

No.

Kann der Versicherungsnehmer den Nachweis der Höhe des von ihm erlittenen Schadens nicht erbringen, weil er auf die Vornahme einer Expertise verzichtet hat, ist keine fällige Versicherungsforderung gegeben, welche mit einer ausstehenden Prämienforderung des Versicherers verrechnet werden könnte.

(Transportversicherung)

Lorsque le preneur ne peut pas prouver l'étendue de son dommage parce qu'il a renoncé à une expertise, il n'a aucune créance échue qui pourrait être compensée par la créance de l'assureur relative à une prime en souffrance.

(Assurance contre les risques de transport)

Amtsgericht Luzern-Stadt, 27. Juni 1994,
Nordstern Versicherungs-AG, Zürich c. Stiftung X.

Tatbestand: Die Klägerin stellte der Beklagten am 24. August 1989 die Versicherungspolice Nr. 1623 aus, welche im Risikobeschrieb als "Transport- und Ausstellungsversicherung" bezeichnet wurde und einen Rahmenvertrag darstellte, der durch Nachträge jeweils Konkretisierungen erfuhr. Ein solcher "Nachtrag Nr. 4" wurde am 15. Oktober 1990 ausgefertigt. Er enthielt eine Prämienforderung der Klägerin in der Höhe von Fr. 31'130.--, zu deren Bezahlung die Beklagte von der Klägerin mehrmals ohne Erfolg gemahnt wurde. Auch die Bezahlung der Prämienrechnungen auf der Basis der Nachträge Nr. 5 vom 1. Februar 1991 bzw. Nr. 6 vom 19. September 1991 blieben trotz mehrfacher Mahnungen der Klägerin bzw. Zahlungsverprechen der Beklagten aus. Mit Schreiben vom 17. Juni 1991 setzte die Klägerin der Beklagten eine Zahlungsfrist bis Ende Juni 1991 und drohte an, bei Nichteinhalten dieser Frist die Versicherungsdeckung für die damals aktuelle Ausstellung zu suspendieren. Diese Ausstellung war durch den "Nachtrag Nr. 6" für die Dauer vom 19. Juni bis 3. Oktober 1991 versichert. Am 25. Juni 1991 wurde anlässlich der Vorbereitung der Ausstellung "Les années 80" das Gemälde "deux femmes" von Louis Cane beschädigt. Am 26. bzw. 28. Juni 1991 meldete die Beklagte telefonisch bzw. per Fax der Klägerin den Schaden. Die fälligen Prämienausstände waren Ende Juni 1991 noch nicht beglichen. Mit Zahlungsbefehl vom 13. Dezember 1991 betrieb die Klägerin die Beklagte für Fr. 35'164.60, wobei sie sich auf die Nachträge Nrn. 4, 5 und 6 zur Police Nr. 1623 stützte. Die Beklagte erhob Rechtsvorschlag. Zum Vermittlungsversuch beim Friedensrichteramt Luzern vom 10. März 1992 erschien die Beklagte unentschuldigt nicht. Sie wurde in die Tageskosten verfällt.

Am 29. April 1992 reichte die Klägerin Klage auf Bezahlung von Fr. 35'164.60 nebst Zins zu 7% auf 31'130.-- seit 4. Dezember 1990, Zins zu 7% auf Fr. 809.50 seit 4. März 1991 und Zins zu 7 % auf Fr. 3'225.10 seit 16. Januar 1992. ein. Zur Begründung führte sie im wesentlichen aus, die Beklagte sei eine Stiftung, die unter anderem ein Museum in B. unterhalte. Die in diesem Museum zur Ausstellung gelangten Skulpturen und Bilder seien bei ihr durch den Rahmenvertrag Nr. 1623 sowie durch mehrere individuelle Nachträge zu dieser Police für Transport, Lagerung vor und nach der Ausstellung und für die Zeit der Ausstellung selbst versichert worden. Nach Beendigung einer Ausstellung oder einer Ausstellungsserie habe sie jeweils eine Rechnung für die aufgelaufenen Prämien gestellt. Zwischen April 1990 und Oktober 1991 hätten sechs Ausstellungen stattgefunden, die durch sie versichert worden seien und deren Versicherungsprämien von insgesamt Fr. 35'164.60 sie der Beklagten in Rechnung gestellt habe. Letztere sei ihrer Zahlungspflicht nie nachgekommen, obwohl sie mehrmals gemahnt und damit in Verzug gesetzt worden sei. Der Anspruch auf Verzugszinsen richte sich nach Art. 104 OR in Verbindung mit Art. 102 OR, insbesondere nach Art. 104 Abs. 3 OR, da die Parteien als Kaufleute zu qualifizieren seien. Der Diskontsatz habe im Zeitpunkt der einzelnen Prämienfälligkeiten in der Schweiz 7 % betragen.

In ihrer Rechtsantwort vom 31. August 1992 beantragte die Beklagte, die Klage sei abzuweisen, und es sei Vormerk von der Bereitschaft der Beklagten zu nehmen, das Bild "deux femmes" von Louis Cane der Klägerin gegen Bezahlung von Fr. 9'671.35 zu Eigentum zu übergeben. Sie begründete ihr Begehren damit, die mit Schreiben vom 17. März 1991 von ihr in Aussicht gestellte Begleichung der Prämienausstände sei deshalb nicht geleistet worden, weil sie aus einem Versicherungsfall von der Klägerin schadlos zu halten sei und ihre Ansprüche aus diesem Schadenfall die Prämienausstände überstiegen. Im Falle der Ausstellung gemäss Nachtrag Nr. 6 zur Police Nr. 1623 sei der Transport der Bilder nicht versichert gewesen; der Versicherungsschutz habe sich auf die Ausstellung selber beschränkt. Nach seiner Anlieferung im Museum B. sei das Bild "deux femmes" von Louis Cane im dortigen Depotraum verwahrt worden. Während der Aufhängearbeiten im Hinblick auf die Eröffnung der Ausstellung sei das Bild im Depotraum des Museums ins Rutschen geraten und umgestürzt, wobei die Leinwand an drei Stellen beschädigt worden sei. Die Klägerin habe einen Augenschein vorgenommen. Der Schaden als solcher sei nicht strittig. Die Klägerin vertrete jedoch die Meinung, dass für diesen Zwischenfall kein Versicherungsschutz bestünde, weil der Schaden beim Abladen des Bildes durch die Transportunternehmung entstanden und damit gemäss Nachtrag Nr. 6 nicht gedeckt sei. Da der Vorfall sich aber nicht beim Abladen oder bei der anschliessenden Deponierung des Bildes, sondern erst bei der späteren Behändigung des eingelagerten Gemäldes zur Verbringung in die Ausstellungsräume ereignet habe, falle der Schaden unter den Versicherungsschutz. Zur Vermeidung von langwierigen Diskussionen mit der Eigentümerin des Bildes aber die Höhe der Entschädigung habe sich die Beklagte entschlossen, das beschädigte Bild für den Betrag von FF 176'000.-- zu erwerben. Dieser Betrag sei angemessen und entspreche einer Summe von Fr. 46'552.--, wobei der Restwert des beschädigten Bildes den Betrag von Fr. 9'671.35 (nämlich Differenz, um die der von ihr bezahlte Kaufpreis ihre Prämienschuld inkl. Zinsen übersteige) gar nicht mehr erreiche. Sie sei deshalb der Klägerin nichts mehr schuldig. Ueberdies sei sie bereit, der Klägerin das Bild gegen Entrichtung des Differenzbetrags von Fr. 9'671.35 zu Eigentum zu überlassen. Die Beklagte erkläre Verrechnung ihrer Ansprüche aus dem Schadenfall mit der klägerischen Forderung von total Fr. 35'590.60. Die Zinsforderungen seien mit 7 % zu hoch, da der Zinssatz 5 % nicht übersteigen könne. Die Klägerin erbringe keinen

Nachweis, dass sie (die Beklagte) ein kaufmännisches Gewerbe betreibe und damit unter den Begriff der "Kaufleute" gemäss Art. 104 Abs. 3 OR falle. Der Klägerin stünde infolge der Verrechnung kein weiteres Guthaben zu, weshalb die Klage abzuweisen sei.

In ihrer Replik vom 29. September 1992 hielt die Klägerin an ihren Anträgen fest und bestritt die Verrechnungsforderung der Beklagten. Zur Begründung führte sie aus, die Angaben zum Schadenshergang durch die Beklagte seien widersprüchlich und unklar, ausserdem nicht belegt. Für die Ausstellung "Les années 80" sei gemäss Nachtrag Nr. 6 zur Police Nr. 1623 keine Transportversicherung vereinbart worden. Es stelle sich damit die Abgrenzungsfrage, was als nicht versicherter Transport und was als zur versicherten Ausstellung gehörig zu verstehen sei. Die besonderen Bedingungen der Versicherungspolice würden "Transport" als Hin- und Rücktransporte, mit allfälligen Zwischenlagerungen, "Ausstellung" hingegen als Ausstellungsdauer definieren. Diese Definition decke sich mit der in der einschlägigen Versicherungsbranche bestehenden Usanz, wonach eine Transportversicherung die Dauer "von Nagel zu Nagel" umfasse. Der Schaden sei, auch nach der - unklaren - beklaglichen Darstellung, vor der Eröffnung der Ausstellung aufgetreten und falle deshalb nicht unter den Schutz der Versicherungspolice, sondern stelle einen nicht versicherten Transportschaden dar.

In ihrer fünften Mahnung vom 17. Juni 1991 habe sie die Suspendierung der Versicherungsdeckung auf Ende Juni 1991 angedroht. Angesichts dieser Drohung mute es eigenartig an, dass just fünf Tage vor der angedrohten Suspension der Versicherungsdeckung zufälligerweise der geltend gemachte Schaden eingetreten sein soll. Die Beklagte sei nicht zur vereinbarten Besprechung des Schadenfalls erschienen und habe weder die in Aussicht gestellten Fotografien des beschädigten Bildes vorgelegt noch die versprochene Bezahlung der ausstehenden Prämienrechnungen vorgenommen. Gemäss Art. 20 Abs. 1 VVG und Art. 8 der Allgemeinen Bedingungen ruhe ihre Leistungspflicht als Versichererin vom Ablauf der Mahnfrist bis zur vollständigen Zahlung der Prämien und Kosten. Selbst bei tatsächlichem Eintritt des geltend gemachten Schadenfalls fünf Tage vor Suspendierung der Versicherungsdeckung sei sie nach Treu und Glauben nicht verpflichtet, die Bearbeitung des Schadenfalls an die Hand zu nehmen, bevor die Beklagte ihre eigene Leistungspflicht erfüllt habe. Gemäss Art. 20 VVG und Art. 8 der Allgemeinen Bedingungen sowie nach Art. 82 OR treffe die Beklagte eine vertragliche Vorleistungspflicht. Der bestrittene Entschädigungsanspruch der Beklagten habe somit nicht fällig werden können, weshalb es an einer Voraussetzung für die Verrechnung gemäss Art. 120 OR gebreche. Sie (die Klägerin) erhebe die Einrede des nicht erfüllten Vertrags. Auch sei das Zahlungsverprechen der Beklagten vom 13. September 1991 als stillschweigender Verzicht auf Verrechnung zu interpretieren, und die Beklagte sei dabei zu behaften. Die Klägerin führte weiter an, bei der Ermittlung und Regulierung des Schadens sei die Beklagte nicht in Absprache mit ihr vorgegangen. Dieses eigenmächtige Vorgehen müsse die Beklagte sich anrechnen lassen und es enthebe sie nicht der Obliegenheit, einen allfälligen Schaden auch der Höhe nach nachzuweisen. Die Beklagte habe ausserdem nicht nachgewiesen, dass sie das beschädigte Bild käuflich erworben habe, und darüberhinaus sei der Kaufpreis nicht angemessen. Die in der Rechtsantwort beantragte Vormerknahme der Bereitschaft der Beklagten, ihr das Bild für Fr. 9'671.35 zum Kauf anzubieten, sei kein klageweise durchsetzbares Rechtsbegehren, sondern ein Vergleichsangebot, das sie ablehne. Daneben sei die Beklagte ihren versicherungsvertraglichen Obliegenheiten der Schadensbelegung nicht nachgekommen, weshalb ihr Entschädigungsanspruch nicht fällig und damit Verrechnung im Sinne von Art. 120 Abs. 1 OR nicht möglich sei. Ueberdies machte die Klägerin geltend, bei einer allfälligen Reduktion ihrer

Zinsforderung durch das Gericht werde die Differenz von 2 % unter dem Titel des weiteren Schadens gemäss Art. 106 OR geltend gemacht.

Mit Duplik vom 2. November 1992 hielt die Beklagte an ihren Anträgen fest. Sie brachte vor, es sei der Klägerin möglich gewesen, den Schadenfall zu bearbeiten. Wenn sie dies nicht getan habe, sei dies eine Verschleppung der Angelegenheit. Bei der Police Nr. 1623 handle es sich um einen Rahmenvertrag, der als "Transport- und Ausstellungsversicherung" umschrieben werde. Es sei Auslegungsfrage, wie und wo der Versicherungsschutz ende, wenn er nur für den Transport bzw. nur für die Ausstellung vereinbart worden sei. Hier gelte die Grundregel, dass bei einer Transportversicherung die Versicherung mit dem Zeitpunkt ende, da die Ware am Bestimmungsort beim Empfänger eingetroffen oder ausgeladen sei. Sie erstrecke sich demnach auch auf die Gefahr des Auf- und Abladens. Die vorliegende Ausstellungsversicherung umfasse auch das Vorfeld der Ausstellung, insbesondere auch das Auslagern und Aufhängen der Gemälde. Die Klägerin habe ihr Versicherungsschutz per 19. Juni 1991 gewährt, im Wissen, dass die Ausstellung erst am 27. Juni 1991 beginnen würde und die Bilder sich noch im Depot befänden. Sie bestreite nicht, dass sie mehrfach gemahnt worden sei. Diese Mahnungen hätten jedoch nicht die Versicherungsprämie für die Ausstellung "Les années 80" betroffen, und so sei es der Klägerin auch nicht erlaubt gewesen, mit ihrer letzten Mahnung die Suspendierung des Versicherungsschutzes für diese letzte Ausstellung anzudrohen, deren Prämie nie zur Diskussion gestanden sei. Im übrigen hätte die Versicherungsdeckung im Zeitpunkt des Schadenfalls auf jeden Fall Bestand gehabt. Mit ihrem Akzept der Verlängerung der Versicherungsdeckung im September 1991 habe die Klägerin ausserdem kundgetan, dass der Versicherungsschutz in ihren Augen nicht per Ende Juni 1991 abgelaufen sei. Versehentlich sei als Erwerbspreis des Bildes FF 176'000.-- anstatt FF 175'000.-- in der Rechtsantwort geschrieben worden.

Mit Verfügung vom 6. Oktober 1993 ordnete der Instruktionsrichter auf Antrag der Beklagten eine Expertise über die Werteinbusse des Bildes "deux femmes" von Louis Cane an. Der damit beauftragte Experte konnte nach diversen Versuchen eine Besichtigung mit Vertretern der Beklagten im Museum B. auf den 1. Februar 1994 vereinbaren.

Die Beklagte erschien ohne Angabe von Gründen oder Entschuldigung nicht. Der Instruktionsrichter forderte die Beklagte nach entsprechender Mitteilung des Experten am 17. Februar 1994 auf, bis am 14. März 1994 mit dem Experten Kontakt aufzunehmen und einen Besichtigungstermin zu vereinbaren. Bei Nichtvornahme von Kontaktaufnahme und Terminvereinbarung ohne genügende Entschuldigung werde Verzicht auf die Expertise angenommen. Da die Beklagte auf diese Verfügung nicht reagierte, verfügte der Instruktionsrichter am 6. April 1994, es werde Verzicht auf eine Expertise angenommen, und das Beweisverfahren werde geschlossen. Am 22. April 1994 teilte der Rechtsvertreter der Beklagten dem Gericht mit, er habe das Mandat niedergelegt. Mit Schreiben vom 4. Mai 1994 ersuchte die Beklagte das Gericht, auf die Verfügung vom 6. April 1994 zurückzukommen. In ihrer Vernehmlassung beantragte die Klägerin, das Beweisverfahren gemäss der Schlussverfügung vom 6. April 1994 als geschlossen zu betrachten.

Gründe: Die Hauptforderung der Klägerin richtet sich auf die Bezahlung der aufgelaufenen Versicherungsprämien durch die Beklagte. Grundlagen dieser Forderung

stellen der Rahmenvertrag Nr. 1623 vom 24. August 1989 und die darauf bezugnehmenden Nachträge Nrn. 4, 5 und 6 dar. Die Klägerin macht geltend, die Prämien seien ordnungsgemäss in Rechnung gestellt und fällig geworden.

Laut Art. 8 Abs. 1 der Allgemeinen Bedingungen (AVB), auf die im Rahmenvertrag vom 24. August 1989 ausdrücklich verwiesen wird, bzw. Art. 18 Abs. 1 VVG ist der Versicherungsnehmer zur Bezahlung der Prämie verpflichtet. Die Beklagte ist dieser Pflicht nicht nachgekommen. In ihrer Rechtsantwort bestreitet sie die Forderung der Klägerin grundsätzlich nicht, sondern schreibt ihrerseits: "Die ausstehenden Prämien belaufen sich auf Fr. 35'164.60". Die Hauptforderung der Klägerin von Fr. 35'164.60 wird somit von der Beklagten anerkannt.

Die Beklagte hält indessen in ihrer Rechtsantwort fest, sie verrechne ihre Ansprüche aus dem im Sachverhalt erwähnten Schadenfall mit der Prämienschuld samt Folgen. Nach ihrer Ansicht entspricht der von ihr erlittene Schaden wenigstens den ausstehenden Prämienforderungen, weshalb sie der Klägerin nach Verrechnung der gegenseitigen Ansprüche nichts mehr schulde.

Wenn zwei Personen einander Geldsummen oder andere Leistungen, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind, schulden, kann jede ihre Schuld, insofern beide Forderungen fällig sind, mit ihrer Forderung verrechnen (Art. 120 Abs. 1 OR). Der Schuldner kann die Verrechnung geltend machen, auch wenn seine Gegenforderung bestritten wird (Art. 120 Abs. 2 OR; vgl. Art. 100 Abs. 1 VVG).

Die Klägerin stellt das Vorliegen eines Schadens nicht in Frage, bestreitet jedoch neben der Frage des Versicherungsschutzes und der Verrechnungsmöglichkeit insbesondere die Höhe des Schadens.

Nach Art. 19 der AVB ist es Aufgabe der Versicherungsnehmerin, die zur Feststellung der Höhe des Schadens erforderlichen Unterlagen der Klägerin vorzulegen. Die Beklagte hat telefonisch und mit Fax-Schreiben vom 28. Juni 1991 den Schadenfall vom 25. Juni 1991 der Klägerin gemeldet und hat damit ihre Obliegenheit gemäss Art. 13 Ziff. 1 der AVB erfüllt. Aus der Meldung geht hervor, dass das Bild "deux femmes" von Louis Cane "beim Manipulieren beschädigt worden sei" und sein Wert FF 200'000.-- betrage. Die Rechnung der Galerie B., Paris, vom 6. November 1991 bestätigt diesen Wert und stellt ihn unter Abzug eines Rabattes von 12,5 % der Beklagten mit FF 175'000.-- in Rechnung. Auf diesen Betrag beruft sich die Beklagte auch in ihrer Duplik.

"Der Versicherungsnehmer oder Anspruchsberechtigte hat bei Eintritt eines versicherten Ereignisses (..) die für die Begründung des Entschädigungsanspruchs nötigen Belege zu liefern und Angaben zu machen; der Anspruchsberechtigte hat die Höhe des Schadens nachzuweisen" (Art. 13 Ziff. 6 und Art. 14 Abs. 1, 2. Satz der AVB; vgl. Art. 8 ZGB). Die Präsentation einer Rechnung, aus der der Kaufpreis des - unbeschädigten - Bildes hervorgeht, ist nicht geeignet, die Höhe des Schadens darzutun. Der Schaden ist zu verstehen als die Differenz des Sachwertes vor und nach dem Eintritt des befürchteten Ereignisses. Zu Recht wiesen beide Parteien darauf hin, dass es ausserordentlich schwierig sei, diese Differenz zu quantifizieren.

Zur Schadenermittlung bestellte der Instruktionsrichter entsprechend dem Antrag der Beklagten einen Experten. Die Beklagte verunmöglichte jedoch, wie oben aufgezeigt, eine Expertise und kam insbesondere der Aufforderung des Instruktionsrichters vom 17. Februar 1994, Kontakt mit dem Experten aufzunehmen und einen Besichtigungstermin zu vereinbaren, nicht nach. Infolge dieser Passivität der Beklagten wurde androhungsgemäss Verzicht auf die Expertise angenommen, und es wurde am 6. April 1994 das Beweisverfahren nach § 135 ZPO geschlossen.

Mit Schreiben vom 4. Mai 1994 ersuchte die Beklagte das Amtsgericht Luzern-Stadt, auf die Schlussverfügung vom 6. April 1994 zurückzukommen. Der Präsident der beklagten Stiftung sei betagt und der Vizepräsident sehr oft im Ausland. Ein Auslandsaufenthalt sei auch der Grund für die Nichteinhaltung des vereinbarten Termins vom 1. Februar 1994 zur Expertise des beschädigten Bildes gewesen. Eine Kopie der Benachrichtigung über den nicht eingehaltenen Termin durch den Sachverständigen sei ihr durch ihren Rechtsvertreter zugestellt worden, woraufhin sie sich mit dem Experten in Verbindung gesetzt und er sich erneut bereit erklärt habe, eine Begutachtung vorzunehmen. Sie sei davon ausgegangen, dass der Experte mit dem Amtsgericht Luzern-Stadt Kontakt aufnehme. Dieser habe angenommen, dass die Beklagte dies tun würde. Das Missverständnis habe dazu geführt, dass die Beklagte nichts mehr unternommen habe.

Dieses Schreiben der Beklagten kann als Wiederherstellungsgesuch im Sinne von § 81^{bis} ZPO betrachtet werden. "Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumung einer gesetzlichen oder richterlichen Frist kann nur dann erteilt werden, wenn der Gesuchsteller oder sein Vertreter durch ein unverschuldetes Hindernis abgehalten worden ist, innert der Frist zu handeln, und binnen zehn Tagen nach Wegfall des Hindernisses die Wiederherstellung verlangt und die versäumte Rechtshandlung nachholt".

Die Beklagte war, nachdem sie den vereinbarten Besichtigungstermin vom 1. Februar 1994 ohne Entschuldigung nicht eingehalten hatte, vom Amtsgericht Luzern-Stadt am 17. Februar 1994 aufgefordert worden, bis am 14. März 1994 mit dem Experten Kontakt aufzunehmen und einen Besichtigungstermin zu vereinbaren; für den Unterlassungsfall wurde ihr Verzicht auf die Expertise angedroht. Die Frist wurde von der Beklagten nicht eingehalten. Das Gericht ging deshalb vom Verzicht der Beklagten auf eine Expertise aus und erkannte auf Schluss des Beweisverfahrens. Die erste Reaktion der Beklagten auf die gerichtliche Verfügung vom 17. Februar 1994 war ihr Wiederherstellungsgesuch vom 4. Mai 1994. Dass ein unverschuldetes Hindernis im Sinne von § 81^{bis} ZPO vorlag, ist nicht dargetan. Der Präsident der beklagten Stiftung war in allen früheren geschäftlichen Angelegenheiten durchaus in der Lage, trotz seines Alters seinen Verpflichtungen nachzukommen. Seine Betagtheit kann nicht als Hindernis gelten, einer gerichtlichen Aufforderung wie der vorliegenden Folge zu leisten bzw. gegebenenfalls selber oder durch den Rechtsvertreter ein Gesuch um Verlängerung der Frist zu stellen. Das gleiche gilt für den Vizepräsidenten der Stiftung und dessen häufige, durch Auslandsreisen bedingte Abwesenheit, zumal der Rechtsvertreter der Beklagten erst am 22. April 1994 sein Mandat niederlegte, d.h. erst gut zwei Wochen nach Erlass der Schlussverfügung vom 6. April 1994. Auch das von der Beklagten erwähnte Telefonat an den Sachverständigen erfolgte gemäss Auskunft des Experten erst ca. drei Wochen nach der Rechnungsstellung vom 25. März 1994, mithin rund zwei Monate nach Erlass der Verfügung vom 17. Februar 1994 bzw. rund vier Wochen nach Ablauf der gesetzten Frist. Es dauerte gar elf Wochen, bis die Beklagte sich am 4. Mai 1994 gehalten sah, erstmals seit Erlass der Verfügung vom 17. Februar 1994 schriftlich an das Gericht zu gelangen. Das geltend gemachte "Missverständnis" seitens der Beklagten kann angesichts der oben dargestellten Zeiträume und der bis am 22. April 1994 dauernden rechtlichen Vertretung nicht als unverschuldetes Hindernis qualifiziert werden. Ueberdies wäre das Gesuch verspätet. Die Voraussetzungen für die Gewährung der Wiederherstellung gegen die Folgen der Versäumung der richterlichen Frist sind somit nicht gegeben. Damit bleibt es bei der Schlussverfügung vom 6. April

1994, und es ist Verzicht der Beklagten auf eine Expertise betreffend den Schaden anzunehmen.

Wie oben gezeigt, ist es Aufgabe der Beklagten, die Höhe des Schadens nachzuweisen. Den Nachweis hat sie infolge ihres Verzichts auf die Expertise nicht zu erbringen vermocht, womit schon von daher keine Verrechnungsforderung nachgewiesen und gegeben ist (vgl. Art. 8 ZGB). Die Frage, ob eine Versicherungsdeckung für den Schaden bestanden hätte, kann damit offenbleiben.

Die Klägerin macht einen Anspruch auf Verzugszinsen zu 7 % ab verschiedenen Daten geltend. Sie stützt ihr Begehren auf Art. 102 OR in Verbindung mit Art. 104 Abs. 3 OR, da das Geschäft zwischen den beiden Parteien infolge der beiderseitigen Eintragungspflicht ins Handelsregister als solches unter Kaufleuten zu qualifizieren sei und der Diskontsatz in der Schweiz im Zeitpunkt der einzelnen Prämienfälligkeiten 7 % betragen habe. Die Beklagte führt aus, der Verzugszins könne 5 % nicht übersteigen. Der Hinweis der Klägerin auf die Eintragungspflicht ins Handelsregister gehe fehl, da der Eintrag ins Handelsregister bei Stiftungen konstitutive Wirkung habe und sie erst damit die Rechtspersönlichkeit erlangen könnten; es könne nicht behauptet werden, jede der solcherart zum Handelsregistereintrag verhaltenen Stiftungen betreibe ein kaufmännisches Gewerbe bzw. falle unter den Begriff der Kaufleute im Sinn von Art. 104 Abs. 3 OR.

Gemäss BGE 116 II 141 obliegt der Beweis für den geltend gemachten höheren Verzugszinssatz gemäss Art. 104 Abs. 3 OR der Klägerin. Nachdem die Beklagte den Zinssatz von 7 % bestreitet und auf den gesetzlichen Verzugszinssatz von 5 % verweist und die Klägerin zur Höhe des Verzugszinssatzes gemäss Art. 104 Abs. 3 OR keine Beweisanträge stellt, ist von einem Verzugszins von 5 % auszugehen. Im übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Beklagte als Stiftung nach einer Überzeugenden Lehrmeinung nicht unter den Begriff der Kaufleute im Sinne von Art. 104 Abs. 3 OR fiele, da sie nicht der ordentlichen Konkursbetreibung unterliegt (Art. 39 SchKG; Franz Schenker, Die Voraussetzungen und die Folgen des Schuldnerverzugs im schweizerischen OR, Diss. Freiburg 1988, Nr. 364).

Gemäss Art. 102 Abs. 1 OR sind die Verzugszinsen zu 5 % auf Fr. 31'130.-- seit 5. Dezember 1990, auf Fr. 809.50 seit 5. März 1991 und auf Fr. 3'225.10 seit 16. Januar 1992 geschuldet.

Die Klägerin beruft sich eventualiter auf Art. 106 OR und macht unter diesem Titel einen weiteren Schaden geltend. Sie könne jederzeit nachweisen, dass sie im Umfang ihrer Klageforderung Fremdkapital, das zu mindestens 7 % verzinslich gewesen sei, aufgenommen habe. Die Klägerin hat den Schaden gemäss Art. 106 OR nicht bewiesen, weshalb ihr unter diesem Titel keine Forderung zuzusprechen ist.

I. Inhaltsverzeichnis

XXXV (Beweiswürdigung)
IX, 6 (Verrechnung)

II. Gesetzesregister

VVG 18, 100
OR 102, 104, 106, 120
ZGB 8
SchKG 39

III. Sachregister

Beweis
der Höhe des Schadens

Fälligkeit des Versicherungsanspruchs
als Voraussetzung für die Verrechnung

Prämie
Verrechnung der ausstehenden -

Verrechnung der Prämienforderung
Voraussetzungen