



Handelsgericht

Präsident Prof. Dr. Dr. h.c. Christoph Leuenberger, Vizepräsident Rolf Brunner, Handelsrichter Dr. René Krebs, Dr. Thomas Rosenberger, Gallus Erne; a.o. Gerichtsschreiberin Laura Mazzariello

Entscheid vom 13. November 2008

in der Sache

X., Super Market,

Klägerin,

vertreten von Rechtsanwalt Fritz Heeb jun.,

gegen

A., Versicherung,

Beklagte,

vertreten von Rechtsanwalt Dr. Walter Locher,

betreffend

Forderung aus Versicherungsvertrag

Rechtsbegehren des Klägers:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, dem Kläger Fr. 153'355.65 nebst Zins zu 5% seit 17. November 2005 zu bezahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten.

Rechtsbegehren der Beklagten:

1. Die Klage sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zulasten des Klägers.

Rechtsbegehren der Widerklägerin/Beklagten:

1. Der Widerbeklagte sei zu verpflichten, der Widerklägerin die ihm bereits ohne Rechtsgrund bezahlte Akontoleistung in der Höhe von Fr. 20'000.-- zuzüglich 5% Zins seit 16. November 2006 zurückzuzahlen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten des Widerbeklagten.

Rechtsbegehren des Widerbeklagten/Klägers:

1. Die Widerklage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten und Widerklägerin.

Erwägungen

I.

1. Der Kläger betreibt mit seiner Familie einen Warenmarkt in L. Seit dem 2. Juli 2004 ist er unter der Firmenummer Z. als Einzelfirma im Handelsregister des Kantons St. Gallen eingetragen (Handelsregister des Kantons St. Gallen, Internet Vollauszug; vgl. auch kläg. act. 1). Der Kläger ist bei der Beklagten seit dem 9. Juli 2004 gegen Einbruchdiebstahl mit einer Summe von Fr. 500'000.-- versichert (kläg. act. 3, bekl. act. 4). Dabei handelt es sich um eine Geschäftsversicherung für KMU. Am 21. September 2005 meldete der Kläger einen Einbruchdiebstahl von unbekannter Täterschaft. Gleichentags erstatte er Anzeige bei der Polizei in L. und stellte Strafantrag wegen Sachbeschädigung und Hausfriedensbruch (kläg. act. 4 und 5). Zudem meldete der Kläger den Einbruchdiebstahl umgehend der Beklagten (kläg. act. 7).

2. Die Polizei nahm gleichentags eine Tatbestandsaufnahme vor. Diese ergab, dass auf der Ostseite der Liegenschaft das Glas der Balkontüre eingeschlagen war und auf diese Weise in das Ladengeschäft eingebrochen worden sein soll. Der Polizeirapport vom 2. Juni 2006 hielt fest, dass der Laden keinen ausgeräumten Eindruck machte und die Regale „prall gefüllt“ waren (bekl. act. 14, S. 2). Beim Eintreffen der Polizei konnten

O., die Geschäftsführerin, und ihre Tochter P. der Polizei zunächst keine Angaben über fehlende Gegenstände machen (bekl. act. 14, S. 2). In der Folge entstand seitens des Untersuchungsamts der Verdacht, dass der Kläger sowie die Geschäftsführerin den Diebstahl lediglich vorgetäuscht hatten, um widerrechtlich in den Genuss von Versicherungsleistungen der Beklagten zu gelangen. Deshalb wurde ein Untersuchungsverfahren wegen Betrugs und ordnungswidriger Führung der Geschäftsbücher eröffnet. Das Strafverfahren wegen Betrugs wurde am 16. November 2006 aufgehoben, da nach Ansicht der Untersuchungsbehörde die Arglist für den Tatbestand des Betrugs nicht erfüllt war (bekl. act. 17 und 18). Der Kläger wurde am 16. November 2006 aber der ordnungswidrigen Führung der Geschäftsbücher schuldig erklärt, da er keine ordnungsgemässe Buchhaltung geführt hatte (bekl. act. 19).

3. Mit Schreiben vom 28. September 2005 liess der Kläger die Schadensanzeige der Beklagten zukommen (bekl. act. 7). Gemäss eigenen Angaben hatte sich der Kläger in der Zwischenzeit ein Bild über die fehlenden Ware in seinem Ladengeschäft gemacht und die Geschäftsführerin bezifferte das Deliktsgut schliesslich auf Fr. 173'355.65 (kläg. act. 15). Zur Abklärung des Schadensfalls zog die Beklagte in der Folge die Fachschule für Detailhandel, vertreten durch den Geschäftsführer Q., bei (bekl. act. 12, S. 1ff.). Zu ermitteln galt, inwieweit der vom Kläger gemeldete und behauptete Schaden der Realität entspreche sowie eine Bewertung des Schadens. Die Expertise ergab am 14. November 2005 einen Einstandswert des gesamten Warenlagers von Fr. 224'409.72. Eine Schadensermittlung war aber nicht möglich, da Unklarheiten bestanden (bekl. act. 12, S. 1ff.). So war der Sachverhalt teilweise nicht nachvollziehbar, und konnte der effektive Warenwert nicht ermittelt werden, weil wichtige Unterlagen, wie etwa eine separate Lagerbuchhaltung oder detaillierte Umsatzzahlen fehlten (bekl. act. 12, S. 2).

4. Am 17. November 2005 liess die Beklagte dem Kläger eine Akontozahlung im Umfang von Fr. 20'000.-- zukommen (bekl. act. 7). Mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 forderte die Beklagte den Kläger auf, Einkaufs- und Zahlungsbelege sowie Belege betreffend den Zahlungsverkehr einzureichen. Der Kläger reichte die Belege in der Folge nicht ein (bekl. act. 13).

5. Mit Schreiben vom 13. Dezember 2006 forderte der Rechtsvertreter des Klägers die Beklagte auf, die Auszahlung der geltend gemachten Schadenssumme in der Höhe von Fr. 173'355.65, abzüglich der bereits geleisteten Akontozahlung von Fr. 20'000.-- vorzunehmen (kläg. act. 13). Mit Schreiben vom 9. März 2007 lehnte die Beklagte ihre versi-

cherungsvertragliche Leistungspflicht ab und forderte gleichzeitig die Akontozahlung in der Höhe von Fr. 20'000.-- zurück (kläg. act. 14).

6. Am 12. September 2007 reichte der Kläger beim Handelsgericht St. Gallen Klage ein, mit den eingangs wiedergegebenen Rechtsbegehren (Klage, S. 2). Die Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage mit dem Antrag, der Kläger sei zu verpflichten, die ihm bereits ohne Rechtsgrund bezahlte Akontozahlung in der Höhe von Fr. 20'000.-- zuzüglich 5% Zins seit 16. November 2006 zurückzuzahlen (Klageantwort, S. 2). Der Kläger ersuchte am 4. Februar 2008 um Abweisung der Widerklage und hielt an seiner Klage fest (Replik und Widerklageantwort, S. 2). Die Beklagte reichte am 4. März 2008 ihre Duplik und Widerklageantwort ein und hielt an den Anträgen der Klageantwort vom 15. November 2007 sowie den Anträgen der Widerklage vom 15. November 2007 vollumfänglich fest (Duplik und Widerklageantwort, S. 2).

7. Am 13. November 2008 fand die Hauptverhandlung vor dem Handelsgericht statt. Zu Beginn der Hauptverhandlung hörte das Handelsgericht die vom Kläger angerufene Zeugin, die Geschäftsführerin und Mutter des Klägers, O., zu den in den Rechtsschriften genannten Behauptungen an.

8. Auf die Vorbringen der Parteien wird, soweit erforderlich, nachstehend eingegangen.

II.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist unbestritten und gegeben. Beide Parteien sind im schweizerischen Handelsregister eingetragen. Die Streitigkeit steht mit der gegenseitigen geschäftlichen Tätigkeit zusammen (Art. 14 ZPO; sGS 961.2). Gemäss Art. 24 der allgemeinen Versicherungsbedingungen können Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag am schweizerischen Wohnsitz des Versicherungsnehmers und am Ort der versicherten Sache geltend gemacht werden. Der Kläger hat Sitz im Kanton St. Gallen. Zudem hat das behauptete Versicherungsereignis im Kanton St. Gallen stattgefunden.

III.

1. a) Es ist unbestritten und steht fest, dass der Kläger bei der Beklagten gegen Diebstahl versichert ist (kläg. act. 3). Gemäss Ziff. 4.1. der allgemeinen Versicherungsbedingungen setzt ein Einbruchdiebstahl voraus, dass die Täter gewaltsam in ein Gebäude oder in den Raum eines Gebäudes eingedrungen sind oder darin ein Behältnis aufgebrochen haben. Die allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten stimmen mit dem generell gültigen Tatbestand des Einbruchs überein (vgl. Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 515f.).

b) Der Kläger bringt vor, am 21. September 2005 sei durch eine unbekannte Täterschaft in sein Ladengeschäft eingebrochen worden. Diesen Einbruchdiebstahl habe er gleichentags auf dem Polizeiposten in L. zur Anzeige gebracht. Der Kläger macht geltend und plädierte an Schranken, die Polizei als auch die Ermittlungsbehörden hätten von Anfang an den Fokus ihrer Ermittlungen- bzw. Untersuchungstätigkeiten einseitig nicht auf den angezeigten Einbruchdiebstahl, sondern vielmehr auf ihn und seine Mutter gerichtet (Klage, S. 4). Eine eigentliche Tatbestandsaufnahme unter Beizug des kriminaltechnischen Dienstes der Kantonspolizei St. Gallen sei nicht durchgeführt worden (Klage, S. 4). Schliesslich seien auch die Strafverfahren wegen Betrugs gegen ihn und seine Mutter schliesslich aufgehoben worden. Die im Rahmen der Ermittlungen erstellten Fotos zeigen zudem lediglich die eigentlichen Ladenräumlichkeiten, nicht aber jene Räume wie Lager oder Estrich, aus denen die Gegenstände gestohlen worden seien (Replik, S. 4).

c) Demgegenüber bestreitet die Beklagte einen Einbruchdiebstahl als versicherungsbegründendes Ereignis beim Kläger. Sie macht vielmehr geltend, der Einbruch sei fingiert worden. Zudem bringt die Beklagte vor, im Oktober 2001 sei in L. bereits in einen bosnischen Warenmarkt eingebrochen worden. Dieses Geschäft sei ebenfalls bei ihr versichert gewesen. Geschäftsführerin sowie Ladeninhaberin sei N. gewesen, wohnhaft am gleichen Ort wie der Kläger (bekl. act. 2); auch in diesem Geschäft habe die Familie des Klägers gearbeitet. Beim damaligen Einbruchfall seien die Dinge sehr ähnlich gewesen wie vorliegend. Die Beklagte hält fest, dass es äusserst auffällig sei, wenn in der gleichen Familie zwei Mal innert vier Jahren ganz ähnlich gelagerte Einbruchdiebstähle vorkommen; beide Male haben relativ lange Schadenslisten bestanden, welche nicht wirklich nachvollziehbar gewesen seien (Klageantwort, S. 5). Die Beklagte führt aus, die Akontozahlung in der Höhe von Fr. 20'000.-- habe sie aus Kulanzgründen geleistet, nachdem der Kläger das Schadensformular ausgefüllt habe. Auf Wunsch des Kunden sei sie verpflichtet, innert 4 Wochen nach Schadenseintritt eine Akontozahlung zu leis-

ten. Dabei verweist sie auf Art. 17 der Allgemeinen Bedingungen für die Geschäftsversicherung für KMU.

2. Gemäss Art. 8 ZGB hat, wo es das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet. Demgemäss hat die Partei, die einen Anspruch geltend macht, die rechtsbegründenden Tatsachen zu beweisen, während die Beweislast für die rechtsaufhebenden bzw. rechtsvernichtenden oder rechtshindernden Tatsachen bei der Partei liegt, die den Untergang des Anspruchs behauptet oder dessen Entstehung oder Durchsetzbarkeit bestreitet. Diese Grundregel kann durch abweichende gesetzliche Beweislastvorschriften verdrängt werden und ist im Einzelfall zu konkretisieren (BGE 128 III 271, E. 2, S.273). Sie gilt auch im Bereich des Versicherungsvertrages (NEBEL, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Basel 2001, Art. 100 VVG N 4 und 9). Nach der erwähnten Grundregel hat der Anspruchsberechtigte – in der Regel der Versicherungsnehmer, der versicherte Dritte oder der Begünstigte – die Tatsachen zur Begründung des Versicherungsanspruches zu beweisen (Art. 39 VVG), also namentlich das Bestehen eines Versicherungsvertrages, den Eintritt des Versicherungsfalles und den Umfang des Anspruchs.

Da der Beweis für den Eintritt des Versicherungsfalles regelmässig mit Schwierigkeiten verbunden ist, geniesst der beweispflichtige Anspruchsberechtigte eine Beweiserleichterung. Im Zusammenhang mit dem Eintritt des Versicherungsfalles geht die Rechtsprechung davon aus, dass namentlich – bei der Diebstahlversicherung – in der Regel eine Beweisnot gegeben ist, so dass sich die Herabsetzung des Beweismasses rechtfertigt (5C.47/2002 vom 17. April 2002, E. 2b und 5C.99/2002 vom 12. Juni 2002, E. 2.1). Das Beweismass ist für den Eintritt des Versicherungsfalles auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit herabgesetzt (BGE 128 III 271 E. 2, S. 276). Die Anforderungen der überwiegenden Wahrscheinlichkeit sind gegenüber den Anforderungen des Glaubhaftmachens höher: Die Möglichkeit, dass es sich auch anders verhalten könnte, schliesst die überwiegende Wahrscheinlichkeit zwar nicht aus, darf aber für die betreffende Tatsache weder eine massgebende Rolle spielen, noch vernünftigerweise in Betracht fallen (BGE 130 III 321, E. 3.3., S. 325). Dem Versicherer steht sodann ein – aus Art. 8 ZGB abgeleitetes – Recht auf Gegenbeweis zu. Er hat Anspruch darauf, zum Beweis von Umständen zugelassen zu werden, die beim Gericht erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Gegenstand des Hauptbeweises bildenden Sachbehauptungen wach halten und diesen dadurch vereiteln sollen. Für das Gelingen des Gegenbeweises ist mithin bloss erforderlich, dass der Hauptbeweis erschüttert wird (BGE 120 II 393, E. 4b, S. 397) und

damit die Sachbehauptungen nicht mehr als überwiegend wahrscheinlich erscheinen. Thema des Gegenbeweises ist die Sachdarstellung des hauptbeweisbelasteten Anspruchsberechtigten. Dazu gehört auch dessen Glaubwürdigkeit: Da sich der Eintritt des Versicherungsfalls in der Regel nicht direkt, sondern bloss mit mehr oder weniger schlüssigen Indizien beweisen lässt, kann eine Beeinträchtigung der Glaubwürdigkeit geeignet sein, auch die Überzeugungskraft der Sachdarstellung zu erschüttern (NEF, a.a.O., Art. 39 VVG N 36 und 42ff.; HAVE 2002 S. 379 Ziff. 5). Es steht dem Versicherer zudem frei, eine – von derjenigen des Anspruchsberechtigten – abweichende Sachdarstellung aufzuzeigen, die neben der behaupteten Version ebenso ernsthaft in Frage kommt oder sogar näher liegt (BGE 130 III 321, E. 3.4, S. 326). Eine Verpflichtung dazu besteht indessen nicht und eine Überwälzung der Beweislast ist damit nicht verbunden (Urteil 5C.79/2000 vom 8. Januar 2001, E. 1b/bb; vgl. NEF, in: HAVE 2002 S. 378 Ziff. 3).

Gelingt der Gegenbeweis, dürfen die vom Anspruchsberechtigten behaupteten Tatsachen nicht als bewiesen – d.h. als überwiegend wahrscheinlich gemacht – anerkannt werden. Der Hauptbeweis ist vielmehr gescheitert. Damit hat es sein Bewenden. Insofern kann nicht daran festgehalten werden, der Anspruchsberechtigte habe den strikten Beweis des Eintrittes des Versicherungsfalls zu leisten, wenn dem Versicherer der Gegenbeweis gelingt. Denn im Rahmen der Urteilsfindung erfolgt eine Gesamtwürdigung aller Ergebnisse des Beweisverfahrens durch das Gericht. Es macht zudem keinen Sinn, dem Anspruchsberechtigten den strikten Beweis zu überbinden, den er umso weniger erbringen könnte, als er schon an der tieferen Beweishürde scheiterte (Präzisierung der Rechtsprechung, BGE 130 III 321, E. 3.4, S. 327).

3. a) Die Zeugin O. wies anlässlich der Zeugeneinvernahme vom 13. November 2008 darauf hin, dass sie bereits seit 2004 im Ladengeschäft des Klägers arbeite. Am 21. September 2005 sei sie wie jeden Tag in das Geschäft gegangen. Als sie den Laden betreten habe, sei ihr nicht sofort aufgefallen, dass der Laden ausgeräumt worden sei. Der Geschäftsladen sei in zwei Stockwerke aufgeteilt. Als sie sich dann nach oben begeben habe, habe sie bemerkt, dass die Türe, welche sonst immer geschlossen sei, offen stand. Die Zeugin führte aus, die Kälte im Raum sei ebenfalls spürbar gewesen. Daraufhin habe sie die Polizei alarmiert (Einvernahme-Protokoll, S. 3 und 4).

b) Die Beklagte plädierte an Schranken, der Beweiswert der Zeugin sei gering, da sie unter anderem die Mutter des Klägers sei. Zudem stehe ihre Aussage, wonach die Polizei anlässlich der Tatbestandsaufnahme in den oberen Stock gegangen sei, im Wider-

spruch zu den Vorbringen des Klägers, die Polizei habe gerade nicht den ganzen Laden angeschaut. Die Beklagte vertritt die Ansicht, dass auch nach den polizeilichen Ermittlungen ein Diebstahl von unbekanntem Tätern in das Ladengeschäft nicht nachgewiesen werden kann. Das Ladengeschäft habe nach dem angeblichen Einbruchdiebstahl keinen ausgeräumten Eindruck gemacht und bei der Tatbestandsaufnahme habe die Polizei lediglich eingeschlagenes Glas feststellen können.

c) Fest steht, dass die Polizei bei der Tatbestandsaufnahme vom 21. September 2005 keine verwertbaren Spuren feststellte, die auf den Einbruchdiebstahl schliessen gelassen haben, ansonsten wäre diese im Protokoll mit Sicherheit erwähnt. Die Polizei verzichtete gerade aufgrund der fehlenden Spuren auch auf den Beizug des kriminaltechnischen Dienstes (kläg. act. 4, S. 1). Ausser dem eingeschlagenen Türglas und ein paar umgefallenen Teppichrollen deutete zudem nichts auf einen Einbruchdiebstahl hin (bekl. act. 14, S. 2). Aufgrund der Schadenliste hätte auch gemäss Bericht der Fachschule der Laden zu diesem Zeitpunkt zu drei Viertel leergeräumt gewesen sein müssen (bekl. act. 12, S. 2). Der Laden machte aber laut Angaben der Polizei absolut keinen ausgeräumten Eindruck. Im Gegenteil, das Geschäft war voller Verkaufsartikel aller Art und die Auslagen waren prall gefüllt (bekl. act. 14, S. 2). Anlässlich des polizeilichen Protokolls gab O. zu verstehen, dass sie sich selber nicht erklären könne, wie so viele Gegenstände entwendet werden konnten (bekl. act. 14, S. 2). An der Zeugeneinvernahme erklärte sie, die Gegenstände seien eben aus Schachteln gestohlen worden. Es seien nicht Waren von den Gestellen weggenommen worden, sondern die Waren, die in den Schachteln abgepackt gewesen seien. Zudem seien auch ganze Schachteln gestohlen worden (Einvernahme-Protokoll, S. 4). Beim Eintreffen der Polizei anlässlich der Tatbestandsaufnahme vom 21. September 2005 konnte die Geschäftsführerin O. – wie erwähnt – allerdings noch keine Angaben über fehlende Gegenstände machen, was sie auch anlässlich ihrer Zeugeneinvernahme vom 13. November 2008 bestätigte. Wenn aber ganze Schachteln gestohlen wurden, kann davon ausgegangen werden, dass dies der Geschäftsführerin, welche jeden Tag im Ladengeschäft steht, sicherlich sogleich aufgefallen wäre und sie diese Angaben auch der Polizei hätte machen können. Dies wäre auch deshalb möglich gewesen, da sie selbst zu Protokoll gab, sie habe sich im Laden umgeschaut (Einvernahme-Protokoll, S. 2ff.). Zudem sagte sie aus, die Polizei habe ebenfalls das ganze Ladengeschäft angeschaut, sei insbesondere auch im oberen Stock gewesen (Einvernahme-Protokoll, S. 4). Dies steht im klaren Widerspruch zu den Ausführungen des Klägers. Er kritisierte in seinen Rechtsschriften gerade die polizeilichen Ermittlungen und führte aus, dass die Polizei nicht den ganzen – grossen – Laden angeschaut habe, sondern sich lediglich kurz im Eingangsbereich umgeschaut habe

(Replik und Widerklageantwort, S. 4). Ein weiterer Widerspruch ergibt sich in den Aussagen der Zeugin hinsichtlich der Türen. An der polizeilichen Einvernahme vom 10. Oktober 2005 gab sie zu Protokoll, es seien mehrere Türen offen gestanden (bekl. act. 8, S. 2). Demgegenüber führte sie anlässlich der Zeugeneinvernahme vor dem Handelsgericht aus, lediglich eine Türe sei offen gestanden (Einvernahme-Protokoll, S. 3).

Gestützt auf diese Feststellungen vermag die Stellungnahme des Klägers an Schranken, wonach dieser unter anderem die Arbeit der Polizei bezweifelt, nichts zu ändern. Der Kläger bemängelt unter anderem, eine eigentliche Tatbestandsaufnahme unter Beizug des kriminaltechnischen Dienstes sei nicht durchgeführt worden. Für die Polizei war aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung schnell klar, dass der Beizug des kriminaltechnischen Dienstes ohne verwertbare Spuren nicht erforderlich war und keine neue Ergebnisse bringen konnte. Die aufgeworfenen Zweifel des Klägers sind daher nicht begründet und seiner Auffassung kann auch nach Beurteilung des Handelsgerichts nicht gefolgt werden. Zudem ergab die Tatbestandsaufnahme, dass das behauptete Tatvorgehen unüblich ist. Die Polizei führte aus, dass Türen und Fenster, um Lärm zu vermeiden, nicht durch das Einschlagen der Glasscheibe geöffnet werden, sondern mit einem Flachwerkzeug (bekl. act. 14, S. 2). Unbehelflich ist auch der Einwand des Klägers, die Polizei habe nicht den ganzen Laden angeschaut, sondern sich nur kurz im Eingangsbereich umgeschaut. Fakt ist, dass die Polizei sogleich eine Tatbestandsaufnahme vornahm und aufgrund der umschriebenen Gegebenheiten im Verkaufsgeschäft keine weiteren Ermittlungen tätigte. Die Geschäftsführerin führte den Polizisten beim Eintreffen dann auch nicht zum Lager bzw. zum oberen Stock. Anlässlich der Zeugeneinvernahme vor dem Handelsgericht gab sie in Bezug auf den oberen Stock ausweichende Antworten und meinte schliesslich, die Polizei sei auch im oberen Stock des Ladengeschäftes gewesen (Zeugen-Einvernahme, S. 4). Dies im klaren Widerspruch zu ihren Angaben vor den Untersuchungsbehörden, wo sie gerade diesen Punkt bemängelte, dass sich die Polizei nicht in den oberen Stock begeben hätten. Zudem konnte die Zeugin auch anlässlich der Einvernahme nicht aufzeigen, wie der Diebstahl genau abgelaufen sein könnte.

4. Nachdem der Kläger sowie die Geschäftsführerin den angeblichen Diebstahl zur Anzeige gebracht hatten, sah sich der Untersuchungsrichter aufgrund der gesamten Umstände veranlasst, ein Strafverfahren gegen die beiden wegen Betruges zu eröffnen. Die Verfahren wegen Betruges wurden am 16. November 2006 aufgehoben (bekl. act. 17 und 18). Wird ein Strafverfahren durchgeführt, hat dieses aber nicht zu einer Verurteilung geführt, darf das bloss mögliche Delikt als solches nicht die Unglaubwürdigkeit

begründen. Das schliesst aber nicht aus, dass einzelne unrichtige Tatsachen im Zusammenhang mit dem behaupteten Diebstahl feststehen können. Solche bewiesenen Einzeltatsachen können berücksichtigt werden und einzeln oder zusammen mit weiteren Indizien die Unglaubwürdigkeit begründen (MARTHA NIQUILLE-EBERLE, Beweiserleichterungen im Versicherungsrecht, insbesondere der Beweis des Fahrzeugdiebstahls, in A. Koller [Hrsg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 1997, 232f.). In der Beurteilung bewiesener Tatsachen ist der Zivilrichter zudem nicht an die strafrechtliche Beurteilung gebunden. Dies gilt auch, wenn im konkreten Versicherungsfall ein Strafverfahren eingeleitet wurde, der Versicherungsnehmer aber freigesprochen wurde. Vorliegend führte der Untersuchungsrichter in der Aufhebung aus, es könne trotz der Aufhebung des Verfahrens nicht ausgeschlossen werden, dass der Einbruchdiebstahl lediglich vorgetäuscht worden sei. Der Betrug war lediglich aufgrund des fehlenden Tatbestandselements der Arglist nicht erfüllt (bekl. act. 17). Der Untersuchungsrichter zeigte in der Verfügung auf, dass der Kläger bei seiner Vorgehensweise kein ganzes Lügengebäude errichtet oder sich täuschender Machenschaften bedient habe. Er wies darauf hin, dass aufgrund der eingereichten Liste des Klägers derart viele Gegenstände entwendet worden sind, was logistisch gesehen schon fast unmöglich gewesen wäre; dazu wäre ein Lastwagen erforderlich gewesen.

5. Die Beklagte bringt vor, der Kläger habe bereits einen Einbruchdiebstahl mit einer hohen Schadenssumme zu verzeichnen gehabt (Klageantwort, S. 5 und 6). Für die Gesamtwürdigung des Versicherungsfall dürfen nicht nur Tatsachen berücksichtigt werden, die im direkten Zusammenhang mit dem behaupteten Diebstahlgesehehen stehen, sondern auch, wie vorliegend, Tatsachen mit nur mittelbarem Bezug zum umstrittenen Versicherungsfall (MARTHA NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 245). Eine Häufung von Schadensfällen beim Anspruchsberechtigten kann ein Indiz für dessen Unglaubwürdigkeit sein (NEF, a.a.O., Art. 39 VVG N 58). Im vorliegenden Fall kann der Einbruchdiebstahl bei der Familie von X. aus dem Jahre 2001 in Anbetracht der Gesamtumstände als Indiz für einen lediglich fingierten Diebstahl gewertet werden. Als selbständiges Indiz würde es aber nicht genügen (NEF, a.a.O., Art. 39 VVG N 58).

6. Somit liegen konkrete Indizien vor, die den Versicherungsnehmer als unglaubwürdig erscheinen lassen und schwerwiegende Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit und an der Richtigkeit der von ihm aufgestellten Behauptung des Einbruchdiebstahles aufdrängen. Aufgrund der oben dargelegten Gesamtumstände hat der Kläger das leistungsbe gründende Ereignis – den Einbruchdiebstahl – nicht mit überwiegender Wahrscheinlichkeit beweisen können. Vielmehr hat die Beklagte mit ihren Vorbringen die Behauptun-

gen des Klägers zu erschüttern vermocht. Der Kläger kann – wie oben ausgeführt – keinen strikten Beweis mehr erbringen, wenn der Beklagten der Gegenbeweis gelingt. Der Hauptbeweis des Klägers ist gescheitert und die Klage ist abzuweisen.

7.a) Es ist festzuhalten, dass selbst wenn ein Einbruchdiebstahl als leistungsbegründendes Ereignis vorliegen würde, die Klage nicht geschützt werden könnte. Art. 12 Abs. 2 der Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Geschäftsversicherung hält fest, die anspruchsberechtigte Person habe die Höhe des Schadens nachzuweisen (klägt. act. 3, S. 5). Zu beachten ist, dass die beim Vertragsschluss festgesetzte Versicherungssumme keinen Beweis für das Vorhandensein oder den Wert der versicherten Gegenstände oder für den Schaden bildet, sondern nur die oberste Grenze der Leistungspflicht des Versicherers festsetzt (NEF, a.a.O. N 34 zu Art. 39 VVG; VIRET, a.a.O., S. 150, vgl. auch kläg. act. 3, Art. 12.2). Namentlich bei einem Diebstahl kann der Nachweis des Schadens mit Schwierigkeiten verbunden sein. Falls der direkte Beweis nicht möglich ist, begnügt sich die Praxis auch hier mit der (hohen) Wahrscheinlichkeit (NEF, a.a.O., N 34 zu Art. 39 VVG; NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 232f., vgl. BGE 130 III 325 f. E.3.3). Jede Beweiserleichterung erfordert die Glaubwürdigkeit des vorgebrachten Sachverhalts. Beim Wahrscheinlichkeitsbeweis wird der substanziierten Schilderung des Anspruchsberechtigten hinreichender Beweiswert zuerkannt, wenn sie plausibel, in sich schlüssig und widerspruchlos erscheint (NEF, a.a.O., N 36 zu Art. 39 VVG). Nebst der Glaubwürdigkeit des Geschehens wird aber zudem die Glaubwürdigkeit des Anspruchsberechtigten verlangt (NIQUILLE-EBERLE, a.a.O., S. 240 und 244ff.).

b) Der Kläger macht geltend, er habe der Beklagten unmittelbar nach dem schadensbegründenden Ereignis eine detaillierte Liste der gestohlenen Artikel zu Einstandspreisen zukommen lassen. Die Schadenssumme belief sich dabei auf Fr. 173'355.65 (kläg. act. 15, S. 1 und 2). Es wurden neben vielen anderen Deliktsgüter unter anderem 376 Abendkleider, 280 türkische Kassetten, 770 Badetücher und eine Bandsägemaschine aufgeführt. Diese Liste sei von der Mutter des Klägers, welche das Geschäft effektiv führe, nach bestem Wissen und Gewissen erstellt worden. Sie machte anlässlich der Zeugeneinvernahme geltend, sie habe alles aufgeschrieben, was ihr gefehlt habe. Sie habe die Liste aufgrund der vorhandenen Lieferscheine ausgefertigt (Einvernahme-Protokoll, S. 5). Der Kläger führte aus, allein in den rund drei Monaten vor dem Einbruchdiebstahl vom 21. September 2005 sei er mit Waren im Gesamtwert von Fr. 140'000.-- beliefert worden (Klage, S. 6 und 7).

c) Die Beklagte hielt den Vorbringen des Klägers anlässlich der Hauptverhandlung entgegen, der Kläger habe ihr bis heute keine Inventarlisten nachgereicht, noch seien jemals Lieferscheine vorhanden gewesen. Dies obwohl die Beklagte den Kläger mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 aufgefordert hat, die Einkaufsbelege, Zahlungsbelege und Dokumente über den Zahlungsverkehr als Originalunterlagen zuzustellen (bekl. act. 13, S. 1 und 2).

d) Am 14. November 2005 führte der Geschäftsführer der Fachschule für Detailhandel, im Auftrag der Beklagten, eine Bestandesaufnahme des Inventars des Geschäftsladens durch. In seinem Bericht vom 14. Dezember 2005 hielt er fest, dass der ermittelte Verkaufswert des gesamten Warenlagers am 14. November 2005 Fr. 366'613.95 betrug. Der Einstandswert bezifferte er auf Fr. 224'409.70 (bekl. act. 12, S. 3ff.). Es trifft zu, dass die Beklagte mit Schreiben vom 21. Dezember 2005 den Kläger aufforderte, die entsprechenden Belege, wie Lieferscheine etc., einzureichen, was der Kläger nicht tat. Am 27. September 2006 führte die Kantonspolizei St. Gallen im Auftrag des Untersuchungsamtes Altstätten am Verkaufsladen sowie am Wohnort des Klägers eine Hausdurchsuchung durch. Die Geschäftsführerin, O., führte aus, die gesuchten Buchhaltungsunterlagen seien bei ihrer Tochter. Die Tochter erklärte, dass sie für ihre Eltern gewisse Schreibearbeiten erledige, allerdings für das Geschäftslokal keine Buchhaltung führe. In der anschliessend durchgeführten polizeilichen Befragung gab P., die Tochter, zu Protokoll, dass sie für das Ladengeschäft keine eigentliche Buchhaltung führen und sie die genauen Umsatzzahlen des Verkaufsladen nicht kenne. Sie denke, dass der Umsatz im Jahre 2005 ca. Fr. 300'000.-- betragen habe. Der Kläger selbst gab einen Jahresumsatz von ca. Fr. 100'000.-- zu Protokoll (bekl. act. 17, S. 2). Es ist praktisch unmöglich, ohne entsprechende Lagerbuchhaltung, Inventurlisten und Lieferscheine eine derart detaillierte Deliktsgutliste zu erstellen. Dies auch mit Blick auf die Aussage der Zeugin, die Deliktsgüter hätten sich zum Teil in Schachteln befunden und diese seien als Ganze abtransportiert worden. Zum gleichen Schluss kam der Bericht der Fachschule für Detailhandel, wenn ausgeführt wird, es sei nahezu unmöglich, den effektiven Warenwert zu ermitteln, da wichtige Unterlagen, wie etwa eine separate Lagerbuchhaltung oder detaillierte Umsatzzahlen fehlten (bekl. act. 12, S. 2). Zudem steht die Wertangabe des Klägers gegenüber dem Geschäftsführer der Fachschule für Detailhandel, wonach im Monat September 2005 ein Umsatz von Fr. 53'375.05 und für Oktober 2005 ein Umsatz von Fr. 62'787.85 erzielt wurde (bekl. act. 12, S. 4), im Widerspruch zu seiner Angabe gegenüber der Polizei, einen Jahresumsatz von ca. Fr. 100'000.-- erzielt zu haben. Geht man zudem von einer Marge von 40% aus, beträgt der Einstandswert der während eines Jahres verkauften Waren maximal Fr. 180'000.-- (bekl. act. 12, S. 4).

Würde die Deliktsgutliste den Tatsachen entsprechen, würde dies bedeuten, dass beinahe der Warenumsatz eines Jahres entwendet worden ist. Somit konnte der Kläger hinsichtlich der Schadenshöhe den Wahrscheinlichkeitsbeweis nicht erbringen und die Klage wäre auch deshalb abzuweisen.

8. Es ist unbestritten, dass der Kläger der Beklagten eine Akontozahlung von Fr. 20'000.-- ausgerichtet hat und dass – wie oben festgestellt – kein leistungs begründendes Ereignis eingetreten ist. Der Kläger machte an Schranken geltend, diese Akontozahlung der Beklagten zeige, dass sie den Diebstahl anerkenne. Die Beklagte führte demgegenüber aus, die Akontozahlung aus Kulanzgründen bezahlt zu haben. Sie sei davon ausgegangen, damit einen Teil ihrer Verbindlichkeit aus dem Versicherungsvertrag vom 10. Juni 2004 gegenüber dem Kläger zu erfüllen (Klageantwort und Widerklage, S. 10). Es sei insbesondere eine automatische Handlung gewesen, die bei den Versicherungen üblich sei und mit der Anerkennung einer Rechtspflicht nichts zu tun habe (Duplik und Widerklageantwort, S. 9). Es ist vorliegend davon auszugehen, dass der Begriff "Akontozahlung" klar darauf hindeutet, dass es sich bei der unter diesem Titel erbrachten Leistung bloss um eine vorläufige Zahlung handelte, bis aufgrund des Untersuchungsverfahrens der Diebstahl sowie die Diebstahlssumme ermittelt werden konnte. Die Vereinbarung der Akontozahlung muss deshalb dahingehend ausgelegt werden, dass die Differenz zwischen geleisteten Akontozahlungen und dem am Schluss festgestellten effektiven Anspruch auszugleichen ist. Dasselbe muss für den Fall gelten, wo kein leistungs begründendes Ereignis – wie vorliegend – eingetreten ist. Es ist nicht umstritten, dass die Beklagte zu weiteren Zahlungen verpflichtet gewesen wäre, wenn der Diebstahl tatsächlich stattgefunden hätte. Der Kläger, welcher die Akontozahlung entgegennimmt, übernimmt demgegenüber dann vermutungsweise die Pflicht, einen allfälligen Überschuss herauszugeben (BGE 126 III 119 E. 2, S. 121).

In der neueren Lehre und Rechtsprechung ist eine generelle Tendenz ersichtlich, Ansprüche vermehrt auf vertragliche denn auf bereicherungsrechtliche Grundlage zu stützen (BGE 126 III 119 E. 3, S. 122). Das Bundesgericht hat in BGE 114 II 152 in Abweichung von BGE 60 II 27 erkannt, bei einem Vertragsrücktritt gemäss Art. 109 OR werde das Vertragsverhältnis in ein Liquidationsverhältnis umgewandelt, so dass namentlich die Rückleistungspflichten gemäss Art. 109 Abs. 1 OR als vertragliche zu qualifizieren seien. Die aufgezeigte Tendenz schränkt den Anwendungsbereich des Bereicherungsrechts generell ein. Sie bekräftigt die Auffassung, dass ein Kondiktionsanspruch solange ausgeschlossen ist, als ein Anspruch auf Vertrag gestützt werden kann, sei es durch Auslegung oder Lückenfüllung. Wie dargelegt, muss nach Treu und Glauben geschlos-

sen werden, dass der Kläger, nachdem das leistungsbegründende Ereignis nicht nachgewiesen werden konnte und ein Versicherungsvertrag zwischen dem Kläger und der Beklagten besteht, zur Rückleistung von zuviel erhaltenen Akontozahlungen verpflichtet ist; vorliegend demnach zur Rückleistung der Akontozahlung von Fr. 20'000.--. Der Rückforderungsanspruch des Klägers aufgrund zuviel bezahlter Akontozahlungen ergibt sich damit nicht aus Bereicherungsrecht sondern aus Vertrag. Dies gilt umso mehr als vorliegend der Versicherungsvertrag grundsätzlich eine Verpflichtung der Versicherung zu Akontozahlungen vorsieht. Ist die Akontozahlung vertraglich begründet, ist es auch deren Rückleistung.

Die Widerklage ist daher gutzuheissen und der Kläger zu verpflichten, der Beklagten die Akontozahlung von Fr. 20'000.-- nebst 5% Zins seit 16. November 2005 zurückzuzahlen.

IV.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat der Kläger die Prozesskosten zu tragen (Art. 264 Abs. 1 ZPO). Diese setzen sich zusammen aus den Gerichtskosten und den Parteikosten.

Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 173'355.65 ergibt sich in Anwendung von Ziffer 332 GKT i.V.m. Ziffer 304 GKT eine Entscheidgebühr von Fr. 12'000.--, die der Kläger zu bezahlen hat. Der von ihm geleistete Kostenvorschuss in der Höhe von Fr. 1'000.-- wird angerechnet.

Der Kläger hat die Beklagte für deren Parteikosten zu entschädigen. Der Vertreter der Beklagten hat eine Kostennote eingereicht. Ausgehend von einem Streitwert von Fr. 173'000.-- macht er ein mittleres Honorar von Fr. 14'800.-- zuzüglich einem Zuschlag von 20% für das Verfahren vor Handelsgericht geltend. Hinzu kommen Barauslagen von Fr. 355.20 sowie 7.6% MwSt (Fr. 1'376.75). Dies ergibt ein Total von Fr. 19'491.95. Die Honorarforderung erachtete das Handelsgericht unter Berücksichtigung der Honorarordnung für Rechtsanwälte und Rechtsagenten (HonO; sGS 963.75) als angemessen.

Das Handelsgericht hat

entschieden:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Widerklage wird gutgeheissen und der Kläger verpflichtet, der Beklagten Fr. 20'000.-- nebst 5% Zins seit 16. November 2005 zu bezahlen.
3. Der Kläger trägt die Gerichtskosten von Fr. 12'000.--. Der geleistete Kostenvorschuss von Fr. 1'000.-- wird angerechnet.
4. Der Kläger hat die Beklagte für deren Parteikosten mit Fr. 19'491.95 zu entschädigen.

Der Handelsgerichtspräsident

Die a.o. Gerichtsschreiberin

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

Laura Mazzariello

Zustellung des begründeten Entscheides an

- Rechtsanwalt lic.iur. Fritz Heeb (GU)
- Rechtsanwalt Dr. Walter Locher (R)

am

Rechtsmittelbelehrung

Streitwert: Fr. 173'355.65

Beschwerde an das Bundesgericht (Art. 72 ff. BGG): Wenn der Streitwert mindestens Fr. 30'000.– beträgt, wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt oder wenn ein Bundesgesetz eine einzige kantonale Instanz vorschreibt, 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 Handelsgerichts zu überweisen (Postkonto 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.

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.