicherten Ereignisses sowie den Umfang des daraus abgeleiteten Anspruchs (Höhe des Schadens; Art. 8 ZGB). Bezüglich des Eintritts des versicherten Ereignisses kommt die Klägerin der Beweislast nach, wenn sie den Eintritt als überwiegend wahrscheinlich nachzuweisen vermag, ansonsten grundsätzlich das Regelbeweismass gilt. Gelingt es der Beklagten im Rahmen des ihr zustehenden Gegenbeweises – bei dem grundsätzlich ebenfalls das Regelbeweismass gilt –, an der Sachdarstellung der Klägerin erhebliche Zweifel zu wecken, so ist der Hauptbeweis der Klägerin gescheitert. Zudem trägt die Beklagte die Beweislast für Umstände, die zur einer Verweigerung oder Kürzung der Versicherungsleistung berechtigen, namentlich das Vorliegen eines Deckungsausschlusses oder von Reduktionsgründen.

3.4. Eintritt des versicherten Ereignisses

3.4.1. Gemäss Police und Ziff. 2.2 AVB sind unter anderem Schäden versichert, die durch das versicherte Ereignis "Einbruchdiebstahl" verursacht wurden (act. 3/4-5).

Die Klägerin legt dar, am 26. August 2020 sei in ihre Geschäftsliegenschaft eingebrochen worden, wobei zwei Täter eine grosse Menge (60 kg bzw. 56 kg) verpackte, zum Abtransport bereitgestellte CBD-Blüten gestohlen hätten (act. 1 Rz. 9 f., Rz. 13, Rz. 25; act. 22 Rz. 14, Rz. 40, Rz. 59).

Zur Begründung ihrer Zweifel, dass der Einbruchdiebstahl bei der Klägerin unfreiwillig erfolgt ist, führt die Beklagte an, dass die Klägerin nur zwei Tage nach dem Ereignis eine genau bezifferte Entschädigungsforderung mit Verweis auf die AVB bei der Beklagten deponiert habe. Darin erwecke sie wahrheitswidrig den Eindruck, dass sie mit den CBD-Blüten regen Handel betreibe und für die gestohlenen CBD-Blüten ohne Weiteres Käufer gefunden hätte, obschon sie seit dem Jahr 2018 bis zum Einbruchdiebstahl insgesamt lediglich 5.2 kg CBD-Blüten verkauft habe. Folglich stehe auch der von der Klägerin geltend gemachte Schaden von CHF 144'360.– bzw. CHF 134'736.– in einem krassen Missverhältnis zu den in den Vorjahren erzielten Bruttoerträgen von CHF 900.– im Jahr 2018 und CHF 24'617.60 (CHF 22'737.60 für CBD-Blüten und CHF 1'880.– für Öle) im Jahr 2019. Der Einbruchdiebstahl wäre – der Schilderung der Klägerin folgend – tatsächlich zum denkbar ungünstigsten Zeitpunkt geschehen. Ein Verkauf zum Marktpreis sei nur frisch ab Ernte bzw. maximal drei bzw. sechs Monate nach Ernte möglich. Die Klägerin habe jedoch deutlich ältere Blüten an Lager gehabt, welche sie ebenfalls noch als einwandfreie Ware bezeichnet habe. Diese CBD-Blüten seien nun gestohlen worden. Es sei nicht plausibel, dass die angebliche Abnehmerin F._____ GmbH mangelhafte Ware in dieser Menge angenommen hätte. Zudem widerspreche sich die Klägerin hinsichtlich der Rolle der F._____ GmbH (Käuferin, Interessentin oder eine Art Kommissionärin). Unglücklich sei auch der Umstand, dass die Überwachungskamera just am Abend des Einbruchs keinen Alarm auf das Mobiltelefon von G._____ ausgelöst habe. Ausserdem sei merkwürdig, wie das Fenster am Einstiegsort von aussen habe ausgehebelt werden können, ohne dass dieses in der Folge ins Gebäudeinnere gestürzt und zu Bruch gegangen sei. Die Täter seien sehr zielgerichtet vorgegangen, was auf Insiderwissen schliessen lasse. Auch die Erklärung für die beiden aufgefundenen Plastiksäcke mit CBD-Blüten, die nicht der Klägerin gehören sollen, sei nicht glaubhaft (act. 12 Rz. 6.2.2, Rz. 7.3.1, Rz. 7.4, Rz. 8.3 f., Rz. 10.2.2, Rz. 10.3.2,

Rz. 10.3.4 f., Rz. 11.2.3, Rz. 11.2.6, Rz. 14.2, Rz. 17.1; act. 30 Rz. 5.2, Rz. 16.1 ff., Rz. 21.1 f., Rz. 23.1 ff., Rz. 26 ff., Rz. 32, Rz. 34.1 ff., Rz. 35.5 ff., Rz. 42.1, Rz. 42.11, Rz. 45.1 ff., Rz. 49.1, Rz. 55.1 ff., Rz. 72).

3.4.2. Die Schilderung des Einbruchdiebstahls durch die Klägerin ist sehr oberflächlich gehalten, und ihre pauschalen Verweise auf den Polizeirapport und die Fotodokumentation sind ungenügend (vgl. Urteile BGer 4A_284/2017 E. 4.2 m.w.H.; 4A_221/2015 E. 3.1; 4A_317/2014 E. 2.2 m.H.). Die Beklagte hat jedoch nicht bestritten, dass zwei Täter durch ein gewaltsam geöffnetes Fenster und eine gewaltsam geöffnete Türe in die Geschäftsliegenschaft der Klägerin eingedrungen sind und vier 110 Liter-Abfallsäcke, einen 60 Liter-Abfallsack sowie zwei Kartonschachteln mit einer gewissen Menge CBD-Blüten entwendet haben. Dieser Sachverhalt ergibt sich denn auch aus dem Polizeirapport, der Fotodokumentation und aus den Videoaufnahmen der Tatnacht (WA0002, WA0003, WA0004; act. 3/7-9; act. 12 Rz. 14.6, Rz. 22.5; act. 13/8; act. 30 Rz. 59). Insofern ist ein gewaltsames Eindringen in die Geschäftsräumlichkeiten sowie ein Wegtransportieren von Abfallsäcken und Kartonschachteln durch zwei Personen erstellt.

Die Beklagte zweifelt daran, dass der Einbruchdiebstahl gegen den Willen der Klägerin erfolgt ist. Die von ihr behaupteten Umstände lassen zwar auf gewisse Ungereimtheiten bzw. unglückliche Zufälle im Zusammenhang mit dem Einbruchdiebstahl schliessen. Diese Begleitumstände alleine sind jedoch nicht geeignet, um hinreichende Zweifel an dessen Unfreiwilligkeit zu wecken. Es fehlen konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin in irgendeiner Form am Einbruchdiebstahl beteiligt oder involviert gewesen wäre, oder diesen in Auftrag gegeben hätte. Der Beklagten gelingt es somit nicht, den Gegenbeweis zu erbringen; die von ihr dargelegten Umstände reichen nicht aus, um erhebliche Zweifel an der Unfreiwilligkeit des Einbruchdiebstahls zu erwecken, weshalb davon auszugehen ist, dass dieser gegen den Willen der Klägerin erfolgte. Beim Einbruchdiebstahl handelt es sich um ein versichertes Ereignis, das somit eingetreten ist (vgl. act. 3/4 S. 2; act. 3/5 Ziff. 2.2).

3.5. Höhe des Versicherungsanspruchs

3.5.1. Gemäss Ziff. 1.1 Abs. 1 und Abs. 4 AVB sind Sachen versichert, die zum Verkauf oder zum Verbrauch bestimmt sind und umgesetzt werden können. Entschädigt wird bei selbst hergestellten Waren der Selbstkostenpreis (Material- und Fertigungskosten, Verwaltungs- und Vertriebsgemeinkosten, Gewinn). Die oberste Grenze der Entschädigung bildet bei selbst hergestellten Waren der Marktpreis. Die Höhe des Versicherungsanspruchs ist durch die Klägerin nachzuweisen.

3.5.2. Die Klägerin führt aus, die gestohlenen CBD-Blüten selbst gezüchtet, angebaut, geerntet und zu verkaufsfertigen Blüten verarbeitet zu haben. Da sie beabsichtigt habe, einen grossen Detaillisten von der Qualität ihrer Blüten zu überzeugen, sei davon auszugehen, dass rund 90 % der Produktion Engros und 10 % der Produktion "en Detail" abgesetzt worden wären. Um einen grossen Detailhändler zu gewinnen, habe sie die Lieferung grosser Mengen sicherstellen müssen, weshalb sie ein Lager aufgebaut habe. Der durchschnittliche Verkaufspreis sei im Jahr 2019 beim Engros-Verkauf bei CHF 1'800.– pro Kilogramm und beim Verkauf "en Detail" bei rund CHF 7'860.– gelegen (act. 1 Rz. 5 ff.; act. 3/6).

Beim Einbruchdiebstahl am 26. August 2020 seien gemäss einer ersten Beurteilung ca. 56 kg CBD-Blüten, verpackt in fünf 110 Liter-Säcke und zwei Kartonschachteln à je ca. 8 kg entwendet worden (act. 1 Rz. 9; act. 3/7-9). Von dieser Menge hätten ca. 5.6 kg (10 %) "en Detail" zu CHF 7'860.– pro Kilogramm und 50.4 kg (90 %) zu einem Preis von CHF 1'800.– pro Kilogramm verkauft werden können, was einem Schaden von CHF 134'736.– entspreche. Daher habe die Klägerin in der Schadensmeldung vom 28. August 2020 um Schadensausgleich in der Höhe von gerundet CHF 134'400.– ersucht (act. 1 Rz. 12; act. 3/10).

Bei einer erneuten Sichtung im Nachgang zur Schadensmeldung habe die Klägerin festgestellt, dass weitere ca. 4.5 kg CBD-Blüten, verpackt in einem 60 Liter-Abfallsack, aus dem hinteren Teil des Lagers gestohlen worden seien. Insgesamt seien ca. 60 kg CBD-Blüten entwendet worden. Da in einem 110 Liter-Abfallsack ca. 8 kg Blüten Platz hätten, könne ein 60 Liter-Abfallsack ca. 4.5 kg aufnehmen, weshalb von dieser zusätzlichen Menge ausgegangen werde. Daher habe die

Klägerin ihre Schadensposition am 19. Oktober 2021 um 4.5 kg erweitert, was neu einem Schaden von CHF 144'360.– entspreche, respektive CHF 144'160.– nach Abzug des Selbstbehalts (act. 1 Rz. 13 f.; act. 3/9 WA0003, WA0004; act. 3/11; Befragung der Klägerin).

Im Rahmen der Replik reduziert die Klägerin ihre Forderung aufgrund eines angeblichen Missverständnisses von CHF 148'480.– auf CHF 134'736.–. Sie führt an, nach nochmaliger Durchsicht der Videoaufnahmen der Tatnacht festgestellt zu haben, dass die Nachmeldung vom 19. Oktober 2021 irrtümlich geschehen sei. Der 60 Liter-Abfallsack sei bei der initialen Schadensmeldung bereits berücksichtigt gewesen, weshalb die entwendete Menge CBD-Blüten 56 kg und nicht 60.4 kg betrage. Daher fordert sie neu den reduzierten Betrag von CHF 134'200.– (act. 22 Rz. 5 f.). Im 60 Liter-Abfallsack seien 6 kg CBD-Blüten enthalten gewesen, wobei es sich um nicht verpackte Überschüsse gehandelt habe. Daher sei der Abfallsack auch im hinteren Bereich der Räumlichkeiten aufbewahrt worden. Ihre unterschiedlichen Angaben erklärt die Klägerin damit, dass die Schadensmeldung von einem versicherungstechnischen und unter Schock stehenden Laien erfolgt sei, wobei die genaue Gewichtsaufteilung auf die Behältnisse keine entscheidende Rolle spiele. Fest stehe, dass 50 kg für die F. _____ GmbH bestimmt gewesen seien und 6 kg aus dem hinteren Bereich stammen würden (act. 22 Rz. 17).

3.5.3. Die Beklagte bestreitet die von der Klägerin angegebene, angeblich abhanden gekommene Menge an CBD-Blüten. Sie weist auf die Widersprüchlichkeit des Tatsachenvortrags der Klägerin hin (act. 12 Rz. 5.3, Rz. 11.2.2, Rz. 15.1 ff., Rz. 21.1 f., Rz. 22.3.1 ff.; act. 30 Rz. 3.2, Rz. 9.6 f., Rz. 11.2, Rz. 14.4, Rz. 66.3).

3.5.4. Um der Behauptungslast zu genügen, ist ein schlüssiger, d.h. widerspruchsfreier und vollständiger Tatsachenvortrag erforderlich (vgl. Erwägung 3.2.1). In den beiden Rechtsschriften der Klägerin finden sich diverse unterschiedliche Mengenangaben. Im Rahmen der Replik legt sich die Klägerin jedoch auf die Tatsachenbehauptung fest, es seien 50 kg CBD-Blüten im vorderen Bereich verpackt in vier 110 Liter-Säcke und zwei Kartonschachteln für die F. _____ GmbH bereitgestellt gewesen, die gestohlen worden seien. Zudem sei im hinteren

Bereich ein 60 Liter-Abfallsack mit 6 kg CBD-Blüten abhandengekommen. Hinsichtlich des 60 Liter-Abfallsackes und somit auch mit Bezug auf die abhandengekommene Gesamtmenge sei es zu Missverständnissen gekommen (vgl. act. 1 Rz. 12 ff.; act. 22 Rz. 5 f., Rz. 14, Rz. 53, Rz. 76 f.). Der Tatsachenvortrag hinsichtlich der 50 kg CBD-Blüten, welche für die F._____ GmbH bereitgestellt worden seien, ist in sich schlüssig.

Demgegenüber ist die Darlegung der Füllmenge des 60 Liter-Abfallsackes aus dem hinteren Bereich der Geschäftsräumlichkeiten nicht schlüssig. Die Erklärung, dass es auf der Hand liege, dass sich im 60 Liter-Abfallsack – entgegen der Annahme in der Klage von einer Füllmenge von 4.5 kg – ca. 6 kg CBD-Blüten befunden hätten, da die gemeldete Schadenshöhe 56 kg betrage und 50 kg für die F._____ GmbH bereitgestellt worden seien, überzeugt nicht. Zudem widerspricht sich die Klägerin darin, wie die Gewichtsangabe von 4.5 kg zustande gekommen sein soll. Während sie in der Klage angibt, von der Menge in einem 110 Liter-Abfallsack zurückgerechnet zu haben, stellt sie sich in der Replik auf den Standpunkt, das Gewicht kulanterweise auf 4.5 kg reduziert zu haben, da die Beklagte in ihrer Schadensablehnung vom 16. September 2021 von 4.5 kg gesprochen habe, und sie diesbezüglich einen Streit habe vermeiden wollen. Eine nachprüfbare Behauptung, woraus sich im 60 Liter-Abfallsack eine Füllmenge von 6 kg ableiten lassen soll, wird nicht aufgestellt. Insofern genügt die Klägerin ihrer Behauptungslast nicht. Die Klage ist im Umfang von 6 kg abzuweisen (act. 1 Rz. 13; act. 22 Rz. 17, Rz. 71).

3.5.5. Die Tatsachenbehauptung der Klägerin, sie habe für die F._____ GmbH eine Gesamtmenge von 50 kg bereitgestellt, wird von der Beklagten bestritten (act. 30 Rz. 9.6, Rz. 14.2, Rz. 15.2, Rz. 30.2, Rz. 59, Rz. 65.3). Daher hat die Klägerin – im Rahmen ihrer Substantiierungslast – ihre Tatsachenbehauptungen so konkret und bestimmt vorzubringen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. Erwägung 3.2.1). Sie führt aus, sie habe 50 kg mit Sicherheit identifizieren können, da diese zur Lieferung an die F._____ GmbH im Eingangsbereich bereitgestellt worden seien. Als Beweismittel offeriert sie die Parteibefragung, eventualiter die Beweisaussage der Klägerin sowie die Zeugenbefragung

durch I._____, den ehemaligen Geschäftsführer der F.____ GmbH (act. 22 Rz. 17, Rz. 56). Ausserdem findet sich der Hinweis, dass die Klägerin die Behältnisse abgepackt habe, weshalb sie am besten wisse, auf welche Weise dies geschehen sei (act. 22 Rz. 68). Die 50 kg seien in sechs Behältnissen zum Transport bereitgestellt worden, nämlich vier Abfallsäcke à 110 Liter und zwei Kartonschachteln (act. 22 Rz. 72, Rz. 77).

Diese Darstellung der Klägerin ist viel zu pauschal gehalten, als dass darüber Beweis abgenommen werden könnte. Insbesondere führt die Klägerin nicht aus, wer die CBD-Blüten bereitgestellt haben soll, und woraus sich das Gewicht von 50 kg ergeben soll. Für eine genügend substantiierte Tatsachenbehauptung wären Angaben dazu erforderlich gewesen, wer, wann, welche Menge CBD-Blüten, in welches Behältnis verpackt und welches Hilfsmittel diese Person sich bedient haben soll, um das Gewicht zu bestimmen. Mangels Behauptung, wer für die Klägerin (eine juristische Person) die CBD-Blüten bereitgestellt haben soll, scheitert die Klägerin an der Substantiierungslast; es kann daher kein Beweisverfahren durchgeführt werden. Der Klägerin gelingt es nicht, ihre Behauptung, eine Gesamtmenge von 50 kg für die F.____ GmbH bereitgestellt zu haben, rechtsgenügend darzutun. Mangels Angaben dazu, wer, wann, welche Menge, in welches Behältnis abgepackt haben soll, können auch keine Rückschlüsse auf eine geringere Menge an CBD-Blüten pro Behältnis gezogen werden (vgl. act. 22 Rz. 18, Rz. 70). Die Klägerin scheitert an der Voraussetzung der Beweisführung hinsichtlich der Schadenshöhe. Folglich ist die Klage abzuweisen.

3.5.6. Selbst wenn die angebotenen Beweismittel abgenommen würden, würde dies zu keinem anderen Ergebnis führen, wie sogleich aufzuzeigen ist.

Gemäss Art. 152 Abs. 1 ZPO nimmt das Gericht form- und fristgerecht angebotene taugliche Beweismittel ab. Die Parteibefragung ist grundsätzlich ein zulässiges Beweismittel (Art. 168 Abs. 1 lit. f ZPO). Ist eine juristische Person Partei, so werden ihre Organe im Beweisverfahren wie eine Partei behandelt (Art. 159 ZPO). Die beweisbelastete Partei hat im Sinne einer Obliegenheit die Beweismittel, für die von ihr zu beweisenden Tatsachen zu benennen, zu beantragen und anzubieten (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Aus dem Beweisantrag muss hervorgehen, wie der Be-

weis geführt werden soll, beispielsweise sind Zeugen vollständig mit Namen und Adresse zu bezeichnen (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N 31 f.; PAHUD, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], DIKE-Komm-ZPO, 2. Aufl. 2016, 2. Band, Art. 221 N 17; KILLIAS, in: BK ZPO, Band II, Art. 150-352, Art. 400-406, 2021, Art. 221 N 29; LEUENBERGER, in: ZK ZPO, a.a.O., Art. 221 N 56a). Daraus folgt, dass eine juristische Person auch bei der Parteibefragung anzugeben hat, welche natürliche Person als Organ (zu welcher Tatsachenbehauptung) zu befragen ist, es sei denn, es kommt überhaupt nur eine einzige natürliche Person in Frage.

Ist eine Beweisofferte ungenügend, greift allenfalls die gerichtliche Fragepflicht (Art. 56 ZPO). Bei anwaltlich vertretenen Parteien ist sie jedoch nur zurückhaltend anzuwenden und soll nicht dazu dienen, Unsorgfalt oder prozessuale Nachlässigkeiten der Parteien auszugleichen (Urteile BGer 4A_601/2020 E. 4.3.2; 5A_921/2014 E. 3.4.2; BGer 4A_444/2013 E. 6.3.3, je m.w.H.). Bei einem nicht frist- und formgerecht angebotenen Beweis besteht kein Recht auf Beweisabnahme (WILLISEGGER, a.a.O., Art. 221 N 35).

Die Klägerin verfügt gemäss ihrem Handelsregisterauszug über zwei Organe, nämlich G._____ und J._____, welche beide Gesellschafter und Geschäftsführer sind (act. 3/2). Die Klägerin hat weder ausgeführt, wer die Behältnisse befüllt hat, noch wer dazu zu befragen ist. Dieses Versäumnis stellt eine prozessuale Nachlässigkeit dar, welche nicht über die gerichtliche Fragepflicht zu korrigieren ist. Demzufolge hat die Klägerin das Beweismittel der Parteibefragung ungenügend offeriert, weshalb – selbst bei ausreichender Substantiierung – aus prozessualen Gründen auf dessen Abnahme zu verzichten wäre. Bezüglich des von ihr offerierten Zeugen ist anzumerken, dass dieser gemäss der Darstellung der Klägerin nicht bei der Bereitstellung der Ware zugegen gewesen ist, weshalb er dazu keine sachdienlichen Angaben machen kann. Folglich handelt es sich bei der Zeugenbefragung von I._____ um ein für diese Tatsachenbehauptung untaugliches Beweismittel. Weitere Beweismittel, wie etwa interne Listen über die geernteten, abgepackten und gelagerten Mengen und deren Zeitpunkt, hat die Klägerin nicht eingereicht. Entsprechend würde der Beweis auch an den angebotenen Beweismitteln scheitern.

3.5.7. Selbst wenn die Menge der gestohlenen CBD-Blüten nachgewiesen worden wäre, scheitert die Klägerin am Nachweis des ihr entstandenen Schadens. Einerseits genügen ihre pauschal aufgestellten Behauptungen "die CBD-Blüten seien von höchster Qualität und mehrere Jahre ohne Qualitätseinbusse haltbar" der erforderlichen Behauptungslast nicht, und da die gestohlenen Blüten nach der Sachdarstellung der Klägerin nicht wieder aufgetaucht sind, kann ihre Qualität nachträglich auch nicht festgestellt werden (vgl. act. 1 Rz. 8; act. 22 Rz. 12, Rz. 15, Rz. 28). Die Klägerin legt zudem nicht schlüssig dar, weshalb sie 10 % der als gestohlen gemeldeten Menge zu einem Marktwert von CHF 7'860.– und 90 % zu einem solchen von CHF 1'800.– pro Kilogramm angegeben hat. In der Klage spricht sie von "geplantem Umsatz", danach von "üblichem Umsatz", wobei sie erklärt, seit Beginn ihrer Tätigkeit 5.7 % der produzierten Gesamtmenge "en Detail" verkauft zu haben (vgl. act. 1 Rz. 7 f., Rz. 12, Rz. 15; act. 3/10; act. 22 Rz. 6, Rz. 12).

Andererseits sind die Ausführungen der Klägerin zu ihren Abnehmern ungenügend und widersprüchlich. Zunächst gibt sie an, die 56 kg seien zum Verkauf vorgesehen gewesen. Die Blüten seien für einen Abnehmer bereitgestellt worden. Ein grosser Teil der Produkte sei zur Auslieferung an die F. _____ GmbH vorgesehen gewesen. Danach handelt es sich bei der F. _____ GmbH um einen Abnehmer von 50 kg in Konsignation, der die Blüten abgesetzt hätte (act. 1 Rz. 9 f.; act. 22 Rz. 12, Rz. 16, Rz. 19, Rz. 30). Gemäss den eingereichten Unterlagen habe die F. _____ GmbH mündlich zugesagt, gegen eine Provision Käufer für die bereitgestellte Ware zu vermitteln (act. 13.1 S. 3). Des Weiteren führt die Klägerin aus, in den zwei Jahren, in denen sie vor dem Einbruchdiebstahl CBD-Blüten produziert habe, lediglich 5.2 kg verkauft und 12 kg an F. _____ GmbH für die Produktion von Öl geliefert zu haben (act. 22 Rz. 12, Rz. 45; act. 13/1 S. 2). Vor diesem Hintergrund bestehen grosse Zweifel daran, ob die Klägerin nun tatsächlich Abnehmer für 56 kg ihrer Blüten gefunden hätte, welche auch noch den angegebenen Marktpreis bezahlt hätten. Andere konkrete potentielle Abnehmer neben der F. _____ GmbH, welche gemäss der letzten Darstellung der Klägerin lediglich Abnehmerin in Konsignation gewesen sein soll, werden von der Klägerin nicht angegeben. Zudem führt die Klägerin den konkreten Inhalt der mündlichen

Vereinbarung zwischen der F._____ GmbH und ihr nicht aus. Es ist unklar, wann, mit I._____ der F._____ GmbH die geplante Zusammenarbeit besprochen haben soll (vgl. act. 13/1 S. 3; act. 22 Rz. 12, Rz. 19, Rz. 29 f., Rz. 48, Rz. 90). Folglich ist die Klage auch vor diesem Hintergrund abzuweisen.

3.6. Fazit

Der Klägerin gelingt zwar der Beweis, dass das versicherte Ereignis eingetreten ist. Sie scheitert jedoch am Nachweis der Höhe des eingetretenen Schadens, infolge ungenügender Behauptung und Substantiierung. Ferner würde der Klägerin der Beweis auch mangels genügender bzw. tauglicher Beweisofferten misslingen. Die Klage ist abzuweisen.

4. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Parteien hatten sich seit dem Jahr 2018 in einem Versicherungsvertragsverhältnis befunden. Unter anderem war das Risiko "Einbruchdiebstahl" versichert. Am 26. August 2020 trat das versicherte Ereignis ein, als in die Geschäftsräumlichkeiten der Klägerin eingebrochen und ihr eine gewisse Menge an CBD-Blüten gestohlen wurde. Um den Versicherungsanspruch gerichtlich durchzusetzen, muss die Klägerin neben dem Nachweis des versicherten Ereignisses zur Bezifferung des Schadens auch die Menge der gestohlenen CBD-Blüten beweisen, was ihr nicht gelingt. Sie scheitert an der Behauptungs- und Substantiierungslast. Zudem sind ihre diesbezüglichen Beweisofferten ungenügend. Mangels Nachweises der Höhe des entstandenen Versicherungsanspruchs ist die Klage abzuweisen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

5.1. Gerichtskosten

Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles (§ 2 Abs. 1 lit. a, lit. c und lit. d GebV OG). Der Streitwert beläuft sich vorliegend auf CHF 144'160.–. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 und Abs. 2

GebV OG ist eine volle Gerichtsgebühr von gerundet CHF 10'600.– geschuldet. Ausgangsgemäss sind die Gerichtskosten der durch Teilklagerückzug und Klageabweisung vollumfänglich unterliegenden Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind mit den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu verrechnen.

5.2. Parteientschädigung

Die Höhe der Parteientschädigung bestimmt sich nach der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren (Art. 105 Abs. 2 i.V.m. Art. 96 ZPO). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 13'600.–. Unter Berücksichtigung des Aufwands für die Vergleichsverhandlung und für die zweite Rechtsschrift, ist eine Erhöhung der Grundgebühr um 40 % auf insgesamt rund CHF 19'000.– angezeigt (§ 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Ausgangsgemäss hat die unterliegende Klägerin der Beklagten die Parteientschädigung zu entrichten (Art. 106 Abs. 1 ZPO).

Das Handelsgericht beschliesst:

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 9'960.– zufolge Rückzugs als erledigt abgeschlossen.
2. Kosten- und Entschädigungsfolgen gemäss nachfolgendem Erkenntnis.
3. Schriftlich Mitteilung gemäss nachfolgendem Erkenntnis.

und erkennt:

1. Die Klage wird im Übrigen abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 10'600.–.
3. Die Kosten werden vollumfänglich der Klägerin auferlegt und mit den von ihr geleisteten Vorschüssen verrechnet.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 19'000.– 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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 144'160.–.

Zürich, 15. März 2023

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzende:

Gerichtsschreiberin:

Dr. Claudia Bühler

Zoë Biedermann