

# **BGer 4A 489/2017 vom 26. März 2018**

Bundesgericht, 2018-03-26, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_489\\_2017](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_489_2017)

FR: TF 4A 489/2017 du 26 mars 2018

IT: TF 4A 489/2017 del 26 marzo 2018

## **Regeste**

Versicherungsvertrag; Doppelversicherung; Mehrwertsteuerzusatz, | Vertragsrecht

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Das angefochtene Urteil betrifft eine Zivilsache ( Art. 72 BGG ) und ist von einem oberen kantonalen Gericht erlassen worden, das als Fachgericht für handelsrechtliche Streitigkeiten als einzige kantonale Instanz eingesetzt ist ( Art. 75 Abs. 1 lit. b BGG ). Die Beschwerdeführerin ist mit ihren Begehren teilweise unterlegen ( Art. 76 BGG ) und die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist eingereicht worden ( Art. 100 Abs. 1 i.V.m. Art. 46 Abs. 1 lit. b BGG ). Auf die Beschwerde in Zivilsachen ist unter Vorbehalt einer gehörigen Begründung ( Art. 42 Abs. 2, Art. 106 Abs. 2 BGG ) einzutreten.

### **E. 2**

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen den Zusatzantrag der Beschwerdegegner 2. Diese beantragen damit, die ihnen im angefochtenen Urteil auferlegten 3/12 der Gerichtsgebühr von Fr. 86'000.-- und die auferlegte Prozessentschädigung von Fr. 20'800.-- seien für nicht ausgewiesen bzw. für nichtig zu erklären. Die Beschwerdegegner 2 haben selbst keine Beschwerde eingereicht. Eine Anschlussbeschwerde ist nicht zulässig ( BGE 134 III 332 E. 2.5, vgl. auch BGE 138 V 106 E. 2.1 ; 137 I 86 E. 8.2). Die Beschwerdegegner 2 können daher im Rahmen der Vernehmlassung keine Anträge stellen, die über den Antrag auf Abweisung der Beschwerde hinausgehen ( BGE 138 V 106 E. 2.1 S. 110). Auf ihren Zusatzantrag ist nicht einzutreten. Da die Beschwerdeführerin aber geltend macht, die Beschwerdegegner 2 schuldeten ihr zusätzlich zur zugesprochenen Parteientschädigung einen Mehrwertsteuerzusatz von 8 % ( dazu unten E. 6), sind die zur Begründung des Antrags angeführten Argumente der Beschwerdegegner 2 immerhin zu prüfen, wenn sich die Beschwerde in Bezug auf die Höhe der Parteientschädigung als begründet erweist ( vgl. BGE 136 III 502 E. 6.2; Urteil 4A\_477/2017 vom 11. Januar 2018 E. 2).

### **E. 3**

Die Beschwerdeführerin wirft der Vorinstanz eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) vor. Die Vorinstanz habe sich nicht mit ihrer rechtlichen Argumentation auseinandergesetzt, wonach der eingeklagte Anspruch wegen Verletzung von - sich aus Art. 53 VVG sowie Ziff. 5 und 6 der General Conditions ergebenden, materiell-rechtlichen - Mitwirkungspflichten gestützt auf Art. 41 Abs. 1 VVG nicht fällig geworden und jedenfalls verwirkt sei.

### **E. 3.1**

Damit sich die Parteien ein Bild über die Erwägungen des Gerichts machen können, hat dieses seinen Entscheid zur Wahrung des rechtlichen Gehörs ( Art. 29 Abs. 2 BV ) zu begründen. Die Begründung muss kurz die Überlegungen nennen, von denen sich das Gericht hat leiten lassen und auf die sich sein Entscheid stützt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass sich der Entscheid mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt. Es genügt, wenn der Entscheid gegebenenfalls sachgerecht angefochten werden kann ( BGE 142 III 433 E. 4.3.2 S. 436).

### **E. 3.2**

Mit der geltend gemachten Verwirkung des Anspruchs hat sich die Vorinstanz in E. 3.4 (insbesondere E. 3.4.2 S. 45 oben, E. 3.4.3 S. 46 oben) ausdrücklich auseinandergesetzt. Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs liegt offensichtlich nicht vor. Die Vorinstanz hat sich weiter in E. 3.1.3.2 mit der Bekanntgabe der Teilversicherungssumme und Art. 53 VVG sowie in E. 3.4 mit der behaupteten Verletzung vertraglicher Mitwirkungspflichten befasst, namentlich mit Ziff. 5 und 6 der General Conditions. Da die Vorinstanz eine Verletzung von Auskunfts- und Mitwirkungspflichten verneinte, erübrigte sich eine Auseinandersetzung mit Art. 41 Abs. 1 VVG (dazu sogleich E. 4). Die Rüge der Verletzung des rechtlichen Gehörs ist somit unbegründet.

### **E. 4.1**

Die Beschwerdeführerin rügt, die Vorinstanz habe bundesrechtswidrig verkannt, dass die Forderung der Beschwerdegegnerin 1 gestützt auf Art. 41 Abs. 1 VVG nicht fällig geworden sei. Denn die Beschwerdegegner hätten ihre Anzeige- und Mitwirkungspflicht gemäss Art. 53 VVG und den General Conditions aufgrund der ausgebliebenen Bekanntgabe der Teilversicherungssumme nicht erfüllt. Ob die Beschwerdegegner in dieser Hinsicht ein Verschulden treffe, sei für die Anwendung von Art. 41 Abs. 1 VVG irrelevant. Die Beschwerdegegner hätten mithin ihre Mitwirkungspflichten auch nicht nach Treu und Glauben erfüllt. Ohnehin sei der Anspruch verwirkt: Der Vertrag sei mittels gerichtlicher Lückenfüllung dahingehend zu ergänzen, dass die Potestativbedingung (Erfüllung vertraglicher Mitwirkungspflichten) innerhalb von 10 Jahren eintreten müsse, ansonsten der Anspruch verwirkt sei. Die Mitteilung der Teilversicherungssumme sei daher verspätet erfolgt und das lange Zuwarten zudem rechtsmissbräuchlich. Die Vorinstanz habe in diesem Zusammenhang zudem aktenwidrig und somit willkürlich festgestellt, die Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegnerin 1 nicht aufgefordert, die Teilversicherungssumme bekannt zu geben. Willkürlich seien auch die Feststellungen, die Beschwerdegegner hätten der Beschwerdeführerin mit Klageeinleitung die ausstehenden Informationen zukommen lassen und die Beschwerdeführerin habe zu Recht nicht geltend gemacht, in diesem Zeitpunkt noch nicht über alle notwendigen Informationen verfügt zu haben.

### **E. 4.2**

Das Bundesgericht hat sich bereits in E. 6 des Urteils 4A\_116/2015 / 4A\_118/2015 vom 9. November 2015 mit der Fälligkeit des Anspruchs auseinandergesetzt. Es hatte die Rüge der jetzigen Beschwerdegegnerin 1 zu beurteilen, wonach die Vorinstanz aufgrund willkürlicher Sachverhaltsfeststellung und Verletzung des rechtlichen Gehörs die Fälligkeit auf vier Wochen nach Klageeinleitung und nicht auf einen früheren Zeitpunkt festgelegt hatte. Das Bundesgericht verneinte Willkür in der Sachverhaltsfeststellung und eine Verletzung des rechtlichen Gehörs. Ob es damit bereits bindend über die Fälligkeit

entschieden hat, wie die Beschwerdegegnerin 1 in der Vernehmlassung geltend macht, kann jedoch offenbleiben, weil die Rüge ohnehin unbegründet ist.

### **E. 4.3**

Nach Art. 41 Abs. 1 VVG wird die Forderung aus dem Versicherungsvertrag fällig mit dem Ablauf von vier Wochen, von dem Zeitpunkt an gerechnet, in dem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann. Zu den damit anvisierten Obliegenheiten des Anspruchsberechtigten gehören die Anzeigepflicht nach Art. 38 VVG und die Auskunftspflicht nach Art. 39 VVG (vgl. BGE 129 III 510 E. 3 S. 512); Art. 53 VVG wird demgegenüber in der Lehre nicht erwähnt (vgl. VINCENT BRULHART, *Droit des assurances privées*, 2. Aufl. 2017, N. 746, vgl. auch N. 761; STEPHAN FUHRER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 2011, N. 11.50 f.; OTTO ALEXANDER HELLER, *Die Fälligkeit des Versicherungsanspruches*, 1945, S. 23 ff.; MORITZ KUHN, *Privatversicherungsrecht*, Müller-Studer/Eckert [Hrsg.], 3. Aufl. 2010, N. 633 ff.; JÜRGEN NEF, in: *Basler Kommentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG]*, 2001, N. 2, 9 zu Art. 41 VVG; HANS ROELLI/MAX KELLER, *Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag*, Bd. I, 1968, S. 547-564; ROLAND SCHAER, *Modernes Versicherungsrecht*, 2007, § 21 N. 11. Etwas weiter formuliert bei ALFRED MAURER, *Schweizerisches Privatversicherungsrecht*, 3. Aufl. 1995, S. 387). Bei den Angaben gemäss Art. 41 Abs. 1 VVG geht es mithin um solche, die der Anspruchsbegründung (vgl. Marginalie Art. 39 VVG) dienen (vgl. NEF, a.a.O., N. 2 zu Art. 41 VVG). Demgegenüber handelt es sich bei den nach Art. 53 Abs. 1 VVG vom Versicherungsnehmer geschuldeten Informationen nicht um anspruchsbegründende Tatsachen; vielmehr dienen diese Informationen der Versicherung für die Erhebung der Einrede der Doppelversicherung, für welche die Versicherung die Beweislast trägt (Urteil 4A\_333/2016 vom 18. August 2016 E. 3). Die nach Art. 53 Abs. 1 VVG geschuldeten Angaben, wozu die Teilversicherungssumme des anderen Versicherungsvertrags gehört (Urteil 4A\_333/2016 vom 18. August 2016 E. 3.4.2; die Beschwerdeführerin macht zu Recht nicht geltend, dass sie darüber [auch] gestützt auf Art. 39 Abs. 1 VVG Auskunft zu erteilen hätte), sind daher nicht unter diejenigen Angaben nach Art. 41 Abs. 1 VVG zu subsumieren, deren Erhalt Voraussetzung für den Eintritt der Fälligkeit ist (vgl. auch BGE 129 III 510 E. 3 und 4 S. 512 ff.; Urteil des Bundesgerichts vom 22. November 1990, in: *Bundesamt für Privatversicherungswesen [Hrsg.], Entscheidungen schweizerischer Gerichte in privaten Versicherungsstreitigkeiten, Achtzehnte Sammlung: 1990/1991, No. 7 S. 35: Der Versicherungsanspruch wird nicht erst dann fällig, wenn sich der Versicherer darüber Gewissheit verschafft hat, dass ihm keine Einreden entgegenstehen.*). Diese Auslegung wird bestätigt durch die Systematik von Art. 53 VVG. Nach Art. 53 Abs. 2 VVG sind nämlich die Versicherer gegenüber dem Versicherungsnehmer an den Vertrag nicht gebunden, wenn dieser die Anzeige nach Art. 53 Abs. 1 VVG absichtlich unterlassen oder die Doppelversicherung in der Absicht abgeschlossen hat, sich daraus einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Gemäss dieser Bestimmung führt also einzig absichtliches Handeln des Versicherungsnehmers dazu, dass der Versicherer nicht leisten muss. Geht es wie vorliegend um Angaben, die der Versicherungsnehmer objektiv nicht (mehr) machen kann, so würde eine Anwendung von Art. 41 VVG die Fälligkeit des Versicherungsanspruches nie eintreten lassen mit der Folge, dass der Versicherer ebenfalls nicht leisten muss. Wie die Beschwerdeführerin zu Recht darlegt, ist für den Eintritt der Fälligkeit nach Art. 41 Abs. 1 VVG nicht relevant, ob der Versicherungsnehmer für die fehlenden Angaben ein Verschulden trägt (vgl. KUHN, a.a.O., N. 636; NEF, a.a.O., N. 12

zu Art. 41 VVG ; ROELLI/KELLER, a.a.O., S. 566). Wenn der Gesetzgeber aber das Ausbleiben der Angaben nach Art. 53 Abs. 1 VVG nur bei Absicht mit der wegfallenden Leistungspflicht des Versicherers sanktionieren wollte, darf diese Sanktion nicht über den Umweg von Art. 41 Abs. 1 VVG verschuldensunabhängig eintreten. Dies führte ansonsten zu einem Wertungswiderspruch und faktisch auch zu einer Umkehr der Beweislast, welche der Versicherer trägt.

#### **E. 4.4**

Die fehlende Angabe der Teilversicherungssumme führt somit materiellrechtlich nicht nach Art. 41 Abs. 1 VVG zum Ausbleiben der Fälligkeit, sondern nur bei Absicht nach Art. 53 Abs. 2 VVG dazu, dass die Versicherer nicht an den Vertrag gebunden sind. Dass das - trotz entsprechender Aufforderung durch die Versicherung - Unterlassen der nach Treu und Glauben gebotenen Mitwirkung im Beweisverfahren prozessrechtlich bei der Beweiswürdigung berücksichtigt werden kann, hat das Bundesgericht im Urteil 4A\_333/2016 vom 18. August 2016 in dieser Sache bereits ausgeführt. Die Vorinstanz hat ausgeführt, die Beschwerdegegnerin 1 habe der Beschwerdeführerin unbestrittenermassen weder vor dem Prozess noch im Prozess bis zum Ende des Schriftenwechsels eine Teilversicherungssumme bekanntgegeben. Hierzu sei sie von der Beschwerdeführerin auch nie aufgefordert worden. Keine der Parteien habe die Teilversicherungssumme als relevant betrachtet bis zum Urteil des Bundesgerichts 4A\_116/2015 / 4A\_118/2015 vom 9. November 2015. Dass allfällige bei Abschluss der Versicherung noch vorhandene Informationen heute nicht mehr erhältlich seien, sei angesichts der verstrichenen Zeit und des Umstandes, dass der für die B.Y.\_\_\_\_\_ -Police zuständige Underwriter verstorben sei, plausibel und könne den Beschwerdegegnern nicht zum Vorwurf gemacht werden. Die Beschwerdeführerin rügt zwar die Feststellung, sie habe die Beschwerdegegner nicht zur Bekanntgabe der Teilversicherungssumme aufgefordert, als willkürlich. Sie vermag diese Feststellung indessen nicht mit dem Hinweis darauf als willkürlich auszuweisen, die Aufforderung zur Erfüllung der Mitwirkungspflichten habe nach Treu und Glauben die Aufforderung zur Bekanntgabe der Teilversicherungssumme umfasst. Ausgehend von diesen Feststellungen ist das Verhalten der Beschwerdegegner weder als Absicht i.S.v. Art. 53 Abs. 2 VVG zu qualifizieren noch ist es zu ihrem Nachteil bei der Beweiswürdigung zu berücksichtigen. Was die behauptete Verletzung vertraglicher Mitwirkungspflichten angeht, so bezieht sich Art. 41 Abs. 1 VVG wie bereits ausgeführt nur auf anspruchsbegründende Tatsachen - sei deren Angabe nun gesetzlich oder vertraglich geschuldet. Dass die Beschwerdegegnerin 1 keine Teilversicherungssumme (mehr) ermitteln konnte, ist somit für den von Art. 41 Abs. 1 VVG geregelten Eintritt der Fälligkeit irrelevant. Die Rüge der Verletzung von Art. 41 Abs. 1 und Art. 53 VVG ist unbegründet.

#### **E. 4.5**

Der Eintritt der Fälligkeit könnte jedoch durch die Parteien vertraglich davon abhängig gemacht worden sein, dass die Angaben nach Art. 53 VVG vorliegen. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die in den General Conditions enthaltenen Mitwirkungspflichten hätten die Bekanntgabe der Teilversicherungssumme geboten. Die Vorinstanz hat die Erfüllung vertraglicher Mitwirkungspflichten als Potestativbedingung qualifiziert. Eine Abänderung der gesetzlichen Regelung ist zulässig im Rahmen, den Art. 41 Abs. 2 und Art. 45 VVG abstecken. Nach Art. 45 Abs. 1 VVG tritt ein vertraglich vereinbarter Rechtsnachteil nicht ein, wenn die Vertragsverletzung den Umständen nach als eine unverschuldete anzusehen ist. Es ist hier nochmals auf die soeben (E. 4.4)

wiedergegebenen vorinstanzlichen Feststellungen hinzuweisen, wonach die Beschwerdeführerin 1 von der Beschwerdeführerin nie zur Bekanntgabe der Teilversicherungssumme aufgefordert worden sei, keine der Parteien die Teilversicherungssumme als relevant betrachtet habe und angesichts der verstrichenen Zeit und des Umstandes, dass der für die B.Y. \_\_\_\_\_-Police zuständige Underwriter verstorben sei, plausibel sei und den Beschwerdegegnern nicht zum Vorwurf gemacht werden könne, dass allfällige bei Abschluss der Versicherung noch vorhandene Informationen heute nicht mehr erhältlich seien. Selbst wenn somit die von der Beschwerdeführerin behauptete Verletzung vertraglicher Mitwirkungspflichten bejaht würde, wäre sie vor dem Hintergrund der überzeugenden vorinstanzlichen Ausführungen als eine i.S.v. Art. 45 Abs. 1 VVG unverschuldete anzusehen, womit ein vertraglich vereinbarter Rechtsnachteil nicht eintritt. Damit sind auch die Rügen betreffend die General Conditions unbegründet und sind die übrigen Sachverhaltsrügen der Beschwerdeführerin für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend, weshalb darauf nicht einzutreten ist. Gleichzeitig ist mit derselben Begründung der Rüge der Boden entzogen, der Anspruch sei gestützt auf den (mittels gerichtlicher Lückenfüllung ergänzten) Vertrag verwirkt, insbesondere auch der Rüge, die Beschwerdegegner hätten rechtsmissbräuchlich gehandelt.

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht eventualiter geltend, es sei auf ihre Angaben zur Teilversicherungssumme abzustellen. Die Beschwerdeführerin hatte im vorinstanzlichen Verfahren die Ansicht vertreten, die Teilversicherungssumme der Gasturbine betrage einen Viertel der Gesamtversicherungssumme von USD 479 Mio., ausmachend USD 119.75 Mio., weil der Bau die Lieferung und Aufstellung von vier grossen Einheiten von Kombi-Turbogeneratoren beinhaltet habe. Die Vorinstanz beurteilte diese Berechnung als offenkundig falsch, da sie verkenne, dass ein Kraftwerk neben den Gasturbinen bekanntlich noch weitere Bestandteile von erheblicher Bedeutung (z.B. Generatoren) aufweise. Die Beschwerdeführerin macht selbst nicht geltend, ihre Angabe der Teilversicherungssumme sei genau. Vielmehr bringt sie vor, es dürfe nicht sein, dass sie als beweisbelastete Partei einen Rechtsverlust erleide, weil die an sich mögliche Beweisführung wegen eines in der Verantwortungssphäre des Gegners liegenden Verhaltens unmöglich geworden sei. Das Verhalten der Beschwerdegegner sei beweiswürdigend zu berücksichtigen und erforderlich sei zudem keine exakte Berechnung, sondern nur eine möglichst genaue. Es wurde bereits ausgeführt, dass das Verhalten der Beschwerdegegner nicht als treuwidrig qualifiziert werden kann und dass die Vorinstanz verbindlich festgestellt hat, die Beschwerdeführerin habe die Beschwerdegegner nicht zur Bekanntgabe der Teilversicherungssumme aufgefordert (vgl. oben E. 4.4 f.). Zudem hat die Vorinstanz zu Recht implizit als notorisch angenommen, dass der Gesamtwert eines Kraftwerks nicht dem addierten Wert seiner Gasturbinen entspricht. Die Beurteilung der Vorinstanz, die Berechnung der Beschwerdeführerin genüge damit den Anforderungen an eine "möglichst genau[e]" Berechnung nicht (vgl. Urteil 4A\_116/2015 vom 9. November 2015 E. 5.7.1), ist bundesrechtskonform. Die Rügen sind unbegründet.

#### **E. 6**

Schliesslich rügt die Beschwerdeführerin, die Vorinstanz habe den Mehrwertsteuerzusatz bei der ihr von den Beschwerdegegnern 2 zu leistenden Parteientschädigung von Fr. 20'800.-- willkürlich und in Verletzung des rechtlichen Gehörs verweigert.

### **E. 6.1**

Die Vorinstanz stellte fest, die Beschwerdeführerin habe einen Mehrwertsteuerzusatz von 8 % auf die Parteientschädigung verlangt. Sei einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, habe dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Sei die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfange zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, sei die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände habe eine Partei zu behaupten und zu belegen. Die Beschwerdeführerin beantrage, es sei ihr eine Parteientschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer zuzusprechen, ohne das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Die Parteientschädigung sei daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen.

### **E. 6.2**

Dagegen bringt die Beschwerdeführerin vor, die Vorinstanz habe aktenwidrig festgestellt, sie hätte die für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen Umstände nicht behauptet. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Klageantwort insbesondere ausgeführt, dass sie nicht mehrwertsteuerpflichtig sei und keinen Vorsteuerabzug vornehmen könne. Sie habe zur Begründung ausgeführt, bei der Beschwerdeführerin handle es sich um eine konzessionierte Versicherungsgesellschaft, die gemäss Art. 21 Abs. 2 Ziff. 18 MWSTG von der Mehrwertsteuer ausgenommen sei und nicht gemäss Art. 22 Abs. 2 lit. a MWSTG für die Besteuerung optieren könne. Für von der Mehrwertsteuer ausgenommene Umsätze gelte, dass die Mehrwertsteuer auch nicht als Vorsteuer abgezogen werden könne ( Art. 29 MWSTG ). Die Beschwerdeführerin habe dabei auf das Kreisschreiben des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 verwiesen, wonach einer anwaltlich vertretenen Partei auf Antrag ohne weiteres ein Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen sei, wenn die Partei nicht selber mehrwertsteuerpflichtig sei. Werde geltend gemacht, eine Partei sei nicht mehrwertsteuerpflichtig, genüge nach dem Kreisschreiben diese Behauptung in der Regel; bei Zweifeln könne die Mehrwertsteuerpflicht - so das Kreisschreiben - bei der Eidgenössischen Steuerverwaltung überprüft werden. Die Vorinstanz sei willkürlich davon ausgegangen, die Beschwerdeführerin sei mehrwertsteuerpflichtig. Hinzu komme, dass die Beschwerdegegner nicht opponiert hätten und gemäss dem Kreisschreiben diesfalls der Mehrwertsteuerzusatz ebenso ohne weiteres zuzusprechen sei. Die Vorinstanz habe die Zusprache des Mehrwertsteuerzusatzes in Verletzung des rechtlichen Gehörs und willkürlicher Anwendung des kantonalen Rechts, namentlich des Kreisschreibens, verweigert.

### **E. 6.3**

Die Beschwerdeführerin weist zutreffend darauf hin, dass die Vorinstanz ihr im vorangehenden Urteil vom 20. April 2016 in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 einen Mehrwertsteuerzusatz zugesprochen hat mit der Begründung, die Beschwerdegegner hätten dagegen nicht opponiert. Dem angefochtenen Urteil lässt sich nicht entnehmen, dass die Beschwerdegegner neu opponiert hätten; auch machen die Beschwerdegegner 2 dies in ihrer Vernehmlassung nicht geltend. Entscheidend ist jedoch, dass die Beschwerdeführerin mit Aktenhinweisen belegt, dass sie bereits mit ihrer Klage begründet geltend gemacht hat, sie sei nicht mehrwertsteuerpflichtig (insofern liegt der Fall anders als im von der Vorinstanz zitierten Urteil 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5). Auf diese

Ausführungen ging die Vorinstanz nicht ein und begründete auch nicht, weshalb die Beschwerdeführerin ihrer Ansicht nach mehrwertsteuerpflichtig sei. Nach dem Kreisschreiben ist einer nicht mehrwertsteuerpflichtigen Partei ohne weiteres ein "Mehrwertsteuerzusatz" durch Erhöhung der Prozessentschädigung um den aktuellen Satz der Mehrwertsteuer zuzusprechen. Damit hat die Vorinstanz willkürlich und in Verletzung des rechtlichen Gehörs die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuerzusatz zugesprochen.

#### **E. 6.4**

Da sich die Rügen der Beschwerdeführerin als begründet erweisen, ist auf die Vorbringen der Beschwerdegegner 2 zu ihrem Zusatzantrag einzugehen (vgl. oben E. 2). Sie machen geltend, die ihnen auferlegte Parteientschädigung sei nichtig. Die Beschwerdegegner 2 (Lloyd's Underwriters, London [subscribing to Policy No. xxx]) haben nicht als Syndikat - dem keine Parteifähigkeit zukommen würde und das daher nicht zur Zahlung einer Parteientschädigung verpflichtet werden könnte - geklagt, sondern Parteien sind vielmehr die einzelnen Mitglieder, die in Bezug auf die Versicherungspolice zusammen als Versicherer aufgetreten sind. Das Bundesgericht hat bereits entschieden (Urteil 4A\_116/2015 / 4A\_118/2015 vom 9. November 2015 E. 3.4), dass die Verwendung eines "Sammelbegriffs" für die über 2000 Kläger nach Schweizer Prozessrecht nicht zulässig ist und auf die Klage der nicht namentlich bekannten Beschwerdegegner 2 daher nicht eingetreten werden kann. In einem solchen Fall ist die Parteientschädigung - insbesondere zur Vermeidung von Schwierigkeiten bei der Vollstreckung - grundsätzlich dem bekannten Vertreter der unbekanntenen Parteien aufzuerlegen. Der bevollmächtigte Vertreter kann sodann intern auf die (im Prozess) nicht namentlich bekannten Parteien zurückgreifen; war er zu seinem Handeln nicht bevollmächtigt, muss er selbst für die Kosten aufkommen. Vorliegend ist der Generalbevollmächtigte der Lloyd's für die Schweiz, F.\_\_\_\_\_, im Prozess als Vertreter der nicht namentlich bekannten Lloyd's Underwriters aufgetreten und hat für diese insbesondere die Anwaltsvollmacht für den vorliegenden Zivilprozess unterzeichnet. Die Beschwerdeführerin hat jedoch beantragt, die Parteientschädigung den Beschwerdegegnern 2 aufzuerlegen. Sie hat sich damit allfällige Schwierigkeiten bei der Vollstreckung selbst zuzuschreiben. Nichtig ist die Auferlegung der Parteikosten an die Beschwerdegegner 2 jedenfalls nicht.

#### **E. 6.5**

Heisst das Bundesgericht die Beschwerde gut, so entscheidet es in der Sache selbst oder weist diese zu neuer Beurteilung an die Vorinstanz zurück ( Art. 107 Abs. 2 Satz 1 BGG ). Bei einer Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ist selbst im Falle einer schwerwiegenden Verletzung von einer Rückweisung der Sache an die Vorinstanz abzusehen, wenn und soweit die Rückweisung zu einem formalistischen Leerlauf und damit zu unnötigen Verzögerungen führen würde, die mit dem (der Anhörung gleichgestellten) Interesse der betroffenen Partei an einer beförderlichen Beurteilung der Sache nicht zu vereinbaren wären ( BGE 142 II 218 E. 2.8.1 S. 226 f. ; 137 I 195 E. 2.3; 136 V 117 E. 4.2.2.2 S. 126 f. ; 133 I 201 E. 2.2 S. 204 f.). Diese Voraussetzung ist vorliegend erfüllt, geht es doch einzig noch um die Erhöhung der Parteientschädigung um den Mehrwertsteuerzusatz von 8 %. Es ist daher ein reformatorischer Entscheid angezeigt. Der Beschwerdeführerin ist die von den Beschwerdegegnern 2 geschuldete Parteientschädigung von Fr. 20'800.-- samt einem Mehrwertsteuerzusatz von 8 %, ausmachend Fr. 1'664.--, zuzusprechen, mithin insgesamt Fr. 22'464.--.

## **E. 7**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde teilweise gutzuheissen, soweit darauf einzutreten ist. Dispositiv-Ziff. 6 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 27. Juli 2017 ist aufzuheben und wie folgt neu zu fassen: "Die Kläger 2 werden verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 22'464.-- zu bezahlen." Im Übrigen ist die Beschwerde abzuweisen. Da die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde nur im Kostenpunkt mit einem gemessen am hohen Streitwert tiefen Betrag von Fr. 1'664.-- obsiegt, rechtfertigt es sich, ihr die Gerichts- und Parteikosten aufzuerlegen (Art. 66 Abs. 1, Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

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