

FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070412_d_zh_o_01 vom 12. April 2007

FINMA Versicherungsrecht, 2007-04-12, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20070412_d_zh_o_01

FR: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070412_d_zh_o_01 du 12 avril 2007

IT: FINMA_VERSICHERUNGSRECHT 20070412_d_zh_o_01 del 12 aprile 2007

Erwägungen

E. 1

Y Versicherungen,

E. 1.1

Die Klägerin macht vorliegend einen Anspruch aus Versicherungsvertrag geltend. Die Parteien des Versicherungsvertrages trafen in der "Marine Cargo Insurance" vom 12. April 2001 in Ziffer 27 Abs. 2 eine Gerichtsstandsvereinbarung, welcher zufolge die Gerichte am Ausstellungsort der Police zur Beurteilung von daraus erwachsenden Streitigkeiten zuständig sein sollen (act. 3/1). Gemäss Art. 12 Ziff. 5 in Verbindung mit Art. 12a Ziff. 1 lit. b. und Ziff. 4 in Verbindung mit Art. 17 LugÜ - welches Abkommen auf vorliegendem Streitfall anwendbar ist - ist eine solche Gerichtsstandsvereinbarung zulässig. Die Police wurde in Zürich ausgestellt, weshalb die Gerichte in Zürich örtlich zuständig sind.

E. 1.2

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichtes ergibt sich aus § 63 Ziff. 1 GVG. 2. Klagerückzug In der Replik reduzierte die Klägerin den Forderungsbetrag von USD 1'286'501.00 auf USD 1'236'501.00. Von diesem teilweisen Klagerückzug im Umfang von USD 50'000.-- zuzüglich Zins seit 5% seit 7. November 2003 ist Vormerk zu nehmen. IV. (Materielles) 1. Anwendbares Recht Da die Klägerin ihren Sitz in London, England, hat und die Beklagten die ihren in der Schweiz haben, bestimmt sich das anwendbare Recht unter Vorbehalt allfälliger völkerrechtlicher Verträge nach dem IPRG (Art. 1 Abs. 1 lit. b und Abs. 2 IPRG). Das nationale, kollisionsrechtlich berufene Recht hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den Streitparteien bestimmt sich, da vertragliche Ansprüche geltend gemacht werden, nach dem auf Verträge anwendbaren Recht (Art. 116 ff. IPRG). Nach Art. 116 Abs. 1 IPRG untersteht der Vertrag dem von den Parteien gewählten Recht. In der "Marine Cargo Insurance" vom 12. April 2001 unterstellten die Parteien in Ziffer 27 den Vertrag schweizerischem Recht (act. 3/1), weshalb auf den vorliegenden Streitfall schweizerisches Recht anwendbar ist. 2. Verjährung/Verwirkung

E. 2

Z Versicherungs-Gesellschaft

E. 2.1

Die Beklagten erheben die Einrede der Verjährung, ebenso machen sie die Verwirkung der Forderung geltend. Da die Verjährung Teil des materiellen Rechts ist, unterliegt sie bei einem Sachverhalt mit Auslandberührung dem auf die Forderung anwendbaren Recht, somit also Schweizer Recht. Sollte sich ergeben, dass

E. 2.4

Die Klägerin macht sodann geltend, die Erhebung der Verjährungseinrede durch die Beklagten sei missbräuchlich, da die Beklagten ein Verhalten gezeigt hätten, welches die Klägerin zur Unterlassung rechtlicher Schritte während der Verjährungsfrist bewogen habe, und ihre Säumnis daher objektiv verständlich erscheine (act. 28 S. 13 Rz. 127). Dieser Einwand bezieht sich nur auf die Verjährung. Die Verwirkung einer Forderung ist von Amtes wegen zu berücksichtigen. Dem Einwand der Klägerin kann nicht gefolgt werden. Eine rechtsmissbräuchliche Erhebung der Verjährungseinrede liegt namentlich dann vor, wenn der Schuldner den Gläubiger dazu bewogen hat, keine verjährungsunterbrechende Handlung vorzunehmen. Dabei genügt es, wenn er objektiv ein Verhalten zeigt hat, das den Gläubiger zur Unterlassung rechtlicher Schritte während der Verjährungsfrist bewogen hat (BGE 89 II 256, E. 4). In Versicherungsfällen ist die Verjährungseinrede etwa dann missbräuchlich, wenn der Versicherer den Versicherten in den Glauben versetzt, der ihm gemeldete Schadenfall sei gedeckt und der Versicherer werde die entsprechenden Leistungen erbringen, woraufhin der Versicherte es im Vertrauen darauf unterlässt, die Verjährung zu unterbrechen (BSK-VVG, Art. 46 N 30). Solches ist vorliegend nicht geschehen und wird von der Klägerin auch nicht behauptet. Sie bringt lediglich vor, sie habe den Beklagten im Mai und Juli 2003 gerichtliche Schritte in England angekündigt, woraufhin die englischen Rechtsvertreter der Beklagten sie an die schweizerischen Rechtsvertreter verwiesen hätten. Diese hätten Ende Juli mitgeteilt, dass sie nur zu Gesprächen bereit seien, wenn eine Klage in England unterbleibe. Diese Gespräche hätten auf Wunsch der Beklagten erst am 30. September 2003 in Zürich stattgefunden (act. 28 S. 13 Rz. 127). Ein solches Verhalten der Beklagten bewirkt selbstverständlich noch keine Rechtsmissbräuchlichkeit. Dass Parteien in einem Versicherungsfall Gespräche führen, bevor eine von ihnen den Rechtsweg beschreitet, entspricht dem normalen Vorgehen. Wenn die Klägerin die Dringlichkeit eines gerichtlichen Vorgehens erkannte, wäre es ihr offengestanden, von den Beklagten beispielsweise einen Verjährungsverzicht zu verlangen. Dies tat sie offenbar nicht, zumindest wird derartige nicht behauptet. Zudem hätte auch eine Klage, welche bereits im Juli 2003 in England eingereicht worden wäre, die Verjährung nicht unterbrochen, da sie wiederum an der Unzuständigkeit der englischen Gerichte gescheitert wäre. Eine Missbräuchlichkeit der Verjährungseinrede durch die Beklagten ist jedenfalls zu verneinen.

E. 2.5

Zusammenfassend ergibt sich, dass die Ansprüche der Klägerin verjährt bzw. verwirkt sind. Die Klage ist somit abzuweisen. 3. Aktiv- und Passivlegitimation Sind die Ansprüche der Klägerin verjährt, muss die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin nicht mehr geprüft werden. Dasselbe gilt betreffend den Einwand der fehlenden Passivlegitimation der Beklagten. Hierzu sei dennoch folgendes festgehalten. Die Beklagten machen geltend, keine einfache Gesellschaft und damit keine notwendige Streitgenossenschaft zu bilden. Sie seien damit keine Solidargesellschaft, sondern nur Teilschuldner. Selbst wenn dies stimmt, macht es die Klage weder ungültig noch unzulässig. Die Passivlegitimation fällt aus diesem Grunde nicht dahin, denn fehlt es lediglich an der Solidarität, werden die Beklagten dazu verpflichtet, Teilschulden zu zahlen. Die Beklagten sind somit als Mitversicherer des vorliegend streitbetroffenen Transportes passivlegitimiert. In welchem Verhältnis sie haften und ob solidarisch oder nach Quoten, wäre - im Fall, dass der Klägerin eine Forderung zugesprochen werden könnte - an anderer Stelle zu beurteilen. Keinesfalls wäre

der Klage diesfalls jedoch die verjährungsunterbrechende Wirkung zu versagen. Damit die in Art. 135 Ziff. 2 OR aufgezählten Handlungen die Verjährung unterbrechen, ist erforderlich, dass sie vom Forderungsgläubiger ausgehen und gegen den richtigen Schuldner gerichtet sind (BGE 114 II 335). Die Beklagten blieben Schuldner der eingeklagten Leistung, selbst wenn sie nur für einzelne Quoten haften würden und nicht solidarisch. V. (Kosten- und Entschädigungsfolgen) Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO). Der Streitwert beträgt CHF 1'514'212.00. Bei

- 24 - der Bemessung der Prozessentschädigung ist zu berücksichtigen, dass alle drei Beklagten durch denselben Rechtsanwalt vertreten werden. Dessen Arbeitsaufwand war für alle drei Beklagten derselbe. An der Referentenaudienz vom 31. Oktober 2005 erschien sodann lediglich ein Vertreter der Beklagten 1 (Prot. S. 9). Es ist deshalb nur eine Prozessentschädigung für alle drei Beklagten festzusetzen (vgl. ZR 77 (1978) Nr 47 E. 2).

E. 3

(nachfolgend C) einen Kaufvertrag zwecks Wiederverkaufs von Stahl in den Irak ab. In diesem Vertrag verpflichtete sich die Klägerin zur Lieferung von Stahl unter Bedingungen, welche im Zusammenhang mit dem "Oil for Food- Programme" der UN standen. Russische Handelsgesellschaften waren durch die UN für den Handel mit dem Irak zugelassen. Im Oktober und November 1999 hatten die russischen Handelsgesellschaften R und O mit dem irakischen Staat bzw. der zuständigen staatlichen Handelsgesellschaft im Rahmen von vier Abnahmeverträgen die Lieferung von Stahl in den Irak vereinbart. Nach Genehmigung der Verträge durch die UN im Jahr 2000 boten R und O diese Lieferkontingente C an. Die Parteien vereinbarten, dass R und O die staatlichen irakischen Stellen als Kommissionäre von C mit den entsprechenden Stahlprodukten beliefern sollten. Aufgrund dieser Lieferungsmöglichkeit in den Irak schloss C 2001 den erwähnten Vertrag mit der Klägerin ab. Im Juli 2001 charterte die Klägerin für den Transport von 27410.81 MT Stahl von Sevastopol nach Umm Qasr (Irak) den Frachter MS. Diesen Frachter hatte die L ihrerseits vom Eigentümer M Ltd., Malta, gechartert. Gemäss Darstellung der Klägerin begann L ab dem 31. August 2001 C zu drohen, den Frachter vor Dubai anzuhalten und eine tägliche Gebühr für die Verzögerung von USD 9'500.00 zu verlangen, sofern C angebliche Verzögerungskosten nicht bezahle, welche diese L aus früheren Transporten schulde (act. 1 S. 18 N 41). C bestritt eine diesbezügliche Schuld. Am 12. September 2001 liess L den Frachter ausserhalb des Hafens von Jebel Ali, Dubai, ankern. Am 21. September 2001 ordnete L an, die Fracht in Dubai abzuladen, was in der Folge auch geschah. Die Klägerin wollte den ursprünglichen Kaufvertrag trotz der eingetretenen Verzögerungen doch noch erfüllen und die Stahlprodukte in den Irak verschiffen. Zu diesem Zwecke wurde eine Einigung mit L angestrebt. L machte aus früheren Fahrten Forderungen von rund USD 1,2 Mio. geltend. Am 16. Oktober 2001 wurde zwischen der Klägerin, C und L ein Vergleich geschlossen, in welchem u.a. festgehalten wurde, dass L auf

ihre Ansprüche aus bestimmten früheren Transporten verzichte, dass L die MS oder einen anderen geeigneten Frachter chartern werde, um die in Jebel Ali abgeladene Fracht nach Umm Qasr zu bringen und dass die Klägerin und C sämtliche angefallenen Kosten im Zusammenhang mit dem vorgenannten Transport übernehmen. Weiter wurde vereinbart, dass die Klägerin und C USD 150'000.00 an L bezahlen sowie USD 146'107.75, um die Kosten in Dubai zu bezahlen. Für die verschiedenen Zahlungen wurden Zahlungsfristen

vereinbart (act. 3/80). Der Betrag von USD 296'107.75 sei am 16. November 2001 bezahlt worden (act. 1 S. 22 Rz. 53). Ende Dezember seien die Parteien übereingekommen, dass die Klägerin und C bei Beginn des Abladens in Umm Qasr der L an zusätzliche, in der Vereinbarung vom 16. Oktober 2001 nicht geregelte, Kosten für den Transport der Fracht auf der MT eine Entschädigung von USD 50'000.-- bezahlen müssten. Am 28. Dezember 2001 sei dieser Betrag an L überwiesen worden (act. 1 S. 22 Rz. 53). Mitte November 2001 charterte L - wie in der Vereinbarung vom 16. Oktober 2001 festgehalten - die MT, um die Fracht nach Umm Qasr zu schiffen. Am 1. Dezember 2001 kam das Schiff an der "Pilot Station" an und zwischen dem 25. und 28. Dezember 2001 wurde ein Teil der Fracht abgeladen. Gleichzeitig mit der Fracht der Klägerin waren laut Klägerin auf der MT auch Stahlstangen eines Dritten, eine ehemalige Fracht der MN, transportiert worden, welche ebenfalls in Dubai auf die MT geladen worden waren. Beim Ablad in Umm Qasr kam es zu Verzögerungen beim Abladen, da die Iraker die Stahlstangen den entsprechenden Transportpapieren nicht zuordnen konnten. In der Folge wurde der Ablad gestoppt. Mitte Januar 2002 wurde der Frachter durch L zurück nach Jebel Ali geordert. Gleichzeitig verlangte sie von der Klägerin und C die Zahlung von USD 577'131.50. Nach Ausstellung einer Bankgarantie durch die Klägerin am 30. Januar 2002 über USD 550'000.00 kehrte der Frachter zurück nach Umm Qasr, wo am 4. Februar 2002 mit Abladen begonnen wurde. Am 12. Februar 2002 erfolgte ein erneuter Unterbruch des Abladens und die MT

E. 5

musste an ihrem Ankerplatz warten, bis eine Entscheidung darüber gefällt wurde, ob die Fracht abgeladen werden konnte oder nicht. Als keine Entscheidung erfolgte und ein Ende des Aufenthalts im Irak nicht absehbar war, erteilte L am 7. Mai 2002 der MT den Befehl, nach Jebel Ali zu fahren. In Jebel Ali wurde die restliche Fracht schliesslich abgeladen und im Dezember 2002 von L verkauft. Bei diesem Ablad kam es laut Klägerin zu einer Vermischung der Fracht der Klägerin und der anderen Fracht auf dem Schiff, wobei sich nicht mehr habe eruieren lassen, inwiefern und in welchem Umfang in der abgeladenen Fracht (1'392 MT) Stahlstangen der Klägerin enthalten gewesen seien. Die Seefracht der Klägerin, welche auf der MS transportiert wurde, setzte sich ursprünglich aus 27410.81 MT -Stahlstangen sowie - vorliegend nicht relevanten - Stahlprodukten zusammen. In Umm Qasr wurden laut Klägerin schlussendlich 24995.75 MT abgeladen. Somit resultierte ein Verlust der Fracht der Klägerin von 2415.06 MT (die Klägerin errechnet einen Schaden von 2418.06 MT, hiervon ist auszugehen). Für diesen Verlust fordert die Klägerin als Versicherungsnehmerin von den Beklagten eine Leistung aus Versicherungsvertrag, aus der "Marine Cargo Insurance" (Seetransportversicherung, Police vom 12. April 2001). Sie fordert einerseits den Schaden für die fehlende Seefracht in der Höhe von USD 585'156.00 (2418 MT x USD 242.00 - Marktpreis), andererseits zusätzliche Fracht- und Schadenminderungskosten im Umfang von total USD 651'345.00.00 (Ab- und Auflad in Jebel Ali: USD 146'107.00; zusätzliche Entschädigung: USD 150'000.00; 75% Transportkosten auf der MT: USD 332'896.00; weitere Kosten USD 22'342.00). Auf die Geltendmachung der zusätzlichen Transportkosten auf der MT im Umfang von USD 50'000.00 verzichtet die Klägerin in der Replik (act. 28 S. 31 Rz. 154). 3. Die Beklagten bestreiten die Ansprüche der Klägerin. Die Klage sei aus verschiedenen Gründen abzuweisen. So fehle es der Klägerin schon an der Aktivlegitimation, da nicht die Klägerin, sondern die Endabnehmerin als CIF-Käuferin der streitbetreffenden Ware seit Beginn des streitbetreffenden Transports in Sevastopol die Gefahr und das Risiko an der transportierten Ware getragen habe. Sodann

E. 6

seien die klägerischen Ansprüche verjährt/verwirkt. Im weiteren würden jegliche Beweise für die fehlende Ware fehlen. Schliesslich seien die Ansprüche der Klä- gerin nicht durch die erwähnte Transportversicherung gedeckt, da die geltend gemachten Kosten nicht aus einem versicherten Schaden entstanden seien und einem allfälligen Schaden aus fehlender Ware ein ausgeschlossenes Risiko zugrunde liege (act. 13 S. 4 ff.). (Prozessuales) 1. Prozessuale Vorgeschichte Am 7. November 2003 erhob die Klägerin in der vorliegenden Streitsache Klage gegen die Beklagten in England, beim High Court of Justice (act. 3/4). Die- ser lehnte seine Zuständigkeit mit Entscheid vom 23. Januar 2004 ab (act. 3/6, S. 65 Ziffer 2). Dagegen appellierte die Klägerin mit Eingabe vom 6. Februar 2004 an den Court of Appeal. Am 16. März 2004 wurde der Fall in einem "Hearing" ver- handelt. Mit schriftlicher Verfügung vom 18. März 2004 wurde der Appeal abge- wiesen (act. 3/6). Die Begründung des Entscheides trägt das Datum vom 31. März 2004. Am 17. Mai 2004 reichte die Klägerin beim Handelsgericht Zürich eine erste, auf den selben Ansprüchen wie die vorliegende Klage basierende Klage mit den- selben Rechtsbegehren ein (HG040184). Auf diese Klage wurde mangels Zah- lung der der Klägerin auferlegten Prozesskaution mit Verfügung vom 23. Juli 2004 nicht eingetreten. Hiergegen erhob die Klägerin kein Rechtsmittel. 2. Prozessgeschichte Am 17. November 2004 ging in diesem Verfahren die Klageschrift ein (act. 1). Mit Verfügung vom 17. November 2004 wurde der Klägerin in Anwen- dung von § 73 Ziffer 1 ZPO Frist zur Leistung einer Prozesskaution angesetzt (Prot. S. 2). Diese leistete die Klägerin fristgerecht in Form einer Bankgarantie

E. 7

(act. 6). Mit Eingabe vom 25. Januar 2005 stellten die Beklagten den Antrag, den Prozess einstweilen auf die Frage der Verjährung zu beschränken (act. 9). Dieser Antrag wurde mit Verfügung vom 28. Januar 2005 abgewiesen. Die Klageant- wortschrift ging am 30. März 2005 ein (act. 13). Mit Verfügung vom 1. Juli 2005 wurde den Parteien der Wechsel des Instruktionsrichters mitgeteilt (Prot. S. 8). Am 31. Oktober 2005 fand eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher keine Einigung gefunden werden konnte (Prot. S. 9 f.). Anlässlich der Verhandlung stellte die Klägerin das Gesuch um Beschränkung des Prozessstoffes für den zweiten Schriftenwechsel auf die Frage der Verjäh- rung/Verwirkung (Prot. S. 10), welches mit Beschluss vom 10. November 2005 abgewiesen wurde (act. 17). Nachdem die Klägerin die ihr mit Beschluss vom 10. November 2005 angesetzte Replikfrist versäumt hatte, stellte sie ein Wiederher- stellungsgesuch (act. 20), woraufhin die Frist zur Einreichung der Replik mit Be- schluss vom 17. Januar 2006 wiederhergestellt wurde (act. 25). Die Replik datiert vom 13. März 2006 (act. 28), die Duplik vom 2. Oktober 2006 (act. 32). Mit Verfü- gung vom 9. Oktober 2006 wurde das Hauptverfahren als geschlossen erklärt (Prot. S. 16). (Formelles) 1. Zuständigkeit

E. 9

die Forderungsansprüche der Klägerin verjährt oder verwirkt sind, erübrigt sich eine Prüfung der weiteren Einwände der Beklagten, weshalb es sich rechtfertigt, diese Frage vorab zu prüfen. 2.2.1. Die Beklagten machen zusammengefasst geltend, die Ansprüche der Klägerin würden einer zweijährigen Verwirkungsfrist unterliegen. Ausserdem sei- en die Ansprüche verjährt. Die Frist zur Geltendmachung der Ersatzansprüche aus angeblich fehlender Ware in der Höhe von USD 585'156.-- habe spätestens am 7. Mai 2002 zu laufen begonnen, weshalb dieser Anspruch spätestens am 7. Mai 2004 verjährt gewesen sei. Der

unter dem Titel "zusätzliche Fracht- und Schadenminderungskosten" geltend gemachte Schaden von USD 651'345.00 hat sich am 12. September 2001 ereignet, weshalb dieser bereits am 12. September 2003, noch vor Einreichung der Klage in England, verwirkt bzw. verjährt gewesen sei. Da sowohl auf die Klage in England vom 7. November 2003 mangels Zuständigkeit als auch auf die erste Klage beim Handelsgericht des Kantons Zürich vom 17. Mai 2004 mangels Bezahlung der Prozesskaution nicht eingetreten worden sei, hätten diese Klagen die Verwirkung dieses Anspruches nicht verhindern können. Die vorliegende Klage vom 15. November 2004 sei bei weitem zu spät. Die klägerischen Ansprüche seien demnach verwirkt und auch verjährt (act.

E. 13

S. 27 Rz. 74f.; act. 32 S. 17 ff. Rz. 37 ff.). Gemäss Art. 135 Ziff. 2 OR wird die Verjährung mit Klageerhebung unterbrochen. Als Klageerhebung gilt jede prozesseinleitende Handlung des Klägers, mit der er zum ersten Mal in bestimmter (kantonalem Recht uriterliegender) Form für den von ihm erhobenen Anspruch den Schutz des Richters anruft (BGE 42 II 103 E. 4; 74 II 14 ff.; 114 II 336; 118 II 479). Dies gilt sowohl für die Wahrung von Verwirkungsfristen, wie auch für die Unterbrechung der Verjährung durch Klage (ZK-Berti, Art. 135 OR, N 60). Damit die Klage als in gültiger Form angehoben gilt, hat das Gericht materiell auf sie einzutreten. Die prozessual mangelhaft erhobene und daher zurückgewiesene Klage ist nicht geeignet, die Verjährung zu unterbrechen (BGE 85 II 510; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, OR AT, 8. Aufl., Zürich 2003; N 3543). Die fristgerechte Leistung der Kautions stellt nach herrschender Lehre ei-

- 17 - ne Prozessvoraussetzung dar (Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts. 8. Aufl., Bern 2006; 7 N 74; Frank/Sträuli/Messmer, ZPO-Kommentar, 3. Aufl. Zürich 1997, § 73 N 4; Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4. Aufl., Zürich 1996; § 34 N 21; Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. Aufl., Basel 1990, § 30 N 363). Wird sie nicht geleistet, tritt das Gericht - wie vorliegend geschehen - nicht auf die Klage ein (§ 80 Abs. 1 ZPO), d.h. es findet keine materielle Behandlung des Anspruches der Klägerin statt. Die Nichtleistung der Kautions stellt damit einen prozessualen Mangel der Klageanhebung dar, welcher bewirkt, dass die eingereichte Klage die Voraussetzungen von Art. 135 Ziff. 2 OR nicht erfüllt und damit die Verjährung nicht unterbrechen kann (so schon ZR 34 (1935) Nr. 123). Was die Klägerin zu ihrem Standpunkt der Unterbrechungswirkung der Klage trotz Nichtleistung der Kautions vorbringt, überzeugt nicht. So erachtet sie es als unfair, dass ein ausländischer Kläger, der eine Klage im Anwendungsbereich des LugÜ einreicht und damit aufgrund von Art. 104 lit. d ZPO den Weg über das Sühnverfahren nicht beschreiten muss, höheren Anforderungen in Bezug auf die Klageanhebung genügen muss, als ein inländischer Kläger, welcher die Verjährung seiner Forderung durch Stellen eines unbegründeten Sühnbegehrens unterbrechen könne (act. 28 S. 17 Rz. 133 ff.). Diese Folge ist jedoch vom Gesetzgeber klar so gewollt, welcher einerseits die Unterbrechung durch Handlungen zulässt, die von vornherein weder die Feststellung noch Durchsetzung des Anspruches verlangen (Karl Spiro, Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen, Bern 1975, § 142 S. 327), andererseits aber eben die Klage zulässt, an deren unterbrechende Wirkung höhere Anforderungen gestellt werden als an den Sühnversuch. Dies ist auch insoweit gerechtfertigt, als dass alle vom Gesetz vorgesehenen Unterbrechungshandlungen (Art. 135 Ziff. 2 OR) zu einer verfahrensmässigen Behandlung der Forderung führen sollen, die geeignet ist, entweder über ihren Bestand zu verhandeln,

sie autoritativ zu entscheiden oder sie zwangsweise durchzusetzen (vgl. ZK-Berti, Art. 135 OR, N 41). Bezahlt nun der Gläubiger nach Einreichung seiner Klage die ihm auferlegte Kautionspflicht nicht, so führt dies - wie gesehen - zum Nichteintreten auf die Klage, womit der Zweck der Unterbrechungshandlung nicht mehr erfüllt werden kann, ist

- 18 - doch eine Verhandlung über den Bestand der Forderung oder deren materielle Beurteilung damit nicht mehr möglich. Sodann ist die Rechtfertigung der Unterbrechung der Verjährung der für den Schuldner erkennbare Rechtsverfolgungswille des Gläubigers (ZK-Berti, Art. 135 N 44). Bezahlt dieser die Kautionspflicht nicht, im Wissen darum, dass auf seine Klage folglich nicht eingetreten wird, fehlt ihm dieser Wille. Das Bundesgericht führte schon in BGE 38 I 664 ff. aus, dass es (es ging hier um die Einhaltung einer Frist für die Einreichung einer Aberkennungsklage nach Art. 83 Abs. 3 SchKG) keinen Unterschied mache, ob die Klageschrift überhaupt nicht oder beim unzuständigen Richter eingereicht wird oder der Kläger die Verpflichtung der rechtzeitigen Sicherheitsleistung für die Prozesskosten nicht erfüllt. Dieser Ansicht muss auch in Bezug auf die Verjährungsunterbrechung gefolgt werden. Für das Vorhandensein der Prozessvoraussetzungen zu sorgen, ist Sache des Gläubigers; unterlässt er dies, muss er auch die Folgen, die sich daraus ergeben, tragen. Ungerecht erschiene es vielmehr, wenn die Verjährung einer Forderung trotz Nichtleistung der Kautionspflicht und Nichteintreten auf die Klage unterbrochen und damit der Neubeginn einer gleich langen wie der unterbrochenen Frist ausgelöst würde, während dem in anderen Fällen von prozessual mangelhaftem Einleiten der Klage (z.B. bei fehlender Zuständigkeit des Gerichtes) dem Kläger lediglich eine Nachfrist von 60 Tagen im Sinne von Art. 139 OR offen stehen würde. Hinzu kommt, dass die Klage vom 17. Mai 2004, um überhaupt verjährungsunterbrechende Wirkung entfalten zu können, während der Nachfrist von Art. 139 OR eingereicht werden musste. Während dieser Nachfrist kann die Verjährung aber ohnehin nur mit einer Klage im Sinne von Art. 135 Ziff. 2 OR beim zuständigen Gericht (noch) unterbrochen werden, eine Ladung zu einem Sühnversuch würde - auch für einen inländischen Kläger - nicht genügen. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut von Art. 139 OR (vgl. auch ZR 35 (1936) Nr. 123). Selbst wenn die Nachfrist von Art. 139 OR mangels eines verbesserlichen Fehlers vorliegend nicht anwendbar sein sollte (dazu unten Ziff. 2.3.3.4.), kann daraus nicht - wie es die Klägerin tut - e contrario geschlossen werden, deshalb müsse mit der Klage vom 17. Mai 2004 die Verjährung unterbrochen worden sein (act. 28 S. 16 f. Rz. 132 f.). Denn dieser Schluss würde dazu führen, dass derjenige Kläger, welchem aufgrund eines nicht verbesserlichen Fehlers die Nachfrist

- 19 - von Art. 139 OR nicht mehr offen steht, besser gestellt wäre, als derjenige, dessen Klage wegen eines verbesserlichen Fehlers zurückgewiesen wurde. Dass demjenigen, dem die Gewährung der 60-tägigen Nachfrist verweigert wird, durch die Bejahung der Unterbrechungswirkung der vorangegangenen Klage dafür eine erneute und im allgemeinen längere Verjährungsfrist gewährt werden soll, entspricht nicht der ratio legis von Art. 139 OR. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Verjährung durch die Klage vom 17. Mai 2004 ans Handelsgericht Zürich nicht unterbrochen wurde. 2.3.3.4. Nachfrist nach Art. 139 OR Wurde eine Klage wegen Unzuständigkeit des angesprochenen Richters oder wegen eines verbesserlichen Fehlers angebracht worden oder als vorzeitig zurückgewiesen, und ist die Verjährungsfrist inzwischen abgelaufen, so beginnt für den Kläger nach Art. 139 OR eine neue Frist von 60 Tagen zur Geltendmachung seines Anspruchs. Wie oben ausgeführt (Ziff. 2.3.1.2.) ist diese Nachfrist auch auf Verwirkungsfristen anwendbar. Wird innerhalb

der Nachfrist eine verbesserte Klage, welche den Voraussetzungen von Art. 135 Ziff. 2 OR entspricht, eingeleitet, wird die Verjährung unterbrochen. Nachfolgend ist deshalb zu prüfen, ob der Klägerin die Nachfrist überhaupt zur Verfügung stand und ob die vorliegende Klage innert der dann zur Verfügung stehenden Frist von 60 Tagen eingereicht wurde. Die Nachfrist im Sinne von Art. 139 OR steht dem Gläubiger nur zu, wenn der Fehler, dessentwegen auf die Klage nicht eingetreten worden ist, verbesserlich ist. Der Fehler ist verbesserlich, wenn das anzuwendende Verfahrensrecht die Möglichkeit der Verbesserung der fehlerhaften Handlung einräumt oder wenn es der Grundsatz des Verbotes des überspitzten Formalismus erfordert. Er ist es dagegen nicht, wenn der Gläubiger eine Frist ablaufen lässt, die ihm das kantonale Verfahrensrecht zum Handeln ansetzt (BGE 130 III 202, E. 3.3.2., m.w.H.). Das Nichtleisten der Prozesskaution stellt demnach keinen verbesserlichen Fehler dar, denn das anwendbare Prozessrecht gewährt dem Ansprecher keine Gelegenheit zur Korrektur. Wird dem Kläger eine Prozesskaution auferlegt und wird diese nicht

-20 - innert Frist geleistet, wird auf die Klage nicht eingetreten. Eine Möglichkeit, diesen Fehler im gleichen Verfahren zu verbessern, besteht nicht. Der Kläger muss, will er seinen Anspruch klageweise durchsetzen, eine neue Klage einreichen in einem neuen Verfahren. Die Nachfrist von Art. 139 OR soll dann zur Verfügung stehen, wenn der Kläger binnen angesetzter Frist einen verbesserlichen Formfehler nicht behebt und die Klage deshalb zurückgewiesen wird. In diesem Fall wird die Klage wegen einem an sich verbesserlichen, indes jedoch nicht verbesserten Fehler zurückgewiesen (vgl. ZK-Berti, Art. 139 OR, N 17). Die Nichtleistung der Kaution jedoch ist ein unverbesserlicher Fehler, da die sofortige Verbesserung im hängigen Verfahren nicht möglich und nicht zulässig ist (vgl. Steiner, Was ist "ein verbesserlicher Fehler" im Sinne von Art. 139 OR?, in SJZ 57 (1961) S. 43 f.). Auch das Bundesgericht hat in einem Entscheid festgehalten, dass das Nichteintreten auf die Klage mangels Leistung des Kostenvorschusses keinen verbesserlichen Fehler im Sinne von Art. 139 OR darstelle und daher nicht dazu führe, dass der Kläger in den Genuss der Nachfrist des Art. 139 OR komme (BGE 126 III 288 (289)). Selbst wenn man jedoch die Nichtleistung der Kaution als verbesserlichen Fehler im Sinne von Art. 139 OR ansehen würde, stellte sich die Frage, ob die Nachfrist von Art. 139 OR der Klägerin überhaupt zweimal zur Verfügung stand. Das Bundesgericht führte dazu in BGE 80 II 280 in einem obiter dictum aus, die Gnadenfrist von Art. 139 OR könne wegen der sonst bestehenden Gefahr des Missbrauchs nicht mehr als einmal gewährt werden (BGE 80 II 280 = Fra 44 Nr. 43; ebenso Engel, *Traité des obligations en droit suisse, Disposition générales*, 2. éd., Berne 1997, S. 821). Gewisse Autoren räumen die Möglichkeit der mehrmaligen Inanspruchnahme der Nachfrist nach Art. 139 OR zwar ein, allerdings ohne nähere Begründung (so ZK-Berti, Art. 139 OR, N 66; Spiro, a.a.O.; § 146 S. 337; vgl. auch CR CO I-Pichonnaz, Art. 139 N 13). Der Ansicht des Bundesgerichtes ist indes zu folgen. Art. 139 OR soll dem Kläger, welcher - aus Irrtum, Zeitdruck, o.ä. - einen formalen Fehler begangen hat, ermöglichen, diesen Fehler während einer sog. Gnadenfrist zu verbessern, ohne als Folge die Verjährung seiner Forderung tragen zu müssen. 60 Tage sollten indes genügend Zeit sein, um einen neuerlichen Fehler zu vermeiden. Nicht Sinn der Regelung von Art. 139 OR kann es sein, dem Kläger die "Gnadenfrist" mehrmals zu gewähren, würde dies doch

- 21 - dazu führen, dass der Gläubiger die Durchsetzung seiner Ansprüche und damit den Fortgang des Verfahrens beliebig verzögern könnte. Genau dies soll aber durch Verjährungs- und Verwirkungsfristen verhindert werden. Sie sollen dem Schuldner die

Gewissheit geben, dass er nach einer bestimmten Zeit nicht mehr mit der klageweisen Durchsetzung der Ansprüche gegen sich rechnen muss. Schliesslich erfolgte die Klage vom 15. November 2004 auch verspätet. Der Nichteintretensentscheid des Handelsgerichtes wegen Nichtleistung der Kautionsleistung erging am 23. Juli 2004. Die Nachfrist gemäss Art. 139 OR wird im Zeitpunkt der Zustellung des Nichteintretensentscheids an die Klägerin ausgelöst. Findet sich diese mit dem Entscheid ab, so nimmt die Nachfrist ihren Lauf (CR CO I- Pichonnaz, Art. 139 CO N 12; ZK-Berti, Art. 139 OR N 61; von Tuhr/Escher, § 81, S. 230; BGE 109 III 49ff. E. 4d; ZR 35 (1936) Nr. 123; vgl. auch BGE 130 III 202, E. 3.3.2., wo die Frist ebenfalls ab Zustellung des Entscheides gerechnet wurde). Die Rechtsmittelfrist kann m.a.W. nicht abgewartet werden, wenn kein Rechtsmittel ergriffen wird. Der Entscheid vom 23. Juli 2004 wurde der Klägerin am 29. Juli 2004 zugestellt (HG040184, act. 7A). Die Nachfrist von 60 Tagen endete daher am 27. September 2004. Die Gerichtsferien konnten darauf keinen Einfluss nehmen, abgesehen davon, dass sich die Frist auch bei Berücksichtigung der selben nicht bis zum 15. November 2004 erstreckt hätte. Mit der vorliegenden Klage, zur Post gegeben am 15. November 2004, wurde die Frist von Art. 139 OR zur erneuten Einreichung der Klage somit nicht eingehalten. Selbst wenn der Klägerin die Nachfrist von Art. 139 OR also zur Verfügung gestanden hätte, hätte sie sie versäumt. Die Verjährung konnte damit mit der Klage vom 15. November 2004 nicht unterbrochen werden. Zusammenfassend ergibt sich, dass der Klägerin die Frist von Art. 139 OR nach dem Nichteintretensentscheid des Handelsgerichts vom 23. Juli 2004 nicht zur Verfügung stand, sie die diesbezügliche Frist von 60 Tagen mit Einreichung der Klage vom 15. November 2004 jedoch, selbst wenn ihr diese Nachfrist zur Verfügung gestanden wäre, versäumt hat. Damit ergibt sich, dass die Forderungsansprüche der Klägerin verjährt bzw. verwirkt sind.

- 22 -

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.