



**DAS OBERGERICHT
DES
KANTONS THURGAU**

in der Besetzung

Obergerichtspräsident Thomas Zweidler,
Oberrichter Peter Hausammann, Ersatzrichter Humbert Entress und
Obergerichtssekretär Tobias Zumbach

hat in der

Sitzung vom 2. September 2008

in Sachen

A., Versicherungsgesellschaft,

- Berufungsklägerin -

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Urs Glaus,

gegen

X.

- Berufungsbeklagter -

vertreten durch Rechtsanwalt Dr.iur. Thomas Dufner,

betreffend

Forderung aus Versicherungsvertrag

- Urteil B.2006.56 der Bezirksgerichtlichen Kommission Kreuzlingen
vom 3. / 14. März 2008 -

gefunden:

Die Berufung ist begründet, und

erkannt:

1. Die Streitsache wird zu neuem Entscheid an die Vorinstanz zurückgewiesen.
2. Die Berufungsklägerin bezahlt einstweilen eine Verfahrensgebühr von Fr. 3'000.00, und die Parteikosten bleiben bei der Hauptsache.
3. Mitteilung an die Parteien und an die Vorinstanz mit den Akten.

Ergebnisse:

1. a) X. schloss bei A.,
(Versicherung), mit Wirkung ab 30. Dezember 1998 eine Feuer-Betriebsunterbrechungsversicherung, Police Nr. 3.370.867, für seinen damals an der ... in ... gelegenen Pizzeriabetrieb "O. " ab. Nebst den in der Police enthaltenen besonderen Bestimmungen bildeten auch die "Allgemeinen Bedingungen der Versicherung von Geschäftsbetrieben gegen Feuer-, Diebstahl-, Wasser- und Glasbruchschäden" (Ausgabe K 03; AVB K 03)¹ sowie die "Zusätzlichen Allgemeinen Bedingungen für Feuer-Betriebsunterbrechungs-Versicherung für Handel und Gewerbe" (Ausgabe M 02; AVB M 02)² Bestandteil des Versicherungsvertrags. Die Parteien sind sich zudem einig, dass zur Geltendmachung eines Unterbrechungsschadens gemäss Vertrag ein Sachschaden vorliegen muss, der durch ein Schadenereignis verursacht wurde, welches durch die Feuerversicherung gedeckt ist, und dass zwischen dem Sach- sowie Unterbrechungsschaden ein adäquater Kausalzusammenhang

¹ Act. 3/1; zit.: AVB K 03

² Act. 3/4; zit.: AVB M 02

bestehen muss. Ferner sind sie sich auch einig, dass gemäss Ziff. 8 lit. a AVB M 02 unter den Begriff des Unterbrechungsschadens zum einen die Differenz zwischen dem während der Haftzeit erzielten und dem ohne Unterbrechung erwarteten Umsatz, vermindert um die Differenz zwischen den mutmasslichen und den tatsächlich aufgewendeten Kosten, und zum andern die Schadensminderungskosten fallen.

b) Am 10. Juni 2002 trat der durch die Feuerversicherung gedeckte Schadenfall ein: Ein Feuer verursachte in der Pizzeria von X. starken Rauchscha- den; sein Umsatz sank in der Folge auf Fr. 0.00. Ende November 2002 erfuhr X.

vom Eigentümer der Liegenschaft, in der sich seine Pizzeria befand, dass dieser künftig dort keinen Restaurationsbetrieb mehr haben wolle. Am 1. August 2003 konnte X. an der ... in ... seine neue Pizzeria "P. " eröffnen.

In der Folge entschädigte die Versicherung X. für den Betriebsunterbuch während der Zeitspanne vom 11. Juni 2002 bis und mit dem 31. Juli 2003 mit gerundet Fr. 175'000.00, wovon Fr. 151'398.00 für entgangenen Umsatz und Fr. 21'200.00 als Pauschalzahlung für Anschubhilfen zugunsten des neuen Betriebs (Mailings, Inserate usw.) gedacht waren. Die Berechnung des entgangenen Umsatzes beruhte dabei auf einem mutmasslichen Jahresumsatz von Fr. 530'000.00, den X.

ohne Unterbrechung hätte erzielen können, abzüglich mutmasslicher Kosten von 73,63% des Umsatzes.

2. a) Mit Klageschrift vom 2. Juni 2006 erhob X. bei der Bezirksgerichtlichen Kommission Kreuzlingen Teilklage gegen die Versicherung auf Zahlung von Fr. 20'000.00 nebst 5% Zins seit 5. Dezember 2004. Die Versicherung habe nicht bloss für den Zeitraum vom 11. Juni 2002 bis 31. Juli 2003 eine Entschädigung zu leisten, sondern während der gesamten vereinbarten Haftzeit von 24 Monaten und damit auch für den Zeitraum vom 1. August 2003 bis und mit dem 10. Juni 2004. In dieser Zeit sei nämlich ein weiterer Unterbrechungsschaden wegen entgangenen Umsatzes in der Höhe von Fr. 172'254.20 entstanden. Hinzu kämen Kosten für Schadensminderungsmassnahmen von insgesamt Fr. 39'138.45 während der 24-monatigen Haftzeit, wovon bereits bezahlte Fr. 21'200.00 in Abzug zu bringen seien. Der tatsächliche Umsatz habe in jener Zeitspanne Fr. 207'343.65³, die tatsächlichen Kosten Fr. 259'247.90,

³ In der Klageschrift (S. 8) wird der Betrag mit Fr. 207'343.45 angegeben, was offensichtlich auf einem Fehler beim Addieren der beiden Teilbeträge Fr. 200'654.95 und Fr. 6'688.70 beruht.

der erwartete Umsatz demgegenüber Fr. 456'388.85 (basierend auf einem mutmasslichen Jahresumsatz von Fr. 530'000.00) sowie die mutmasslichen Kosten Fr. 336'039.10 (was 73,63% des mutmasslichen Umsatzes entsprechen) betragen. Die Umsatzeinbusse während der Zeitspanne vom 1. August 2003 bis und mit dem 10. Juni 2004 sei zudem ganz klar die Folge des Brandes am ursprünglichen Standort gewesen und weder auf die Wahl des Lokalstandorts noch auf ein angeblich verändertes Angebot zurückzuführen. Ferner habe X. alles Mögliche getan, einen Ersatzstandort für seine Pizzeria zu suchen, nachdem er Ende November 2002 erfahren habe, dass die Wiederöffnung am ursprünglichen Standort nicht mehr möglich sein werde.

b) Die Versicherung beantragte die Abweisung der Klage. Zum einen habe X. die Schadensminderungspflicht verletzt, da er seine Pizzeria erst 13 Monate nach dem Brand wieder eröffnet habe; dies sei eindeutig zu lang. Zum anderen verstehe X. den Begriff der Haftzeit falsch: Die Betriebsunterbrechungsversicherung bezahle nicht einfach entgangene Umsätze während jener Zeitspanne, sondern diese 24 Monate stellten bloss die maximale Haftzeit dar. Zudem habe X. zum erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen dem Brandschaden und dem Unterbrechungsschaden nichts behauptet; ihn treffe aber diesbezüglich die Beweislast.

3. Mit Urteil vom 3. / 14. März 2008 hiess die Bezirksgerichtliche Kommission Kreuzlingen die Teilklage gut und verurteilte die Versicherung zur Zahlung von Fr. 20'000.00 nebst 2% Zins seit 5. Dezember 2004. X. habe einerseits die ihm obliegenden Schadensminderungspflichten nicht verletzt. Andererseits ergebe sich aus dem Versicherungsvertrag eine Umsatzgarantie, so dass die Versicherung für minimale Abweichungen zum Vorbetrieb einzustehen habe, wobei es gerichtsnotorisch sei, dass bei der Wiederaufnahme eines unterbrochenen Restaurantbetriebs am Anfang mit Umsatzeinbussen gerechnet werden müsse.

4. Gegen dieses Urteil erklärte die Versicherung am 20. März 2008 Berufung. Sie beantragte die Abweisung der Klage. Mit Berufungseingabe vom 28. April 2008 begründete sie schriftlich, der Berufungsbeklagte habe in seiner erstinstanzlichen Duplik ebenfalls anerkannt, dass das neue Lokal an der ... demjenigen an der ... in jeder Hinsicht gleichwertig sei. Insbesondere behaupte der Berufungsbeklagte für die Zeit nach dem 1. August 2003 den Schaden nicht rechtsgenügend. Anlässlich der mündlichen Berufungsbegründung ergänzte die Berufungsklägerin ihren

Vortrag dahingehend, dass der Leistungsanspruch jedenfalls bei Eröffnung eines gleichwertigen Lokals erlösche. Soweit der Berufungsbeklagte behaupte, nach dem 1. August 2003 immer noch kein gleichwertiges Lokal gefunden zu haben, so habe er jedenfalls die Schadensminderungspflicht verletzt, da er auf diesen Termin hin längst ein derartiges Lokal hätte finden können.

Der Berufungsbeklagte ersuchte um Abweisung der Berufung; ferner verlangte er, dass die schriftliche Berufungsbegründung aus dem Recht zu weisen sei, da die Berufungsklägerin faktisch zwei Berufungsbegründungen habe erstatten können. Er bestreite, dass er jemals behauptet habe, die beiden Lokale seien gleichwertig. Er habe zudem sowohl den Kausalzusammenhang als auch den nach dem 1. August 2003 entstandenen Schaden behauptet. Zudem sei die Tatsache, dass ein Restaurant nach einer langen Schliessungsphase mit Umsatzeinbussen zu rechnen habe, nicht bloss gerichtsnotorisch, sondern allgemein bekannt.

5. Für die detaillierten Vorbringen der Parteien wird auf die Klageschrift vom 2. Juni 2006, die Klageantwortschrift vom 27. April 2007, das Protokoll der Hauptverhandlung, die Berufungseingabe der Berufungsklägerin vom 28. April 2008, die Berufungseingabe des Berufungsbeklagten vom 27. Mai 2008 sowie das Protokoll der Berufungsverhandlung hingewiesen.

Erwägungen:

1. a) Der Berufungskläger machte vom behaupteten Gesamtanspruch von Fr. 195'564.90, welcher sich aus dem reinen Betriebsausfallschaden und den Schadensminderungskosten zusammensetzt, bloss einen Teilbetrag von Fr. 20'000.00 geltend. Obwohl die thurgauische Zivilprozessordnung eine solche Teilklage nicht ausdrücklich vorsieht⁴, ist diese als Ausfluss der in § 97 ZPO verankerten Dispositionsmaxime grundsätzlich zulässig⁵. Allerdings sind für die Zulässigkeit einer Teilklage, welche sich wie hier auf verschiedene Positionen bezieht, besondere Anforderungen an das Rechtsbegehren und dessen Begründung zu stellen. Die klagende Partei muss diesfalls ange-

⁴ Art. 84 des Entwurfs zur Schweizerischen Zivilprozessordnung sieht die Teilklage ausdrücklich vor, vgl. BBI 2006 S. 7431.

⁵ Vgl. dazu Merz, Die Praxis zur thurgauischen Zivilprozessordnung, 2.A., § 112 N 8, wo die Zulässigkeit der Teilklage indirekt erwähnt wird; Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., § 17 N 20, § 54 N 17

ben, welchen Teil jedes der Ansprüche sie in welcher Reihenfolge fordert. Damit soll im Hinblick auf eine weitere Teilklage Klarheit geschaffen werden, welche Position in welcher Höhe bereits rechtskräftig entschieden wurde. Mithin genügt die unterschiedslose Angabe mehrerer Ansprüche ohne die betragsmässige Aufteilung auf das Rechtsbegehren grundsätzlich nicht⁶. Gerade so liegt der Fall aber hier, da der Berufungsbeklagte weder in seiner Klageschrift noch in seinen späteren Rechtsschriften deutlich machte, in welchem Umfang die mit Teilklage geltend gemachten Fr. 20'000.00 auf den reinen Betriebsausfallschaden sowie die Schadensminderungskosten zu verteilen wären. Aus dieser Sicht müsste die vom Berufungskläger angestrebte Teilklage nach allgemeinen prozessualen Grundsätzen an sich als unzulässig gelten. Allerdings fehlt es an einer entsprechenden gesetzlichen Regelung in der ZPO, und auch die kantonale Gerichtspraxis hat sich zu dieser Frage bisher noch nicht geäußert. Damit kann die hier angehobene Teilklage formell jedenfalls nicht ohne weiteres als unzulässig gelten, auch wenn die daraus resultierenden Folgen eher unbefriedigend sind. Im Übrigen könnte man sich durchaus auch auf den Standpunkt stellen, die Teilklage sei im vorliegenden Fall im Sinn einer Ausnahme zulässig: Macht die klagende Partei mit ihrer Teilklage bloss einen Anspruch geltend, der sich aus mehreren unselbständigen Rechnungsposten zusammensetzt, so ist eine Aufteilung auf die einzelnen Rechnungsposten nicht erforderlich⁷. Folgt man dieser Auffassung, wäre es ausnahmsweise wohl auch vertretbar, den reinen Betriebsausfallschaden und die Kosten für Schadensminderungsmassnahmen als blosser Rechnungsposten zu qualifizieren, da Ziff. 1 AVB M 02 zum einen davon spricht, dass die Versicherung Unterbrechungsschäden decke, und Ziff. 8 M 02 den Unterbrechungsschaden zum anderen so definiert, dass sich dieser aus dem reinen Betriebsausfallschaden, den Schadensminderungskosten sowie den besonderen Auslagen zusammensetze. Zusammenfassend ist die Teilklage daher zuzulassen.

b) Die Berufungseingabe der Berufungsklägerin vom 28. April 2008 ist entgegen den Ausführungen des Berufungsbeklagten⁸ durchaus zulässig, nachdem dem Berufungsbeklagten mit Verfügung des Obergerichtspräsidenten vom 30. April 2008 ebenfalls ausdrücklich die Möglichkeit eingeräumt wurde, fakultativ eine schriftliche Berufungsantwort einzureichen. Zudem dürfen im Zivilprozess die Anforderungen an Rechtsschriften in formeller Hinsicht ohnehin nicht überspannt werden, da kein Anwaltszwang besteht⁹: Parteien, welche auf eine anwaltliche Vertretung verzichten, pfl-

⁶ ZR, 2003, Nr. 45; vgl. auch Entscheid des Bundesgerichts vom 25. März 2003, 4P.19/2003, Erw. 3

⁷ Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15.A., S. 546; Entscheid des BGH vom 19. Juni 2000, in: NJW 2000, S. 3719;

⁸ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 15

⁹ Vgl. § 18 Abs. 1 ZPO

gen im Berufungsverfahren erfahrungsgemäss sehr häufig in ihrer Berufungseingabe nicht nur die Anträge zu erstatten und Noven einzureichen, sondern gleich auch eine Begründung der Berufung anzufügen, zumal es für den Laien schwierig ist, genau zwischen Anträgen und Begründung zu unterscheiden. Solche schriftlichen Berufungsbegründungen gelten nach ständiger Praxis des Obergerichts ohne weiteres als zulässig, und es wäre rechtlich offensichtlich nicht möglich, im Anwaltsprozess in diesem Punkt anders zu entscheiden. Abgesehen davon erzielt die berufungsbeklagte Partei, wenn eine schriftliche Berufungsbegründung eingereicht wird und sie selber auf eine schriftliche Berufungsantwort verzichtet, verhandlungstechnisch so deutliche Vorteile, dass diese den sehr bescheidenen Nachteil, dass die berufungsklägerische Partei an der Verhandlung ihre Berufungsbegründung noch ergänzen und sich insofern tatsächlich quasi zweimal äussern kann, bei weitem überwiegen.

2. Hingegen ist die Streitsache in Anwendung von § 233 Abs. 2 ZPO an die Vorinstanz zurückzuweisen, um über Bestand und Höhe des für die Zeit nach dem 1. August 2003 behaupteten Unterbrechungsschadens neu zu entscheiden.

a) Zwar steht die vertragliche Anspruchsgrundlage für die Geltendmachung des Unterbrechungsschadens unbestritten fest, denn gemäss Ziff. 1 lit. a und Ziff. 4 AVB M 02 deckt die Versicherung Unterbrechungsschäden, die durch Sachschäden entstehen, welche durch ein von der Feuerversicherung gedecktes Schadenereignis verursacht worden sind, wobei die Gesellschaft für den Schaden mangels anderer Abrede 24 Monate vom Eintritt des Schadenereignisses an gerechnet haftet. Beide Parteien interpretieren diese Bestimmung so, dass für die Geltendmachung einer Entschädigung zwischen dem durch das Schadenfeuer verursachten Sachschaden und dem Unterbrechungsschaden ein adäquater Kausalzusammenhang bestehen muss. Soweit die Berufungsklägerin dem Berufungsbeklagten vorwirft, er behaupte für eine Anspruchs begründung bloss eine Umsatzeinbusse während der Haftzeit von 24 Monaten (Ziff. 4 AVB M 02), stimmt dies offensichtlich nicht, da der Berufungsbeklagte in seiner Replik vor Vorinstanz darlegte, dass auch er einen adäquaten Kausalzusammenhang zwischen dem relevanten Sachschaden und dem Unterbrechungsschaden als erforderlich betrachte¹⁰.

¹⁰ Protokoll der Hauptverhandlung, Replik, S. 5, 7; vgl. zur Betriebsunterbrechungsversicherung Hauswirth/Suter, Sachversicherung, 2.A., S. 328

b) Streitig ist aber, ob und in welcher Höhe nach dem 1. August 2003 weiterhin ein Unterbrechungsschaden bestand. Die Berufungsklägerin bestreitet zumindest in ihrer Berufungseingabe das Vorliegen eines Schadens ausdrücklich, indem sie ausführt, ein Schaden könne gar nicht mehr vorliegen, nachdem der Berufungsbeklagte die Gleichwertigkeit des alten mit dem neuen Geschäftslokal anerkenne¹¹. Sowohl für den Nachweis des Schadens als auch des relevanten Kausalzusammenhangs trifft gemäss Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 100 VVG den Berufungsbeklagten die Beweislast¹². Allerdings kann dieser Schaden nicht mit der vom Berufungsbeklagten bereits eingereichten Betriebsrechnung¹³ nachgewiesen werden, da es sich dabei bloss um eine schriftliche Parteibehauptung handelt. Vor Vorinstanz wird der Berufungsbeklagte mit anderen Worten nachzuweisen haben, ob sein Pizzeriabetrieb nach dem 1. August 2003 überhaupt noch eine Umsatzeinbusse zu verzeichnen hatte und ob diese durch das Schadenfeuer vom 10. Juni 2002 verursacht worden war. Demgegenüber hat der Berufungsbeklagte bereits zum jetzigen Zeitpunkt nachgewiesen, dass eine allfällige Umsatzeinbusse zumindest bis zum 1. Oktober 2003 mit Sicherheit noch auf den Brandschaden zurückgeführt werden könnte: Es ist nämlich nicht bloss gerichtsnotorisch¹⁴, sondern tatsächlich allgemein bekannt, dass es bei der Wiedereröffnung eines Restaurationsbetriebs nach einem Betriebsunterbruch von mehr als 13 Monaten zumindest für die ersten zwei Monate nach der Wiedereröffnung aufgrund des langen Betriebsunterbruchs zu Umsatzeinbussen kommen kann. Was hingegen den ab 1. Oktober 2003 geltend gemachten Schaden betrifft, so wird der Berufungsbeklagte nachzuweisen haben, ob und inwieweit dieser noch vom Brandschaden vom 10. Juni 2002 herrührte.

Soweit die Berufungsklägerin behauptet, der Berufungsbeklagte habe den von ihm nach dem 1. August 2003 behaupteten Unterbrechungsschaden durch Verletzung der ihm obliegenden Schadensminderungsmassnahmen verursacht, hat sie gemäss Art. 8 ZGB i.V.m. Art. 100 VVG nachzuweisen¹⁵, inwiefern der Berufungsbeklagte solche Massnahmen unterliess und sich dieses Verhalten auf Bestand und Höhe des nach dem 1. August 2003 von ihm behaupteten Schadens auswirkte. Insbesondere wird sie nachzuweisen haben, ob der Berufungsbeklagte seinen Pizzeriabetrieb in der Geschäftslokalität an der ... bereits zu einem früheren Zeitpunkt

¹¹ Berufungseingabe vom 28. April 2008, S. 6

¹² BGE 130 III 323, wonach der Versicherungsnehmer namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs nachzuweisen hat; Nebel, Basler Kommentar, Art. 100 VVG N 9 mit dem Hinweis, dass sich Art. 100 Abs. 1 VVG nicht nur auf das OR, sondern auch auf das ZGB beziehe.

¹³ Act. 3/5

¹⁴ Wie die Vorinstanz in ihrem Entscheid auf Seite 13 annahm

¹⁵ BGE 130 III 323

hätte aufnehmen können, oder dass ihm eine andere, gleichwertige Geschäftslokalität im Raum Kreuzlingen zu einem früheren Zeitpunkt tatsächlich zur Verfügung gestanden hätte.

c) Daran ändert nichts, dass der Berufungsbeklagte ein dem alten Lokal gleichwertiges an der ... eröffnen konnte. Im Versicherungsvertrag wurde nämlich nicht rechtsgenügend vereinbart, dass die Versicherung längstens nur gerade bis zur Wiedereröffnung eines gleichwertigen Lokals leisten müsse, wie die Berufungsklägerin sinngemäss geltend macht¹⁶. Hätte die Berufungsklägerin tatsächlich eine solche Regelung vorsehen wollen, so hätte sie dies klar und eindeutig in ihren AVB regeln müssen; mehrdeutige oder unklare Versicherungsklauseln sind im Zweifel zum Nachteil des Versicherers auszulegen¹⁷. Eine diesbezüglich klare und eindeutige Klausel enthalten die AVB M 02 aber nicht. Insbesondere erfüllt auch Ziff. 1 AVB M 02 diese Anforderungen nicht, da die Klausel bloss lautet: "Die Versicherung deckt Unterbrechungsschäden, die entstehen, wenn der Betrieb des Versicherungsnehmers vorübergehend nicht oder nur teilweise weitergeführt werden kann". Müsste darin tatsächlich ein Untergangsgrund für die sich aus einem konkreten Versicherungsfall ergebende Leistungspflicht erblickt werden, so hätte diese Klausel etwa lauten müssen: "Die Leistungspflicht der Versicherung erlischt, sobald der Versicherungsnehmer den Betrieb wieder vollständig weiterführt".

3. Die Berufungsklägerin bezahlt einstweilen die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Verfahrensgebühr beträgt gemäss § 13 Ziff. 1 GebV Fr. 3'000.00. Demgegenüber bleiben die Parteikosten praxismässig bei der Hauptsache¹⁸.

4. Der Streitwert beläuft sich auf Fr. 20'000.00. Für eine Beschwerde in Zivilsachen an das Bundesgericht müssen daher die Voraussetzungen von Art. 74 Abs. 2 BGG erfüllt sein. Hinzuweisen ist auf die subsidiäre Verfassungsbeschwerde gemäss Art. 113 ff. BGG. Zudem sind sowohl für die Beschwerde in Zivilsachen als auch die subsidiäre Verfassungsbeschwerde die besonderen Voraussetzungen für Zwischenentscheide gemäss Art. 93 Abs. 1 BGG zu beachten¹⁹.

¹⁶ Protokoll der Berufungsverhandlung, S. 3

¹⁷ BGE 124 III 158, 132 III 267; Stoessel, Basler Kommentar, Vorbemerkungen zu Art. 1 - 3 VVG N 28

¹⁸ RBOG 1970 Nr. 16

¹⁹ BGE 134 III 136, 133 V 482

Eine Beschwerde an das Bundesgericht ist gemäss Art. 42 und 90 ff. BGG innert der nicht erstreckbaren Frist von 30 Tagen von der Zustellung des Entscheids an gerechnet beim Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Die unterzeichnete Beschwerdeschrift (im Doppel) hat die Begehren und deren Begründung mit Angabe der Beweismittel zu enthalten; entsprechende Unterlagen sind beizulegen.

Frauenfeld, 2. September 2008

Zum

Der Präsident des Obergerichts:

Der Obergerichtssekretär: