

# ZH\_HANDELSGERICHT HG120126 vom 23. November 2015

Zh Handelsgericht, 2015-11-23, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG120126](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG120126)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG120126 du 23 novembre 2015

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG120126 del 23 novembre 2015

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit Bereits mit Beschluss vom 30. November 2012 wurde die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts festgestellt; auf die entsprechende Erwägung kann verwiesen werden (act. 19 Ziff. 3.2.-3.5.).

- 8 -

#### E. 1.2

Klagevorbehalt Die Klägerin erhebt ausdrücklich eine Teilklage (act. 1 S. 10). Art. 86 ZPO erlaubt die Erhebung einer Teilklage, sofern ein Anspruch teilbar ist. Das ist hier offensichtlich der Fall. Eines Nachklagevorbehaltes bedarf es unter diesen Umständen nicht, zumal sich auch die materielle Rechtskraft des ergehenden Entscheides auf den beurteilten Sachverhalt bzw. Forderungsteil beschränkt.

#### E. 1.3

Streitgenossen Die Klägerin fasst die Beklagten als einfache Streitgenossen ins Recht. Jeder Streitgenosse kann den Prozess unabhängig vom anderen führen (Art. 71 Abs. 3 ZPO).

#### E. 1.4

Substantiierung Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO sind in die Klage die Tatsachenbehauptungen aufzunehmen. Die klagende Partei trifft nicht nur die Behauptungs-, sondern auch die Substantiierungslast. Die Tatsachen können daher nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substantiiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden; sie sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann (FREI/WILLISEGGER, in Basler Kommentar ZPO, Art. 221 N 26 ff.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 43). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt resp. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Richter – soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtsschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtsschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen (FREI/WILLISEGGER, a.a.O., N 27).

#### E. 1.5

Recht auf Beweis Die Beweislastregel von Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bun- desrechtlichen Zivilstreitigkeiten auch einen Anspruch darauf, zum Beweis der - 9 - behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zugelassen zu werden. Dies gewähr- leistet auch das Recht zum Gegenbeweis. Die beweispflichtige Partei hat indessen bloss dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Be- weisantrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozess- rechts entspricht. Gemäss Rechtsprechung ist dabei ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptung aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; vgl. ausführlich hierzu das Urteil des Bun- desgerichts 4A\_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4).

### **E. 1.6**

Verfahrensantrag der Beklagten betreffend Aktenedition Die Beklagten stellen eventualiter den Verfahrensantrag, es seien von der Kläge- rin sämtliche Verfahrensakten des Haftungsprozesses zu edieren und den Be- klagten nach Einsicht die Möglichkeit zur Stellungnahme und zu ergänzenden Beweisanträgen einzuräumen (act. 52 S. 2 sowie Rz. 7 und 138.2; act. 54 S. 2 Rz. 16). Da die Beklagten jedoch mit ihrem Hauptbegehren obsiegen bzw. die Klage abzuweisen ist (siehe dazu im Folgenden), ist der Verfahrensantrag nicht zu behandeln (vgl. insbesondere unten Erw. 3.5.4.4. sowie Erw. 3.5.8. i.f.).

### **E. 1.7**

Neue Vorbringen anlässlich der Hauptverhandlung Soweit die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung Ausführungen bestreitet, welche die Beklagten in ihren Duplikschriften neu vorgebracht haben, sind diese Bestreitungen – im Rahmen des unbedingten Replikrechts – uneingeschränkt zu berücksichtigen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind allerdings "ohne Verzug" vorzubringen (Art. 229 Abs. 1 ZPO Ingress), d.h. in der Tat unverzüglich und nicht etwa erst an der Hauptverhandlung (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 9). Für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel ist darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies gilt auch für neue Tatsachen und Beweismittel, die im Rahmen des Replikrechts

- 10 - vorgetragen werden (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 225 N 17; vgl. zum Ganzen auch die Erwägungen der Verfügungen vom 30. Oktober 2014 und 28. November 2014, act. 58 und 65). Auf allfällige neue Vorbringen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung oder Bestreitungen von in der Duplik neu vorgebrachten Umständen ist – soweit sich diese als relevant erweisen sollten – im entsprechenden Zusammenhang einzu- gehen.

## **E. 2**

Sachverhalt; Parteistandpunkte

### **E. 2.1**

Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin schloss am 10. Oktober bzw. 22. Dezember 2008 mit der Beklag- ten 1 eine "Directors' and Officers' Liability and Indemnification Insurance" zugunsten der Organe und leitenden Angestellten der Klägerin ab (act. 3/4). Im Umfang von 50% der Versicherungssumme von CHF 30 Mio. trat die Beklagte 2 als Versiche- rer auf (act. 3/4 Declarations Item 3 und Endorsement 1). Der Versicherungsver-

trag (nachfolgend VV) enthält nebst den Erklärungen zur Police ("Declarations to the Policy") und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ("General Conditions") sieben Endorsements, die integrierende Bestandteile der Police bilden (vgl. act. 3/4). Das erste Endorsement hält fest, dass die übrigen 50% der Versicherungssumme von CHF 30 Mio. durch die Beklagte 2 versichert werden (act. 1 Rz. 28 ff.; act. 9 Rz. 104; act. 12 Rz. 29 ff.). Am 19. November 2008 reichte die I.\_\_\_\_ Pharma Corporation ("I.\_\_\_\_") vor dem staatlichen kalifornischen Superior Court in San Mateo (nachfolgend "Superior Court") eine Klage ein, die sich gegen die Klägerin und gegen ihre Tochtergesellschaften A.\_\_\_\_ Pharmaceuticals Ltd., A.\_\_\_\_ Pharmaceuticals US Inc., A.\_\_\_\_ US Holding Company und K.\_\_\_\_, Inc. ("K.\_\_\_\_") sowie gegen nicht näher spezifizierte weitere Beklagte richtete (act. 3/7). Dieser "original complaint" wurde am 2. Juli 2009 durch eine überarbeitete Klage, den "second amended complaint", ersetzt, in welcher die drei leitenden Angestellten E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ als individuell Beklagte spezifiziert wurden (act. 3/8). Der Rechtsstreit bezog sich auf eine zwischen I.\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_ für den Wirkstoff L.\_\_\_\_ ab-

- 11 - geschlossene Lizenz- und Entwicklungsvereinbarung, die nach der Akquisition von K.\_\_\_\_ durch die Klägerin im Jahre 2007 sistiert wurde (act. 1 Rz. 37 ff.; act. 9 Rz. 106; act. 12 Rz. 36). Auf den Gegenstand der Klage und die konkret von I.\_\_\_\_ gegenüber den A.\_\_\_\_-Gesellschaften und den individuell Beklagten erhobenen Vorwürfe wird noch zurück zu kommen sein. Die Klägerin bzw. deren Versicherungsbroker M.\_\_\_\_ & Co. AG teilte den Beklagten mit Schreiben vom 29. Juli 2009 den Deckungsanspruch und die Mandatierung der Anwaltskanzlei J.\_\_\_\_ LLP mit (act. 3/21; 3/32). Die Beklagte 1 hielt mit Schreiben vom 22. April 2010 unter anderem folgendes fest (act. 3/33 S. 1): "For the reasons set forth below, B.\_\_\_\_ will agree to accept coverage for this matter as to Dr. E.\_\_\_\_, F.\_\_\_\_, and G.\_\_\_\_ under Directors' and Officers' Indemnification Coverage Insuring Clause 2, subject to a reservation of rights and the applicable Deductible. However, for the reasons discussed below, B.\_\_\_\_ respectfully declines to accept coverage for this matter as to A.\_\_\_\_ Ltd.; A.\_\_\_\_ Pharmaceuticals, Ltd.; A.\_\_\_\_ Pharmaceuticals US, Inc.; A.\_\_\_\_ US Holding Company; and K.\_\_\_\_, Inc." Weiter teilte die Beklagte 1 der Anwaltskanzlei J.\_\_\_\_ LLP mit Schreiben vom 3. Mai 2010 (act. 3/34) mit, ihre Zustimmung zur Mandatierung unterliege Beschränkungen bezüglich der maximalen Stundenhonorare, wobei sie auf ihre "Litigation Management Guidelines" verwies (act. 1 Rz. 48-60; act. 9 Rz. 78 und Rz. 111-114, act. 12 Rz. 55; act. 48 Rz. 199). Mit E-Mail vom 6. September 2010 teilte die Beklagte 1 der Klägerin mit, dass sie "vorläufig von einer Allokation in Höhe von 15% der für alle Beklagten insgesamt angefallenen Abwehrkosten nach Rechnungsprüfung durch unsere Gesellschaft" ausgehe (act. 3/35). In der Folge leistete die Beklagte 1 der Klägerin Zahlungen in der Höhe von USD 963'550.87 als Bevorschussung von Abwehrkosten für bis 28. Oktober 2010 in Rechnung gestellte Anwaltsdienstleistungen (vgl. act. 3/37-38). Die Beklagte 2 schloss sich am 21. Januar 2011 dem Standpunkt der Beklagten 1 insoweit an (act. 3/43) und überwies ebenfalls den Betrag von USD 963'550.87 an die Abwehrkosten (act. 1 Rz. 62-64; act. 9 Rz. 115 f.; act. 12 Rz. 57 f.). Die Beklagte 1 überwies am 27. Januar 2011, 28. März 2011 und 14. April 2011 weitere Zahlungen von USD 133'838.27, USD 105'280.75 und USD 156'150.57

- 12 - (act. 3/46-48). Die Beklagte 2 leistete keine weiteren Zahlungen (act. 1 Rz. 79; act. 9 Rz. 123; act. 12 Rz. 66). Nachdem am 29. April 2011 das "jury verdict" ergangen war (act.

3/50), stellten sich die Beklagten auf den Standpunkt, dass aufgrund von Ziff. 3.9 AVB keine Versicherungsdeckung gegeben sei und verweigerten weitere Leistungen (act. 1 Rz. 88; act. 9 Rz. 126; vgl. act. 3/51-53). Mit "Amended Final Judgment" vom 18. November 2011 hiess das erstinstanzliche Gericht die Klage von I. \_\_\_\_\_ gut und verurteilte die A. \_\_\_\_\_-Gesellschaften und die individuell Beklagten solidarisch zur Zahlung von USD 385'357'370.56; zusätzlich wurden die individuell Beklagten zur Bezahlung von "punitive damages" verpflichtet, nämlich E. \_\_\_\_\_ von USD 19'900'000 zuzüglich USD 1.02, F. \_\_\_\_\_ von USD 8'900'000 und G. \_\_\_\_\_ von USD 1'200'000. Ferner waren USD 3.06 wegen Verletzung der Vertraulichkeit und USD 337'301.29 als Prozesskosten- schädigung zu bezahlen (act. 1 Rz. 42; act. 9 Rz. 108; act. 12 Rz. 41; vgl. act. 3/14). Die A. \_\_\_\_\_-Gesellschaften und die individuell Beklagten reichten gegen diesen Entscheid Berufung beim Court of Appeal of the State of California (nach- folgend "Court of Appeal") ein, welche mit Urteil vom 18. Dezember 2013 abge- wiesen wurde (act. 49/20). Das Urteil erwuchs in Rechtskraft (act. 48 Rz. 49 f.).

## **E. 2.2**

Standpunkt der Klägerin Zum einen stellt sich die Klägerin auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen von Ziff. 3.9 AVB nicht erfüllt seien. Einerseits setze der Deckungsausschluss die Feststellung betrügerischen oder widerrechtlichen Verhaltens der versicherten Personen in einem endgültigen Urteil oder einer anderen endgültigen Entscheidung voraus. Andererseits bestreitet die Klägerin auch, dass die Feststellungen des kalifornischen Gerichts einen Haftungsausschluss begründeten, denn reine Vertragsverletzungen und Tätigkeiten in Ausübung von Organpflichten könnten a priori nicht zu einem Ausschluss gemäss Ziff. 3.9 AVB führen. Andernfalls wäre der D&O-Police der Anwendungsbereich entzogen (act. 1 S. 32 ff.; act. 48 S. 36 ff.).

- 13 - Zum anderen ist die Klägerin der Meinung, die Beklagten hätten ihre Zahlungen zu Unrecht unter Berufung auf interne Guidelines gekürzt. Die von "B. \_\_\_\_\_ ..." erlassenen Guidelines seien in der D&O-Police mit keinem Wort erwähnt und erst nachträglich nicht der Klägerin, sondern ausschliesslich der von ihr beauftragten Anwaltskanzlei zugesandt worden. Die Guidelines würden inhaltlich inakzeptable, sachfremde Erwartungen an die Verteidigung im Prozess enthalten, die mit der anwaltlichen Sorgfaltspflicht und dem Gebot zur unabhängigen Ausübung des Rechtsanwaltsberufs unvereinbar seien. Die Verbindlichkeit dieser Guidelines für die Klägerin werde bestritten (act. 1 S. 30 f.). Die Beklagte 1 habe die Rechnungen von J. \_\_\_\_\_ LLP für den Zeitraum vom 1. Dezember 2008 bis 31. Oktober 2010 sowie 1. Dezember 2010 bis 31. Januar 2011 bearbeitet und ungerechtfertigt gekürzt. Mit der vorliegenden Klage bean- sprucht die Klägerin den von der Beklagten 1 ausstehenden Fehlbetrag, den sie auf USD 351'652.20 resp. umgerechnet zu einem mittleren Wechselkurs von 1.0634 auf CHF 373'946.95 beziffert. Die Beklagte 2 habe für die Anwaltskosten des gleichen Zeitraums weniger Zahlungen geleistet, so dass sich der Fehlbetrag zu ihren Lasten auf USD 746'276.63 resp. CHF 794'276.63 belaufe (act. 1 S. 35, 56 ff.).

## **E. 2.3**

Standpunkt der Beklagten Die Beklagte 1 macht im Wesentlichen geltend, mit dem Vorliegen des Urteils des Superior Court greife der Deckungsausschluss gemäss Ziff. 3.9 der Police rück- wirkend für das gesamte Verfahren. E. \_\_\_\_\_, F. \_\_\_\_\_ und G. \_\_\_\_\_ seien wegen vorsätzlicher Verleitung zum Vertragsbruch und vorsätzlicher Störung einer künf-

tigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit in Millionenhöhe verurteilt worden und hätten nach den Feststellungen des Gerichts u.a. arglistig, durch Unterdrückung oder betrügerisch gehandelt. Selbst wenn der Ausschluss nicht greifen sollte, seien seitens der Beklagten 1 keine Nachzahlungen geschuldet. Die Klägerin setze sich mit den detaillierten Begründungen der Kürzungen nicht auseinander und lege nicht dar, weshalb Anwaltskosten zu bevorschussen wären, die vor Geltendmachung der Ansprüche gegen die individuell Beklagten angefallen sind. Zudem seien auch laut Police nur angemessene und notwendige Abwehrkosten vorzu-

- 14 - schiessen. Schliesslich könne mangels Einigung über die Allokation das Quantum der Bevorschussungen gar nicht festgelegt werden. Die Beklagte 1 rügt sodann verschiedene Fehler in der Berechnung des beanspruchten Betrags (act. 9 S. 5 ff.). Im Weiteren bringt sie vor, das Urteil des Superior Court sei durch den Court of Appeal vollumfänglich bestätigt worden, namentlich auch im Hinblick darauf, dass die individuell Beklagten "intentional" sowie "with malice, oppression or fraud" gehandelt hätten. Es seien daher alle Tatbestandsmerkmale des Deckungsausschlusses gemäss Ziff. 3.9 lit. a (i) VV erfüllt. Bei letzterem handle es sich im Übrigen nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten 1, sondern um einen Nachtrag, der auf Betreiben der M.\_\_\_\_\_ Consulting AG in die Police aufgenommen worden sei (act. 52 Rz. 8 ff.). Überdies sei auch nicht genügend dargelegt, dass der den Versicherungsanspruch auslösende Tatbestand von Ziff. 1.2 VV erfüllt sei (act. 52 Rz. 61 ff. und 103 ff.). Die Beklagte 2 ist zusammengefasst der Auffassung, die Parteien hätten in Ziff. 3.9 der Police einen klaren Deckungsausschluss für Ansprüche vereinbart, welche sich aus "any fraudulent act or omission or any intentional breach of law" ergeben. Nachdem das erstinstanzliche Urteil des Superior Courts ergangen sei, greife der Deckungsausschluss gemäss dieser Bestimmung. Dies gelte umso mehr, als nun ein letztinstanzliches Urteil vorliege. Es gehe darüber hinaus nicht an, dass die Klägerin dem letztinstanzlichen Urteil nun ihre eigene Sachdarstellung entgegenhalte und auf eine neue Beurteilung der Tat- und Rechtsfragen des bereits geführten Haftpflichtprozesses hinauswolle, was klar abzulehnen sei. Im Weiteren sei auch nicht erstellt, dass die Schadloshaltung von E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ durch die Klägerin erfolgt und nicht gesetzlich verboten sei. Überdies bestehe kein Anspruch auf Ersatz von nicht angemessenen und nicht notwendigen Auslagen (act. 12 Rz. 20 ff., act. 54 Rz. 1 ff.).

### **E. 3**

D&O-Versicherung

#### **E. 3.1**

Vertragsschluss

##### **E. 3.1.1**

Grundlagen

- 15 - Es ist unbestritten, dass Grundlage der Beziehungen der Parteien der VV bildet, der konkret eine "Directors' and Officers' Liability and Indemnification Insurance" oder Organhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) enthält. Dabei handelt es sich im Allgemeinen um eine Versicherung, die der versicherten Organperson Schutz bietet, wenn sie wegen einer im Rahmen der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung von einem Dritten für einen reinen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird (vgl. z.B. FREY/EISENRING, Schadenminderung in der

D&O-Versicherung, in: HAVE 2013 S. 208). Gegenstand des Versicherungsanspruchs ist in der Regel einerseits der sog. Befreiungsanspruch (Entschädigung begründeter Ansprüche) und andererseits der sog. Rechtsschutzanspruch (Abwehr unbegründeter Ansprüche). Deckung und Haftung sind getrennt zu betrachten. Deckung setzt einen gültigen Versicherungsvertrag voraus, welcher das konkrete Ereignis und die schädigenden Personen abdeckt. Deckung und Haftung ist nur dann gegeben, wenn die schädigende Person aus dem konkreten (gedeckten) Ereignis haftet.

### **E. 3.1.2**

Mitversicherung Unter den Parteien ist weiter unstreitig, dass es sich bei der durch die beiden Beklagten gewährten Versicherung um eine Mitversicherung handelt. Die Klägerin hält allerdings dafür, dass zwischen allen Parteien ein einheitliches Vertragsverhältnis und eine solidarische Haftung der beiden Beklagten ihr gegenüber bestünden (act. 1 Rz. 29; act. 48 Rz. 265-267). Die Beklagte 2 nimmt dagegen den Standpunkt ein, es bestünden zwischen der Klägerin und den Beklagten zwei eigenständige Versicherungsverträge und lediglich eine anteilmässige Haftung (act. 12 Rz. 21 und 29; act. 54 Rz. 238). Die Mitversicherung ist als solche nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Die rechtliche Einordnung und Bewertung der Beziehungen der an der Mitversicherung Beteiligten richtet sich daher nach den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Grundsätzlich ist beim Konzept der Mitversicherung davon auszugehen, dass sich mehrere Versicherer an einem Risiko einvernehmlich beteiligen, wobei jeder Versicherer aufgrund eines rechtlich selbständigen Vertrages zwischen ihm

- 16 - und dem Versicherungsnehmer einen prozentualen oder betragsmässig definierten Anteil der Versicherungssumme übernimmt. Zwischen den Mitversicherern besteht grundsätzlich keine Solidarität (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 18.2 und 18.13). Aus den Akten ergibt sich, dass das von der Beklagten 1 ausgestellte Policendokument unter Declarations Item 3 festhält: "Coinsurance Percentage: 50%" (act. 3/4 S. 1-3) und dass in Endorsement 1 betreffend "Co-Surety - Claims Cooperation" die Beklagte 2 als Mitversicherer genannt ist (act. 3/4 S. 18 f.). Die Beklagte 1 tritt danach als führender Versicherer ("Controlling Company") auf; beide Beklagten bestätigten die Versicherungssumme von je CHF 15 Mio. ("Underwritten for a LIMIT OF LIABILITY of CHF 15'000'000"). Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Klägerin und den Beklagten ist im Einklang mit dem ausgeführten Grundsatz davon auszugehen, dass durch den Abschluss des VV (einschliesslich seiner Endorsements) gleichlautende, aber separate und rechtlich an sich selbständige Verträge zwischen der Klägerin einerseits und den einzelnen Beklagten andererseits zustande gekommen sind. Eine ausdrückliche Regelung, welche auf ein einziges, einheitliches Vertragsverhältnis schliessen liesse, ist – soweit geltend gemacht – im VV nicht ersichtlich. Vielmehr lässt sich die Annahme einzelner Vertragsverhältnisse aus dem Wesensmerkmal der vereinbarten Mitversicherung ableiten, nach welcher die beteiligten Mitversicherer der Klägerin gegenüber nicht als Gesamtschuldner zur Verfügung stehen wollten, sondern als Teilschuldner in Höhe der festgelegten Beteiligungen. In diesem Sinne wurde auch in Ziff. 3. und 5. des Endorsement 1 ausdrücklich vorgeesehen, dass die Versicherer lediglich für ihre anteilmässige Beteiligung an den allozierten Schadenskosten haftbar sind (Ziff. 3. Endorsement 1 bzw. angepasste Ziff. 7.1 VV: "Each Company shall be liable only for such proportion of each Loss as the Limit of Liability underwritten by such Company, ..., bears to the Aggregate Limit Liability each Policy Period as stated in Item 2(A) of the

Declarations for this Policy. Each Company's maximum aggregate liability for all Loss on account of all Claims first made during the same Policy Period shall not exceed the amount underwritten by it." sowie Ziff. 5. Endorsement 1: "The Companies shall be liable for their proportionate share of allocated loss

- 17 - expense incurred by the Controlling Company ..."; act. 12 Rz. 29 i.V.m. act. 3/4 S. 18 f.). Die anteilmässige Haftung bedingt zwar nicht notwendigerweise auch die Annahme von mehreren Vertragsverhältnissen, aber es ist darin das Bestreben der Mitversicherer erkennbar, im Aussenverhältnis zur Klägerin – im Grundsatz und unter Vorbehalt der für eine Mitversicherung typischen Führungsklausel (vgl. Endorsement 1 Ziff. 5.) – jeweils selbständige Vertragsparteien darzustellen und unabhängig voneinander über ihren jeweiligen Deckungsanteil verfügen zu können. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Führungsklausel in Abs. 2 zwar vorsieht, der führende Versicherer solle die unter dieser Police gestellten Ansprüche für die anderen Versicherer untersuchen, regulieren und begleichen ("The Controlling Company shall investigate, adjust and settle all Claims arising under this Policy on behalf of all Companies."). Allerdings darf er bindende Zugeständnisse für die Mitversicherer in Bezug auf ihre gezeichneten Anteile nur mit ihrer schriftlichen Zustimmung machen ("However, the Controlling Company shall not settle any Claim which is considered binding on behalf of each Company individually for their proportion of any Loss, without the prior written consent of each Company, ..."). Auch hat die versicherte Person ihr gegenüber gestellte Drittanprüche allen Versicherern gleichermassen anzuzeigen (Ziff. 4. Endorsement 1 bzw. angepasste Ziff. 9.1 VV). Aus der koordinativen Führung des Versicherungsverhältnisses durch die Beklagte 1 als führendem Versicherer ist nach dem Ausgeführten nicht zu folgern, es handle sich vom Grundsatz her bereits um ein einziges Versicherungsvertragsverhältnis zwischen den Beteiligten. Schliesslich ändert auch der Umstand, dass lediglich eine Vertragsurkunde unterzeichnet und die Beteiligung der Beklagten in einem Endorsement geregelt wurde, nichts am rechtlichen Bestehen von separaten Versicherungsverhältnissen zwischen der Klägerin einerseits und den beiden Versicherern andererseits (vgl. zum Ganzen auch NEBEL, Rechtliche Aspekte der Mitversicherung, SVZ 63 (1995) 9/10, S. 284 f.; SCHALOSKE, Das Vertretungsrecht der sogenannten offenen Mitversicherung, VersR 2007, S. 606 ff., Ziff. II.1.; DREHER/LANGE, Die Mitversicherung, VersR 2005, S. 717 ff., Ziff. III.2.; BRINKER/SCHÄDLE, Risikostreuung durch Mitversicherung (I), Rechte und Pflichten des führenden Versicherers, Versicherungswirtschaft 2003, S. 1318 ff., Ziff. II.). Die Klägerin fasst denn auch die beiden Beklagten zwar als

- 18 - Streitgenossen, jedoch nicht solidarisch, sondern je für gesonderte Ansprüche ins Recht.

### **E. 3.2**

Anwendbares Recht Die Parteien haben den VV schweizerischem Recht unterstellt (vgl. act. 3/4 S. 17, General Conditions Ziff. 23). Ziff. 23.1 hält Folgendes fest: Notwithstanding that the liability of Insured Persons will be determined by the laws and before the courts of the jurisdiction applicable in the circumstances, this Policy shall be governed by and construed exclusively in accordance with Swiss law, including but not limited to, the Swiss Federal Law on Insurance Policies of 1908.

### **E. 3.3**

Behauptungs- und Beweislast Der Versicherungsnehmer (bzw. Anspruchsberechtigte) hat das Bestehen eines Versicherungsvertrags, den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang des Anspruchs zu beweisen. Der Versicherer trägt die Beweislast für Tatsachen, die ihn zu einer Kürzung oder Verweigerung der vertraglichen Leistung berechtigen oder die den Versicherungsvertrag gegenüber dem Anspruchsberechtigten un- verbindlich machen (BGE 130 III 321 E. 3.1).

### **E. 3.4**

Deckungsanspruch

#### **E. 3.4.1**

Versicherungsnehmerin Es ist unbestritten, dass die Klägerin als "Policyholder" Versicherungsnehmerin im D&O-Versicherungsverhältnis ist. Ihr und allfälligen Konzerngesellschaften ("any Subsidiary") kommt im VV auch die Bezeichnung "Organization" zu (act. 3/4 S. 7, General Conditions Ziff. 2.11).

#### **E. 3.4.2**

Versicherte Personen Die Beklagten stellen ebenfalls nicht in Abrede, dass E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_ in ihrer jeweiligen Eigenschaft als CEO und Verwaltungsrat, Chief Scientific Officer und Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung resp. Leiter der Aktivitäten der Klägerin in den USA sowie der Abteilung Business Development grund-

- 19 - sätzlich unter der D&O-Versicherung versichert sind ("Insured Person"; vgl. act. 3/4 S. 6 General Conditions Ziff. 2.8).

#### **E. 3.4.3**

Anspruchsgrundlage Die Klägerin erhebt die vorliegende Klage in eigenem Namen. Ein direkter Anspruch gegen die Beklagten steht ihr indessen nur unter den Voraussetzungen von Ziff. 1.2 VV zu, die wie folgt lautet: Directors' and Officers' Indemnification Coverage Insuring Clause 2 The Company shall pay, on behalf of the Organization, Loss for which the Organization grants indemnification to an Insured Person, as permitted or not prohibited by law, and which the Insured Person becomes legally obligated to pay on account of any Claim first made against the Insured Person, individually or otherwise, during the Policy Period (.....) for a Wrongful Act committed, attempted, or allegedly committed or attempted by such Insured Person (...). Laut Ziff. 2.22 VV sind unter "Wrongful Acts" zu verstehen: Wrongful Act means any wrongful act or omission, error, misstatement, misleading statement, neglect, or breach of duty committed, attempted, or allegedly committed or attempted, by an Insured Person, individually or otherwise, in their Insured Capacity, or any matter claimed against them solely by reason of their serving in such Insured Capacity.

##### **E. 3.4.3.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin äussert sich in der Klageschrift nicht näher zu dieser Thematik (vgl. act. 1 S. 14) und begnügt sich mit der Behauptung, die Beklagten hätten die grundsätzliche Deckung unter Clause 2 anerkannt (act. 1 S. 22 f.) und sie (die Klägerin) habe die individuell Beklagten schadlos gehalten (act. 1 S. 41). Die Beklagte 2 rügt in der Klageantwort die ungenügende Substantiierung und bestreitet – wie auch die Beklagte 1 – die Zulässigkeit einer allfälligen Schadloshaltung (act. 9 S. 22 f. und 41 f., act. 12 S. 15).

- 20 - In der Replik führt die Klägerin aus, sie habe die Kosten des US-Verfahrens gestützt auf ihre "Global Corporate Policy and Procedure on Indemnification" (nachfolgend

"Indemnification Policy") tatsächlich vorgeschossen. Sie führt die Daten und Beträge der behaupteten Zahlungen im Einzelnen an und verweist dazu auf diverse Check- und Banküberweisungen (act. 48 S. 32 f.). Sie bzw. ihre Tochtergesellschaften hätten auch das Urteil in seiner Gesamtheit erfüllt; "sämtliche Beträge" (gemeint wohl die daraus erwachsenden Ansprüche der Tochtergesellschaften gegenüber den Beklagten) seien an die Klägerin abgetreten worden. Am 7. Mai 2014 habe der Verwaltungsrat der Klägerin die definitive Übernahme der Verfahrenskosten, der Kosten für die Bezahlung der den individuell Beklagten auferlegten "punitive damages" sowie der Kosten für die Bezahlung der Verpflichtungen aus dem Urteil beschlossen, wobei sich dieser Beschluss auf eine unabhängige Untersuchung der Vorgänge um die Akquisition von K.\_\_\_\_\_ durch die Kanzlei N.\_\_\_\_\_ LLP gestützt habe (act. 48 S. 34 f.). Da von den individuell Beklagten kein schweizerischer Haftungstatbestand erfüllt worden sei, sei die Klägerin allemal berechtigt gewesen, diese schadlos zu halten (act. 48 S. 62 f.; 67 und 72). Die Beklagte 1 weist darauf hin, dass nach klägerischer Sachdarstellung die Kosten für die gegen die individuell Beklagten geführten Verfahren durch Konzerngesellschaften der Klägerin vorgeschossen worden seien. Gemäss deren Indemnification Policy habe die Schadloshaltung allerdings durch die Gesellschaft zu erfolgen, in welcher die schadlos zu haltende Person Verwaltungsrat, Sekretär des Verwaltungsrates oder Mitglied des Senior Managements sei. Da zur Funktion von E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ in den Konzerngesellschaften sowie auch zu den Schadloshaltungsbeschlüssen der Letzteren jegliche Behauptung fehle, sei ein diesen allfällig erwachsender Versicherungsanspruch, der im Weiteren infolge eines vertraglichen Abtretungsverbots auch nicht hätte an die Klägerin abgetreten werden können, nicht genügend dargelegt. Der von der Klägerin behauptete, eigene Verwaltungsratsbeschluss vom 7. Mai 2014 betreffend Schadloshaltung werde bestritten und sei weder belegt noch rechtlich zulässig gewesen. Die klägerische Indemnification Policy halte nämlich auch fest, dass eine Schadloshaltung zu verweigern sei, wenn das zuständige Gericht eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung durch das fragliche Organ unter dem anwendbaren

- 21 - Recht festgestellt habe. Dies sei allerdings vorliegend geschehen. Das von der Klägerin behauptete gutgläubige Handeln der individuell Beklagten, welches durch die interne Untersuchung ermittelt worden sei, werde bestritten (act. 52 Rz. 61 ff. und 103 ff., 146, 188). Die Beklagte 2 vertritt dieselbe Argumentation und betont, dass eine Schadloshaltung der individuell Beklagten nicht nur gegen die klägerische Indemnification Policy verstosse, sondern auch gegen schweizerisches Recht, weshalb eine solche Schadloshaltung im Rahmen von Ziff. 1.2 VV nicht zu beachten wäre. Zudem sei eine Schadloshaltung durch die Klägerin selbst nicht ausgewiesen. Die Zahlungen seien durch die Konzerngesellschaften erfolgt und allfällige interne Vorgänge betreffend diese blieben völlig im Dunkeln. Eine definitive Übernahme der Kosten am 7. Mai 2014 durch den klägerischen Verwaltungsrat sei ungenügend substantiiert, da insbesondere nicht behauptet werde, die Konzerngesellschaften, welche die Zahlung geleistet hätten, hätten entsprechende Beschlüsse gefasst (act. 54 Rz. 148-167).

#### **E. 3.4.3.2**

"company reimbursement"-Klausel Bei Ziff. 1.2 VV handelt es sich um eine sog. "company reimbursement"- oder "Firmenenthaltungserstattungs"-Klausel (vgl. HALLER, Organhaftung und Versicherung, Zürich 2008, N 631 ff.). Gemeint ist eine Klausel, die es der Versicherungsnehmerin erlaubt, diejenigen Kosten und Schadenersatzzahlungen,

welche sie gegenüber einer Organperson aufgrund einer (z.B.) vertraglichen Schadloshaltungserklärung (engl. "indemnification") im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage erbringen musste, durch die Versicherung zurückerstattet zu erhalten. Es ist umstritten, ob eine Freistellungsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und der Organperson nach schweizerischem Recht zulässig oder (zumindest bei schwerem Verschulden) widerrechtlich und nichtig ist (vgl. u.a. HALLER, a.a.O., N 632 mit Hinweisen). Im Besonderen zu beachten ist hier, dass es um die Schadloshaltung gegenüber Ansprüchen geht, die von Dritten (I.\_\_\_\_\_) gegen die individuell Beklagten erhoben wurden, und nicht etwa nur von der Klägerin selbst oder ihren Aktionären oder Gläubigern. Auch derartige Ansprüche fallen unstreitig unter die Versicherungsdeckung (Ziff. 1.2 i.V.m. 2.22, wonach mit "Wrongful Act" jedes durch den Versicherten begangene Verhalten in seiner "In-

- 22 - sured Capacity" oder jede ihm gegenüber "solely by reason of their serving in such insured capacity" geltend gemachte Angelegenheit gemeint ist).

### **E. 3.4.3.3**

Zulässigkeit der Schadloshaltung? Den Beklagten ist darin beizupflichten, dass die Klägerin den von ihr geltend gemachten Versicherungsanspruch nicht aus einer Abtretung eines solchen durch die Konzerngesellschaften, welche die fraglichen Verfahrenskosten vorgeschossen haben (A.\_\_\_\_\_  
Pharmaceuticals US, Inc., A.\_\_\_\_\_  
Pharmaceuticals Ltd. und A.\_\_\_\_\_  
US Holding Company), herleiten kann. Zum einen ist durch das blosses Leisten von Vorschusszahlungen noch keine genügende Aussage getroffen, ob die individuell Beklagten von den Konzerngesellschaften schadlos gehalten wurden. Zudem wurde die Grundlage für eine solche Schadloshaltung nach der von der Klägerin selbst eingereichten Indemnification Policy, nämlich die Funktion der individuell Beklagten bei den Konzerngesellschaften, in der Tat nicht dargelegt. Zum anderen stünde einer Abtretung das in Ziff. 20.2 VV vorgesehene Abtretungsverbot entgegen, das der Klägerin auch unter Beachtung von Art. 164 Abs. 2 OR entgegenzuhalten wäre. Die entscheidende Frage ist vorliegend vielmehr, ob der Klägerin ein Anspruch auf Versicherungsleistung unmittelbar aus dem VV erwachsen ist. Dafür ist gemäss Ziff. 1.2 VV zunächst erforderlich, dass die "Organization" der versicherten Person Schadloshaltung gewährt ("grants indemnification to an Insured Person"), was überdies auch rechtlich erlaubt sein muss ("as permitted or not prohibited by law"). Mit "Organization" sind gemäss Ziff. 2.11 VV der Versicherungsnehmer bzw. die Klägerin (vgl. Ziff. 2.13 i.V.m. S. 2 Item 1 VV) und/oder deren Konzerngesellschaften gemeint. Wie bereits ausgeführt, ist in blossen Vorschusszahlungen der Konzerngesellschaften allein noch keine Schadloshaltung zu sehen. Nun ist jedoch behauptet, dass die Klägerin am 7. Mai 2014 die definitive Übernahme der Verfahrenskosten beschlossen habe. Die Beklagte 2 weist zwar darauf hin, dass jegliche Ausführungen der Klägerin dazu fehlen, wie diese behauptete Kostenübernahme intern gegenüber den Konzerngesellschaften umgesetzt wurde, welche die Kosten vorgeschossen haben (act. 54 Rz. 163 und 165). Es ist jedoch ebenso wenig ausgewiesen, dass dies erforderlich wäre, um das fragliche Tatbestands-

- 23 - merkmal von Ziff. 1.2 VV zu erfüllen. Dort scheint die "Organization" vielmehr als Einheit aufgefasst worden zu sein, weshalb es allenfalls auch genügt, wenn die fraglichen Leistungen von den Konzerngesellschaften – wenn auch in Form eines Vorschusses – erbracht werden und die Klägerin darauf die definitive Übernahme beschliesst. Die interne Abrechnung muss bei dieser einheitlichen Betrachtungsweise nicht ausschlaggebend sein.

Diese Frage kann jedoch letztendlich offen bleiben, da der Tatbestand von Ziff. 1.2 VV bereits aus einem anderen Grunde nicht erfüllt ist. Ginge man nämlich von einer erfolgten Schadloshaltung aus, stellte sich als nächstes die Frage, ob diese rechtlich erlaubt gewesen wäre. Dafür – jedenfalls soweit eine (definitive) Schadloshaltung durch die Klägerin angenommen würde – wäre die schweizerische Rechtsauffassung massgebend. Dies folgt aus der grundsätzlichen Unterstellung des VV unter das schweizerische Recht (Ziff. 23; siehe dazu oben Erw. 3.2.) und dem Umstand, dass es sich bei der Klägerin um eine in der Schweiz domizilierte Gesellschaft handelt, auf deren interne Beziehungen und Haftung aus Verletzung gesellschaftsrechtlicher Vorschriften nach Art. 154 f. IPRG das Inkorporationsstatut zur Anwendung kommt (vgl. BSK IPRG- EBERHARD/VON PLANTA, Art. 155 N 14 ff.). Im schweizerischen Recht, insbesondere im OR, fehlt eine gesetzliche Ordnung, die die Zulässigkeit von Vereinbarungen über die Freistellung von Schadenersatzansprüchen Dritter regelt (DAENIKER, Kann eine schweizerische Publikumsgesellschaft ihre Organe von Verantwortlichkeitsansprüchen schadlos halten?, GesKR 2009 378, 382). Für eine Schadloshaltung in Bezug auf Prozesskosten ist mit HALLER (a.a.O., N 635 f.) zu verlangen, dass diese weder widerrechtlich noch sittenwidrig ist, was dann anzunehmen wäre, wenn die Organperson bewusst gegen die Interessen der Gesellschaft gehandelt oder vorsätzlich gesetzliche Vorschriften missachtet hätte. Diese Überlegungen sollen auch dann Geltung beanspruchen, wenn es um die Anspruchserhebung eines Dritten und nicht der Gesellschaft geht (vgl. BSK OR II- GERICKE/WALLER, Art. 754 N 52, sowie – für den Fall des Bestehens eines Auftragsverhältnisses zwischen Organ und Gesellschaft – auch DAENIKER, a.a.O., 386 f.).

- 24 - Dass das durch die individuell Beklagten mit ihrem Handeln unmittelbar verfolgte Ziel nicht im Interesse der Gesellschaft gelegen hätte, ist nicht geltend gemacht worden. Vielmehr geht der auf die Feststellungen der Urteile des Superior Court und des Court of Appeal abgestützte Vorwurf dahin, die individuell Beklagten hätten mit ihrem (widerrechtlichen) Verhalten beabsichtigt, durch eine Einstellung der Entwicklung des Wirkstoffs L.\_\_\_\_\_ Konkurrenz für das klägerische Medikament O.\_\_\_\_\_ zu beseitigen (vgl. act. 52 Rz. 43 ff. und act. 54 Rz. 26 ff.). Es ist nahe liegend, dass eine Beseitigung von Konkurrenz grundsätzlich einer Verbesserung der klägerischen Marktsituation hätte dienen sollen. Nun kann allerdings nicht im wohlverstandenen Interesse der Klägerin gelegen haben, dass dieses Ziel (bewusst) mittels widerrechtlicher Verhaltensweisen verfolgt wird, zumal ein solches Vorgehen erhebliche Schadenersatz- oder Strafzahlungen der Klägerin zur Folge haben kann. Daneben ist ohnehin auch das vorsätzliche Missachten von gesetzlichen Vorschriften als solches von der Schadloshaltung ausgenommen. Hier fragt sich nun, ob sich dieser Ausschluss auf das Missachten von Vorschriften des schweizerischen Rechts beschränkt, oder ob er auch den Verstoss gegen ausländische Vorschriften einschliesst. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass es die Missachtung der jeweiligen im Ausland anwendbaren Rechtsordnung ist, welche durch entsprechende Sanktionierung der dort zuständigen Gerichte allfällige negative Konsequenzen für die Gesellschaft nach sich zieht. Auch wenn ein Verhalten nicht als widerrechtlich nach schweizerischer Rechtsauffassung zu beurteilen wäre, verstösst es dennoch gegen die Interessen der Gesellschaft, wenn es sich des Mittels eines vorsätzlichen Verstosses gegen eine ausländische Rechtsordnung, der die Gesellschaft faktisch oder rechtlich untersteht, bedient. Eine Schadloshaltung ist nach dieser Auffassung bei vorsätzlicher Verletzung der Rechtsordnung, auf welche sich die Haftbarkeit stützt, von vornherein nicht möglich, selbst wenn die Gesellschaft einen anderen Beschluss fassen

würde. Damit korrespondiert im Übrigen auch die unbestritten gebliebene interne Regelung der Klägerin in ihrer Indemnification Policy, die unter Section 1 vorsieht, dass die Klägerin sich einerseits das Recht vorbehält, auf ihren Entscheid betreffend Schadloshaltung zurückzukommen, und dass andererseits vorgeschossene Kosten nicht zu entschädigen sind, wenn ein zuständiges Gericht den Entschädigungsbe-

- 25 - rechtigten für ein Tun oder Unterlassen haftbar erklärt, das eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung seiner Pflichten unter dem anwendbaren Recht oder unter seinem Arbeitsvertrag darstellt (act. 52 Rz. 63; vgl. act. 49/22 S. 4 Ziff. 13.2). Nur nebenbei sei hier bemerkt, dass die Indemnification Policy an die Haftbarkeitserklärung durch ein zuständiges Gericht und nicht an eigene Erhebungen der Klägerin (vgl. act. 48 Rz. 73 f.) anknüpft. In Bezug auf das anwendbare Recht macht hier einzig eine Deutung Sinn, nach welcher es sich dabei um dasjenige Recht handelt, welches durch das eingangs erwähnte Gericht, das über die Haftbarkeit des Entschädigungsberechtigten entscheidet, angewendet wird. Dies wird aber regelmässig das ausländische Recht sein. Auch in Ziff. 23.1 VV wird ausgeführt, dass die Haftbarkeit nach dem Recht und vor den Gerichten der Rechtsordnung festgestellt wird, die in den jeweiligen Umständen anwendbar ist. Soweit die klägerische Indemnification Policy also auf eine vorsätzliche Rechtsverletzung nach dem jeweils anwendbaren Recht abstellt, meint sie offenbar das im Einzelfall für die Bestimmung der Haftbarkeit anwendbare Recht. Insoweit stimmt sie mit der schweizerischen Rechtsauffassung, wie sie weiter oben erwo-gen wurde, grundsätzlich überein und es kommt durch sie auch ein entsprechen-des Interesse der Gesellschaft zum Ausdruck. Es ist nach dem Ausgeführten davon auszugehen, dass eine Schadloshaltung dann als nach schweizerischer Rechtsauffassung unerlaubt ("permitted or not prohibited by law") anzusehen ist, wenn die individuell Beklagten vorsätzlich gesetzliche Vorschriften, die im US-Bundesstaat Kalifornien anwendbar sind, missachtet haben. Eine unerlaubte Schadloshaltung würde bedeuten, dass der Tatbestand von Ziff. 1.2 VV nicht erfüllt ist, weshalb ein entsprechender Versicherungsanspruch der "Organization" bzw. der Klägerin entfielen. Bevor jedoch festgestellt wird, ob die individuell Beklagten auf sie anwendbare, US-amerikanische Rechtsvorschriften missachten haben (unten Erw. 3.6.3.7. ff. und Erw. 3.7.2.), ist der Inhalt einer zweiten, von den Parteien thematisierten Bestimmung zu ermitteln, die auf Rechtsverletzungen durch die individuell Beklagten Bezug nimmt und einem Versicherungsanspruch entgegen stehen kann. Es handelt sich um den Deckungsausschluss nach Endorsement 2 i.V.m. Ziff. 3.9 VV.

- 26 -

### **E. 3.5**

Deckungsausschluss

#### **E. 3.5.1**

Wortlaut Die Beklagten berufen sich auf den Deckungsausschluss gemäss Ziff. 3.9 VV. Die Bestimmung lautet in der gemäss Endorsement 2 (Combined Enhancements) ge-änderten Fassung: (The Company shall not be liable for Loss on account of any Claim:)

#### **E. 3.5.2**

Zeitpunkt der Geltendmachung Die Kontroverse der Parteien bezog sich im Rahmen des ersten Schriftenwechsels vorab auf die Frage, ob mit dem Entscheid des Superior Court vom 18. August 2011 ein "judgment or other final adjudication" im Sinne dieser

Bestimmung vorlag, welches die Beklagten bereits zur Geltendmachung des Ausschlusses berechneten würde. Nachdem nunmehr eine rechtskräftige Entscheidung der kalifornischen Gerichte vorliegt, steht nicht mehr im Vordergrund, ob sich die Beklagten im jetzigen Zeitpunkt auf den Deckungsausschluss gemäss Ziff. 3.9 VV berufen dürfen, sondern ob der Ausschluss in der konkreten Konstellation greift (siehe dazu unten Erw. 3.6.3.).

### **E. 3.5.3**

**Parteistandpunkte** Die Klägerin bestreitet, dass die individuell Beklagten betrügerische Handlungen begangen oder sich anderweitig widerrechtlich verhalten hätten (act. 1 S. 43). Sie ist weiter der Meinung, dass die Feststellungen des kalifornischen Gerichts keinen

- 27 - Haftungsausschluss begründen würden, denn reine Vertragsverletzungen und Tätigkeiten in Ausübung von Organpflichten könnten a priori nicht zu einem Ausschluss von der Versicherungsdeckung führen; andernfalls wäre der D&O-Police der Anwendungsbereich entzogen (act. 1 S. 52). Auch "punitive damages" seien unter der Police gedeckt (act. 48 S. 36); nur ein absichtliches widerrechtliches Verhalten würde die Deckung ausschliessen, wobei die individuell Beklagten keinen Schweizer Haftungstatbestand erfüllt hätten (act. 48 S. 42 ff.). Sodann stimme der im ausländischen Urteil erstellte Sachverhalt nicht mit der Wirklichkeit überein (act. 48 S. 14 ff.; 46 ff.). Die Beklagten halten fest, E.\_\_\_\_\_, F.\_\_\_\_\_ und G.\_\_\_\_\_ seien wegen vorsätzlicher Verleitung eines Dritten zum Vertragsbruch ("intentional interference with contract") und vorsätzlicher Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit ("intentional interference with prospective economic relationship") verurteilt worden, welche arglistig, durch Unterdrückung oder betrügerisch ("with malice, oppression or fraud") bzw. durch Lug und Trug ("with trickery and deceit") begangen worden seien. Dabei handle es sich zweifellos um vorsätzliche widerrechtliche Handlungen und nicht um reine Vertragsverletzungen. Zwischen den individuell Beklagten und I.\_\_\_\_\_ habe gar kein Vertrag bestanden, den sie hätten verletzen können (act. 9 S. 15; act. 12 S. 36 ff.). Die entsprechenden Feststellungen des Superior Court hätten sich auch im Berufungsverfahren vor dem Court of Appeal bestätigt (act. 52 S. 27 ff.; act. 54 S. 13 ff.).

### **E. 3.5.4**

Auslegung

#### **E. 3.5.4.1**

**Rechtsgrundlage** Die Klägerin findet, es bestimme sich nach schweizerischem Recht, ob ein betrügerisches oder widerrechtliches Verhalten im Sinne von Ziff. 3.9 VV vorliege (act. 1 S. 42; 48 S. 36 ff.). Die Beklagten widersprechen dieser Auffassung; Ziel der Police sei es, die Haftpflicht der versicherten Personen aus der Tätigkeit als Organe oder leitende Angestellte weltweit nach dem jeweils anwendbaren Landesrecht zu versichern, was in Ziff. 23.1 der Police ausdrücklich festgehalten werde. Somit müsse sich auch die Frage, ob diese Haftpflicht auf einer betrügerischen

- 28 - oder vorsätzlichen widerrechtlichen Handlung beruhe, nach dem auf den relevanten Sachverhalt anwendbaren Recht beurteilen (act. 9 S. 15 f.; act. 12 S. 41). Wie eingangs erwähnt (oben Erw. 3.2) untersteht die Police schweizerischem Recht. Die Ermittlung des Vertragsinhalts und die Vertragsauslegung hat folglich den im Schweizer Recht entwickelten Regeln zu folgen. Wie in Ziff. 23.1 VV ausdrücklich festgehalten, ist die

Haftung der versicherten Personen jedoch nach dem lokalen Recht zu beurteilen. Das bedeutet, dass der Versicherungsvertrag selbst und damit die Frage, was mit einer bestimmten Klausel gemeint war bzw. wie sie zu verstehen ist, nach schweizerischem Recht, die Handlungen der Organpersonen und deren Haftung hingegen (gegebenenfalls) nach ausländischem Recht festzustellen und zu beurteilen sind. Hernach ist zu fragen, ob die konkrete nach dem ausländischen Recht festgestellte Handlung unter die in der Police enthaltenen Begriffe subsumiert werden kann. Konkret ist somit im Rahmen der Vertragsauslegung zu ermitteln, was nach der Police als "Fraud" oder "Intentional Breach of Law" gilt; in einem zweiten Schritt ist sodann zu prüfen, ob die im massgeblichen Entscheid der kalifornischen Gerichte festgestellten Handlungen der individuell Beklagten unter den Begriff subsumiert werden können.

#### **E. 3.5.4.2**

**Grundlagen der Vertragsauslegung** Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien

- 29 - eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 131 III 611, BGE 132 III 632, BGE 119 II 372 [betr. einen Versicherungsvertrag]; statt vieler GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008. N 1200 f.). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste (GAUCH ET AL., a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.). Diese allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung gelten auch für die Auslegung von Versicherungsvertragsbestimmungen (vgl. BGE 115 II 264, 268; BSK-STOESSEL, Vorb. zu Art. 1-3 VVG N 22 ff.; KUHN, in: Koller [Hg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2001, 11). Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Das Gericht orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngehalt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.). Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH ET AL.,

Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1209 m.H.a. BGE 113 II 438 und BGE 131 III 612). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der klare, entscheidende Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen

- 30 - anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.). Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzubersichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

#### **E. 3.5.4.3**

Konkretes Vorgehen Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH ET AL., a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 123). Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder tragen die Beklagten die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis. Das Bundesgericht hat diese Art der Vorgehensweise geschützt (Urteil des Bundesgerichts 4A\_683/2011 vom 6. März 2012, E. 5.1 f.).

#### **E. 3.5.4.4**

"Prozessuale Wahrheit" Die Klägerin legt in der Replik den für das US-Verfahren massgeblichen Sachverhalt ergänzend dar (act. 48 S. 8 ff.); sie ist der Meinung, nicht die vom US-Gericht ermittelte prozessuale, sondern die von ihr dargelegte wahre Sachlage sei für die Beurteilung der Versicherungsdeckung zu beachten. Die Beklagten müssten substantiiert vortragen, inwiefern sich jeder der individuell Beklagten nach schweizerischer Rechtsauffassung absichtlich widerrechtlich verhalten habe. Es genüge nicht, pauschal auf das ausländische Urteil zu verweisen, das nach anderer Rechtsauffassung zur Haftung der versicherten Person geführt habe. Zwar bestehe die Funktion von Ziff. 3.9 VV darin, den Beklagten eine Beweiserleichterung zu gewähren, indem sie auf materiell rechtskräftige ausländische Urteile im Sinne einer widerlegbaren Vermutung der darin enthaltenen Tatsachen abstellen dürften. Der Klägerin stehe aber der Beweis offen, dass sich die versicherten Personen nicht absichtlich widerrechtlich verhalten haben bzw. dass die "prozessuale Wahrheit" nicht mit der Wirklichkeit übereinstimme. Die individuell Beklagten hätten keinen Schweizer Haftungstatbestand erfüllt, und auch in den amerikanischen Urteilen sei kein Verhalten festgestellt worden, das nach schweizerischer

Rechtsauffassung absichtlich widerrechtlich wäre (act. 48 S. 46). Die Beklagten halten dafür, dass angesichts der abschliessend beurteilten Handlungen der individuell Beklagten für eine eigene Sachverhaltserstellung der Klägerin gemäss Ziff. 3.9 VV kein Raum verbleibe. Die für die Beurteilung des Verhaltens der individuell Beklagten zuständigen Gerichte in den USA hätten rechtskräftig festgestellt, dass diese Personen vorsätzlich, arglistig und betrügerisch gehandelt hätten. Zudem sei die von der Klägerin präsentierte eigene Wirklichkeit in vielen Punkten falsch und in sich widersprüchlich. Für die Bejahung des Deckungsausschlusses müsse lediglich ein "judgment or other final adjudication" vorliegen, in dem "any fraudulent act or omission or any intentional breach of law" einer versicherten Person festgestellt wurde. Beides sei gegeben. Eine Überprüfung des Handelns der individuell Beklagten durch das Handelsgericht habe nicht mehr stattzufinden (act. 52 Rz. 13 f.; act. 54 Rz. 19 ff.). Der klägerischen Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass bereits der Wortlaut von Ziff. 3.9 VV den Ausschluss an die Feststellungen eines Betrugs oder einer Rechtsverletzung in einem Urteil oder anderen Endentscheid knüpft ("if there is a finding of such fraud or breach in a judgment or other final adjudication"). Dass dies nur gelten solle, wenn diese dem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen gegenüber der Versicherung nicht widerlegt werden, ist der Police

- 32 - in keiner Weise zu entnehmen; es wäre mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu vereinbaren, wenn über das Vorliegen der Haftung der versicherten Personen aus "fraud or breach" im Verfahren mit der Versicherung erneut vorfrageweise zu entscheiden wäre. Hinzu kommt, dass die individuell Beklagten von den kalifornischen Gerichten für ein bestimmtes Verhalten haftbar erklärt und zu Schadenersatz resp. Strafschadenersatz verurteilt wurden. Entsprechend ist ihnen "loss" (nebst Schadenersatz auch Anwaltskosten und Parteientschädigung) entstanden, für welchen sie wiederum bei den Beklagten Deckung suchen. Es wäre widersinnig, wenn für die Frage der Deckung von einem anderen Verhalten der individuell Beklagten auszugehen wäre, als gerichtlich in Bezug auf die Haftung festgestellt. Wie bereits ausgeführt, wird in der Haftpflichtversicherung gemeinhin zwischen der Entschädigung begründeter Ansprüche und der Abwehr unbegründeter Ansprüche unterschieden. Eine Befreiung von "unbegründeten Ansprüchen" ist in diesem System nicht vorgesehen. Es wäre denn auch widersprüchlich, dem Versicherten im Haftpflichtversicherungsvertrag die Möglichkeit einzuräumen, im Deckungsprozess einen Befreiungsanspruch (einschliesslich des Ersatzes der Anwaltskosten und allfälliger Parteientschädigungen) geltend zu machen, dem ein – nach Beurteilung des Gerichts im Haftungsprozess – "begründeter Anspruch" eines Dritten zugrunde liegen muss, und ihm zuzuerkennen, sich im selben Deckungsprozess in Bezug auf die Ausschlussgründe darauf zu berufen, der Drittanspruch sei nach wahren Sachverhalt oder richtiger Rechtsanwendung unbegründet. Der vorliegend in Frage stehende Deckungsausschluss zielt u.a. darauf ab, dass für bestimmte (unerwünschte) Verhaltensweisen, die Ansprüche von Dritten begründen, kein Befreiungsanspruch bestehen soll. Um diesen Zweck zu erreichen, muss der Deckungsausschluss aber auch am Verhalten, so wie es den Drittanspruch begründet hat, gemessen werden. Ansonsten würde sich insofern eine Lücke auf tun, als im Deckungsprozess ein Befreiungsanspruch gestützt auf einen Sachverhalt und eine rechtliche Beurteilung entstehen kann, die dem Haftpflichtigen aber nicht gleichzeitig auch entgegengehalten werden könnten. Auch aus Sicht des Versicherten würde es nicht überzeugen, wenn ihm gegenüber im

- 33 - Haftungsprozess ein Anspruch bejaht würde, und die Versicherung im Deckungsprozess einen anderen Sachverhalt oder eine andere Würdigung des anwendbaren Rechts vorbringen könnte, nach welchem der Drittanspruch ein unbegründeter sei, und daher kein Befreiungsanspruch bestehe. In diesem Sinne haben sich die Beklagten auch zur Befreiung verpflichtet, soweit die versicherte Person wegen einer Anspruchsstellung für das Begehen eines "Wrongful Act" rechtlich zur Zahlung verpflichtet wird, ohne dass es darauf ankäme, ob die Versicherung das als "Wrongful Act" einzustufende Verhalten für tatsächlich gegeben oder rechtlich begründet erachtet (Ziff. 1.2 VV: "which the Insured Person becomes legally obligated to pay on account of any Claim first made against the Insured Person, ..., for a Wrongful Act committed, attempted, or allegedly committed or attempted by such Insured Person"). Wenn der Sachverhalt und die rechtliche Würdigung aber für die Frage der Begründetheit des Drittanspruchs im Haftungs- und Deckungsprozess die gleichen sein müssen, dann hat dies auch zu gelten, soweit diese für einen allfälligen, daran anknüpfenden Haftungsausschluss entscheidend sind, der selbstredend auch auf die Deckung von Abwehrkosten durchschlägt. Dass sich ein Haftungsausschluss auch auf die Zugabe einer versicherten Person, absichtlich einen Rechtsbruch begangen zu haben, stützen kann (vgl. act. 48 Rz. 117), vermag an den dargestellten Überlegungen nichts zu ändern. Grundlage für die Frage der Deckung kann deshalb nichts anderes sein, als das, was die kalifornischen Gerichte beurteilt haben. Die Ausführungen der Klägerin zu einem davon abweichenden Sachverhalt (vgl. act. 48 Rz. 116 ff.) bleiben unbeachtlich. Aus diesem Grunde erübrigt es sich überdies von vornherein, auf die von den Beklagten eventualiter gestellten Verfahrensanträge auf Edition sämtlicher Verfahrensakten des Haftungsprozesses (act. 52 S. 2 sowie Rz. 7 und 138.2; act. 54 S. 2 sowie Rz. 16) einzugehen. Zu entscheiden ist nur, ob der von den kalifornischen Gerichten festgestellte Sachverhalt und die als erfüllt betrachteten Tatbestände des US-amerikanischen Rechts nach einer dem schweizerischen Recht folgenden Auslegung des Vertrages unter die Begriffe "Fraud" und "Intentional Breach of Law" subsumiert werden können oder eben nicht.

#### **E. 3.5.4.5**

##### **Wirklicher Vertragswille und Individualabrede**

- 34 - Die Klägerin behauptet ausdrücklich keinen übereinstimmenden wirklichen Willen mit Bezug auf das Verständnis von Ziff. 3.9 VV (act. 1 Rz. 126 f.; vgl. auch act. 48 Rz. 250 und 320). Sie macht jedoch geltend, sie und die Beklagten hätten die Standardbedingungen der D&O-Police durch individuelle Endorsements ergänzt bzw. abgeändert, wobei Endorsement 2 ausdrücklich als "Enhancement" und damit als Verbesserung/Erweiterung der Versicherungsdeckung deklariert worden sei (act. 1 S. 45). In der Replik hält sie sodann fest, die Bestimmung sei nicht individuell vereinbart worden. Vertreten durch ihren Versicherungsbroker M. \_\_\_\_\_ & Co. AG habe sie lediglich zwischen einigen vorformulierten Varianten auswählen können; auch nach Darstellung der Beklagten handle es sich um einen "üblichen" Ausschluss, mithin also um eine von verschiedenen auf dem Markt erhältlichen Standardklauseln (act. 48 Rz. 104 f.). Die Beklagten halten demgegenüber dafür, die Parteien hätten eine spezifische Anpassung von Ziff. 3.9 ausgehandelt (act. 9 Rz. 22 f., Rz. 39; act. 12 Rz. 28). Sie sind auch der Ansicht, es liege ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien tatsächlich vor, der unmissverständlich durch den Wortlaut der Police wiedergegeben werde (act. 12 Rz. 7 und Rz. 31; act. 52 Rz. 81 ff.; act. 54 Rz. 181 f.). Die Parteien sind sich einig, dass das Vertragsverhältnis

einschliesslich der oben wiedergegebenen Ziffer 3.9. VV zustande gekommen ist; streitig ist hingegen, ob bei der (objektivierten) Auslegung dieser Bestimmung der Grundsatz "in dubio contra stipulatorem" zu beachten sei. Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind grundsätzlich nach den gleichen Regeln auszulegen wie individuell verfasste Vertragsklauseln. So erfolgt denn auch bei den allgemeinen Versicherungsbedingungen die Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens nach dem Vertrauensgrundsatz. Schliesslich und subsidiär müssen mehrdeutige Klauseln nach der Unklarheitsregel gegen den Versicherer als deren Verfasser ausgelegt werden (BGE 122 III 118 E. 2.a mit Hinweis). Zu beachten ist dabei auch Art. 33 VVG, wonach der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst.

- 35 - Vorliegend ist demnach nur dann von Bedeutung, ob die Parteien Ziffer 3.9 individuell ausgehandelt oder aus verschiedenen vorformulierten Klauseln ausgewählt haben, wenn die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt.

#### **E. 3.5.4.6**

"any fraudulent act or omission or any intentional breach of law" Der Vertrag ist in Englisch abgefasst. Für seine Auslegung in der Gerichtssprache Deutsch (Art. 48 KV und Art. 129 ZPO) ist die Bedeutung des Wortlautes massgeblich. In deutscher Übersetzung lautet der Titel von Ziff. 3.9 VV ("Fraud / Intentional Breach of Law / Personal Profit") etwa "Betrug / absichtliche oder vorsätzliche Rechtsverletzung oder widerrechtliche Handlung / persönlicher Profit oder Gewinn oder Nutzen". Der Text von Ziff. 3.9 lit. a ("any fraudulent act or omission or any intentional breach of law") kann als "eine betrügerische Handlung oder Unterlassung oder eine vorsätzliche Rechtsverletzung" ins Deutsche übertragen werden. Zunächst kann gefragt werden, was unter "betrügerisch" zu verstehen ist. Hierbei kommt in erster Linie ein Verhalten in Betracht, welches den Straftatbestand von Art. 146 StGB des schweizerischen Rechts erfüllt. Bestraft wird danach, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt. Ein Betrug im schweizerischen Rechtssinn setzt dieses genau bestimmte und im Übrigen durch die strafrechtliche Lehre und Praxis eingegrenzte Verhalten voraus. Es erscheint allerdings auch möglich, "fraudulent" in einem weiteren Sinne zu verstehen, wonach nicht die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von Art. 146 StGB erfüllt sein müssen, sondern auch ein Verhalten darunter fällt, das diesen unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nahekommt, beispielsweise ein besonderes täuschendes Verhalten, oder ein Verhalten, das einen vergleichbaren Tatbestand nach ausländischem Recht erfüllt bzw. vom erkennenden lokalen Gericht als betrügerisch eingestuft wurde. Dies muss hier allerdings nicht abschliessend entschieden werden, da die zweite Alternative bedeutend weiter gefasst ist.

- 36 - In dieser zweiten Alternative von Ziff. 3.9 lit. a (i) VV geht es um jedwede vorsätzlich begangene Rechtsverletzung ("any intentional breach of law"). Hier stellt sich nun die Frage, ob es dabei lediglich auf eine Verletzung von schweizerischem Recht ankommt oder ob (auch) die Verletzung des jeweils für die Haftungsfrage anwendbaren lokalen Rechts gemeint ist. Der Begriff allein bestimmt die Rechtsordnung, um deren Verletzung es geht, nicht näher. Damit umfasst er grundsätzlich auch das im Haftungsprozess zur Anwendung

kommende Recht. Allerdings darf dieser offenen Formulierung nicht zu viel Gewicht beigemessen werden, ist doch auch klar, dass mit der Rechtsverletzung nicht eine beliebige Jurisdiktion, die mit dem konkreten Fall nichts zu tun hat, gemeint sein kann. Der Begriff ist vielmehr durch weitere Auslegung einzugrenzen, und es fragt sich, ob diese Eingrenzung darin besteht, dass nur die Verletzung von schweizerischem Recht darunter fällt, oder ob auch das jeweils im Haftungsprozess anzuwendende Recht massgebend ist. Dazu ist der Blick vorerst auf den Wortlaut der gesamten Bestimmung und deren Systematik zu richten. Es ist nämlich vorgesehen, dass die fragliche Rechtsverletzung relevant wird, sofern eine solche in einem Urteil (oder einem anderem Endentscheid) festgestellt bzw. auf eine solche erkannt wurde (Ziff. 3.9 VV: "any intentional breach of law [...] (i) if there is a finding of such [...] breach in a judgment or other final adjudication."; Hervorhebungen hinzugefügt). "Such [...] breach" bezieht sich eindeutig auf den in der Aufzählung (lit. a) erwähnten "breach of law". Beim "judgment", das eine solche Rechtsverletzung feststellt, kann es sich vernünftigerweise nur um dasjenige des lokalen Haftungsprozesses handeln, und dessen Erkenntnis kann sich nur auf das angewendete Recht beziehen, wobei es sich dabei regelmässig um das lokale handeln wird. Dies spricht klar dafür, dass es sich bei der fraglichen Rechtsverletzung (zumindest auch) um eine Verletzung des Rechts handelt, das vom über die Haftungsfrage entscheidenden Gericht zur Anwendung gebracht wird. Dem steht auch Ziff. 23.1 VV nicht entgegen, der festhält, dass sich die Police – im Unterschied zu der sich nach dem jeweils lokal anwendbarem Recht richten-

- 37 - den Haftungsfrage – nach schweizerischem Recht richtet (siehe oben Erw. 3.2.). Auch in einem nach schweizerischem Recht zustande gekommenen und nur diesem unterstehenden Vertrag kann eine Rechtsfolge ohne Weiteres an eine Verletzung von ausländischem Recht geknüpft werden. Wird überdies die Rechtsfolge davon abhängig gemacht, dass die Rechtsverletzung durch ein ausländisches Gerichtsurteil festgestellt wurde, kann überdies die Deckungsfrage entschieden werden, ohne selber ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen. Es ist lediglich zu prüfen, ob (nach schweizerischem Verständnis) eine solche Rechtsverletzung festgestellt wurde. Der im Vertrag verwendete Begriff der Rechtsverletzung muss m.a.W. nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht unbedingt nur eine Verletzung von schweizerischem Recht bedeuten. Ob dabei die einleitende Konjunktion von Ziff. 23.1 VV "notwithstanding that" mit "obwohl" oder beispielsweise "ungeachtet dessen" übersetzt wird, ändert am Ausgeführten nichts (vgl. act. 48 Rz. 82 ff.; act. 52 Rz. 100 f.; act. 54 Rz. 175 ff.). In systematischer Hinsicht bringt die Klägerin zudem vor, die beklagte Auffassung, der "intentional breach of law" bezöge sich auf eine Verletzung US-amerikanischem Rechts, bringe einen unauflösbaren Widerspruch zwischen Ziff. 2.10 und Ziff. 3.9 VV mit sich. Einerseits könnten amerikanische "punitive damages" im Haftungsprozess überhaupt nur zugesprochen werden, wenn vorsätzlich gehandelt worden sei und gleichzeitig besondere subjektive Tatbestandsmerkmale betreffend die Motivationslage erfüllt seien. Andererseits gehörten solche "punitive damages" aber ausdrücklich nach Ziff. 2.10 VV zu den gedeckten Schäden. Dies ergebe aber keinen Sinn, wenn Ziff. 3.9 VV so zu verstehen sei, dass ohnehin jede nach amerikanischem Recht festgestellte, vorsätzliche Rechtsverletzung von der Deckung ausgeschlossen sei (act. 48 Rz. 76 f.). Dies vermag – worauf auch die Beklagten hinweisen (act. 52 Rz. 98 ff.; act. 54 Rz. 168-173) – nicht zu überzeugen. Das Aufführen von "punitive damages" unter den möglichen Schadenspositionen würde in Anbetracht der weltweit gültigen Police – selbst bei Zutreffen der klägerischen Vorbringen

zu den Voraussetzungen nach US- amerikanischem Recht – erst dann seinen allfälligen Anwendungsbereich einbü- sen, wenn auch nach anderen Rechtsordnungen das Anordnen von "punitive da-

- 38 - mages" ohne vorsätzliches Handeln nicht in Betracht käme, wozu von der Klägerin nichts ausgeführt wurde. Zudem erscheint es auch angesichts der von der Be- klagten 2 angeführten Fundstellen (act. 54 Rz. 172 i.V.m. act. 55/5-7) als ohne Weiteres ausgewiesen, dass ebenfalls in bestimmten Gliedstaaten der USA "puni- tive damages" für nichtvorsätzliches Verhalten ausgesprochen werden können. Die- se differenzierten Vorbringen wurden von der Klägerin überdies anlässlich der Hauptverhandlung zwar mit dem (erneuten) pauschalen Hinweis, das Ausspre- chen von "punitive damages" setze nach "amerikanischem Recht" bewusstes, ab- sichtlich und verwerfliches Verhalten voraus, in Abrede gestellt, jedoch wurden sie nicht substantiiert bestritten (Prot. S. 35 f.). Auch insoweit verbleibt dem Ersatz von "punitive damages" ein gewisser Anwendungsbereich und die Klägerin kann nichts aus dem geltend gemachten Widerspruch zwischen den Ziff. 2.10 und Ziff. 3.9 VV für sich ableiten. Das durch den Wortlaut und die Systematik gewonnene Auslegungsergebnis wird auch durch Überlegungen zum Sinn und Zweck von Ziff. 3.9 VV bestätigt. De- ckungsausschlüsse sind ein Instrument zur Risikobegrenzung. Verhaltensbezo- gene Ausschlüsse sollen die Haftung des Versicherers insofern beschränken, als durch bestimmte Verhaltensweisen des Versicherungsnehmers herbeigeführte Versicherungsfälle von der Deckung ausgeschlossen sind (MONN, Von ausge- schlossenen Verhaltensweisen im Privatversicherungsrecht, HAVE 2008, 93 ff.). Bei der Veranlassung eines Urteilsspruches wegen vorsätzlicher Begehung einer Rechtsverletzung handelt es sich um einen solchen verhaltensbezogenen De- ckungsausschluss. Die versicherte Grundgefahr der Haftpflichtversicherung be- steht in der anspruchsbegründenden Handlung oder Unterlassung. Die Folgege- fahren bilden (für den Rechtsschutzanspruch) die Anspruchstellung durch einen Dritten, die den Bedarf nach Rechtsschutz auslöst, und (für den Befreiungsan- spruch) die Feststellung der Haftung des Versicherten, die ihn zur Leistung von Schadenersatz an den Anspruchsteller verpflichtet (vgl. FUHRER, a.a.O., S. 462). Beide massgebenden Gefahren setzen an dem Recht an, das im Einzelnen auf den Drittanpruch anwendbar ist. Beispielsweise wird der anspruchserhebende Dritte das Verhalten des Versicherten nicht an Bestimmungen einer Rechtsord- nung messen, die im Einzelfall nicht zur Anwendung kommen, und auch eine

- 39 - Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz wird sich nicht darauf stützen. Soll nun der Deckungsausschluss seine Funktion der Risikobegrenzung wirksam erfül- len, dann wird auch er an den Gefahrenmomenten, d.h. auch an der (lo- kal)rechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Versicherten, anknüpfen. Andern- falls stünde einer vorsätzlichen Verletzung des jeweils anwendbaren (lokalen) Rechts, die zu Aufwendungen führt, keine entsprechende versicherungsvertragli- che Sanktionierung gegenüber, solange die Rechtsverletzung nicht auch einen Haftungstatbestand nach schweizerischem Recht erfüllt. Letzteres ist aber wiede- rum für die Verwirklichung der Gefahr bzw. die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz vor Ort unbeachtlich. Auch wenn es nicht ausgeschlossen ist, eine Regelung zu vereinbaren, die lediglich auf die (hypothetische) Verletzung von schweizerischem Recht abstellt, erscheint sie doch als wenig zweckmässig. Viel- mehr ist für die Beurteilung, ob eine deckungsausschliessende Rechtsverletzung vorliegt, die im Haftungsprozess angewendete Rechtsordnung massgeblich. Vor demselben Hintergrund ist es im Übrigen auch geboten, auf den vom lokalen Ge- richt im Haftungsprozess

festgestellten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung abzustellen (siehe dazu bereits oben Erw. 3.5.4.4.). Im Weiteren kann die Klägerin aus ihrem – bestrittenen – Vorbringen, Ziff. 3.9 VV ersetze vorliegend das dispositive Recht aus Art. 14 Abs. 1 VVG (act. 48 Rz. 92 ff.; act. 52 Rz. 147.5; act. 54 Rz. 184 ff. i.V.m. act. 12 Rz. 119 ff.), in diesem Zusammenhang nichts für sich ableiten. So oder anders ist Ziff. 3.9 VV zur Anwendung zu bringen und der dem Begriff der Rechtsverletzung beizumessende Bedeutungsgehalt wäre nicht einschränkender zu beurteilen, sollte mit der fraglichen Regelung das dispositive Recht ersetzt worden sein. Dies erscheint allerdings ohnehin als eher zweifelhaft, da es sich bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des befürchteten Ereignisses nicht unbedingt auch um eine vorsätzliche Rechtsverletzung handeln muss. Es wäre aber nur mit besonderen Anhaltspunkten davon auszugehen, die Beklagten hätten in Abweichung vom dispositiven Recht eine Deckung zusichern wollen für Fälle, in denen das befürchtete Ereignis vorsätzlich herbeigeführt wird, aber allenfalls keine Rechtsverletzung darstellt. Darüber hinaus wurde in Ziff. 23.2 VV Art. 14 Abs. 2 VVG ausdrücklich wegbedungen (vgl. ferner auch Endorsement No. 4 Ziff. 23.4-6 VV, act. 3/4 S. 26), wäh-

- 40 - rend eine entsprechende Regelung in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 VVG fehlt. Folgte man der klägerischen Ansicht, könnte ein Versicherter eine vorsätzliche Verletzung ausländischen Rechts begehen, deren Kostenfolgen dann von der Haftpflichtversicherung zu übernehmen wären, solange im fraglichen Verhalten nicht auch in der Schweiz eine Rechtsverletzung zu sehen wäre. Gerade die Meinung, Ziff. 3.9 VV habe einen Ersatz von Art. 14 Abs. 1 VVG darstellen sollen, liesse es zumindest als naheliegender erscheinen, dass es sich bei "intentional breach of law" um eine vorsätzliche Verletzung (auch) vom konkret in der Haftungsfrage anwendbaren Recht handelt. Denn in Letzterer liegt das befürchtete Ereignis, das vorsätzlich herbeigeführt würde, und nicht in einer allfälligen Verletzung schweizerischen Rechts. Der ferner vorgebrachte Schluss der Beklagten 2, der Begriff des "intentional breach of law" müsse mit Blick auf die in Ziff. 2.22 VV vorgesehene Definition des "Wrongful Act" auch jede haftungsbegründende vorsätzliche Falschinformation und Irreführung ("misstatement, misleading statement") oder jede haftungsbegründende vorsätzliche Pflichtwidrigkeit "breach of duty" erfassen (act. 54 Rz. 193.3-4), ist nicht zwingend. Um solches zu erreichen, hätte man auch direkt die vorsätzliche Begehung eines "Wrongful Act" von der Deckung ausnehmen können. Dies hat man aber nur für vorsätzliche Rechtsverletzungen angeordnet. Damit ist noch nichts darüber gesagt, inwieweit sich diese Begriffe überschneiden, auch wenn aus Wertungsgesichtspunkten eine weitreichende Überschneidung durchaus naheliegen sollte. Gerade wenn mangels Wegbedingung auch noch Art. 14 Abs. 1 VVG gilt, wovon die Beklagten ausgehen (act. 52 Rz. 147.5; act. 54 Rz. 184 ff. i.V.m. act. 12 Rz. 119 ff.) und was – wie oben dargelegt – auch anzunehmen ist, könnte dieser in Fällen der vorsätzlichen Begehung eines "Wrongful Act" eingreifen, der nicht gleichzeitig auch als Rechtsverletzung gewertet würde. Betrachtet man zudem das Zustandekommen von Ziff. 3.9 VV, ist unstreitig, dass zunächst eine andere Version dieser Bestimmung im Vertrag vorgesehen war. Nach dieser wären Ansprüche von der Deckung ausgenommen worden: based upon, arising from, or in consequence of:

- 41 - a) any fraudulent act or omission or any intentional breach of law by such Insured Person. However, the Company shall advance on a current basis Defense Costs on account of such Claim until there is a finding of such fraud or breach in (i) a judgment or (ii) any judicial administrative or alternative dispute resolution proceeding or (iii) any settlement or

if such Insured Person admits such fraud or breach; or b) [...] Diese Formulierung sei dann durch die geltende Version ersetzt worden, wobei es sich gemäss Endorsement No. 2 um "Combined Enhancements" gehandelt habe. Daraus schliesst die Klägerin, es sei damit eine Verbesserung bzw. Erweiterung der Versicherungsdeckung gegenüber der ursprünglichen Version bezweckt worden (act. 1 Rz. 138 ff.; act. 9 Rz. 144, act. 12 Rz. 105 f.; act. 48 Rz. 104 ff.; act. 52 Rz. 147.9 und act. 54 Rz. 198 ff.). Ungeachtet der damit erreichten Änderungen in Bezug auf eine allfällige Bevorschussung und des Knüpfens des Ausschlusses an das Vorliegen eines endgültigen Entscheids oder Endentscheides (siehe zu dieser Kontroverse unten Erw. 3.5.6.), hat der Begriff des "intentional breach of law" keine ersichtlichen Änderungen erfahren. Auch hier wird der zunächst genannte Terminus Rechtsverletzung wieder aufgenommen und zwar im zweiten Satz betreffend Bevorschussung ("until there is a finding of such [...] breach"). Es tritt allerdings auch in dieser Formulierung klar zutage, dass der Rechtsverstoß ein vom im Haftungsprozess zuständigen Gericht bzw. einer zuständigen Behörde nach dem anwendbaren Recht festgestellt sein muss, wird doch auch bereits das Ende einer allfälligen Bevorschusspflicht daran geknüpft. In der dann vereinbarten Version von Ziff. 3.9 VV wird dieser Umstand sogar zum generellen Tatbestandsmerkmal eines Deckungsausschlusses erhoben, indem der einleitend unter lit. a aufgeführte Tatbestand ("any intentional breach of law") in Form eines Konditionalsatzes spezifiziert wird ("if there is a finding of such [...] breach in a judgment or other final adjudication"). Nach den angestellten Überlegungen kann festgehalten werden, dass sich die in Ziff. 3.9 VV genannte Rechtsverletzung auf diejenige Rechtsordnung bezieht, die für die Haftungsfrage ausschlaggebend ist und die vom Gericht im Haftungsprozess angewendet wurde. Stellt dieses Gericht eine (vorsätzliche) Verletzung des anwendbaren Rechts in einem die Anforderung erfüllenden Urteil oder Endent-

- 42 - scheid fest, ist der Deckungsausschluss erfüllt. Die (objektivierte) Auslegung kommt damit auch zu einem eindeutigen Ergebnis. Für eine allfällige Anwendung der Unklarheitsregel bzw. Art. 33 VVG verbleibt von vornherein kein Raum (siehe dazu auch oben Erw. 3.5.4.5.) und es ist nicht abzuklären, inwiefern es sich bei Ziff. 3.9 VV um eine individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung handelt. Allerdings ist anzumerken, dass der Klägerin in jedem Falle der Umstand anzurechnen wäre, dass sie den Vertrag, inkl. Endorsements, unbestrittenermassen über einen Broker (M.\_\_\_\_\_ Consulting Inc.) abgeschlossen hat, dessen Auftreten und Fachwissen ihr zuzurechnen wäre. Dies wäre auch bei der Abklärung eines übereinstimmenden wirklichen Willens zu beachten, den die Klägerin allerdings gerade nicht vorbringt (act. 1 Rz. 126 f.; vgl. auch act. 48 Rz. 250 und 320). Die entsprechenden Behauptungen der Beklagten (act. 12 Rz. 7; act. 52 Rz. 81 ff.; act. 54 Rz. 181 f.) wirken sich im Ergebnis nicht aus, da sie sich mit dem Auslegungsergebnis decken. Schliesslich ist noch zu klären, wie der im VV verwendete Begriff "intentional" nach schweizerischem Rechtsverständnis auszulegen ist, um beurteilen zu können, ob die Feststellungen des Gerichtes im Haftungsprozess darunter zu subsumieren sind. Die Klägerin findet, eine Deckung sei nur ausgeschlossen, wenn die versicherte Person die Rechtsverletzung direkt gewollt und mit dem Bewusstsein gehandelt habe, dass sie die Rechtsverletzung mit ihrem Verhalten herbeiführen werde (act. 48 Rz. 96 ff.); entsprechend hält sie einen Deckungsausschluss nur für gegeben, wenn die individuell Beklagten mit der Absicht gehandelt hätten, eine Schutznorm zu verletzen und I.\_\_\_\_\_ einen Schaden zuzufügen (act. 48 Rz. 103). Die Beklagten halten dafür, mit der gewählten Formulierung sei der Eventualvorsatz nicht ausgeschlossen worden (act. 52 Rz. 147.3 ff.;

act. 54 Rz. 187 ff.) "Intentional" bedeutet nach seinem allgemeinen Wortsinn sowohl "absichtlich" als auch "bewusst" oder "vorsätzlich" (nach <<http://dict.leo.org/ende/?search=intentional&cboSprachen=ende>>, besucht am 23. November 2015). Hingegen er- scheint die bloss Inkaufnahme durch diesen Terminus nicht mehr als gedeckt.

- 43 - Bezieht man den juristisch-fachlichen Sinngehalt mit ein, ist festzustellen, dass zwar der Vorsatzbegriff des allgemeinen Zivilrechts den Eventualvorsatz beinhal- tet, jedoch – ausgehend von dem in der Spezialbestimmung Art. 14 Abs. 1 VVG vorgesehenen Begriff der Absicht – im Bereich der versicherungsrechtlichen Aus- schlusstatbestände unter Vorsatz sowohl Absicht als auch der direkte Vorsatz, nicht hingegen der Eventualvorsatz zu verstehen ist, soweit es die Police nicht anders bestimmt (zum Ganzen HALLER, a.a.O., N 597 m.w.H.). Direkter Vorsatz bedeutet wiederum, dass sich der Handelnde des durch seine Handlung ausge- lösten möglichen Kausalablaufes bewusst ist und den Handlungserfolg will. In der Haftpflichtversicherung muss sich zudem die Absicht bloss auf die Zufügung ei- nes Drittschadens, nicht auch auf die Begründung eines Haftpflichtanspruches er- strecken (vgl. BSK VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 14 N 14). Auch wenn sich ge- mäss Ziff. 3.9 VV der Vorsatz auf die Rechtsverletzung bezieht, kann dies nicht bedeuten, dass Unkenntnis des anwendbaren Rechts den Handelnden schützen würde. Alles andere würde einer Prämierung der Rechtsblindheit gleichkommen und wäre vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 2 OR auch als unzulässig einzu- stufen (vgl. HALLER, a.a.O., N 600). Mithin ist – zusammenfassend – nach dem mutmasslichen Willen der Parteien für den Ausschluss Absicht oder direkter Vor- satz zu verlangen, wobei sich das Wissen und Wollen auf den ausgelösten mögli- chen Kausalablauf und den Handlungserfolg beziehen muss. Soweit die Beklagten eine davon abweichende wirkliche Willensübereinkunft der Parteien zu behaupten suchen (act. 12 Rz. 7; act. 52 Rz. 81 ff.; act. 54 Rz. 181 f.), erübrigen sich Weiterungen, da der Einschluss eines allfälligen Even- tualvorsatzes für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht massgeblich ist.

### **E. 3.5.5**

Feststellungen der kalifornischen Gerichte Die (zivilrechtliche) Verurteilung der individuell Beklagten durch den Superior Court erfolgte wegen vorsätzlicher Verleitung eines Dritten zum Vertragsbruch ("intentional interference with contract"/"intentional interference with the L.\_\_\_\_\_ Contract") und vorsätzlicher Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammen- arbeit ("intentional interference with prospective economic relationship"). Das Urteil gründete auf verschiedenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Ju-

- 44 - ry. Insbesondere ging diese davon aus, dass die individuell Beklagten vorsätzlich störend in den Lizenzvertrag zwischen K.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ betreffend den Wirk- stoff L.\_\_\_\_\_ und in die Abwicklung des künftigen wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ eingegriffen haben. Dabei wurde für die vorsätz- lich störenden Eingriffe unter anderem vorausgesetzt, dass den individuell Be- klagten der Bestand eines Vertrages zwischen I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_ bzw. eines wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen diesen beiden bekannt war und sie die Absicht verfolgten, die Erfüllung des Vertrages bzw. das wirtschaftliche Verhältnis zu stören. Ebenso wurde festgehalten, dass sie bei ihren vorsätzlichen, störenden Eingriffen mit Böswilligkeit, Nötigung oder betrügerisch ("with malice, oppression or fraud") und darüber hinaus arglistig ("with trickery and deceit") gehandelt haben. Zu- dem wurde bejaht, dass der individuell Beklagte E.\_\_\_\_\_ den amerikanischen Tatbestand des Vertrauensbruchs ("Breach of Confidence") erfüllt hat (act. 9 Rz. 21, 48, 57 ff.; act. 12 Rz. 40, 78.2 f.; act. 48 Rz. 154, 182, 185 f., 281,

304; act. 52 Rz. 44-51 und act. 54 Rz. 28-33; vgl. act. 3/11). Dieser Urteilsspruch wurde daraufhin angefochten und vom Court of Appeal voll- umfänglich bestätigt. Letzterer hielt insbesondere fest, dass die "Tortious Interference with the License Agreement" die folgenden Tatbestandsmerkmale voraussetze: das Vorliegen eines gültigen Vertrags zwischen I.\_\_\_\_\_ und K.\_\_\_\_\_; Kenntnis der individuell Beklagten vom Vertrag; absichtliche Handlungen der individuell Beklagten, um eine Vertragsverletzung oder Störung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen; eine tatsächliche Verletzung oder Störung des Vertrags und einen Schaden bei I.\_\_\_\_\_. Namentlich haben die individuell Beklagten laut Ausführungen im Urteil als (faktische) Organe der Klägerin darauf hingewirkt, K.\_\_\_\_\_ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach der Übernahme die Entwicklung von L.\_\_\_\_\_ zu stoppen und die vertragliche Vereinbarung zwischen K.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ betreffend L.\_\_\_\_\_ aufzulösen. Ziel war es, den O.\_\_\_\_\_-Marktanteil der Klägerin zu schützen, indem die nötigen Testreihen zur Zulassung von L.\_\_\_\_\_ in Nordamerika und Europa eingestellt wurden. Darüber hinaus stellte auch der Court of Appeal klar, dass die subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind, die nach kalifornischem Recht die Zuspreehung von Strafschadenersatz rechtfertigen. Böswilligkeit besteht danach in einem Verhalten, mit dem der Handelnde beab-

- 45 - sichtigt, dem Anspruchsteller Schaden zuzufügen, oder in einem verwerflichen Verhalten, mit dem der Handelnde die Rechte oder die Sicherheit anderer absichtlich und bewusst missachtet. Nötigung ist ein verwerfliches Verhalten, das eine Person grausamer und ungerechter Härte aussetzt unter bewusster Missachtung ihrer Rechte. Unter Betrug schliesslich ist eine bewusste Falschdarstellung, Täuschung oder Verschleierung einer erheblichen Tatsache zu verstehen, die dem Handelnden bekannt ist, mit der Absicht, eine Person ihrer Rechte zu berauben oder in anderer Weise zu schädigen. Gemäss Urteil lagen dem Superior Court genügend Beweise dafür vor, dass die Klägerin und ihre Gesellschaften K.\_\_\_\_\_ übernommen und dafür sogar eine Marktprämie bezahlt haben, weil sie glaubten, L.\_\_\_\_\_ würde zugelassen und eine Bedrohung für das eigene Produkt O.\_\_\_\_\_ darstellen. Die Jury habe dabei auch vernünftigerweise zum Ergebnis gelangen können, dass die individuell Beklagten – aufgrund ihrer führenden Stellungen bei der Klägerin, ihrer persönlichen Befassung mit der K.\_\_\_\_\_ - Übernahme und ihrer Kommunikation mit I.\_\_\_\_\_ über das Potenzial einer zukünftigen Entwicklung von L.\_\_\_\_\_ nach der Übernahme – die Taktiken der Klägerin zur Ausschaltung von L.\_\_\_\_\_ als drohenden Konkurrenten für O.\_\_\_\_\_ aufgestellt ("formulated") und orchestriert haben. Ebenso habe die Jury davon ausgehen können, dass die individuell Beklagten betrügerisches Verhalten eingesetzt haben, indem sie entweder an Machenschaften vor Vertragsschluss beteiligt gewesen sind, die darauf abzielten, I.\_\_\_\_\_ über ihre Absicht, L.\_\_\_\_\_ nach der Akquisition nicht weiterzuentwickeln, zu täuschen, oder an Machenschaften nach Vertragsschluss, die darauf abzielten, die wahren Gründe für die Einstellung der Weiterentwicklung von L.\_\_\_\_\_ zu verschleiern, und falsche Gründe angaben, um einerseits ihr eigenes Fehlverhalten zu verschleiern und andererseits I.\_\_\_\_\_ dazu zu nötigen, Forderungen gegenüber der Klägerin fallen zu lassen. Schliesslich wurde festgestellt, dass das Verhalten der individuell Beklagten verwerflich war, da durch die Verhinderung der Weiterentwicklung von L.\_\_\_\_\_ nicht nur ein kompetitives und in absehbarer Zeit profitables Wirtschaftsprojekt sabotiert, sondern zudem verhindert wurde, dass ein Medikament auf den Markt gelangt, das das Potential gehabt hätte, das Leiden von Patienten mit lebensbedrohlichen und

- 46 - lähmenden Krankheiten zu lindern (act. 48 Rz. 49 und 52-69, act. 52 Rz. 52-60; act. 54 Rz. 20-27; vgl. auch act. 49/20). Nachdem der Supreme Court auf eine gegen den Entscheid des Court of Appeal geführte Beschwerde nicht eintrat, wurde dieser Entscheid rechtskräftig (act. 48 Rz. 50; act. 52 Rz. 60; act. 54 Rz. 27).

### E. 3.5.6

Subsumtion unter den Deckungsausschluss Zunächst unterliegt keinem Zweifel, dass die im Haftungsprozess befassten kalifornischen Gerichte darauf erkannten, die individuell Beklagten hätten gegen das anwendbare US-amerikanische bzw. kalifornische Recht verstossen. Dagegen bringt auch die Klägerin nichts vor. Vielmehr anerkennt sie, dass es sich bei der "intentional interference with contract" bzw. der "tortious interference with the License Agreement" und der "intentional interference with prospective economic relationship" um ausservertragliche Haftungstatbestände handelt (act. 9 Rz. 52 ff.; act. 12 Rz. 78.1; act. 48 Rz. 51 f., 184 und 304). Dass keine vertragliche Haftung anzunehmen ist, ergibt sich im Übrigen auch bereits aus dem Umstand, dass in den Gerichtsverfahren von keinem zwischen der Klägerin oder den individuell Beklagten einerseits und I. \_\_\_\_\_ andererseits bestehenden Vertragsverhältnis ausgegangen wurde, auf welches sich eine vertragliche Haftung hätte stützen können (act. 9 Rz. 48; act. 12 Rz. 78.1; act. 48 Rz. 44, 52, 182 und 304). Weiter hat als ausgewiesen zu gelten, dass die genannten Rechtsverletzungen vorsätzlich im Sinne von Ziff. 3.9 VV begangen wurden. Nicht nur stellten die zuständigen Gerichte eine "intentional interference" des Lizenzvertrages und der wirtschaftlichen Beziehung zwischen K. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ fest – da die Vertragssprache des VV ebenfalls Englisch ist, stimmen sogar die durch den VV und das Gericht verwendeten Begriffe "intentional" überein, was allerdings nicht ausschlaggebend ist –; sie führten auch aus, dass sie davon ausgingen, die individuell Beklagten hätten in der Absicht gehandelt, die Erfüllung des Vertrages bzw. das wirtschaftliche Verhältnis zu stören und dabei sogar die Qualifikation "with malice, oppression or fraud" erfüllt. In dieser liegt insbesondere ein Verhalten, mit dem der Handelnde beabsichtigt, dem Anspruchsteller Schaden zuzufügen, mit dem er die Rechte oder die Sicherheit anderer absichtlich und bewusst missachtet, mit dem er eine

- 47 - Person grausamer und ungerechter Härte aussetzt unter bewusster Missachtung ihrer Rechte, oder mit dem er beabsichtigt, eine Person ihrer Rechte zu berauben oder diese in anderer Weise zu schädigen (siehe oben Erw. 3.5.5.). Konkret wurde angenommen, dass die individuell Beklagten bewusst und willentlich darauf hingewirkt haben, K. \_\_\_\_\_ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach der Übernahme die Entwicklung von L. \_\_\_\_\_ zu stoppen und die vertragliche Vereinbarung zwischen K. \_\_\_\_\_ und I. \_\_\_\_\_ betreffend L. \_\_\_\_\_ aufzulösen. Dies mit dem Ziel, den O. \_\_\_\_\_-Marktanteil der Klägerin zu schützen. Daraus ergibt sich klar, dass ausgehend von diesen Feststellungen die individuell Beklagten in Bezug auf den jeweiligen Erfolg der Handlung, die Verleitung von K. \_\_\_\_\_ zum Vertragsbruch und die Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit Absicht oder direktem Vorsatz, jedenfalls nicht nur eventualvorsätzlich gehandelt haben. Selbst die Klägerin merkt an, dass nach dem im Haftungsprozess anwendbaren Recht Strafschadenersatz nur dann ausgesprochen werden könne, wenn das Gericht der Meinung sei, die fragliche Verletzung sei vorsätzlich erfolgt (act. 48 Rz. 76 f.). Im Weiteren wurden die obigen Feststellungen in einem gerichtlichen Urteil bzw. in einem dieses bestätigenden Entscheid der oberen Instanz getroffen und sind in Rechtskraft erwachsen. Es ist diesbezüglich nicht mehr streitig, dass damit die Anforderung in Ziff. 3.9 VV des

"judgment or other final adjudication" erfüllt ist. Im Rahmen des ersten Schriftenwechsel – und damit vor Ergehen des Entscheids des Court of Appeal – diskutierten die Parteien kontrovers, ob der Ausschluss nach zutreffender Auslegung das Vorliegen eines das Verfahren abschliessenden Endentscheids oder aber eines endgültigen Entscheids verlange. Es ging mithin um die Frage, ob im damaligen Zeitpunkt bereits auf die Feststellungen des Superior Court abgestellt werden könne (act. 1 Rz.124 ff., act. 9 Rz. 36 ff., act. 12 Rz. 5 ff. und 99 ff.). Diese Frage ist nun durch die im zweiten Schriftenwechsel neu vorgetragenen Umstände obsolet geworden, da unzweifelhaft ein den Anforderungen von Ziff. 3.9 VV genügender Entscheid vorliegt (vgl. auch act. 48 Rz. 154, Rz. 191 und 249; act. 52 Rz. 13; act. 54 Rz. 223 und 230; zur Frage eines Vorschusspflicht siehe unten Erw. 3.7.3.).

- 48 -

### **E. 3.5.7**

Zwischenfazit Nach dem Ausgeführten wurde in einem endgültigen Urteil festgestellt, dass die individuell Beklagten vorsätzlich gegen das in der Haftungsfrage anwendbare US-amerikanische bzw. kalifornische Recht verstossen haben. Der daraus erwachsende Schaden ("Loss") ist nach Ziff. 3.9 VV von der Versicherungsdeckung ausgenommen. Offen bleiben kann hierbei, ob das Verhalten der individuell Beklagten ebenfalls unter das vertragliche Tatbestandsmerkmal des betrügerischen Verhaltens ("Fraud" bzw. "fraudulent act") zu subsumieren wäre.

### **E. 3.5.8**

Klägerische Auslegung: Rechtsverletzung nach Schweizer Recht Selbst wenn aber dem von der Klägerin geltend gemachten Verständnis von Ziff. 3.9 VV gefolgt würde und mit dem Begriff "breach of law" die Verletzung der schweizerischer Rechtsordnung gemeint wäre, käme der Haftungsausschluss vorliegend zur Anwendung. Dabei ist allerdings noch darauf hinzuweisen, dass für diesen Fall zusätzlich erforderlich wäre, dass die Beklagten den von ihnen geltend gemachten und von einem solchen objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen nicht genügend behauptet hätten bzw. nicht beweisen könnten, was hier jedoch nicht näher untersucht wurde. Die Verhaltensweisen der individuell Beklagten, soweit sie durch die US-amerikanischen Entscheide festgestellt worden sind und die in ihrer Eigenschaft als Feststellungen der Gerichte – und nur auf diese kommt es vorliegend an (siehe dazu oben Erw. 3.5.4.4.) – auch nicht bestritten werden, wären ebenfalls nach schweizerischer Rechtsauffassung als Rechtsverletzungen einzustufen. Die Klägerin führt dazu aus, Vertragsverletzungen durch Dritte seien nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, da vertragliche Rechte nicht durch diese Norm geschützt seien und es sich beim Vermögen um kein absolut geschütztes Rechtsgut handle. Im Bereich der freien Konkurrenz sei nach schweizerischer Rechtsauffassung niemand gehalten, sich um vertragliche Bindungen zwischen Dritten zu kümmern, sofern kein Verstoss gegen die guten Sitten vorliege. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition eines Mitbewerbers als solche sei dem Wettbewerb immanent und deshalb nicht unlauter bzw. widerrechtlich. Was von

- 49 - einer US-amerikanischen Jury in Kalifornien bereits als rechtswidrig eingestuft worden sei, gehöre nach Schweizer Auffassung noch klar zum freien Wettbewerb. Auch liege keine Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR vor (act. 48 Rz. 125 ff.). Die Beklagten stehen auf dem gegenteiligen Standpunkt. Das Verhalten der individuell Beklagten sei sittenwidrig und stelle einen Verstoss gegen das UWG dar (act. 52 Rz. 114 f.;

act. 54 Rz. 194). Der Blick auf die in Art. 41 OR normierte 'unerlaubte Handlung' liegt zwar insofern nahe, als das fragliche Verhalten des Versicherten nach Ziff. 3.9 VV zum Schadenersatzanspruch eines Dritten, in Bezug auf den die Versicherungsdeckung beansprucht wird, Anlass gegeben haben muss. Allerdings spricht die Deckungs- ausschussklausel gerade nicht von einem bestimmten Haftungstatbestand wie einer unerlaubten Handlung (z.B. "tort" bzw. "tortious act"), die nach schweizerischer Rechtsauffassung besonderen Anforderungen unterliegt wie der Verletzung eines absoluten Rechts des Geschädigten (Erfolgsunrecht) oder bei reiner Vermögensschädigung des Verstosses gegen eine einschlägige Schutznorm (Verhaltensunrecht; vgl. z.B. BGE 132 III 122 E. 4.1 mit Hinweisen). Zudem richtet sich die Begründung einer Haftung ohnehin nach dem im Haftungsprozess anwendbaren Recht. Der Wortlaut des Deckungsausschlusses verlangt lediglich eine Rechtsverletzung. Eine solche wäre zweifelsohne in einem Verstoss gegen Art. 2 und/oder Art. 4 UWG, der als rechtswidrige Handlung aber ohne Weiteres auch die Rechtsfolgen von Art. 41-61 OR zur Anwendung bringt (vgl. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9 N 74 f.), und auch in einem Verstoss gegen Art. 41 Abs. 2 OR zu sehen. Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass die Rechtswirkungen eines Vertrages sich im Allgemeinen auf die Vertragsparteien beschränken, weshalb ein Vertragsbruch zum Risikobereich des Vertragsgegners gehört, so dass das blosses Eindringen in fremde Vertragsbeziehungen grundsätzlich kein deliktisches Unrecht sein kann. Allerdings liegt die Sache anders, wenn sich ein Dritter zu Zwecken des Wettbewerbs aktiv am fremden Vertragsbruch in anstössiger Weise beteiligt, was bei einer Verleitung des vertraglich Gebundenen zum Vertragsbruch in besonderer Weise zutrifft (BSK UWG-FRICK, Art. 4 lit. a-c N 5). Der Tatbestand von

- 50 - Art. 4 lit. a UWG verlangt dabei in objektiver Hinsicht insbesondere, dass ein wirksamer Vertrag zwischen Dritten besteht, der verletzt wird. Die Vertragsverletzung muss in irgendeiner Weise den Wettbewerb beeinflussen. Zudem muss der Verletzer mit einer gewissen Intensität auf den Vertragsbruch hinwirken. Letzterer hat durch einen Abnehmer zu erfolgen. In subjektiver Hinsicht muss der Verletzer vorsätzlich oder eventualvorsätzlich in Bezug auf den Vertragsbruch handeln und er muss die eigennützige Absicht verfolgen, einen Folgevertrag abzuschliessen. Sind die Voraussetzungen im Einzelfall nicht erfüllt, greift Art. 2 UWG als Auffangnorm ein. Danach ist die Verleitung zum Vertragsbruch unlauter, zumindest wenn besondere Umstände vorliegen (BSK UWG-FRICK, Art. 4 lit. a-c N 14 ff.; ähnlich auch BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Kommentar UWG, Hrsg. Carl Baudenbacher, Basel/Genf/München 2001, Art. 4 N 10 ff., sowie Handkomm. UWG-SPITZ, Art. 4 N 12 ff.). Die US-amerikanischen Gerichte gingen nach ihren Feststellungen (siehe dazu oben Erw. 3.5.5.) davon aus, dass zwischen K.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ ein wirksamer Lizenzvertrag bestand, der durch K.\_\_\_\_\_ verletzt wurde, indem die Entwicklung von L.\_\_\_\_\_ gestoppt bzw. nicht weiterverfolgt wurde (vgl. auch die Feststellungen im Schiedsverfahren gemäss act. 54 Rz. 40 f.). Dieser Umstand wirkte sich – wieder nach den seitens der US-Gerichte getroffenen Feststellungen – auch in wettbewerbsmässiger Hinsicht aus, da mit der Verhinderung der Entwicklung von L.\_\_\_\_\_ ein kompetitives und in absehbarer Zeit profitables Wirtschaftsprojekt zunichte gemacht wurde, das in Konkurrenz zum klägerischen Produkt O.\_\_\_\_\_ gestanden hätte (vgl. auch act. 54 Rz. 21). Im Weiteren wurde auf den Vertragsbruch auch mit erheblicher Intensität hingewirkt. So wird den individuell Beklagten zur Last gelegt, sie hätten als (faktische) Organe der Klägerin darauf hingewirkt, K.\_\_\_\_\_ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach dieser Übernahme die Entwicklung von L.\_\_\_\_\_ zu stoppen und die vertragliche Vereinbarung zwischen

K.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ betreffend L.\_\_\_\_\_ aufzulösen. Ziel sei gewesen, den O.\_\_\_\_\_ -Marktanteil von A.\_\_\_\_\_ zu schützen, indem die nötigen Testreihen zur Zulassung von L.\_\_\_\_\_ in Nordamerika und Europa eingestellt würden (act. 48 Rz. 58). Dazu haben sie gemäss den Feststellungen Machenschaften eingesetzt, mit denen I.\_\_\_\_\_ über die Absicht, L.\_\_\_\_\_ nach der Akquisition nicht weiterzu-

- 51 - entwickeln, getäuscht wurde, und mit denen die wahren Gründe für die Einstellung der Weiterentwicklung von L.\_\_\_\_\_ verschleiert worden sind. Insbesondere wird den individuell Beklagten angelastet, zur Ausschaltung von L.\_\_\_\_\_ als drohenden Konkurrenten für O.\_\_\_\_\_ eigentliche Taktiken aufgestellt und orchestriert zu haben. Die einzelnen Handlungen der individuell Beklagten erfolgten gemäss den gerichtlichen Erkenntnissen in ihren führenden Stellungen bei der Klägerin im Rahmen der Befassung mit der K.\_\_\_\_\_ -Übernahme und bestanden in internen Kommunikationen und auch Mitteilungen gegenüber I.\_\_\_\_\_, teils täuschender und teils drohender Art (vgl. auch act. 54 Rz. 26). In subjektiver Hinsicht gingen die US-Gerichte davon aus, dass die individuell Beklagten die Absicht verfolgten, die Erfüllung des Vertrages zu stören. Darin enthalten ist ohne Weiteres, dass die individuell Beklagten um die Vertragspflichten von K.\_\_\_\_\_ gegenüber I.\_\_\_\_\_ wussten. Insoweit sind die Voraussetzungen von Art. 4 lit. a UWG gegeben. Es liegt allerdings die ebenso verlangte Absicht nicht vor, einen Folge- bzw. Ersatzvertrag mit dem zum Vertragsbruch Verleiteten, d.h. hier K.\_\_\_\_\_, abzuschliessen. Ebenso erscheint nicht restlos klar, ob K.\_\_\_\_\_ als Abnehmer im Sinne der genannten Bestimmung gelten kann. Immerhin handelt es sich um einen Lizenznehmer, der die Aufgabe übernommen hatte, die aufsichtsrechtlichen Zulassungen in den USA und Europa für L.\_\_\_\_\_ zur Behandlung bestimmter Krankheiten zu besorgen und es in diesen Märkten zu entwickeln und in Verkehr zu bringen (act. 48 Rz. 12; act. 54 Rz. 20). Bei Anwendung einer weiten Auslegung des Abnehmerbegriffs könnte der Lizenznehmer durchaus als erfasst gelten. Dies ist jedoch nicht entscheidend, da infolge der fehlenden Absicht, einen Folgevertrag abzuschliessen, ohnehin nicht der Spezialtatbestand von Art. 4 lit. a UWG, sondern nur die Generalklausel nach Art. 2 UWG zu Anwendung kommen kann. Eine Beschränkung auf die Verleitung von Abnehmern zum Vertragsbruch liegt dort nicht vor. Die übrigen für die Anwendbarkeit der Generalklausel zu verlangenden besonderen Umstände sind dagegen vorhanden. Sie bestehen zunächst insbesondere in den im Zusammenhang mit Art. 4 lit. a UWG ausgeführten Faktoren. Zwar bestand keine Absicht, einen Folgevertrag abzuschliessen, worin in der letztgenannten Bestimmung der Eigennutzen der Verleitungshandlung zu sehen ist (BSK UWG-

- 52 - FRICK, Art. 4 lit. a-c N 27), die wohlgerneht von der Verleitung eines Abnehmers ausgeht. Es wurde – nach den Feststellungen der US-Gerichte – von den individuell Beklagten jedoch sehr wohl die Absicht verfolgt, einen Eigennutzen zu erreichen. Dieser bestand aber darin, dass der Lizenznehmer K.\_\_\_\_\_ keinen vertragsgemässen Gebrauch von seiner Lizenz mehr macht, damit der Klägerin keine Konkurrenz zu ihrem Produkt O.\_\_\_\_\_ entsteht. In qualitativer Hinsicht sind die Handlungen der individuell Beklagten deswegen jedoch nicht als weniger unlauter einzustufen als eine Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale von Art. 4 lit. a UWG es wäre, weshalb die Auffangbestimmung von Art. 2 UWG greift. Schliesslich können als besondere Umstände auch diejenigen angeführt werden, die im Haftungsprozess zur gerichtlichen Feststellung eines böswilligen, nötigenden oder betrügerischen Handelns ("with malice, oppression or fraud") und darüber hinaus arglistigen Handelns ("with trickery and deceit") führten (siehe dazu oben

Erw. 3.5.5.). Da im Verhalten der individuell Beklagten – soweit dies unstreitig von den US- Gerichten festgestellt wurde – demnach ein Verstoss gegen das schweizerische UWG zu sehen wäre, kann dahingestellt bleiben, ob dieses Verhalten darüber hinaus als sittenwidrig einzustufen sei. Da bei angenommener Widerrechtlichkeit (und/oder Sittenwidrigkeit) die Versicherungsdeckung unstreitig nicht greift, bleibt die Frage einer allfälligen Versicherbarkeit solchen Handelns (vgl. act. 52 Rz. 115) ohne Belang. Vor demselben Hintergrund ist nicht ausschlaggebend, ob eine Unzulässigkeit nach kalifornischem Recht, für "punitive damages" gestützt auf vorsätzliches Handeln Versicherungsdeckung zu gewähren, einer Versicherbarkeit nach dem anwendbaren schweizerischen Recht entgegenstünde (vgl. act. 52 Rz. 116 f. und Prot. S. 35 i.V.m. act. 74 Rz. 47 ff.). Schliesslich kann offen bleiben, ob das darüber hinaus von der Klägerin dargestellte Verhalten der individuell Beklagten, wie es sich wirklich zugetragen habe (act. 48 Rz. 9 ff., 60), oder die von den Beklagten vorgebrachte Gegenversion (act. 52 Rz. 125 ff., act. 54 Rz. 19 ff.) erstellt werden kann (zur Nichtbehandlung der von den Beklagten eventualiter gestellten diesbezüglichen Verfahrensanhträge vgl. bereits Erw. 3.5.4.4.).

- 53 -

## **E. 3.6**

Schlussfolgerungen

### **E. 3.6.1**

Deckungsausschluss gegeben Nach dem Ausgeführten besteht für die eingeklagten Aufwendungen keine Deckung aus dem VV. Dies aus zwei Gründen. Zum einen ist – wie soeben dargestellt – der Tatbestand des Deckungsausschlusses in Ziff. 3.9 VV erfüllt, da die individuell Beklagten nach den rechtskräftigen Feststellungen der im Haftungsprozess zuständigen Gerichte vorsätzlich US-amerikanisches bzw. kalifornisches Recht verletzt haben. Selbst wenn man über die Auslegung des Deckungsausschlusses zum Erfordernis einer Rechtsverletzung nach schweizerischer Rechtsordnung käme, wäre eine solche anzunehmen, und der Ausschluss würde greifen.

### **E. 3.6.2**

Keine Deckung infolge unzulässiger Schadloshaltung Zum anderen hat die Feststellung der im Haftungsprozess zuständigen Gerichte, die individuell Beklagten hätten vorsätzlich US-amerikanisches bzw. kalifornisches Recht verletzt, zur Folge, dass bereits der deckungsbegründende Tatbestand der "company reimbursement"-Klausel in Ziff. 1.2 nicht erfüllt ist. Eine Schadloshaltung ist nämlich als nach schweizerischer Rechtsauffassung unerlaubt ("permitted or not prohibited by law") anzusehen, da die individuell Beklagten gemäss den gerichtlichen Erkenntnissen vorsätzlich gesetzliche Vorschriften, die im US-Bundesstaat Kalifornien anwendbar sind, missachtet haben. Eine Versicherungsdeckung für die Aufwendungen der "Organization" zu solch einer unerlaubten Schadloshaltung der versicherten Personen wurde nicht vereinbart (siehe dazu oben Erw. 3.4.3.2. f.). Dies steht im Übrigen auch mit dem Deckungsausschluss in Ziff. 3.9 VV im Einklang bzw. sichert dieser denselben Grundsatz ab, nämlich dass keine Versicherungsleistungen für Aufwendungen infolge vorsätzlicher Rechtsverletzungen erbracht werden sollen. Ferner ist anzufügen, dass sich die Schadloshaltung auch dann als unerlaubt erweisen würde, wenn man die Meinung verträte, dazu sei eine vorsätzliche Verletzung von schweizerischem Recht erforderlich. Eine solche läge – wie oben dargelegt – mit dem Verstoss gegen Art. 2 UWG vor.

### E. 3.6.3

Keine Ersatzpflicht der Beklagten aus dem VV Besteht keine Deckung unter dem VV, trifft die Beklagte keine versicherungsvertragliche Pflicht, der Klägerin die von ihr eingeklagten Aufwendungen im Zusammenhang mit der anwaltlichen Vertretung der individuell Beklagten im Haftungsprozess ("Loss for which the Organization grants indemnification to an Insured Person") zu ersetzen. Dabei erweist sich nach verneinter Versicherungsdeckung auch als unerheblich, ob die Beklagten – während des laufenden Haftungsprozesses – zu einer Vorschussleistung verpflichtet gewesen wären. Während in der Klage im Hinblick auf den Haftungsprozess noch eine Vorschussleistung verlangt wurde (act. 1 Rz. 189), richtet sie sich mittlerweile nach Abschluss des Haftungsprozesses offenbar auf die definitive Leistung (vgl. etwa act. 48 Rz. 191 und Rz. 238). Ein allfällig infolge seinerzeitiger Verweigerung der Vorschussleistung entstandener Schaden wird nicht geltend gemacht. Ergänzend ist zur behaupteten Vorschusspflicht aber anzumerken, dass für deren Annahme weder eine genügende Grundlage im Vertragstext angeführt wird noch eine solche ersichtlich ist. Neben der Beantwortung der Frage, ob der Deckungsausschluss in Ziff. 3.9 bereits durch die Feststellungen im Entscheid des Superior Court greift (act. 1 Rz.124 ff., act. 9 Rz. 36 ff., act. 12 Rz. 5 ff. und 99 ff.), wäre vielmehr zunächst entscheidend, ob und wie überhaupt die Leistung von Vorschüssen vertraglich geregelt wurde. Dies kann durchaus unterschiedlich geschehen und kann insbesondere die Leistung von Vorschusszahlungen an die Einschätzung der Versicherung geknüpft werden, dass der zugrunde liegende Sachverhalt überhaupt versichert ist (vgl. HALLER, a.a.O., N 398 f.). Zur Vorschussleistung findet sich im VV nun für den Fall, dass von der Versicherung gedeckte Aufwendungen von solchen ausgeschieden werden müssen, die nicht gedeckt sind, eine vertragliche Regelung. In Ziff. 11.3 betreffend "Allocation" ist vorgesehen, dass die Beklagten die als gedeckt allozierten Abwehrkosten laufend zu bevorschussen haben, wenn die Versicherten, die Klägerin sowie die Beklagten sich auf eine Allokation der Abwehrkosten einigen können ("If the Insured Persons, the Organization and the Company agree on an allocation of Defense Costs"). Für den

- 55 - Fall, dass sich die genannten Beteiligten nicht auf eine Allokation einigen können, ist lediglich eine laufende Bevorschussung derjenigen Abwehrkosten vorgesehen, welche die Beklagten unter der Police als gedeckt erachten, jedenfalls solange bis eine andere Allokation ausgehandelt, durch ein Schiedsgericht angeordnet oder ein anderes Gericht festgesetzt wird ("If the Insured Persons, the Organization and the Company cannot agree on an allocation [...] (b) the Company shall advance on a current basis Defense Costs which the Company believes to be covered under this Policy until a different allocation is negotiated arbitrated or judicially determined; [...]"; act. 9 Rz. 61 ff.; act. 12 Rz. 35.3-4; act. 48 Rz. 187 f.). Unter welchen Parametern die Beklagten die Deckung als gegeben zu erachten haben, ist nicht geregelt. Damit wäre anzunehmen, dass es ihnen grundsätzlich auch freistand, weitere Bevorschussungen zu verweigern, spätestens nach Ergehen des Urteils des Superior Court. Anhaltspunkte für eine falsche und rechtsmissbräuchliche Anwendung des (vertraglich eingeräumten) Ermessens (act. 48 Rz. 188) sind nicht ersichtlich. Im Übrigen wurde auch nicht dargelegt, die Parteien seien sich über eine Allokation der Abwehrkosten einig gewesen (ganz im Gegenteil: act. 1 Rz. 61 ff.; auch act. 9 Rz. 65 und act. 12 Rz. 58.3), woran auch die Erklärung der Klägerin im hiesigen Verfahren, sie anerkenne die zwischenzeitlich von den Beklagten angewendete Allokation

von 15 % bis zum Entscheid eines Schiedsgerichts (act. 1 Rz. 65 f., act. 48 Rz. 187 und 273), nichts ändert. Im Weiteren wurde die ursprüngliche Fassung von Ziff. 3.9, die auf Ebene des Deckungsausschlusses vorsah, dass laufend Abwehrkosten zu bevorschussen seien, bis (u.a.) in einem Urteil auf eine vorsätzliche Rechtsverletzung erkannt wird ("However, the Company shall advance on a current basis Defense Costs on account of such Claim until there is a finding of such fraud or breach in (i) a judgment [...]"), abgeändert und durch eine Regelung ersetzt, die keine Pflicht zur Vorschussleistung mehr erwähnt. Ferner kann die Klägerin auch aus Ziff. 10.5 VV, der die Rückzahlung von geleisteten Abwehrkosten anordnet, soweit festgestellt wird, dass für diese keine Versicherungsdeckung besteht, keine bestehende Leistungspflicht in Bezug auf Vorschüsse ableiten (vgl. dagegen act. 1 Rz. 144; act. 48 Rz. 331).

- 56 -

### **E. 3.7**

Keine Anerkennung einer Deckung

#### **E. 3.7.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagten hätten die Versicherungsdeckung für die Verteidigungskosten (namentlich Anwaltskosten) der individuell Beklagten unter der fraglichen Police anerkannt. Dies habe die Beklagte 1 der Klägerin im Schreiben vom 22. April 2010 ausdrücklich mitgeteilt und im Schreiben vom 3. Mai 2010 bekräftigt. Die Beklagte 2 habe dies durch die von ihr nachvollzogenen Zahlungen zum Ausdruck gebracht (act. 1 Rz. 56 ff.; act. 3/33 f.). Die Beklagten bestreiten dies und weisen darauf hin, dass Vorschussleistungen, soweit solche gewährt worden seien, ausdrücklich unter Vorbehalt der vertraglichen und gesetzlichen Einwendungen und Deckungseinreden sowie lediglich vorläufig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt seien. Dabei sei auch der Ausschluss gemäss Ziff. 3.9 VV als möglicherweise relevante Bestimmung erwähnt worden. Sie führen dazu die um die entsprechenden Stellen erweiterten Zitate der genannten Schreiben sowie eines Schreibens der Beklagten 2 an die Klägerin vom 15. Dezember 2010 an (act. 9 Rz. 113 ff.; act. 12 Rz. 46 und 53 ff.). Im Folgenden hielten die Parteien an ihren Ausführungen fest, wobei die Klägerin den von den Beklagten zusätzlich vorgebrachten Inhalt der entsprechenden Schreiben nicht in Abrede stellte (act. 48 Rz. 223; act. 52 Rz. 206).

#### **E. 3.7.2**

Würdigung Nach Notifikation der Beklagten durch die Klägerin über ihren Deckungsanspruch Ende Juli 2009, verlangten diese zunächst weitere Unterlagen und nahmen mit den vorerwähnten Schreiben aus dem Jahre 2010 nach eingehender Prüfung erstmalig zur Deckung der anfallenden Abwehrkosten Stellung (act. 1 Rz. 56 ff. und Rz. 69 ff.; act. 9 Rz. 119 f.; act. 12 Rz. 61 f.). Diese Stellungnahmen sagen zwar die Deckung betreffend die individuell Beklagten grundsätzlich zu, sie enthalten jedoch gleichzeitig ausdrückliche Vorbehalte in Bezug auf die den Beklagten zukommenden vertraglichen und gesetzlichen Einwendungen und Deckungseinreden (insbesondere unter Bezugnahme auf den Ausschluss für Deckung im Zusammenhang mit Anspruchserhebungen gestützt auf vorsätzliche widerrechtli-

- 57 - che Handlungen der versicherten Personen). Die Hinweise stellen klar, dass die Deckungszusage lediglich vorläufig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt.

Aus diesen Erklärungen oder den danach teilweise erfolgten Vorschusszahlungen kann daher weder eine vorbehaltlose Anerkennung der Versicherungsdeckung noch ein Verzicht auf das Recht, sich auf den Deckungsausschluss zu berufen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 5C.116/2005 vom 29. November 2005, E. 4.), hergeleitet werden. Dieses Ergebnis korrespondiert im Übrigen mit der in Ziff. 10.5 VV getroffenen Regelung, nach der vorgeschossene Abwehrkosten – falls festgestellt wird, dass diese nicht unter der Police gedeckt sind – an die Beklagten zurückzuzahlen sind.

### **E. 3.7.3**

Zwischenfazit Es ist daher nicht davon auszugehen, die Beklagten hätten durch ihr Tun eine Deckung unter dem VV oder eine Leistungspflicht aus dem VV anerkannt.

### **E. 3.8**

Ergebnis Da für die eingeklagten Aufwendungen der Klägerin keine Deckung aus dem VV besteht und eine solche von den Beklagten auch nicht anerkannt wurde, ist die Klage vollumfänglich abzuweisen. Es erübrigt sich daher, auf die übrigen von den Parteien aufgeworfenen Fragen einzugehen, insbesondere darauf, ob die Beklagten überhaupt für Kosten aufzukommen hätten, die vor Einbezug der individuell Beklagten in die Klage von I.\_\_\_\_\_ angefallen sind (vgl. act. 3/22/1-7 und act. 1 Rz. 192; falls nicht, würden bereits deshalb Rechnungen im Gesamtbetrag von USD 950'875.66 ausser Betracht fallen), ob die angefallenen Anwaltskosten angemessen bzw. in Anwendung der Litigation Management Guidelines der B.\_\_\_\_\_ ... zu kürzen wären (act. 1 Rz. 171 ff.; act. 9 Rz. 72 ff.; act. 12 Rz. 68 ff.) und wie die Ersatzforderung in CHF umzurechnen wäre (act. 1 Rz. 195 ff.; act. 9 Rz. 96 f.; act. 12 Rz. 127). Schliesslich ist auch die Frage, wie die Abwehrkosten, die im Rahmen der Vertretung der Klägerin und ihrer Konzerngesellschaften sowie auch der individuell Beklagten aufgelaufen sind und bezüglich derer die Beklagten die Schiedseinrede erhoben haben (vgl. dazu act. 19), zu allozieren seien, hinfällig geworden.

- 58 -

### **E. 3.9**

Fraud / Intentional Breach of Law / Personal Profit based upon, arising from, or in consequence of: a) any fraudulent act or omission or any intentional breach of law by such Insured Person: (i) if there is a finding of such fraud or breach in a judgment or other final adjudication; (ii) if such Insured Person admits such fraud or breach; or b) an Insured Person having gained in fact any personal profit, remuneration or advantage to which such Insured Person was not legally entitled; or

### **E. 4**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

#### **E. 4.1**

Streitwert Der für die Festsetzung der Gerichtskosten massgebliche Streitwert entspricht der Summe der geltend gemachten Ansprüche (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Ausgehend von den Rechtsbegehren 1 und 2 (act. 1 S. 3), ergibt sich ein Streitwert von insgesamt CHF 1'168'223.58 (CHF 373'946.95 + CHF 794'276.63).

#### **E. 4.2**

Prozesskosten Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs.

1 ZPO). Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO). Hier unterliegt die Klägerin mit ihren gegenüber beiden Beklagten geltend gemachten Rechtsbegehren in vollem Umfang. Dagegen unterliegen die Beklagten mit ihren verfahrensmässigen Anträgen, die zum Erlass des (Zwischen)Beschlusses vom 30. November 2012 führten, dessen Kostenregelung dem Endentscheid vorbehalten wurde (act. 19 S. 10). Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten und Entschädigungen vorliegend zu verteilen. Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt vorliegend CHF 32'432.–. Sie ist aufgrund der subjektiven Klagenhäufung, des Umfangs und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen (Zulässigkeit der Schadloshaltung von Organpersonen, Verhältnis Haftungs- und Deckungsprozess in der Haftpflichtversicherung, Auslegungsfragen) sowie in Nachachtung des erlassenen Beschlusses vom 30. November 2012, der rund dreieinhalbstündigen Vergleichsverhandlung, an welcher das Gericht (in der üblichen, erweiterten Besetzung von Oberrichterin, Handelsrichter, Gerichtsschreiberin) den erarbeiteten (dannzumaligen) Prozess-

- 59 - stoff umfassend darlegte, und der Hauptverhandlung vom 23. November 2015 (Prot. S. 34 ff.), um rund ein Drittel, das heisst auf CHF 43'000.–, zu erhöhen. Sie ist dem Ausgang des Verfahrens entsprechend in der Höhe von CHF 41'000.– der Klägerin aufzuerlegen. Der für den Beschluss vom 30. November 2012 aussondernde Betrag in Höhe von CHF 2'000.– ist zu 1/4 der Beklagten 1 (CHF 500.–) und zu 3/4 der Beklagten 2 (CHF 1'500.–) aufzuerlegen, deren Anträge betreffend Verfahrensvereinigung mit dem Verfahren Nr. HG120130 (beide Beklagten) und Einrede der Unzuständigkeit bzw. Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit (Beklagte 2) abschlägig beurteilt wurden (act. 19). Die der Klägerin auferlegten Gerichtskosten werden mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Prot. S. 2 f. und act. 6). Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) festgesetzt. Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab; für jede weitere Rechtsschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die oben erwähnte Vergleichsverhandlung stattgefunden hat. Die Parteientschädigung beträgt insgesamt nach Massgabe von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV CHF 50'000.– (150 % der Grundgebühr). Der Entschädigungsanteil für den Aufwand im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 30. November 2012 ist auf CHF 2'000.– und dem übrigen Prozess auf CHF 48'000.– festzulegen. Da die Klägerin in der Hauptsache unterliegt und lediglich bezüglich des genannten Zwischenbeschlusses obsiegt hat, verbleibt den Beklagten gegenüber der Klägerin ein Entschädigungsanspruch von gesamthaft CHF 46'000.–, nach dem Verhältnis zu ihren Anteilen am Gesamtstreitwert bemessen der Beklagten 1 ein Anspruch von CHF 14'720.– und der Beklagten 2 ein solcher von CHF 31'280.–.

#### **E. 4.3**

Mehrwertsteuer Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten beantragen, ihnen seien die Partei-entschädigungen unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 3; act. 9 S. 2 und Rz. 174; act. 12 S. 2 und Rz. 131). Ob eine Grundlage für den entsprechenden Antrag der Beklagten besteht, erscheint zwar angesichts des aus-

- 60 - ländischen Sitzes derselben fraglich. Die Klägerin opponiert jedoch nicht substantiiert gegen die grundsätzliche Berechtigung der Beklagten, im Falle der Abweisung der Klage einen Mehrwertsteuerzusatz auf der zuzusprechenden Parteient-schädigung zu verlangen (act. 48 Rz. 246 und Rz. 356). Die in Frage stehenden Ansprüche auf Parteientschädigung sind daher in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (mit Ergänzung vom 17. September 2010) ohne Weiteres um den Mehrwertsteuerzusatz von 8 % zu erhöhen. Daraus ergeben sich Entschädigungsansprüche der Beklagten 1 von CHF 15'898.- und der Beklagten 2 von CHF 33'782.-. Das Handelsgericht erkennt:

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