



Mitwirkend: Oberrichter Roland Schmid, Präsident, und Oberrichter Dr. Daniel Schwander, Handelsrichter Patrik Howald, Handelsrichter Hans Rudolf Müller und Handelsrichterin Verena Preisig sowie Gerichtsschreiber Dr. Benjamin Büchler

## Urteil und Beschluss vom 6. Oktober 2022

in Sachen

**A.\_\_\_\_\_ AG,**  
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X2.\_\_\_\_\_

gegen

**B.\_\_\_\_\_ AG,**  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1.\_\_\_\_\_

vertreten durch Rechtsanwalt MLaw Y2.\_\_\_\_\_

betreffend **Forderung**

### Rechtsbegehren: (act. 1 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 113'114.65 zzgl. Zins zu 5% p.a. seit dem 17. Juni 2021 so-

wie CHF 2'463.80 zzgl. Zins zu 5% p.a. seit dem 17. Juni 2021 zu bezahlen.

2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

### **Geändertes Rechtsbegehren:**

(act. 32 S. 2)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von EUR 106'592.94 zzgl. Zins zu 5% p.a. seit dem 17. Juni 2021 sowie CHF 2'463.80 zzgl. Zins zu 5% p.a. seit dem 17. Juni 2021 zu bezahlen, alles unter ausdrücklichem Vorbehalt der Nachklage.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu Lasten der Beklagten."

### **Sachverhalt und Verfahren**

#### A. Sachverhaltsübersicht

##### a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist ein im ...-handel tätiges KMU mit Sitz in Zürich (act. 3/2). Die Beklagte ist eine unabhängige Versicherungs- und Vorsorgeberaterin mit Sitz ebenfalls in Zürich (act. 3/3).

##### b. Prozessgegenstand

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sie anlässlich des Abschlusses einer Betriebsrechtsschutzversicherung hinsichtlich des Deckungsumfanges falsch beraten. Der von ihr ausdrücklich gewünschte Vertragsrechtsschutz sei in die Versicherung nicht inkludiert worden. Als in der Folge ein Schadensereignis eintraf, stellte sich heraus, dass insofern keine Deckung bestand, weshalb die Klägerin die Gerichts- und Anwaltskosten der Auseinandersetzung selber tragen musste und diese nun mit der vorliegenden Klage von der Beklagten einfordert (act. 1 N 7+8).

## B. Prozessverlauf

Mit Eingabe vom 3. September 2021 machte die Klägerin ihre Klage am Handelsgericht des Kantons Zürich rechtshängig (act. 1). Mit Verfügung vom 6. September 2021 wurde die Klageschrift der Beklagten zugestellt und der Klägerin Frist zur Leistung eines Kostenvorschusses angesetzt (act. 4). Die Klägerin bezahlte den Kostenvorschuss von CHF 9'700.00 innert Frist (act. 6). Mit Verfügung vom 23. September 2021 wurde der Beklagten Frist zur Einreichung der Klageantwort angesetzt (act. 7). Die Beklagte reichte ihre Klageantwort mit Eingabe vom 26. November 2021 innert Frist ein (act. 13). Mit Verfügung vom 6. Dezember 2021 wurde das Doppel der Klageantwort der Klägerin zugestellt und die Prozessleitung an Oberrichter Dr. Daniel Schwander delegiert (act. 15).

Am 12. Januar 2022 fand eine Vergleichsverhandlung statt, welche zu keiner Einigung führte (Prot. S. 6 f.).

Mit Verfügung vom 13. Januar 2022 wurde ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet und der Klägerin Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 18). Mit Verfügung vom 15. Februar 2022 wurde der Klägerin auf entsprechendes Gesuch hin die Frist zur Einreichung der Replik erstreckt (act. 21). Mit Verfügung vom 18. März 2022 wurde ein weiteres Fristerstreckungsgesuch der Klägerin abgewiesen und ihr eine Notfrist angesetzt (act. 24). Mit Eingabe vom 24. März 2022 reichte die Klägerin innert der Notfrist ein Fristerstreckungsgesuch unter Zustimmung der Gegenseite ein, welches gutgeheissen wurde (act. 30). Mit Eingabe vom 4. April 2022 reichte die Klägerin ihre Replik innert Frist ein (act. 32). Mit Verfügung vom 7. April 2022 wurde der Beklagten die Replik zugestellt und ihr Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 34). Mit Eingabe vom 24. Juni 2022 reichte die Beklagte diese innert Frist ein (act. 36). Am 1. Juli 2022 wurde der Klägerin die Duplik zugestellt und der Aktenschluss verfügt (act. 38).

Mit Verfügung vom 24. August 2022 wurde den Parteien Frist angesetzt, um zu erklären, ob sie auf die Durchführung der mündlichen Hauptverhandlung (Parteivorträge, Schlussvorträge) – unter Vorbehalt der allfälligen Durchführung eines Beweisverfahrens – verzichteten (act. 40). Die Klägerin erklärte mit Eingabe vom

5. September 2022 (act. 42) ihren Verzicht. Die Beklagte liess sich innert Frist nicht vernehmen, was androhungsgemäss als Verzicht auszulegen ist. Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

## Erwägungen

### 1. Formelles

#### 1.1. Zuständigkeit und weitere Prozessvoraussetzungen

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagte haben ihren Sitz im Kanton Zürich, womit das angerufene Handelsgericht örtlich zuständig ist (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO). Beide Parteien sind im Handelsregister eingetragen, es ist die geschäftliche Tätigkeit mindestens einer Partei betroffen und der Streitwert ist erreicht, womit das Handelsgericht auch sachlich zuständig ist (Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG). Die weiteren Prozessvoraussetzungen sind ebenfalls erfüllt.

#### 1.2. Teilweiser Klagerückzug

Die Klägerin hat ihr Rechtsbegehren in der Replik um EUR 6'521.71 (= CHF 7'075.70) reduziert. In diesem Umfang ist die Klage als durch Rückzug erledigt abzuschreiben.

### 2. Materielles

#### 2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Im April 2017 hat die Klägerin unter Betreuung und Vermittlung der Beklagten bei der C.\_\_\_\_\_ AG («C.\_\_\_\_\_») eine Betriebsrechtsschutzversicherung abgeschlossen («C.\_\_\_\_\_ -Versicherung»; act. 3/5). Die Deckung der C.\_\_\_\_\_ -Versicherung umfasste gemäss der Police den «Betriebsrechtsschutz Grunddeckung» und den «Betriebsrechtsschutz Vertragsrechtsschutz». Die C.\_\_\_\_\_ -Versicherung unterlag den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der C.\_\_\_\_\_ in der Ausgabe «B 2014» (nachfolgend «C.\_\_\_\_\_ -AVB»; act. 3/6). Gemäss Art. 3 Ziff. 1 C.\_\_\_\_\_ -AVB deckt der Vertragsrechtsschutz Streitigkeiten infolge Nichterfüllung oder nicht vollständiger Erfüllung obligationenrechtlicher Verträge zwi-

schen dem versicherten Betrieb und seinen direkten Zulieferern, Kunden und Unterakkordanten ab einem Streitwert von CHF 500 (sog. Betriebsrechtsschutz mit Zusatz Vertragsrechtsschutz).

Per 30. April 2019 kündigte die Klägerin die C.\_\_\_\_-Versicherung (act. 3/7).

Etwas später gab die Klägerin der Beklagten den Auftrag, die gleiche Betriebsrechtsschutzversicherung erneut zu vermitteln. Der Klägerin war es insbesondere wichtig, dass die Deckung bei der neuen Betriebsrechtsschutzversicherung gleich war wie bei der C.\_\_\_\_-Versicherung. Dies brachte sie gegenüber der Beklagten in zwei E-Mails vom 2. Juli 2019 auch zum Ausdruck (act. 3/7 und 8).

Da die C.\_\_\_\_ zwischenzeitlich mit der D.\_\_\_\_-Versicherung, einer Tochtergesellschaft der E.\_\_\_\_ Versicherungsgesellschaft, fusionierte, holte die Beklagte schliesslich bei der D.\_\_\_\_ entsprechende Offerten ein. Auf E-Mail-Anfrage seitens der Klägerin vom 3. Juli 2019 hin (act. 3/10) bestätigte die Beklagte, dass der Versicherungsschutz identisch sei mit der ursprünglichen C.\_\_\_\_-Police unter Ausnahme des Verkehrsrechtsschutzes (act. 3/11).

In der Folge schloss die Klägerin die D.\_\_\_\_-Versicherung mit Wirkung per 23. Juli 2019 ab.

Obwohl die Klägerin dies gewünscht und gegenüber der sie beratenden Beklagten auch kundgetan hatte, sorgte die Beklagte nicht dafür, dass der Zusatz Vertragsrechtsschutz bei Abschluss der D.\_\_\_\_-Versicherung in die Versicherung inkludiert wurde. Gemäss diesem Zusatz sind Streitigkeiten mit Kunden, Lieferanten, Dienstleistungen etc. in Europa bis zu einer Summe von CHF 200'000 gedeckt, wobei die Karenzfrist 90 Tage beträgt (act. 3/12 AA3). Eine entsprechende Regelung war bereits in der früheren C.\_\_\_\_-Versicherung inkludiert gewesen.

Die Beklagte hat diesen Beratungsfehler im Wesentlichen zugegeben (act. 13 N 81).

Gemäss D5 Abs. 3 D.\_\_\_\_-AVB (ebenso bereits Art. 11 Ziff. 1 C.\_\_\_\_-AVB) besteht Deckung in zeitlicher Hinsicht nur, wenn das «Grundereignis» während der Vertragsdauer eintritt, wobei zufolge AA3 D.\_\_\_\_-AVB (ebenso bereits: Art. 11 Ziff. 2 C.\_\_\_\_-AVB) eine Karenzfrist von 90 Tagen ab Inkrafttreten des Vertrages gilt, d.h. eine Frist, bis zu deren Ablauf keine versicherungsvertragliche Deckung besteht. Der neue Vertrag mit der D.\_\_\_\_ trat am 23. Juli 2019 in Kraft. Folglich endete die Karenzfrist am 21. Oktober 2019.

## 2.2. Streitiger Sachverhalt

Wie bereits erwähnt, führt die Klägerin ins Feld, «Anfang Juni 2020» habe sich bei ihr ein Schadensfall ereignet.

In der Klageschrift schildert die Klägerin diesen Schadensfall wie folgt: Eine Lieferantin der Klägerin aus Deutschland, die F.\_\_\_\_ GmbH (nachfolgend: «F.\_\_\_\_»), habe E-Bikes, welche im Eigentum der Klägerin gestanden seien, ohne das Wissen der Klägerin in vertragswidriger Weise für sich vereinnahmt bzw. nicht herausgeben wollen (act. 1 N 25).

Die Beklagte, die den Beratungsfehler, wie erwähnt, im Grundsatz eingestanden hat, bestreitet die näheren Umstände dieses Schadenfalles insbesondere in zeitlicher Hinsicht und führt ins Feld, es bestehe vor diesem Hintergrund aufgrund vertraglicher Bestimmungen sowie fehlenden Schadensnachweises keine Deckung (act. 13 N 106).

In zeitlicher Hinsicht bestreitet die Beklagte in ihrer Klageantwort, dass sich das Schadensereignis erst Anfang Juni 2020 ereignet habe (act. 13 N 23). In diesem Zusammenhang macht die Beklagte geltend, die klägerischen Angaben zu den vertraglichen Grundlagen zwischen ihr und der F.\_\_\_\_ sowie überhaupt zur Entstehung dieser Auseinandersetzung seien in der Klageschrift unzureichend dargelegt. Wenn sich die Auseinandersetzung – so die Beklagte weiter – mit der F.\_\_\_\_ schon angebahnt haben sollte, als die Klägerin den Abschluss der neuen Police bei der Beklagten in Auftrag gegeben habe, wäre die Angelegenheit betreffend die F.\_\_\_\_ in zeitlicher Hinsicht aufgrund der vertraglichen Karenzfrist nicht

gedeckt gewesen. Unbesehen davon sei diesfalls auch in Anwendung des Rückwärtsversicherungsverbots (Art. 9 VVG) von einem unversicherbaren Risiko auszugehen, womit eine Haftung der Beklagten auch deshalb entfallen würde (act. 13 N 55 f.). Dieser Einwand der Beklagten erweist sich grundsätzlich als rechtserheblich.

### 2.3. Unzureichende Substanziierung

In der Replik wiederholt die Klägerin zunächst, dass das Schadenereignis «im Juni 2020» eingetreten sei, fügt dann allerdings hinzu: «allerfrühestens [...] im Februar 2020 mit Unterbreitung des Kaufangebots durch G.\_\_\_\_», Inhaber und Geschäftsführer von F.\_\_\_\_. Zu diesem Zeitpunkt sei die D.\_\_\_\_-Versicherung in Kraft und die Karenzfrist abgelaufen gewesen (act. 32 N 158 mit Verweis auf N 21 ff.).

Aufgrund der vorerwähnten in der Klageantwort geltend gemachten Bestreitung der Beklagten, hätte es der Klägerin indes obliegen, präzise und im Einzelnen darzulegen, was die Klägerin mit der F.\_\_\_\_ ursprünglich genau vereinbart hatte und inwiefern die F.\_\_\_\_ diese Vereinbarung in der Folge verletzte. Da der Einwand der Beklagten insbesondere mit Blick auf die zeitlichen Umstände erhoben wurde, wären diese Umstände namentlich mit Bezug auf die zeitlichen Aspekte in der Replik zu präzisieren gewesen.

Aus den diesbezüglichen Ausführungen in der Replik lässt sich aber – trotz der Überschrift «Chronologie» – in zeitlicher Hinsicht kaum etwas entnehmen: Ausgeführt wird lediglich, die Klägerin habe die F.\_\_\_\_ damit beauftragt, in Einzelteilen aus China importierte E-Bikes gegen Vergütung zusammensetzen (act. 32 N 12); weiter sei vereinbart worden, dass die Klägerin diese E-Bikes abrufen könne, sobald Bestellungen bei ihr eingehen würden (act. 32 N 13). Weiter heisst es, die Klägerin habe die entsprechenden Zahlungen geleistet (act. 32 N 15 -17) und die fertigen E-Bikes in der Folge abgerufen; ein Teil dieser E-Bikes sei dann jedoch nicht an sie ausgeliefert worden (act. 32 N 19 f.).

Die vorerwähnten Ausführungen enthalten keinerlei zeitliche Angaben, insbesondere nicht zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, nicht zum Zeitpunkt des Abrufs durch die Klägerin, nicht zur Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Lieferung nach erfolgtem Abruf hätte erfolgen müssen (wobei es nicht Sache des Gerichtes ist, anhand von offerierten Beilagen zeitliche Umstände zu rekonstruieren; auch die blossе Datumsangabe zu einem Beweismittel ersetzt grundsätzlich keine rechtsgenügliсhe Behauptung). Erst bzw. einzig in N 21 der Replik findet sich die bereits eingangs erwähnte Behauptung, wonach G.\_\_\_\_\_ «anfangs 2020 zum ersten Mal ein Angebot für eine Übernahme der E-Bikes» gemacht habe. Weshalb in diesem Angebot eine Vertragsverletzung bzw. das sog. Grundereignis zu sehen sein soll, wird ebenfalls nicht dargetan. Aus einem blossen Angebot zur Übernahme ergibt sich jedenfalls nicht, dass der Vertragspartner, der ein solches Angebot abgibt, die Herausgabe verweigert.

Hinzu kommt, dass die Beklagte - mit Verweis auf von der Klägerin beigebrachte Urkunden - durchaus Aspekte vorbringt, welche auf einen bereits früher entstandenen Streit zwischen der Klägerin und der F.\_\_\_\_\_ hindeutet (act. 36 N 9 ff.). Es kann folglich von einer mutwilligen Bestreitung nicht die Rede sein. Die Klägerin äussert sich zu dieser Darstellung nicht.

Damit ist die Klägerin ihrer Substanziierungsobliegenheit nicht nachgekommen. Dies wäre ihr ohne weiteres zuzumuten gewesen, zumal sie von den fraglichen zeitlichen Umständen – anders als die Beklagte – genaue Kenntnis hat, denn diese Umstände haben sich in ihrer Sphäre ereignet. Es besteht insofern ein Informationsgefälle zwischen den Parteien. Selbst wenn die Beklagte die Beweislast für die von ihr erhobenen Einwendungen trägt, führt diese Informationsasymmetrie zu einer sekundären Behauptungslast der Klägerin, welcher sie hiermit nicht nachgekommen ist (Urteil BGer 4A\_614/2014 vom 2. April 2015 E. 6.4.3.3 a.E.).

Mangels rechtsgenügender Substanziierung kann nicht beurteilt werden, ob der Einwand der Beklagten betreffend die zeitlichen Voraussetzungen der Versicherungsdeckung zutrifft bzw. er gilt damit als unbestritten und führt zur Klageabweisung.

3. Fazit

Nach dem Gesagten ist die Klage abzuweisen, soweit sie nicht bereits durch teilweisen Rückzug erledigt wurde.

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert richtet sich nach dem Rechtsbegehren zum Zeitpunkt der Klageeinreichung beim Gericht. Die in EUR eingeklagte Forderung beträgt nach Massgabe des zu diesem Zeitpunkt geltenden Währungskurses CHF 122'722.60 (Kurs EUR 1 am 3. September 2021 = CHF 1.08494). Zuzüglich der in CHF eingeklagten Forderung beträgt der Streitwert somit CHF 125'186.40.

Die Gerichtsgebühr ist auf CHF 9'700.00 festzusetzen (Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG). Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 Satz 1 ZPO) und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu beziehen (Art. 111 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

Die Grundgebühr der Anwaltsgebühr beträgt CHF 12'411.00 (Art. 105 Abs. 2 Satz 1 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 AnwGebV). Unter Berücksichtigung des Aufwandes für die Vergleichsverhandlung und die zweite Rechtsschrift rechtfertigt es sich, diese um 40 % zu erhöhen (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ausgangsgemäss wird die Klägerin entschädigungspflichtig. Ein Mehrwertsteuerzuschlag wird nicht geltend gemacht. Die Klägerin ist zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 17'400.00 zu bezahlen.

**Das Handelsgericht beschliesst:**

1. Die Klage wird im Umfang von CHF 7'075.70 als durch Rückzug erledigt abgeschrieben.
2. Schriftliche Mitteilung und Rechtsmittelbelehrung mit nachfolgendem Erkenntnis.

**und erkennt:**

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 9'700.00.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 17'400.00 zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 125'186.40.

Zürich, 6. Oktober 2022

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Roland Schmid

Dr. Benjamin Büchler