



## Handelsgericht

---

Präsident Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Leuenberger, Vizepräsident Rolf Brunner, Handelsrichter Dr. René Krebs, Gallus Erne, Dr. Thomas Rosenberger; Gerichtsschreiber Jakob Zellweger

### Entscheid vom 13. November 2008

in der Sache

**X.**, Inhaberin der Einzelfirma Y.,

**Klägerin,**

vertreten von Rechtsanwalt Dr. Peter Dietsche,

gegen

**A, Versicherung,**

**Beklagte,**

vertreten von Rechtsanwalt Thomas Frey,

betreffend

**Forderung (Versicherungsvertrag)**

---

### Rechtsbegehren der Klägerin:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 3'405.60 nebst Zins zu 5 % p.a. seit dem 6. Oktober 2005 zu bezahlen.
2. Die Beklagte sei zusätzlich zu verpflichten, der Klägerin einen nach Ausgang des Beweisverfahrens zu beziffernden resp. gemäss Art. 42 Abs. 2 OR vom Richter ermessenweise abzuschätzenden Betrag nebst Zins zu 5 % p.a. seit dem 6. Oktober 2005 zu bezahlen.
3. Unter ausdrücklichem Vorbehalt des Nachklagerechtes.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen.

### Rechtsbegehren der Beklagten:

Auf die Klage sei nicht einzutreten, evtl. sei sie abzuweisen.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten der Klägerin.

### **Erwägungen**

1. Am 23. Dezember 2005 reichte die Klägerin die vorliegende Klage mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren ein. Die Beklagte beantragte mit Klageantwort vom 15. Mai 2006, auf die Klage sei nicht einzutreten, eventualiter sei sie kostenfällig abzuweisen. In der Folge einigten sich die Parteien auf die Durchführung eines Sachverständigenverfahrens zur Schadensermittlung, worauf das Verfahren formlos sistiert wurde. Der Obmann teilte den Sachverständigen der Parteien seinen Entscheid über die strittig gebliebenen Punkte mit Schreiben vom 9. Juli 2008 mit.

Mit Schreiben vom 18. September 2008 teilte die Beklagte mit, dass sie sich ohne Anerkennung einer Rechtspflicht und ohne Präjudiz für weitere Schadenfälle dem Ergebnis des Sachverständigenverfahrens unterziehe. Der seitens der Klägerin erlittene, anrechenbare Schaden belaufe sich – ohne Berücksichtigung des bereits bezahlten Sachschadens an Gebäude und Einrichtung – auf Fr. 88'350.--. Nachdem bereits eine Zahlung von Fr. 50'000.-- geleistet worden sei, werde sie Fr. 38'350.-- an die Klägerin überweisen. Damit sei das vorliegende Verfahren gegenstandslos. Die Klägerin erhob im Schreiben vom 29. September 2008 keine Einwendungen gegen die Abschreibung des Verfahrens zufolge Gegenstandslosigkeit, hielt jedoch fest, mit Blick auf Art. 264 und

Art. 266 Abs. 2 lit. b ZPO erscheine es angezeigt, der Beklagten die gesamten Prozesskosten zu überbinden. Mit Schreiben vom 1. Oktober 2008 bestätigte die Klägerin, dass ihr gleichentags der Betrag von Fr. 38'350.-- überwiesen worden war. Die Beklagte hielt mit Eingabe vom 13. Oktober 2008 an ihrem Antrag, die Kosten seien der Klägerin aufzuerlegen, fest. Beide Parteien beantragten sinngemäss, das Gericht habe über die Kostenverteilung und den noch offenen Zinsanspruch aufgrund der Akten und ohne Parteiverhandlung zu entscheiden.

2. Nachdem beide Parteien das Ergebnis des Sachverständigenverfahrens anerkennen und die Beklagte den Restbetrag von Fr. 38'350.-- überwiesen hat, kann das Verfahren - abgesehen vom streitigen Zinsanspruch der Klägerin, worauf nachfolgend einzugehen ist - infolge Vergleichs bzw. Gegenstandslosigkeit des Prozesses als erledigt abgeschlossen werden (Art. 83 lit. b und c ZPO).

3. Zwischen den Parteien streitig ist ein Zinsanspruch der Klägerin auf den Betrag von Fr. 38'350.--. Wie erwähnt, bestätigte die Klägerin im Schreiben vom 1. Oktober 2008, dass sie gleichentags den Betrag von Fr. 38'350.-- überwiesen erhalten habe (Fr. 88'350.-- abzüglich Fr. 50'000.-- Akontozahlung), jedoch ohne den eingeklagten Zins von 5% p.a. seit dem 6. Oktober 2005 (was immerhin rund Fr. 3'800.-- ausmache). Sie forderte die Beklagte auf, diesen Zins zu überweisen, ansonsten das Handelsgericht darüber zu entscheiden habe. Die Beklagte machte geltend, die Verzugszinsen seien mangels Mahnung nicht zu leisten, und die Beklagte habe, nachdem ein Schadenermittlungsverfahren durchgeführt worden sei, den Restbetrag von Fr. 38'350.-- noch vor eingetretener Fälligkeit geleistet.

Gemäss Ziff. G8.81 der Allgemeinen Bedingungen Betriebsversicherung Multirisik der Beklagten (nachfolgend AVB; kläg.act. 4 = bekl.act. 2) wird die Entschädigung 30 Tage nach dem Zeitpunkt fällig, an dem die Beklagte die zur Feststellung der Höhe des Schadens und deren Haftung erforderlichen Unterlagen erhalten hat (vgl. Ziff. G2.25 Satz 2 AVB; Art. 41 Abs. 1 VVG). Entsprechend der besonderen Natur des Versicherungsvertrags tritt die Fälligkeit des Versicherungsanspruchs erst ein, wenn die vorliegenden Informationen den Versicherer haben überzeugen können, dass der Anspruch auf Versicherungsleistungen zu Recht besteht (Nef, Basler Kommentar zum VVG, Art. 41 N 1). Bei der in Ziff. G8.81 AVB vereinbarten Frist von 30 Tagen handelt es sich um eine sogenannte Deliberationsfrist. Wenn der Anspruchsberechtigte alle erforderlichen Angaben geliefert hat, soll sie der Versicherer noch während 30 Tagen überprüfen können, und erst nach Ablauf dieser Zeitspanne wird der Versicherungsanspruch fällig (BSK

VVG-Nef, Art. 41 N 3). Wird ein Schadenermittlungsverfahren nach Art. 67 VVG durchgeführt, gehören Art und Höhe des Schadens zu den anspruchsbegründenden Tatsachen (BSK VVG-Nef, Art. 41 N 10). Bei einem Schadenermittlungsverfahren beginnt die Deliberationsfrist von Art. 41 VVG grundsätzlich erst mit dessen Abschluss (BSK VVG-Hönger/Süsskind, Art. 67 N 6).

Das vorliegende Gutachten des Obmanns datiert vom 9. Juli 2008 wurde zu jenem Zeitpunkt den von den Parteien ernannten Sachverständigen F, G. und H., c/o U. Treuhand AG, Chur, zugestellt. Die Beklagte behauptet, ohne dies zu belegen (Eingabe vom 13.10.2008 S. 5 Ziff. 2.4), das Gutachten vom 9. Juli 2008 sei beim Rechtsvertreter der Beklagten am 27. August 2008 in vollständiger Ausfertigung eingetroffen. Entscheidend ist jedoch die Zustellung an den Sachverständigen der Beklagten, und es ist davon auszugehen, dass zu jenem Zeitpunkt die Beklagte vom Gutachten Kenntnis erhalten hat. Ging das Gutachten am 10. Juli 2008 bei H. ein, begann die Deliberationsfrist am 11. Juli 2008 zu laufen und endete am 11. August 2008. Die Beklagte ist somit grundsätzlich zu verpflichten, Verzugszins von 5% auf Fr. 38'350.-- seit 11. August 2008 bis 1. Oktober 2008 (vgl. Schreiben der Klägerin vom 1. Oktober 2008) zu bezahlen.

Die Beklagte wendet ferner ein, Verzugszinsen seien auch deshalb nicht zu leisten, da die erforderliche Mahnung unterblieben sei. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung gerät die Versicherung nach Ablauf der Deliberationsfrist von vier Wochen gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG erst mit einer Mahnung in Verzug (Art. 102 Abs. 1 OR; BSK VVG-Nef, Art. 41 N 20 m.w.H.). Hält der Versicherer jedoch in seinen AVB fest, er erbringe seine Versicherungsleistung innert 30 Tagen nach Eintritt des Schadenereignisses bzw. innerhalb eines bestimmten bzw. hinreichend bestimmbareren Leistungstermins, liegt die Vereinbarung eines Verfalltages vor, mit dessen Ablauf der Verzug auch ohne Mahnung eintritt (BSK VVG-Nef, Art. 41 N 21). Indem Ziff. G8.81 AVB festhält, dass die Entschädigung 30 Tage nach Erhalt der zur Feststellung der Höhe des Schadens und der Haftung der Beklagten erforderlichen Unterlagen fällig wird, wird der Leistungstermin hinreichend festgelegt. Die Entschädigung der Beklagten wurde deshalb 30 Tage nach Erhalt des Sachverständigengutachtens vom 9. Juli 2008 fällig. Die von der Beklagten vom 11. August bis 1. Oktober 2008 auf Fr. 38'350.-- zu leistenden Verzugszinsen von 5% sind nicht Teil der Versicherungssumme und deshalb zusätzlich geschuldet (BSK VVG-Nef, Art. 41 N 22).

4. Nach Art. 264 Abs. 1 ZPO trägt der Unterliegende die Prozesskosten, soweit das Gesetz nichts anderes bestimmt. Beim teilweisen Unterliegen werden die Prozesskos-

ten verhältnismässig verlegt. Unnötige Prozesskosten können dem Verursacher auferlegt werden (Art. 265 Abs. 1 ZPO), und bei Gegenstandslosigkeit werden die Kosten nach richterlichem Ermessen verlegt (Art. 266 Abs. 2 lit. b ZPO).

a) Die Klägerin beantragt, der Beklagten seien die gesamten Prozesskosten zu überbinden. Zur Begründung bringt sie vor, sie habe, um wegen des hohen Prozessrisikos nicht unnötigerweise zu überklagen, mit dem Rechtsbegehren lediglich die Bezahlung des Warenwerts von Fr. 3'405.60 sowie einen nach Ausgang des Beweisverfahrens zu beziffernden Schadenbetrag nebst Verzugszins verlangt. Das Klagebegehren habe die beklagtische Akontozahlung von Fr. 50'000.-- vorausgesetzt. Die Beklagte habe dagegen unter Hinweis auf die angebliche Haftungsbeschränkung auf Fr. 50'000.-- die vollumfängliche Klageabweisung beantragt. Aufgrund der vorprozessualen Verzögerungstaktik der Beklagten habe für die Klägerin eine gerichtliche Beurteilung vorliegender Angelegenheit unausweichlich erschienen. Indem vom Obmann bzw. der Beklagten der von der Klägerin geltend gemachte Warenschaden im Wesentlichen anerkannt worden sei (rund Fr. 54'000.--) und der von der Klägerin in der Klage grob geschätzte, von der Beklagten insgesamt in Abrede gestellte Ertragsausfall immerhin mit Fr. 30'000.-- berücksichtigt worden sei, sei von einem vollständigen Obsiegen der Klägerin auszugehen. Neben ihren Parteikosten verlangt sie zusätzlich auch ihre Auslagen für ihren Hälfteanteil an den Kosten des Obmannes V. Treuhand AG, Chur, in der Höhe von Fr. 3'604.60.

Die Beklagte machte im Wesentlichen geltend, die Klägerin habe das vorliegende Verfahren unnötigerweise anhängig gemacht, obwohl die Beklagte längst zuvor – und auch vor Anbegehren des in casu freiwilligen Vermittlungsverfahrens – die Durchführung des Sachverständigenverfahrens anbegehrt habe, das nunmehr zur Festsetzung der der Klägerin zustehenden Ansprüche geführt habe. Auch wenn die Beklagte aufgrund des Sachverständigenverfahrens noch eine Teilleistung zu erbringen gehabt habe, seien die gesamten Kosten für das unnötig anhängig gemachte handelsgerichtliche Verfahren der Klägerin aufzuerlegen, und sie habe die Beklagte zu entschädigen. Entgegen den Vorbringen der Klägerin habe die Beklagte nicht die vollumfängliche Klageabweisung verlangt, sondern vor Vermittler wie vor Handelsgericht Nichteintreten eventuell Abweisung der Klage, je unter Hinweis auf das zunächst durchzuführende Sachverständigenverfahren beantragt. Die Klägerin, welche eine Klage in einem Zeitpunkt, als die gerichtliche Zuständigkeit noch nicht gegeben war, eingereicht habe, habe innerhalb des Prozesses unnötige Kosten verursacht und gelte deshalb als unterliegend. Die Klage sei auch deshalb unnötigerweise eingeleitet worden, nachdem die Beklagte ihre Leistungspflicht nie

bestritten, sondern immer auf das durchzuführende Sachverständigenverfahren hingewiesen habe. Die Kosten des Sachverständigenverfahrens seien von den Parteien gemäss Vertrag und Gesetz hälftig zu tragen.

b) Gemäss Ziff. G2.23 AVB wird der Schaden in erster Linie durch die Parteien selbst oder durch einen gemeinsamen Experten festgestellt. Jede Partei kann jedoch auch ein Sachverständigenverfahren verlangen. Sobald ein solches Begehren, sei es durch den Anspruchsberechtigten, sei es durch den Versicherer, in Gang gesetzt worden ist, müssen beide Parteien an der gemeinsamen Schadenermittlung mitwirken. Die Beklagte hatte mit Schreiben vom 30. Oktober 2005 die Durchführung eines solchen Sachverständigenverfahrens gegenüber der Klägerin verlangt (bekl.act. 3, 4). Die Klägerin reichte jedoch, ohne dass ein Sachverständigenverfahren durchgeführt worden wäre, die vorliegende Klage ein. Sie hat deshalb die Kosten zu tragen, die unnötigerweise entstanden sind, indem sie zuerst die Klage eingereicht hat, worauf das Sachverständigenverfahren durchzuführen war. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Kosten des Sachverständigenverfahrens auch entstanden wären, wenn nach dessen Durchführung eine Klage eingereicht worden wäre. In Bezug auf das betragsmässige Obsiegen und Unterliegen ist zu berücksichtigen, dass die Beklagte den vom Obmann berechneten Schadenbetrag bezahlt hat. Nachdem sie in der Klageantwort insbesondere rechtliche Einwände betreffend Beschränkung der Versicherungssumme auf Fr. 50'000.-- für die betroffenen Bekleidungs- und Konfektionswaren erhob, ist, nachdem der Ersatzanspruch vom Obmann auf Fr. 88'350.-- festgelegt wurde, von einem teilweisen Unterliegen der Beklagten in erheblichem Umfang auszugehen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass der von der Klägerin geltend gemachte Ertragsausfall von Fr. 60'000.-- vom Obmann in der Höhe von Fr. 30'000.-- als berechtigt erachtet wurde. In Bezug auf die Verzugszinsen auf den Betrag von Fr. 38'350.-- ist von einem teilweisen Obsiegen bzw. Unterliegen der Parteien auszugehen, nachdem die Klägerin mit ihrem Anspruch grundsätzlich durchgedrungen ist, dieser aber in wesentlich geringerem Umfang geschützt wurde. Aufgrund dieser Überlegungen erscheint es gerechtfertigt, den Parteien die Gerichtskosten je zur Hälfte aufzuerlegen. Nachdem die Beklagte vor Einleitung der Klage eine Teilzahlung von Fr. 50'000.-- geleistet hatte (bekl.act. 10), beträgt der Streitwert vorliegend Fr. 38'350.--. In Berücksichtigung des entstandenen Aufwands, insbesondere während des Sistierungsverfahrens und in Bezug auf die vorliegende Abschreibung des Verfahrens, ist die Entscheidegebühr auf Fr. 4'000.-- festzusetzen (Ziff. 332 GKT). Der Klägerin ist die Einschreibgebühr von Fr. 1'000.-- anzurechnen.

c) Nachdem die Gerichtskosten den Parteien je zur Hälfte auferlegt werden, hat jede Partei ihre Parteikosten selber zu tragen.

Gemäss Ziff. G2.23 AVB und Art. 67 Abs. 5 VVG tragen die Parteien die Kosten des Obmannes je zur Hälfte. Die Klägerin hat deshalb den unter diesem Titel geltend gemachten Betrag von Fr. 3'604.60 selber zu tragen.

Das Handelsgericht hat

**entschieden:**

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin Zins zu 5% auf Fr. 38'350.-- vom 11. August 2008 bis 1. Oktober 2008 zu bezahlen. Im Übrigen wird die Streitsache als erledigt abgeschrieben.
2. Die Gerichtskosten von Fr. 4'000.-- bezahlen die Parteien je zur Hälfte, die Klägerin unter Anrechnung der Einschreibgebühr von Fr. 1000.--.
3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

Der Handelsgerichtspräsident

Der Handelsgerichtsschreiber

Prof. Dr. Dr. h. c. Christoph Leuenberger

Jakob Zellweger

Schriftliche Eröffnung des Rechtsspruchs mit diesem Entscheid.

Zustellung des begründeten Entscheides an

- Rechtsanwalt Dr. Peter Dietsche (GU)
- Rechtsanwalt lic.oec. Thomas Frey (GU)

am

**Streitwert: Fr. 38'350.--**

**Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG):** Wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt oder sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, kann gegen diesen Entscheid innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids Beschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Wenn kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wird (vgl. unten), beginnt die Frist zur Einreichung der Beschwerde an das Bundesgericht erst mit der Eröffnung des begründeten Entscheids des Kassationsgerichts zu laufen. Mit der Beschwerde können die in Art. 95-97 BGG aufgeführten Beschwerdegründe geltend gemacht werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten.

**Subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht (Art. 113 ff. BGG):** Ist keine Beschwerde nach Art. 72 ff. BGG zulässig, kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, eingereicht werden. Mit der Verfassungsbeschwerde kann die Verletzung von verfassungsmässigen Rechten gerügt werden. Es sind die Formvorschriften von Art. 42 BGG zu beachten. Wird gleichzeitig Beschwerde erhoben, weil sich allenfalls auch eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt, sind beide Rechtsmittel in einer Rechtsschrift einzureichen.

**Kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht (Art. 237 ff. ZPO):** Übersteigt der Streitwert Fr. 30'000.–, kann innert 30 Tagen nach der Zustellung schriftlich unter Beilage des angefochtenen Entscheids beim Kassationsgericht des Kantons St. Gallen, Marktgasse 20, 9000 St. Gallen, Nichtigkeitsbeschwerde eingereicht werden. Die Nichtigkeitsgründe sind darzulegen. Gerügt werden können Verletzungen des kantonalen Rechts sowie tatsächliche Feststellungen, die dem Inhalt der Akten offensichtlich widersprechen oder willkürlich sind. Dem Kassationsgericht ist mit der Beschwerde eine Einschreibgebühr in der Höhe der halben Entscheidgebühr des Kantonsgerichts zu überweisen (PC-Konto 90-4448-5).

#### **Hinweis zur Vollstreckbarkeit**

Gemäss Art. 103 Abs. 1 BGG hat eine Beschwerde an das Bundesgericht in der Regel keine aufschiebende Wirkung. Dieses Urteil ist deshalb vollstreckbar, auch wenn es beim Bundesgericht angefochten wird. Der Instruktionsrichter oder die Instruktionsrichterin des Bundesgerichts kann von Amtes wegen oder auf Antrag über die aufschiebende Wirkung andere Anordnungen treffen.

Gemäss Art. 242 Abs.1 ZPO hemmt die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde an das Kassationsgericht Rechtskraft und Vollzug des angefochtenen Entscheides im Umfang der Anfechtung.

#### **Hinweis zu den Rechtsquellen**

Bundesgerichtsgesetz vom 17. Juni 2005 (BGG), SR 173.110; <http://www.admin.ch/ch/d/sr/173.110.de.pdf>  
Zivilprozessgesetz vom 20. Dezember 1990 (ZPO), sGS 961.2; <http://www.gallex.ch/gallex/9/fs961.2.html>

#### **Hinweis zum Fristenlauf**

Die Rechtsmittelfrist beginnt an dem auf die Aushändigung dieses Entscheids folgenden Tag zu laufen. Wird eine Abholungseinladung im Briefkasten hinterlassen, ist der Adressat berechtigt, die Sendung innert sieben Tagen auf der Post entgegenzunehmen. Unterlässt er dies oder eröffnet die Post eine längere oder zweite Frist, so gilt die Sendung trotzdem mit Ablauf des siebten Tags als zugestellt. Am folgenden Tag beginnt die Rechtsmittelfrist zu laufen. Die Erteilung eines Postrückbehalteauftrags vermag den Lauf der Frist nicht zu beeinflussen: Auch in diesem Fall gilt die Sendung am siebten Tag als zugestellt.