

# **FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20151109\_d\_ch\_b\_01 vom 9. November 2015**

FINMA Versicherungsrecht, 2015-11-09, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma\\_versicherungsrecht\\_20151109\\_d\\_ch\\_b\\_01](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/finma_versicherungsrecht_20151109_d_ch_b_01)

FR: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20151109\_d\_ch\_b\_01 du 9 novembre 2015

IT: FINMA\_VERSICHERUNGSRECHT 20151109\_d\_ch\_b\_01 del 9 novembre 2015

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Den Beschwerden in den Verfahren 4A\_116/2015 und 4A\_118/2015 liegt derselbe Lebenssachverhalt zugrunde und am vorinstanzlichen Verfahren waren dieselben Parteien beteiligt. Es rechtfertigt sich da- mit, die Verfahren zu vereinigen und die Beschwerden in einem Urteil zu behandeln (vgl. BGE 128 V 124 E. 1 S. 126 mit Hinweisen).

### **E. 2**

Das Bundesgericht prüft von Amtes wegen und mit freier Kognition, ob ein Rechtsmittel zulässig ist (BGE 139 III 133 E. 1 S. 133 mit Hinwei- sen).

#### **E. 2.1**

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 Kläger und die Beklagte sind mit ihren Begehren je (teilweise) unterlegen (Art. 76 BGG), die Beschwerden richten sich gegen einen Endentscheid (Art. 90 BGG) und sind innert der Beschwerdefrist eingereicht worden (Art. 100 Abs. 1 BGG).

#### **E. 2.2**

Die Beklagte beantragt, auf die Beschwerde der Kläger sei man- gels eines materiellen Antrags nicht einzutreten.

##### **E. 2.2.1**

Die Beschwerde hat ein Rechtsbegehren zu enthalten (Art. 42 Abs. 1 BGG). Dieses ist unter Berücksichtigung der Beschwerdebe- gründung nach Treu und Glauben auszulegen (BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 136; 123 IV 125 E. 1 S. 127; 105 II 149 E. 2a S. 152). Da die Be- schwerde in Zivilsachen ein reformatorisches Rechtsmittel ist (Art. 107 Abs. 2 BGG), ist grundsätzlich ein materieller Antrag erforderlich; An- träge auf Rückweisung der Sache an die Vorinstanz zu neuer Ent- scheidung oder blosse Aufhebungsanträge genügen nicht und machen die Beschwerde unzulässig (BGE 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.). Na- mentlich müssen Rechtsbegehren, die auf einen Geldbetrag lauten, beziffert werden (BGE 134 III 235 E. 2 S. 236 f. mit Hinweis). Ein blos- ser Rückweisungsantrag reicht ausnahmsweise aus, wenn das Bun- desgericht im Falle der Gutheissung nicht selbst in der Sache ent- scheiden könnte, weil die erforderlichen Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz fehlen (BGE 136 V 131 E. 1.2 S. 135; 133 III 489 E. 3.1 S. 489 f.). Seite 7

##### **E. 2.2.2**

Die Kläger beantragen mit ihrer Beschwerde, das vorinstanzliche Urteil sei insoweit aufzuheben, als damit auf die Klage der Kläger 2 nicht eingetreten und die Klage der Klägerin 1 (lediglich) teilweise gutgeheissen worden sei, und die Sache sei zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Sie begründet den Antrag auf einen reformatorischen Entscheid damit, dass die für einen reformatorischen Entscheid erforderlichen Akten fehlen würden. Ob dies zutrifft, kann offenbleiben. Denn die Kläger führen in ihrer Beschwerde unter dem Titel "Streitwert" klar aus, inwiefern der vorinstanzliche Entscheid ihrer Ansicht nach abzuändern sei und welche Beträge der Klägerin 1 und den Klägern 2 letztlich zuzusprechen seien. Das Rechtsbegehren ist unter Berücksichtigung der Beschwerdebegründung nach Treu und Glauben auszulegen. Sollte ein reformatorischer Entscheid möglich sein, so kann der Beschwerde klar entnommen werden, was die Kläger beantragen. Ihr Antrag erweist sich damit als zulässig.

### **E. 2.3**

Die Beschwerde ist innert der Beschwerdefrist vollständig begründet einzureichen (Art. 42 Abs. 1 BGG). Kommt es zu einem zweiten Schriftenwechsel, darf die beschwerdeführende Partei die Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern (vgl. BGE 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47; 125 I 71 E. 1d/aa S. 77, je mit Hinweisen). Mit Rügen, welche die beschwerdeführende Partei bereits in der Beschwerde hätte erheben können, ist sie nach Ablauf der Beschwerdefrist ausgeschlossen (BGE 135 I 19 E. 2.2 S. 21; 132 I 42 E. 3.3.4 S. 47 mit Hinweisen). Soweit die Kläger diese Grundsätze in ihrer Replik nicht beachten, müssen ihre Ausführungen unberücksichtigt bleiben.

### **E. 3**

Zwischen den Parteien ist die Identität und die Parteifähigkeit der Kläger 2 (Lloyd's Underwriters, London [subscribing to Policy No. xxx]) umstritten. Die Vorinstanz hat diesen die Parteifähigkeit abgesprochen und ist auf ihre Klage nicht eingetreten. Dies beanstanden die Kläger 2 in ihrer Beschwerde als bundesrechtswidrig.

#### **E. 3.1**

Bei Lloyd's of London handelt es sich um einen dem englischen Recht unterstehenden Versicherungsmarkt. Lloyd's stellt eine Infrastruktur zur Verfügung, in welcher sich Versicherer und Versicherungsnehmer zwecks Abschlusses von Versicherungsverträgen treffen. Die Anbieter auf dem Versicherungsmarkt werden Mitglieder oder "Names" genannt. Die "Names" sind i.d.R. zu Syndikaten zusammengeschlossen, welche von einem "Managing Agent" geleitet werden. Dieser verwaltet das Syndikat und ernennt die sog. "Active Underwri-

ters", die Risiken im Namen aller am entsprechenden Syndikat teilnehmenden Underwriting Members zeichnen. Die Mitgliedschaft bei Lloyd's ist persönlich und nicht übertragbar. Jedes Mitglied haftet mit seinem Vermögen für seine eigene Quote an den durch die Syndikate versicherten Risiken. Zwischen den Mitgliedern besteht keine Solidarhaftung (vgl. zum Ganzen Urteil 2A.328/2002 vom 17. April 2003 E. 3; CHRISTIAN LANG, in: Basler Kommentar, Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, N. 9 zu Art. 15 des Bundesgesetzes vom 17. Dezember 2004 betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen [SR 961.01; VAG]). In der Literatur vertritt LANG die Ansicht, die rechtliche Organisation des Lloyd's Versicherungsmarktes wirke sich bei der Frage der Aktivlegitimation aus (LANG, a.a.O., N. 10 zu Art. 15 VAG). Das Handelsgericht des Kantons Zürich habe in einem Beschluss vom 2. Juni 2010 festgestellt, die Syndikate seien

weder nach schweizerischem materiellem Recht noch nach damals noch anwendbarem zürcherischem Zivilprozessrecht parteifähig und damit handlungs- und prozessfähig. Demnach müssten Forderungen der Syndikate (z.B. bei der Geltendmachung von Regressansprüchen) im Namen sämtlicher am Syndikat beteiligter "Names" geltend gemacht werden. Die Einführung der ZPO dürfte daran nichts geändert haben. Dieser Entscheid sei zumindest aus aufsichtsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden, da der Nachteil der mehrschichtigen Rechtsverhältnisse am Lloyd's Versicherungsmarkt lediglich die an diesem Markt teilnehmenden Versicherer treffe und sich nicht zum Nachteil der Versicherungsnehmer des Schweizer Bestandes auswirke.

### **E. 3.2**

Die Vorinstanz hat ausgeführt, die Rechts- und Handlungsfähigkeit einer Gesellschaft (i.S.v. Art. 150 IPRG) richte sich gemäss Art. 155 lit. c IPRG nach dem Recht, das auf die Gesellschaft anwendbar sei. Nach Art. 154 Abs. 1 IPRG sei dies das Recht, nach dessen Vorschriften die Gesellschaft organisiert ist, wenn sie die darin vorgeschriebenen Publizitäts- oder Registrierungsvorschriften dieses Rechts erfüllt oder, falls solche Vorschriften nicht bestehen, wenn sie sich nach dem Recht dieses Staates organisiert hat. Anwendbar sei vorliegend das englische Recht. Dieses billige den Lloyd's Underwriters, London, keine Rechtsfähigkeit zu. Bei den Syndikaten der Lloyd's Underwriters handle es sich weder um rechts- noch um parteifähige und damit auch nicht um handlungs- und prozessfähige Gebilde. Die Beklagte habe in der Klageantwort die fehlende Aktivlegitimation der Kläger 2 beanstandet. Diese hätten daraufhin in der Replik angeboten, im Bedarfsfall die Namen der betroffenen Underwriters bzw. "Names" Seite 9 offenzulegen, auch wenn dies angesichts der Menge äusserst unpraktikabel sei. Laut Mitteilung von Lloyd's handle es sich nämlich "um einiges mehr als 2'000 Personen". Die Beklagte habe in der Duplik auf ihrem Rechtsstandpunkt beharrt. In ihrer darauffolgenden Eingabe hätten sich die Kläger einer Stellungnahme dazu enthalten. Der von beiden Parteien zitierte Kommentar LANG (vgl. E. 3.1) habe die Problematik klar aufgezeigt und die Notwendigkeit, die Klagelegitimation substantiiert darzulegen, klar hervorgehoben. Dem seien die Kläger 2 unbestreitbar nicht nachgekommen, obwohl dies seitens der Beklagten mehrfach beanstandet worden und den Klägern 2 die Problematik bekannt gewesen sei. Nur schon wer vorliegend die Risiken konkret gezeichnet habe, sei nicht bekannt. Den Lloyd's Underwriters bzw. deren Syndikaten komme keine Parteifähigkeit zu. Die Kläger 2 hätten sehr wohl gewusst, dass dieses Thema im Fokus der Beklagten gelegen habe; sie hätten dies weder korrigiert noch geändert. Daran ändere auch nichts, dass die Kläger 2 offeriert hätten, "im Bedarfsfall" die Namen der betroffenen Underwriters bzw. "Names" offenzulegen. Die Parteibezeichnung sei fehlerhaft und deren Korrektur oder Änderung wäre zwingend nötig gewesen, was die Kläger gewusst hätten. Auf die Klage der Kläger 2 sei nicht einzutreten.

### **E. 3.3**

Dagegen bringen die Kläger 2 vor, die Vorinstanz habe willkürlich die "Lloyd's Underwriters, London" mit Syndikaten gleichgesetzt. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sage die Bezeichnung nichts anderes aus, als dass es sich um mehrere Versicherer handle. Partei seien somit die Versicherer selbst. Diesen komme selbstverständlich Partei- und Prozessfähigkeit zu. Die gewählte Parteibezeichnung "Lloyd's Underwriters" entspreche dabei der gängigen Bezeichnung in der Ge-

richtspraxis. Die Kläger 2 hätten daher in gutem Glauben die Parteibezeichnung "Lloyd's Underwriters, London" gewählt und – angesichts der Tatsache, dass es sich im vorliegenden Fall um mehrere Tausend Lloyd's Versicherer handle – aus Praktikabilitätsgründen dem Gericht lediglich die Offenlegung angeboten. Dass die Vorinstanz trotz Verwendung einer in der Gerichtspraxis benützten Parteibezeichnung auf das Angebot der Offenlegung der "Names" nicht eingegangen, sondern auf die Klage der Kläger 2 ohne weiteres nicht eingetreten sei, verstosse gegen Treu und Glauben im Prozess (Art. 29 Abs. 1 BV). Diese Formenstrenge erscheine nicht durch ein schutzwürdiges Interesse gerechtfertigt, weshalb auch von einem überspitzten Formalismus der Vorinstanz auszugehen sei (Art. 29 Abs. 1 BV).

### **E. 3.4**

Die Kläger 2 bringen nichts vor gegen die vorinstanzlichen Erwägungen, wonach Syndikate als solche nicht parteifähig sind. Sie stellen sich

vielmehr auf den Standpunkt, Partei seien die Versicherer selbst, mithin die einzelnen Mitglieder, die in Bezug auf die Versicherungspolice zusammen als Versicherer der E.\_\_\_\_\_ bzw. deren Rechtsvorgängerin auftraten. Wie sie diesbezüglich zu Recht vorbringen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die einzelnen Mitglieder je partei- und prozessfähig sind. Dies zu überprüfen ist indessen nicht möglich, da die Mitglieder nicht bekannt sind. Die Kläger 2 wurden als Parteien denn auch nicht einzeln genannt, sondern die Klage wurde unter dem "Sammelbegriff" Lloyd's Underwriters, London (subscribing to Policy No. xxx), eingereicht. Die Kläger 2 wollen diesen "Sammelbegriff" ausdrücklich nicht als ein Gebilde nach englischem Recht, z.B. ähnlich einer Kollektivgesellschaft, verstanden wissen, dessen Partei- und Prozessfähigkeit die Vorinstanz zu Unrecht verneint habe. Vielmehr machen sie geltend, der Begriff sei einzig aus Praktikabilitätsgründen verwendet worden, weil es sich um mehrere Tausend Lloyd's Versicherer handle. Wie die Vorinstanz richtig ausgeführt hat, ist eine solche Parteibezeichnung nach Schweizer Prozessrecht nicht zulässig. Denn eine Klage hat die Bezeichnung der (einzelnen) Parteien zu enthalten (vgl. Art. 221 Abs. 1 lit. a ZPO zum ordentlichen Verfahren, Art. 244 Abs. 1 lit. a ZPO zum vereinfachten Verfahren; siehe auch Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 16.1).

### **E. 3.5**

Zu prüfen ist somit, ob die Vorinstanz den Klägern 2 Gelegenheit zur Berichtigung ihrer Parteibezeichnung durch Bekanntgabe der Namen aller Versicherer, die als Parteien auftreten, hätte geben müssen.

#### **E. 3.5.1**

Parteien sind so zu bezeichnen, dass über ihre Identität kein Zweifel besteht (vgl. BGE 131 I 57 E. 2.2 S. 62 f.). Bei natürlichen Personen genügen in der Regel Name, Vorname und Adresse (Urteil 4A\_364/2013 vom 5. März 2014 E. 16.1 mit Hinweisen). Eine Berichtigung der Parteibezeichnung ist zulässig, wenn jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann (BGE 136 III 545 E. 3.4.1 S. 551; 131 I 57 E. 2.2 S. 63; 120 III 11 E. 1b S. 13 f.; 114 II 335 E. 3a S. 337). Ist der Mangel in der Parteibezeichnung jedoch derart gravierend, dass die Identität der Parteien gänzlich unbestimmt bleibt, oder klagt eine nicht existierende Partei, ist auf die Klage nicht einzutreten (CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm et al. [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 19 zu Art. 221 ZPO; GEORG NAEGELI/ROMAN

RICHERS, in: Oberhammer et al. [Hrsg.], Kurzkomentar ZPO, 2. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 221 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, in: Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Aufl. 2013, N. 11 zu Art. 221 ZPO; vgl. auch ERIC Seite 11

PAHUD, in: Brunner et al. [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kommentar, 2011, N. 5 zu Art. 221 ZPO). Die blosser Berichtigung einer Parteibezeichnung ist abzugrenzen von einem eigentlichen Parteiwechsel, der (ohne Veräusserung des Streitobjekts) nach Art. 83 Abs. 4 ZPO grundsätzlich nur mit Zustimmung der Gegenpartei zulässig ist (vgl. BGE 131 I 57 E. 2.2 S. 63; LAURENT KILLIAS, in: Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 7 zu Art. 221 ZPO; LEUENBERGER, a.a.O., N. 21 zu Art. 221 ZPO; NAEGELI/RICHERS, a.a.O., N. 4 zu Art. 221 ZPO; PAHUD, a.a.O., N. 4 zu Art. 221 ZPO; WILLISEGGER, a.a.O., N. 10 zu Art. 221 ZPO).

### **E. 3.5.2**

Überspitzter Formalismus als besondere Form der Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. BGE 140 III 636 E. 3.5 S. 641) liegt vor, wenn für ein Verfahren rigorose Formvorschriften aufgestellt werden, ohne dass die Strenge sachlich gerechtfertigt wäre, wenn die Behörde formelle Vorschriften mit übertriebener Schärfe handhabt oder an Rechtsschriften überspannte Anforderungen stellt und damit dem Bürger den Rechtsweg in unzulässiger Weise versperrt (BGE 135 I 6 E. 2.1 S. 9; 132 I 249 E. 5 S. 253; 130 V 177 E. 5.4.1 S. 183). Das Verbot des überspitzten Formalismus weist einen engen Bezug zum Grundsatz von Treu und Glauben auf (Urteil 1C\_236/2014 vom 4. Dezember 2014 E. 3.5). Der Vertrauensschutz gilt auch in prozessualer Hinsicht (vgl. BGE 140 I 99 E. 3.6 S. 104; 135 I 257 E. 1.6 S. 261).

### **E. 3.5.3**

Die Kläger 2 haben die Klage unter dem "Sammelbegriff" Lloyd's Underwriters, London (subscribing to Policy No. xxx), eingereicht. Eine Identifikation der einzelnen Versicherer ist so ausgeschlossen. Eine blosser Berichtigung der Parteibezeichnung würde aber voraussetzen, dass jede Gefahr einer Verwechslung ausgeschlossen werden kann. Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt: Weder ist die Identität der Versicherer bekannt noch überhaupt deren Anzahl. Dass die Beklagte einem Parteiwechsel zustimmen würde, lässt sich den vorinstanzlichen Feststellungen nicht entnehmen und wurde auch nicht behauptet. Die Benennung sämtlicher Verfahrensparteien ist eine zentrale Voraussetzung für die Prüfung ihrer Partei- und Prozessfähigkeit wie auch deren Legitimation. Es ist daher nicht überspitzt formalistisch, wenn an der Einhaltung dieser Voraussetzung festgehalten wird. Es bleibt die Frage, ob die Vorinstanz gegen den Grundsatz von Treu und Glauben im Prozess verstossen hat, weil die von den Klägern 2 verwendete Parteibezeichnung in der Gerichtspraxis gängig sei. Die Kläger 2 durften aus zwei Gründen nicht auf die von ihnen angerufene Gerichtspraxis vertrauen. Erstens zeigen die Kläger 2 zwar auf, dass es mehrere Bundesgerichtsentscheide Seite 12

gibt, die als Partei "Lloyd's Underwriters London" aufführen (vgl. etwa BGE 140 V 321); Erwägungen zur Parteifähigkeit fehlen indessen, weshalb unklar bleibt, ob auch in diesen Verfahren ausdrücklich vorgebracht wurde, Parteien seien die einzelnen Versicherer. Zweitens hat die Vorinstanz ausgeführt, die Kläger 2 hätten gewusst, dass die Parteibezeichnung fehlerhaft sei und deren Korrektur oder Änderung zwingend nötig gewesen wäre. Die Beklagte hat mehrfach moniert, die "Lloyd's Underwriters, London

(subscribing to Policy No. xxx)" seien nicht parteifähig und nicht aktivlegitimiert. Zudem haben sich beide Parteien auf die Kommentierung von LANG (vgl. oben E. 3.1) berufen, der sich mit dem Problem ausführlich befasst und explizit die Ansicht äussert, Forderungen der Syndikate müssten im Namen sämtlicher am Syndikat beteiligter "Names" geltend gemacht werden. Die Kläger 2 waren sich somit der Problematik bewusst. Sie haben denn auch nicht primär geltend gemacht, eine Offenlegung der einzelnen Versicherer sei nicht erforderlich, sondern sie haben eine Offenlegung vielmehr angeboten. Als Grund für die bis anhin unterbliebene Offenlegung geben sie bloss Praktikabilitätsüberlegungen an. Vor diesem Hintergrund hat die Vorinstanz nicht gegen Treu und Glauben verstossen, indem sie auf die Klage der Kläger 2 nicht eingetreten ist. Die Beschwerde (Verfahren 4A\_116/2015) ist in diesem Punkt abzuweisen.

#### **E. 4**

Da die Klägerin 1 ihren Sitz in den USA hat, liegt ein internationaler Sachverhalt vor. Es stellt sich somit die Frage nach dem anwendbaren Recht, die von Amtes wegen zu prüfen und aufgrund einer Qualifizierung des Rechtsverhältnisses nach der lex fori zu bestimmen ist (BGE 137 III 481 E. 2.1 S. 483; 136 III 142 E. 3.2 S. 144; 135 III 562 E. 3.2 S. 564, je mit Hinweisen). Das anwendbare Recht ist folglich nach dem IPRG zu ermitteln (Art. 1 Abs. 1 lit. b IPRG). Die Klägerin 1 stützt ihren Anspruch auf die ihr von der E. \_\_\_\_\_ AG abgetretene Forderung aus dem Versicherungsvertrag zwischen der Zedentin und der Beklagten (B. \_\_\_\_\_-Police). Dieser Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Nach den vorinstanzlichen Feststellungen haben die Vertragsparteien das Schweizer Recht für anwendbar erklärt. Die Abtretung einer Forderung durch Vertrag untersteht nach Art. 145 Abs. 1 IPRG dem von den Parteien gewählten Recht oder, wenn ein solches fehlt, dem auf die Forderung anzuwendenden Recht. Die Rechtswahl ist gegenüber dem Schuldner ohne dessen Zustimmung unwirksam. Nach den vorinstanzlichen Feststellungen haben die E. \_\_\_\_\_ AG und die Kläger im Abtretungsvertrag texanisches Recht für anwendbar Seite 13

erklärt. Indessen behauptet keine Partei, die Beklagte habe dieser Rechtswahl zugestimmt. Die Vorinstanz kam daher zu Recht zum Schluss, dass im Verhältnis zur Beklagten sowohl auf die Abtretung als auch auf die abgetretene Forderung Schweizer Recht anwendbar ist.

#### **E. 5**

Die Beklagte rügt, die Vorinstanz habe zu Unrecht einen Anspruch der Klägerin 1 bejaht. Erstens sei die Vorinstanz bei der anteilmässigen Aufteilung der Ersatzpflicht fälschlicherweise von Vermögens- statt von Sachversicherungen ausgegangen und habe gestützt auf diese Qualifikation die Leistungspflicht nach Art. 71 Abs. 1 VVG falsch berechnet. Zweitens liege entgegen der Ansicht der Vorinstanz keine gültige Abtretung durch die E. \_\_\_\_\_ AG an die Kläger vor.

##### **E. 5.1**

Wird dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen, liegt nach Art. 53 Abs. 1 VVG eine Doppelversicherung vor. Bei einer solchen Doppelversicherung haftet jeder Versicherer für den Schaden in dem Verhältnis, in dem seine Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen steht (Art. 71 Abs. 1 VVG).

## E. 5.2

Versicherungsnehmerin der A.H. \_\_\_\_\_-Police ist G. \_\_\_\_\_. Versichert sind nebst G. \_\_\_\_\_ weitere beteiligte Unternehmer; insbesondere ist in der Police auch die Rechtsvorgängerin der E. \_\_\_\_\_ AG aufgeführt. Gegenstand der Versicherung ist ein Bauprojekt auf dem Grundstück der G. \_\_\_\_\_, namentlich der Bau eines Kraftwerks und angegliederter Nebenbetriebe. Die Klägerin 1 hat ihre Versicherungsleistung gestützt auf Sektion 1 der A.H. \_\_\_\_\_-Police erbracht. Gemäss der Sektion 1 versichert die Klägerin 1 die Versicherten gegen alle Gefahren von Verlust und Beschädigung des versicherten Besitzes, unter Vorbehalt definierter Haftungsaus- schlüsse. Versichert sind die Arbeiten am Kraftwerk sowie alle Mate- rialien oder Sachen der Versicherten, die zum Bau notwendig sind. Sektion 1 der A.H. \_\_\_\_\_-Police weist nach Ansicht der Vorinstanz alle Merkmale einer Bauwesenversicherung auf. Die Versicherungs- summe für die Sektionen 1 bis 3 beträgt USD 479 Mio. Die Lloyd's H. \_\_\_\_\_-Police entspricht hinsichtlich der Vertragsbedingungen der A.H. \_\_\_\_\_-Police. Die Rechtsvorgängerin der E. \_\_\_\_\_ AG war auch durch die B. \_\_\_\_\_-Police versichert. Es handelt sich dabei um eine Rahmen- Seite 14

versicherung für Schäden an bestimmten Maschinen. Versichert sind namentlich die Gasturbinen der Einheiten 3 und 4. Dabei sind nicht die Arbeiten zur ursprünglichen Erstellung der Maschine versichert, son- dern die Garantiarbeiten an einem bestimmten Maschinenteil. Die Versicherungssumme beträgt pro Gasturbine Fr. 6 Mio. Die B. \_\_\_\_\_-Police weist nach Ansicht der Vorinstanz alle Merkmale einer Montageversicherung auf.

## E. 5.3

Die Vorinstanz kam zum Schluss, es liege eine Doppelversiche- rung vor, womit sich die Leistungspflicht der Parteien nach Art. 71 Abs. 1 VVG bestimme. Diese Bestimmung sei jedoch auf Sachversi- cherungen zugeschnitten. Bei Vermögensversicherungen fehle es nach in der Lehre vertretener Ansicht an einem Konnex zwischen der Versicherungssumme und dem Versicherungswert, weshalb die Höhe der Versicherungssumme oft von Zufälligkeiten abhängen. Bei der Er- mittlung der Entschädigung könne daher nicht auf die Ver- sicherungssumme abgestellt werden. Vielmehr sei die Höhe der Ent- schädigung massgeblich, die jeder Versicherer zu erbringen hätte, wenn neben ihm kein weiterer Versicherer leistungspflichtig wäre. Der einzelne Versicherer habe in dem Umfang zu leisten, in dem seine Lei- stung zur Gesamtsumme der Leistungen sämtlicher Vermögensver- sicherer stehe. Ob eine Sach- oder eine Vermögensversicherung vorliege, richte sich nach dem Gegenstand der Versicherung. Gegenstand der Schadens- versicherung könne nach Art. 48 VVG jedes wirtschaftliche Interesse sein, das jemand am Ausbleiben eines befürchteten Ereignisses habe. In der Lehre sei umstritten, wie dieses Interesse zu definieren sei. Die Gegenstandslehre oder sachenrechtliche Lehre knüpfe am sachen- rechtlichen Eigentum am zu versichernden Gegenstand an. Die Inter- essenlehre verstehe als vertragsrelevantes Interesse demgegenüber die Beziehung einer Person zu einem Objekt, kraft welcher die Person durch Tatsachen, welche dieses Objekt betreffen würden, einen Scha- den erleiden könne. Der überwiegenden schweizerischen Lehre fol- gend sei auf die sachenrechtliche Lehre abzustellen. In der entscheidenden Sektion 1 der A.H. \_\_\_\_\_-Police werde die E. \_\_\_\_\_ insbesondere vor Schäden geschützt, die durch Beschädigung des Kraftwerks entstünden. Im Falle einer solchen Beschädigung werde die E. \_\_\_\_\_ aber nicht unmittelbar durch die Beschädigung des Kraftwerks

geschädigt. Dieser Schaden treffe viel- mehr G. \_\_\_\_\_ als Eigentümerin der Anlage. Geschützt werde die E. \_\_\_\_\_ vielmehr davor, dass sich die Beschädigung der Seite 15 Maschine auf ihr Vermögen auswirke, indem sie ihren vertraglichen Verpflichtungen aus dem Werkvertrag nicht nachkommen könne und gezwungen sei, Mittel in die Reparatur der Maschine zu investieren. In Bezug auf E. \_\_\_\_\_ sei daher das Vermögen Gegenstand von Sektion 1 der A.H. \_\_\_\_\_-Police. Bei den H. \_\_\_\_\_-Policen der Kläger handle es sich mithin um Vermögensversicherungen. Auch die B. \_\_\_\_\_-Police sei aus den gleichen Gründen als Vermögens- versicherung zu qualifizieren. Die Beklagte hafte daher nicht im Verhältnis, in dem ihre Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen stehe (Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 VVG), son- dern im Umfang, in dem ihre Leistung – die sie ohne weitere Versiche- rer zu erbringen hätte – zur Gesamtsumme der Leistungen sämtlicher Vermögensversicherer stehe.

#### **E. 5.4**

Dagegen bringt die Beklagte vor, sowohl die H. \_\_\_\_\_-Policen als auch die B. \_\_\_\_\_-Police seien als Sachversicherungen zu qualifizieren. Die Vorinstanz selbst habe die H. \_\_\_\_\_-Policen als Bauwesenversicherungen qualifiziert und die Bauwesenversicherung als Sachversicherung bezeichnet. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz sei für die Abgrenzung von Sach- und Vermögensver- sicherungen nicht auf die sachenrechtliche Lehre, sondern auf die Interessenlehre abzustellen. Selbst wenn von Vermögensversicherun- gen ausgegangen werde, habe die Vorinstanz die Aufteilung der Er- satzpflicht nach Art. 71 VVG nicht bundesrechtskonform vorgenom- men. Die Lehrmeinung, wonach anstatt auf die Versicherungssumme auf die Leistungssumme abzustellen sei, entspreche nicht geltender Praxis und widerspreche dem klaren Gesetzeswortlaut. Entscheidend für die Ersatzpflicht der Beklagten sei somit das Verhältnis ihrer Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen.

#### **E. 5.5**

In der Lehre wird vorgebracht, die Regelung der Aufteilung der Leistungspflicht nach Art. 71 Abs. 1 VVG sei auf die Sachversicherung zugeschnitten (STEPHAN FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungs- recht, 2011, N. 12.16; ALFRED MAURER, Schweizerisches Privatversi- cherungsrecht, 3. Aufl. 1995, S. 408). Bei Vermögensversicherungen führe die Anwendung dieser Bestimmung zu willkürlichen Ergebnissen (FUHRER, a.a.O., N. 12.16). Denn in der Vermögensversicherung – nam- entlich der Haftpflichtversicherung – fehle eine Beziehung zwischen der vereinbarten Versicherungssumme und einem die Schadenhöhe begrenzenden Sachwert (oder: Versicherungswert); würden keine Sa- chen versichert, fehle ein Sachwert (CHRISTIAN BOLL, in: Basler Kom- mentar, Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], 2001, N. 10 zu Art. 71 VVG; MAURER, a.a.O., S. 408). Die Höhe der Versiche- Seite 16 rungssumme hänge deshalb in der Vermögensversicherung oft von Zufälligkeiten ab (BOLL, a.a.O., N. 10 zu Art. 71 VVG; MAURER, a.a.O., S. 408). Zudem sei eine Aufteilung im Verhältnis der Versicherungs- summen bei betraglich unbegrenzter Deckung unmöglich (BOLL, a.a.O., N. 10 zu Art. 71 VVG; ROLAND BREHM, Le contrat d'assurance RC, 1997, N. 459; FUHRER, a.a.O., N. 12.16; vgl. auch HANS FISCHER, Die mehrfache Versicherung in der Schadenversicherung nach Schwei- zerischem Privatversicherungsrecht, 1963, S. 124). Art. 71 Abs. 1 VVG sei daher entgegen seinem Wortlaut so auszulegen, dass auf die Höhe der Entschädigung abzustellen sei, die jeder

Versicherer zu erbringen hätte, wenn neben ihm kein weiterer Versicherer leistungspflichtig wäre; der einzelne Versicherer leiste in dem Umfang, in dem seine Leistung zur Gesamtsumme der Leistungen sämtlicher Vermögensversicherer stehe (BOLL, a.a.O., N. 10 zu Art. 71 VVG; BREHM, a.a.O., N. 463 ff.; FUHRER, a.a.O., N. 12.16; MAURER, a.a.O., S. 408). Nach der Botschaft vom 2. Februar 1904 zu dem Entwurfe eines Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag (BB1 1904 I 308 Ziff. 3b zu Art. 46, 47, 59 Abs. 1, 60, 61 und 62 Entwurf) setzt bereits der Begriff der Doppelversicherung voraus, dass der Versicherungswert feststellbar ist.

### **E. 5.6**

Die Beklagte bringt richtig vor, dass die Vorinstanz die Sektion 1 der H. \_\_\_\_\_-Policen als Bauwesenversicherung qualifiziert und in ihren allgemeinen Erwägungen ausgeführt hat, eine Bauwesenversicherung sei eine Sachversicherung. Es kann indessen offenbleiben, nach welchen Grundsätzen die Abgrenzung zwischen Sach- und Vermögensversicherungen zu erfolgen hat (sachenrechtliche Lehre/Gegenstandslehre oder Interessenlehre) und ob tatsächlich bloss deshalb eine Sachversicherung verneint werden muss, weil die Beklagte nicht sachenrechtlich als Eigentümerin betroffen ist, obwohl sie die Gefahr einer Beschädigung und damit das wirtschaftliche Risiko trägt. Denn entscheidend ist vorliegend, dass in Bezug auf die Eigentümerin G. \_\_\_\_\_ auch nach Ansicht der Vorinstanz eine Sachversicherung vorliegt und der Gegenstand der Versicherung in Bezug auf die G. \_\_\_\_\_ und die Rechtsvorgängerin der E. \_\_\_\_\_ identisch definiert ist. Daraus ergibt sich notwendigerweise, dass bei den H. \_\_\_\_\_-Policen eine Beziehung zwischen der vereinbarten Versicherungssumme und einem die Schadenhöhe begrenzenden Sachwert vorliegt. Auch bei der B. \_\_\_\_\_-Police liegt eine Beziehung zwischen der vereinbarten Versicherungssumme und einem Sachwert vor: Bei dieser Versicherung handelt es sich um eine Rahmenversicherung für Schäden an bestimmten Maschinen. Versichert sind namentlich die Gasturbinen der Einheiten 3 und 4. Die Seite 17

Versicherungssummen sind in der B. \_\_\_\_\_-Police denn auch pro Gasturbine festgelegt worden. Auch daraus darf geschlossen werden, dass die Versicherungssumme im Zusammenhang steht mit dem Wert der Turbinen. Nun wird gerade das Fehlen einer solchen Beziehung als Argument dafür vorgebracht, dass vom Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 VVG abzuweichen und auf die Höhe der Entschädigung abzustellen sei, die jeder Versicherer zu erbringen hätte, wenn neben ihm kein weiterer Versicherer leistungspflichtig wäre. Liegt eine solche Beziehung – wie hier – aber vor, besteht kein Raum, vom klaren Wortlaut von Art. 71 Abs. 1 VVG abzuweichen. Entgegen der Ansicht der Vorinstanz und der Klägerin 1 ist für die Berechnung der Ersatzpflicht der Beklagten nach Art. 71 Abs. 1 VVG auf das Verhältnis abzustellen, in dem die Versicherungssumme der Beklagten zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen steht.

### **E. 5.7**

Für die Berechnung der Leistungspflicht der Beklagten setzt diese die Versicherungssumme der H. \_\_\_\_\_-Policen von insgesamt USD 479 Mio. in ein Verhältnis mit der Versicherungssumme der B. \_\_\_\_\_-Police von Fr. 6 Mio. pro Gasturbine. Nach Ansicht der Beklagten beträgt ihre so berechnete anteilmässige Leistungspflicht null (Fr. 86'470.-- abzüglich Selbstbehalt von Fr. 500'000.--). Die Klägerin 1 macht demgegenüber geltend, es könne keinesfalls auf das Verhältnis der (gesamten) Versicherungssummen abgestellt werden; während die B. \_\_\_\_\_-Police nur Versicherungsschutz für Schäden im

Zusammenhang mit den zwei Gasturbinen der Unit 4 inkl. den zwei Generatoren bietet, sei der in den H. \_\_\_\_\_-Policen vorgesehene Versicherungsschutz viel umfassender und die Versicherungssumme daher viel höher. Bringt man in einem solchen Fall sklavisch die Versicherungssummen miteinander in Relation, führe dies zu einem völlig verfälschten und unrealistischen Resultat. Darauf hätten die Kläger bereits in ihrer Eingabe vom 20. November 2013 an die Vorinstanz hingewiesen.

#### **E. 5.7.1**

Art. 71 Abs. 1 VVG regelt die Ersatzpflicht bei Doppelversicherung. Eine Doppelversicherung liegt nach Art. 53 Abs. 1 VVG (nur) vor, wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert wird, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen. Eine Doppelversicherung setzt mithin voraus, dass sich die Verträge auf dieselbe Sache oder dasselbe Vermögen beziehen (BOLL, a.a.O., N. 6 zu Art. 53 VVG). Da Art. 71 Abs. 1 VVG die Aufteilung der Ersatzpflicht nur insoweit regelt, als eine Doppelversicherung vorliegt, ist mithin für die Aufteilung von derjenigen Versicherungssumme aus-

Seite 18 zugehen, welche für das betreffende Risiko vereinbart ist (FISCHER, a.a.O., S. 122). Dies kann anspruchsvoll sein, wenn ein Versicherungsvertrag mehrere Gegenstände unter einer einheitlichen Versicherungssumme versichert hat und davon im Versicherungsfall nur ein Teil vernichtet oder beschädigt wurde, welcher in einem anderen Versicherungsvertrag mit eigener Versicherungssumme versichert ist (FISCHER, a.a.O., S. 122; CARL JAEGER/HANS ROELLI, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Zweiter Band, 1932, N. 12 zu Art. 71 VVG). Deshalb muss in einem solchen Fall eine Ausscheidung vorgenommen werden, um den vernichteten oder beschädigten Teilwerten eine möglichst genau entsprechende Teilversicherungssumme zuzuordnen (FISCHER, a.a.O., S. 122). Dabei ist auf das Verhältnis vom Ersatzwert des betroffenen Gegenstandes zum Ersatzwert aller versicherten Gegenstände abzustellen (JAEGER/ROELLI, a.a.O., N. 12 zu Art. 71 VVG). Mit der so ermittelten Teilversicherungssumme ist in der Folge nach Art. 71 Abs. 1 VVG das Verhältnis zu berechnen, in dem jeder Versicherer für den Schaden haftet. Jeder Versicherer hat den jeweiligen Betrag grundsätzlich voll zu leisten; ein allfällig vereinbarter Selbstbehalt ist davon nicht zusätzlich abzuziehen. Denn der Versicherungsnehmer hat bei Vorliegen einer Doppelversicherung Anspruch auf den Ersatz des gesamten Schadens; allfällige Selbstbehalte aus einem Vertrag sind durch Leistungen aus dem andern auszugleichen (FUHRER, a.a.O., N. 12.15). Dies gilt unter zwei Vorbehalten: Erstens deckt eine Schadensversicherung (nur) den entstandenen Schaden. Der Versicherte soll aus dem Schadenereignis keinen wirtschaftlichen Vorteil ziehen können (vgl. nur BOLL, a.a.O., N. 2 Vorbemerkungen zu Art. 48 VVG). Hat ein Versicherer dem Versicherten bereits einen höheren Betrag geleistet, als er nach der Berechnung gemäss Art. 71 Abs. 1 VVG schulden würde, so ist der zweite Versicherer nur noch zum Ersatz des verbliebenen Schadens verpflichtet. Zweitens ist ein Versicherer nicht zu einer höheren Leistung als jener verpflichtet, die er als einziger Versicherer zu erbringen hätte. Die Ersatzpflicht wird mithin beschränkt durch die Versicherungssumme (oder den Schaden, falls dieser tiefer ausfällt) abzüglich des vereinbarten Selbstbehalts.

#### **E. 5.7.2**

Vorliegend wurde eine Gasturbine der Einheit 3 beschädigt. In der B. \_\_\_\_\_-Police beträgt die Versicherungssumme pro Gas- turbine Fr. 6 Mio. Aus den vorinstanzlichen Feststellungen geht nicht hervor, ob auch in den H. \_\_\_\_\_-Policen die Versicherungssumme für die Sektionen 1 bis 3 von insgesamt USD 479 Mio. detaillierter aufgegliedert ist. Sollte sich die Abtretung der Ansprüche von der E. \_\_\_\_\_ AG an die Kläger als gültig erweisen (dazu sogleich Seite 19

E. 5.8), so wäre die Sache daher an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung zurückzuweisen.

### **E. 5.8**

Die Beklagte ist der Ansicht, es liege keine gültige Abtretung der eingeklagten Ansprüche von der E. \_\_\_\_\_ AG an die Kläger vor. Erstens habe die E. \_\_\_\_\_ AG bei richtiger Berechnung der Leistungspflicht nach Art. 71 VVG keine Forderung gegen die Beklagte, weshalb sie nach dem Grundsatz "nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet" den Klägern keine Rechte habe übertragen können. Zweitens wäre die Abtretung aufgrund der Umgehung der disziplinierenden Wirkung der Selbstbehalte ohnehin unzulässig. Die angeblich abgetretene Forderung belaufe sich auf den verbleibenden Schaden der E. \_\_\_\_\_ AG aufgrund der in den H. \_\_\_\_\_-Policen vorgesehenen Selbstbehalte. Selbstbehalte seien eine gewollte und von vornherein vereinbarte Unterversicherung. Sowohl in der B. \_\_\_\_\_-Police als auch in den H. \_\_\_\_\_-Policen sei ausdrücklich statuiert, dass der Selbstbehalt vom Versicherten selbst zu tragen sei. Die B. \_\_\_\_\_-Police sei keine Versicherung für ungedeckten Selbstbehalt. Es wäre daher mehr als stossend, wenn die Versicherte dennoch den ungedeckten Selbstbehalt aus den H. \_\_\_\_\_-Policen von der Beklagten einfordern könnte. Ob Art. 71 VVG die Forderung der E. \_\_\_\_\_ AG gegen die Beklagte beeinflusst oder ob diese Bestimmung – wie die Klägerin 1 in ihrer Vernehmlassung vorbringt – lediglich das Rechtsverhältnis zwischen den Versicherern beschlägt, kann offenbleiben. Denn der Beklagten ist jedenfalls nicht zu folgen, wenn sie für die Berechnung auf die volle Versicherungssumme der H. \_\_\_\_\_-Policen von insgesamt USD 479 Mio. abstellen will (vgl. soeben E. 5.7). Sollte die Aufteilung der Ersatzpflicht auch nach korrekter Berechnung ergeben, dass die Beklagte gemäss Art. 71 Abs. 1 VVG nichts schuldet, wäre die Klage ohnehin abzuweisen. Eine Umgehung der disziplinierenden Wirkung der Selbstbehalte liegt entgegen der Ansicht der Beklagten nicht vor. Wie soeben ausgeführt wurde (E. 5.7.1), hat der Versicherungsnehmer bei Vorliegen einer Doppelversicherung Anspruch auf den Ersatz des gesamten Schadens und sind allfällige Selbstbehalte aus einem Vertrag durch Leistungen aus dem andern auszugleichen. Nach den Feststellungen der Vorinstanz besteht keine Vereinbarung, wonach sich die E. \_\_\_\_\_ AG verpflichtet hätte, den Selbstbehalt nicht bei einer anderen Versicherung geltend zu machen. Gegen diese Feststellung bringt die Beklagte nichts vor. Sie bestreitet zu Recht auch nicht, dass die E. \_\_\_\_\_ AG ihren Schaden durch die Kläger nicht vollständig ersetzt erhalten hat. Damit bestand noch eine (Rest-) Seite 20

Forderung, welche die E. \_\_\_\_\_ AG an die Kläger abtreten konnte. Die Vorinstanz hat denn auch ausgeführt, der noch offene Schaden betrage Fr. 2'804'400.-- und die Abtretung sei (nur) in diesem Umfang möglich gewesen. Die Rüge der Beklagten, wonach die Abtretung unzulässig gewesen sei, erweist sich damit als unbegründet.

### **E. 5.9**

Nach dem Gesagten ist die Sache an die Vorinstanz zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung zurückzuweisen. Die Vorinstanz wird die (Teil-)Versicherungssumme der H.\_\_\_\_\_ - Policen zu ermitteln haben, welche mit der Versicherungssumme der B.\_\_\_\_\_ -Police von Fr. 6 Mio. für die beschädigte Gasturbine der Einheit 3 in ein Verhältnis gesetzt werden kann, um nach Art. 71 Abs. 1 VVG die Ersatzpflicht der Beklagten zu bestimmen (vgl. oben E. 5.7.1).

## **E. 6**

Die Klägerin 1 rügt, die Vorinstanz habe bei der Beurteilung, ab wann die Beklagte Verzugszins schulde, den Sachverhalt willkürlich falsch festgestellt und ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt.

### **E. 6.1**

Die Forderung aus dem Versicherungsvertrag wird 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 (Art. 41 Abs. 1 VVG). Die Vorinstanz hat ausgeführt, die E.\_\_\_\_\_ AG habe der Beklagten am 12. Oktober 2004 wichtige und zur Beurteilung des Anspruchs notwendige Unterlagen zugestellt, insbesondere zur Schadensursache und -höhe. Bis zur Klageeinleitung am Handelsgericht Zürich am 23. März 2012 habe sie sich aber dennoch in einem Informationsrückstand befunden, da ihr insbesondere Informationen zur erfolgten Schadensdeckung durch die Kläger gefehlt hätten. Die Kläger hätten keinen weiteren Informationsaustausch bis zur Klageeinleitung behauptet. Die Beklagte habe erst mit dieser Klageeinleitung von folgenden Dokumenten oder Tatsachen erfahren: vom Schlussbericht eines Experten vom 12. Oktober 2003, vom Memorandum und der Dokumentation der Klägerin 1 vom 8. Juli 2005 zum Schadensereignis, von der Schlussvereinbarung betreffend den Versicherungsanspruch zwischen den Klägern und E.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2005, vom Brief der Klägerin 1 an E.\_\_\_\_\_ vom 23. Dezember 2005, in welchem sie die Schadenszahlung von USD 6'968'095.-- abzüglich eines Selbstbehalts von USD 2 Mio. anerkennt, von der Zahlung der Kläger 2 am 27. Dezember 2005 an E.\_\_\_\_\_ im Umfang von USD 1'242'042.-- und von der Zahlung der Klägerin 1 am 3. Januar 2006 an Seite 21

E.\_\_\_\_\_ im Umfang von USD 3'726'071.--. Die Beklagte habe somit erst am 23. März 2012 alle zur Beurteilung des Anspruches notwendigen Angaben erhalten. Die Forderung sei somit frühestens vier Wochen nach dieser Klageeinleitung fällig geworden. Da die Klageeinleitung eine Mahnung darstelle, sei die Beklagte nach Ablauf von vier Wochen nach Klageeinleitung in Verzug geraten und schulde ab dem 20. April 2012 Verzugszinsen.

### **E. 6.2**

Dem hält die Klägerin 1 entgegen, die vorinstanzlichen Feststellungen seien aktenwidrig und würden ihren Anspruch auf rechtliches Gehör verletzen. Sie habe durchaus einen weiteren Informationsaustausch vor der Klageeinleitung behauptet. So habe sie geltend gemacht, die Klageeinleitung der Kläger und E.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte in den USA am 27. Dezember 2005 diene als Stichtag für die Zinsberechnung. Dabei habe sie auf die in den USA eingereichte Klage verwiesen und ausführlich dargelegt, dass die Klageeinleitung in den USA der Einbringung des Selbstbehalts von USD 2 Mio. gedient habe, mit dem E.\_\_\_\_\_ – nach der Zahlung von USD 4'968'095.-- durch die Kläger – nach wie vor belastet gewesen sei. Diese Darstellung habe sie mit einer Kopie der Plaintiff's Original

Petition vom 27. Dezember 2005 belegt. Damit habe die Beklagte spätestens an diesem Datum Kenntnis davon erlangt, dass die Kläger den gesamten Schaden abzüglich Selbstbehalt von USD 2 Mio. beglichen hätten und dass E.\_\_\_\_\_ nach wie vor einen Schaden in der Höhe von USD 2 Mio. gehabt habe. Die Vorinstanz habe somit willkürlich festgestellt, die Beklagte habe vor der Klageeinleitung am 23. März 2012 keine "Informationen zur erfolgten Schadensdeckung" durch die Kläger erhalten. Zudem habe die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Klägerin 1 verletzt, indem sie nicht auf die Argumentation eingegangen sei, wonach die Klageeinreichung in den USA als Zahlungsaufforderung verstanden werden müsse.

### **E. 6.3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat (Art. 105 Abs. 1 BGG). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht (Art. 105 Abs. 2 BGG). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein (Art. 97 Abs. 1 BGG). Die Beschwerdeführerin, welche die Sachverhaltsfeststellungen der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die gerügten Feststellungen bzw. die Unterlassung von Feststellungen offensichtlich unrichtig sind oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruhen (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 254; 133 III 350 E. 1.3 S. 351, 393 E. 7.1 S. 398). Soweit die Beschwerdeführerin den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat (BGE 140 III 86 E. 2 S. 90 mit Hinweisen). Auf eine Kritik an den tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz, die diesen Anforderungen nicht genügt, ist nicht einzutreten (BGE 133 II 249 E. 1.4.3 S. 255).

### **E. 6.4**

Es trifft zu, dass die Vorinstanz nicht auf die Klageeinleitung gegen die Beklagte in den USA am 27. Dezember 2005 eingegangen ist. Ob die Unterlassung von Feststellungen dazu offensichtlich unrichtig ist, kann offenbleiben, da die Behebung des allfälligen Mangels für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend ist. Denn die Vorinstanz hat festgestellt, dass der Beklagten eine Reihe von Dokumenten und Tatsachen erst mit der Klageeinleitung am Handelsgericht Zürich am 23. März 2012 zur Kenntnis gebracht worden sind. Diese Feststellung beanstandet die Klägerin 1 nicht als willkürlich; sie macht insbesondere nicht geltend, die von der Vorinstanz aufgezählten, für die Beurteilung des Anspruchs notwendigen Dokumente und Tatsachen hätten der Beklagten ab der Klageeinleitung in den USA vorgelegen. Der Vorinstanz ist auch keine Verletzung des rechtlichen Gehörs der Klägerin vorzuwerfen; die aus dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 53 Abs. 1 ZPO und Art. 29 Abs. 2 BV) fließende Verpflichtung der Behörde, ihren Entscheid zu begründen, verlangt nicht, dass diese sich mit allen Parteistandpunkten einlässlich auseinandersetzt und jedes einzelne Vorbringen ausdrücklich widerlegt (BGE 140 II 262 E. 6.2 S. 274; 137 II 266 E. 3.2 S. 270). Die Rügen der Klägerin 1 sind somit unbegründet. Die Beschwerde (Verfahren 4A\_116/2015) ist auch in diesem Punkt abzuweisen.

### **E. 7**

Im Zusammenhang mit den zugesprochenen Parteientschädigungen rügt die Beklagte eine Verletzung ihres rechtlichen Gehörs dadurch, dass die Vorinstanz nicht über ihren Antrag

befunden habe, wonach ihr die Parteientschädigung samt Mehrwertsteuerzusatz von 8 % zuzu- sprechen sei.

#### **E. 7.1**

Unterlässt eine Behörde die Prüfung eines Rechtsbegehrens, obwohl sie dazu verpflichtet wäre, begeht sie eine Rechtsverweigerung (Art. 29 Abs. 1 BV; vgl. Urteil 5A\_885/2014 vom 19. März 2015 E. 2.1 mit Hinweisen). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gilt im Grundsatz, dass über einen Antrag auf Parteientschädigung entschie- Seite 23

den wurde, auch wenn sich das Dispositiv eines Entscheides nicht darüber ausspricht. Von dieser Betrachtungsweise ist nur abzuwei- chen, wenn mit triftigen Gründen angenommen werden kann, das Ge- richt habe es tatsächlich unterlassen, über die Parteientschädigung zu entscheiden (BGE 114 Ia 332 E. 2 S. 333 f.; zuletzt bestätigt in Urteil 5A\_885/2014 vom 19. März 2015 E. 2.2). Selbst wenn ein Entschädi- gungsbegehren einer obsiegenden Partei ohne Begründung übergan- gen wurde, kann nicht ohne weiteres auf eine fälschliche Nichtbeurtei- lung des Antrags geschlossen werden. Nur wenn die Ablehnung des Entschädigungsbegehrens aufgrund der einschlägigen Verfahrensvor- schriften und der übrigen Umstände nicht oder nicht ohne weiteres verständlich ist, darf aus der fehlenden Begründung des Kostenent- scheidendes gefolgert werden, das Entschädigungsbegehren sei unbeur- teilt geblieben (BGE 114 Ia 332 E. 2 S. 334). Diese Grundsätze finden analog Anwendung, wenn nicht die Beurteilung des Antrags auf Partei- entschädigung an sich, sondern die Beurteilung des Antrags auf einen Mehrwertsteuerzusatz zu überprüfen ist.

#### **E. 7.2**

Bei Einreichung einer masslich begründeten Kostennote mit sepa- rat ausgewiesener Mehrwertsteuer rechtfertigt es sich grundsätzlich, dass die Parteientschädigung um diesen Mehrwertsteuerbetrag erhöht wird; anders verhält es sich, wenn eine Entschädigung in einem Ge- samtbetrag zugesprochen wird und die Mehrwertsteuer im Betrag pra- xisgemäss pauschal enthalten ist (BGE 125 V 201 E. 4b S. 202).

#### **E. 7.3**

Die Beklagte bringt vor, sie habe den Antrag auf einen Mehrwert- steuerzusatz in ihrer Klageantwort begründet und auf das Kreisschrei- ben des Obergerichts des Kantons Zürich über die Mehrwertsteuer vom 17. Mai 2006 hingewiesen. Danach sei der Mehrwertsteuerzusatz zuzusprechen, wenn – wie hier – die Gegenpartei dagegen nicht oppo- niere. Nach dem Kreisschreiben wäre auch eine Abweisung des An- trags in den Erwägungen zu den Entschädigungsfolgen zu vermerken.

#### **E. 7.4**

Vor diesem Hintergrund ist die Ablehnung des Antrags der Beklag- ten auf einen Mehrwertsteuerzusatz nicht ohne weiteres verständlich. Es ist daher davon auszugehen, dass dieser Antrag unbeurteilt geblie- ben ist. Damit hat die Vorinstanz das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt. Die Vorinstanz wird daher über diesen Antrag zu befinden und ihren Entscheid zu begründen haben.

#### **E. 8.1**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde der Kläger (Verfahren 4A\_116/2015) abzuweisen. Diesem Ausgang entsprechend werden Seite 24

die Kläger für das bundesgerichtliche Verfahren 4A\_116/2015 kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG; unter solidarischer Haftbarkeit und intern zu gleichen Teilen).

### **E. 8.2**

Die Beschwerde der Beklagten (Verfahren 4A\_118/2015) ist teilweise gutzuheissen und Dispositiv-Ziffern 1, 4, 6 und 7 des Urteils des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 12. Januar 2015 sind aufzuheben. Die Sache ist zur Ergänzung des Sachverhalts und neuer Entscheidung an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beklagte obsiegt mit ihrer Beschwerde nur teilweise. Sie unterliegt mit ihrem Antrag auf Abweisung der Klage; ihren Anteil der Ersatzpflicht wird die Vorinstanz noch zu bestimmen haben. Die Kosten für das bundesgerichtliche Verfahren 4A\_118/2015 sind den Parteien daher hälftig aufzuerlegen und die Parteikosten wettzuschlagen (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG). Seite 25

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