

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160187 vom 27. Juli 2017

Zh Handelsgericht, 2017-07-27, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160187](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160187)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160187 du 27 juillet 2017

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160187 del 27 luglio 2017

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Tragweite der Rückweisung Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheides befand. Die kantonale Behörde hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheides zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung des Rückweisungsentscheides, der sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

- 11 - Vorliegend hat das Bundesgericht nur einen Teil des handelsgerichtlichen Entscheides vom 12. Januar 2015 aufgehoben. Damit sind Teile dieses handelsgerichtlichen Entscheides, namentlich das Nichteintreten auf die Klage der Klägerin

#### E. 1.2

Zuständigkeit

##### E. 1.2.1

Örtliche Zuständigkeit Die Klägerinnen stützen die örtliche Zuständigkeit der Gerichte in Zürich für die Hauptklage bezüglich der Ansprüche aus der C.\_\_\_\_-Police auf eine Gerichtsstandsvereinbarung in Ziffer 5 der Police und bezüglich der Regressansprüche auf Art. 5 Abs. 1 IPRG (act. 1 Rz. 3 f.). Die Beklagte anerkennt die so hergeleitete örtliche Zuständigkeit der zürcherischen Gerichte (act. 11 Rz. 15). Die zürcherischen Gerichte sind demnach örtlich zuständig.

##### E. 1.2.2

Sachliche Zuständigkeit Da der Streitwert CHF 30'000.– übersteigt, die geschäftliche Tätigkeit der Parteien betroffen ist und die Beklagte im schweizerischen Handelsregister eingetragen ist, erweist sich das Handelsgericht des Kantons Zürich für die Hauptklage gemäss Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG auch als sachlich zuständig.

#### E. 1.3

Unaufgeforderte Eingaben Nach Durchführung des ersten Schriftenwechsels haben die Klägerinnen mit Eingabe vom 30. Januar 2013 im Hinblick auf eine

Vergleichsverhandlung unaufgefordert weitere Beweismittel, insbesondere zwei Rechtsgutachten, eingereicht (act. 24, act. 25/51-53). Gegen dieses Vorgehen protestierte die Beklagte mit Eingabe vom 21. Februar 2013, da damit ausserhalb des ordentlichen Schriftenwechsels neue Argumente in den Prozess eingebracht würden. Sie ersuchte darum, dass die beiden Rechtsgutachten aus dem Recht zu weisen seien, eventuel-ter, dass der Beklagten im Sinne der Wahrung der Waffengleichheit mit Blick auf eine Vergleichsverhandlung Frist zur schriftlichen Stellungnahme angesetzt werde (act. 28). In der Folge wurde – wie erwähnt – keine Vergleichsverhandlung durchgeführt. Stattdessen erfolgte ein zweiter Schriftenwechsel. Dennoch hat die Beklagte ihr Ersuchen, dass die klägerischen Rechtsgutachten aus dem Recht zu weisen seien, mit der Duplik erneuert (act. 37 Rz. 12).

- 13 - Vor dem Hintergrund einer bevorstehenden Vergleichsverhandlung mag der Einwand der Beklagten nachvollziehbar erscheinen. Es hat jedoch keine Vergleichsverhandlung stattgefunden, welche von den unaufgeforderten Eingaben der Klägerinnen hätte beeinflusst werden können. Überdies wurde das rechtliche Gehör der Beklagten gewahrt, indem sie sich im Rahmen des zweiten Schriftenwechsels zu den Gutachten eingehend äussern und entsprechende Gegengutachten einreichen konnte (act. 38/23, act. 38/24). Vor diesem Hintergrund besteht kein Anlass, die entsprechende Eingabe der Klägerinnen aus dem Recht zu weisen. Im Übrigen kommt den eingereichten Gutachten ohnehin keine entscheidende Bedeutung zu, da es sich lediglich um Rechtsgutachten handelt und das Gericht das Recht von Amtes wegen anzuwenden hat.

## **E. 2**

Inhalt und Qualifikation der Policen

### **E. 2.1**

Rechtliche Grundlagen

#### **E. 2.1.1**

Technische Versicherungen  
Gemeinsames Merkmal der Technischen Versicherungen ist die Eigenart der versicherten Sachen, bei welchen es sich regelmässig um Maschinen oder Gebäude handelt. Die Technischen Versicherungen sind in der Regel sogenannte "All Risks"-Versicherungen. Diese kennzeichnen sich dadurch, dass in der Regel nicht die versicherten, sondern die ausgeschlossenen Risiken abschliessend aufgezählt sind. Es wird unterschieden zwischen Versicherungen für Bestandesrisiken und Versicherungen für Objekte mit vorgegebener Erstellungszeit. Bei der ersten Kategorie werden Maschinen, Geräte und Anlagen versichert, die beim Versicherungsnehmer bereits im Einsatz stehen. Zur zweiten Kategorie gehören die Bauwesen- und die Montageversicherungen. Umfang und Dauer dieser Versicherungen schliessen in der Regel das ganze Werk von Baubeginn bis zur Fertigstellung ein (BÜNZLI, Technische Versicherungen, 1. Auflage, 2003, S. 29 f.).

#### **E. 2.1.2**

Montageversicherung Die Montageversicherung versichert einzelne Maschinen oder ganze Anlagen. Zweck der Montageversicherung ist es, den Unternehmen, die an der Montage

- 14 - von Maschinen oder Anlagen beteiligt sind, einen möglichst umfassenden und sachgerechten Versicherungsschutz gegen bestimmte Risiken zu bieten, die während der Montagezeit und Inbetriebsetzung bis zur Übergabe auftreten können. Die

Montageversicherung ist eine "All Risks"-Versicherung. Sie übernimmt grundsätzlich alle Schäden, die unvorhergesehen und plötzlich während der Versicherungsdauer eintreten, soweit diese in der Police nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Der Versicherer ersetzt regelmässig die Kosten für die Wiederherstellung einer versicherten Sache in den Zustand vor dem Schaden. Die Montageversicherung beginnt in der Regel nach Abladen der versicherten Sachen auf den Montageplatz und endet an dem in der Police vereinbarten Tag, spätestens jedoch nach Abschluss der Montagearbeiten inkl. Probebetrieb oder sobald der Besteller die provisorische Abnahme genehmigt hat oder Betriebsbereitschaft erklärt wurde. Montageversicherungen erscheinen bisweilen in der Form des Rahmenvertrages. Dieser eignet sich für Versicherungsnehmer, die regelmässig Montage aus einer vordefinierten Produktpalette ausführen. In der Regel hat der Versicherungsnehmer dabei jedes Montageobjekt dem Versicherer anzumelden. Die "Erection All Risks"-Versicherung (EAR-Versicherung) ist eine international gebräuchliche Montageversicherung für Grossprojekte mit maschinellen Einrichtungen (BÜNZLI, Technische Versicherungen, 1. Auflage, 2003, S. 193 ff.).

### **E. 2.1.3**

**Bauwesenversicherung** Die Bauwesenversicherung ist eine Sachversicherung für Hoch- und Tiefbauten, die für die Dauer der Bauphase eines Bauvorhabens abgeschlossen wird. Sie soll alle an einem Bauwerk Beteiligten während der Bauzeit vor finanziellen Verlusten infolge von Bauunfällen schützen. Versichert sind die in der Police bezeichneten Bauleistungen einschliesslich aller zugehörigen Baustoffe und Bauteile. In der Regel ist die schlüsselfertige Ausführung versichert. Auch die Bauwesenversicherung ist eine "All Risks"-Versicherung. Versichert sind Schäden an versicherten Sachen, die durch unvorhergesehene Bauunfälle während der Versicherungsdauer eintreten, soweit diese in der Police nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Der Versicherer ersetzt bei Beschädigung oder Zerstörung von versicherten Bauleistungen die Kosten, die entstehen, um den Zustand unmittelbar vor dem

- 15 - Schadenereignis wieder herzustellen. Die Versicherung beginnt an dem in der Police vereinbarten Zeitpunkt und endet, wenn sämtliche versicherten Bauleistungen abgenommen sind. Auch die Bauwesenversicherung kann in der Form eines Einzelvertrages oder eines Rahmenvertrages abgeschlossen werden. Eine besondere Art der Bauwesenversicherung ist die "Contractors All Risks"-Versicherung (CAR-Versicherung). Es handelt sich dabei um eine international gebräuchliche Bauwesenversicherung für Risiken im Ausland im Zusammenhang mit Grossprojekten (BÜNZLI, Technische Versicherungen, 1. Auflage, 2003, S. 229 ff.).

### **E. 2.1.4**

**Versicherung auf erstes Risiko** Ist der Versicherer unterversichert, so ist der Schaden gemäss Art. 69 Abs. 2 VVG vom Versicherer in dem Verhältnis zu ersetzen, in dem die Versicherungssumme zum Ersatzwert steht (BOLL, BSK VVG, 2001, N 6 zu Art. 69). Diese Bestimmung kann durch Vereinbarung einer Versicherung auf erstes Risiko abgeändert werden. Bei einer Versicherung auf erstes Risiko wird der Schaden auch bei Vorhandensein einer Unterversicherung bis zur Höhe der Versicherungssumme voll vergütet. Deckt die Versicherungssumme den Teil- oder Totalschaden nicht voll, trägt der Versicherungsnehmer den die Versicherungssumme übersteigenden Schaden. Diese Versicherung eignet sich namentlich dort, wo ein Versicherungswert nicht bestimmbar

oder wo von vornherein nur mit einem Teilschaden zu rechnen ist (BOLL, BSK VVG, 2001, N 11 zu Art. 69).

#### **E. 2.1.5**

Eigen- und Fremdversicherung Versichert der Versicherungsnehmer seine Sache, sein Vermögen oder seine eigene Person, liegt eine Eigenversicherung vor. Versichert er dagegen eine fremde Sache, ein fremdes Vermögen oder eine fremde Person, handelt es sich um eine Fremdversicherung (BOLL, BSK VVG, 2001, N 19 zu Art. 48). Die Frage, ob ein fremdes Objekt versichert ist, richtet sich gemäss HASENBÖHLER nach der in der schweizerischen Lehre und Rechtsprechung verbreiteten Gegenstandslehre (HASENBÖHLER, BSK VVG, 2001, N 3 zu Art. 16).

- 16 -

#### **E. 2.1.6**

Mitversicherung Bei der Mitversicherung transferiert der Versicherungsnehmer sein Risiko mittels mehrerer Versicherungsverträge auf die beteiligten Mitversicherer. Dabei hat jeder Versicherer einen prozentualen oder betragsmässig definierten Anteil der Versicherungssumme zu übernehmen. Es handelt sich um mehrere rechtlich selbständige Verträge. Die Beteiligung mehrerer Versicherer an einem Risiko ist einvernehmlich. Dadurch lässt sich die Mitversicherung auch von der Mehrfachversicherung abgrenzen, bei welcher keine vereinbarte Beteiligung vorliegt. Eine zentrale Stellung kommt dem führenden Versicherer zu, der das Scharnier zwischen den beteiligten Versicherern und dem Versicherungsnehmer bildet. Zwischen dem führenden und den beteiligten Versicherern besteht ein Auftragsverhältnis. Dessen Inhalt und die zusammenhängende Vollmacht können frei bestimmt werden. Mitversicherer haften nicht solidarisch, sondern jeder nur für die von ihnen gezeichnete Quote (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N 18.12 ff.).

#### **E. 2.2**

C.\_\_\_\_-Police Versicherungsnehmerin der C.\_\_\_\_-Police ist die D2.\_\_\_\_ Schweiz, Versicherte sind die D2.\_\_\_\_ Schweiz sowie deren Konzerngesellschaften (act. 4/3 S. 3). Mit Bezug auf die D2.\_\_\_\_ Schweiz liegt eine Eigenversicherung, mit Bezug auf die Konzerngesellschaften eine Fremdversicherung vor. Es handelt sich um eine Rahmenversicherung für Schäden an bestimmten Maschinen, namentlich verschiedenen Typen von Gasturbinen. Die Konkretisierung dieses Rahmens erfolgte vorliegend mit "Declaration Form" vom 6. Januar 2003 bzw. 24. Januar 2003. Darin werden das Projekt, für welches Versicherungsschutz bestehen soll, und die versicherten Maschinen näher bezeichnet. Versichert sind namentlich die GT24-Gasturbinen der Einheiten 3 und 4 (act. 4/19). Dieses "Declaration Form" wurde am 24. Januar 2003 von der E1.\_\_\_\_ Schweiz und am 6. Januar 2003 von der Beklagten unterzeichnet und ist somit Teil der C.\_\_\_\_-Police geworden. Die Versicherungsperiode für die Einheit 3 begann gemäss "Declaration Form" am 17. Februar 2003 und endete am 6. April 2003. Versichert waren folgende, für

- 17 - die Erfüllung von vertraglichen Verpflichtungen notwendigen Arbeiten: Wechsel der Schaufeln an der LP-Turbine 1 und der Auslaufleitschaufeln, Wieder-Inbetriebnahme der Gasturbine, Reparaturarbeiten an Generatoren (ohne Entfernung des Rotors) und deren Wieder-Inbetriebnahme sowie weitere allenfalls notwendige auf dem Baugelände

auszuführende geringfügige Arbeiten (act. 4/19). Das "Declaration Form" vom 24. Januar 2003 bzw. 6. Januar 2003 betraf demnach nur jene Arbeiten, welche vorzunehmen waren um die Probleme, die zu übermässiger Abnützung der LP1-Niederdruckturbinenschaufeln führten, zu beheben. Es ging also nicht um die ursprüngliche Erstellung der Maschine, sondern nur noch um die Garantiarbeiten an einem bestimmten Maschinenteil. Die Versicherungssumme wurde pro Gasturbine auf CHF 6'000'000.– festgelegt. Der Selbstbehalt für die Wieder-Inbetriebnahme und die Tests der Gasturbinen beträgt CHF 500'000.– pro Einheit (act. 4/19). Für die übrigen Konditionen verweist das "Declaration Form" auf den Rahmenvertrag. Darin wird unter anderem festgelegt, dass die Versicherungssumme im Sinne einer Erstrisikoversicherung zu verstehen ist. Dies ergibt sich aus der Formulierung "(...) on first loss basis (...)" in Ziff. 1 des "Schedule" der C.\_\_\_\_-Police (act. 4/3 S. 9). Weiter wird festgelegt, dass während der Versicherungsperiode für alle Schäden Deckung besteht, die Reparatur oder Ersatz erforderlich machen, sofern die Haftung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde (act. 4/3 S. 7). Bei der C.\_\_\_\_-Police handelt es sich mithin um eine "All Risks"-Versicherung. Falls eine Deckung besteht, werden von der Beklagten im Falle eines Schadens, der repariert werden kann, die Reparaturkosten soweit ersetzt, als sie nötig sind, um die Sache wieder in den Zustand vor dem Schadensereignis zu versetzen. Im Falle eines Totalschadens wird der aktuelle Wert der Sachen unmittelbar vor dem Schadensereignis ersetzt (act. 4/3 S. 8). Vor diesem Hintergrund weist die C.\_\_\_\_-Police alle Merkmale einer Montagsversicherung auf. Sie bezeichnet sich denn auch selber als "Erection Insurance", was mit Montageversicherung übersetzt werden kann.

### **E. 2.3**

A.\_\_\_\_ CAR-Police Versicherungsnehmerin der A.\_\_\_\_ CAR-Police ist F1:\_\_\_\_. Versichert sind nebst F1.\_\_\_\_ weitere beteiligte Unternehmer, insbesondere auch die Auftrag-

- 18 - nehmerin D2.\_\_\_\_ Schweiz und deren Konzerngesellschaften, Verkäufer, Lieferanten, technische Berater und Finanzinstitute. Versichert wird ein Bauprojekt auf dem Grundstück der F1.\_\_\_\_, namentlich der Bau eines 1050 Megawatt-Kraftwerks und dessen angegliederte Nebenbetriebe (act. 4/15 S. 3). Versichert werden demnach Hochbauten. Die umfangreiche Police ist in folgende Sektionen unterteilt (act. 4/15 S. 2): "Section 1 - Construction All Risks Section 2 - Operational All Risks Section 3 - Operational Machinery Breakdown Section 4 - Delay in Start-Up Section 5 - Business Interruption" Die Sektionen entsprechen verschiedenen Versicherungstypen. Teilweise handelt es sich um Sachversicherungen und teilweise um Vermögensversicherungen. Soweit dabei nicht Schäden der F1.\_\_\_\_ an ihren Sachen oder an ihrem Vermögen gedeckt werden, handelt es sich um Fremdversicherungen. Die Beklagte macht geltend, die Klägerin 1 hätte ihre Versicherungsleistung allein gestützt auf Sektion 1 der Police erbracht (act. 37 Rz. 272). Die Klägerinnen wenden dagegen ein, es seien auch Leistungen aus den Sektionen 2 und 3 erbracht worden und verweisen dazu auf Rz. 90 ff. der Klageschrift (act. 42 Rz. 33). Aus diesen Ausführungen ergibt sich indessen nicht, dass die strittige Versicherungsleistung auch gestützt auf andere Sektionen erbracht wurde. Vielmehr stützen sich die Klägerinnen zur Begründung ihrer Klage nur auf die Sektion 1 (act. 1 Rz. 40). Von anderen Sektionen ist darin nicht die Rede. Es ist daher davon auszugehen, dass die streitgegenständliche Versicherungsleistung in Anwendung der Sektion 1 der A.\_\_\_\_ CAR-Police erbracht wurde. Es ist daher vorliegend nur die Sektion 1 zu qualifizieren. Die anderen Sektionen

sind ausser Acht zu lassen. In der Sektion 1 wird festgehalten, dass die Klägerin 1 die Versicherten gegen alle Gefahren von Verlust und Beschädigung des versicherten Besitzes versichert, unter Vorbehalt definierter Haftungsausschlüsse, was sie zu einer "All Risks"-Versicherung macht (act. 4/15 S. 9). Versichert sind die Arbeiten am Kraftwerk sowie alle Materialien oder Sachen der Versicherten, die zum Bau notwendig

- 19 - sind. In zeitlicher Hinsicht haftet die Klägerin 1 a) für alle Schäden am versicherten Besitz, die bis zum Datum der gewerblichen Inbetriebnahme auftreten und b) unter bestimmten Voraussetzungen für Schäden, die während der Garantiefrist auftreten (act. 4/15 S. 6). Unter dem Titel Versicherungsperiode wird für die Sektionen 1 und 4 konkretisiert, dass der Versicherungsschutz für die Bauperiode am 19. Juli 1999 beginnt und bis zur vertraglich vorgesehenen gewerblichen Inbetriebnahme fort dauert, welche für die verschiedenen Einheiten auf unterschiedliche Zeitpunkte festgelegt wurde. Für die Einheit 3 wurde diesbezüglich der 1. Juni 2003 vorgesehen. Für die in der Sektion 1 versicherte Garantiefrist wird festgehalten, dass diese mit der gewerblichen Inbetriebnahme der jeweiligen Einheit beginnt und nicht länger dauert als 36 Monate (act. 4/15 S. 4). Die Versicherungssumme für die Sektionen 1 bis 3 beträgt USD 479'000'000.– (act. 4/15 S. 5). Der Selbstbehalt wurde mit "Endorsement Nr. 5" vom 17. Mai 2002 für unter Sektion 1 versicherte Schäden an Gasturbinen-Generatoren auf USD 2'000'000.– festgelegt (act. 25/51). Wie bereits die C.\_\_\_\_-Police versichert die A.\_\_\_\_ CAR-Police die Reparatur- bzw. Ersatzkosten. Sektion 1 der A.\_\_\_\_ CAR-Police weist somit alle Merkmale einer Bauwesenversicherung auf. Auch ihre Bezeichnung als "Construction Insurance" deutet darauf hin. Es handelt sich um die besondere Form der international gebräuchlichen CAR-Versicherung.

#### **E. 2.4**

B.\_\_\_\_ CAR-Police Es ist unbestritten, dass sich die Klägerin 1 und die Klägerin 2 als Mitversicherer zusammengetan haben. Es wurde dabei vereinbart, dass die Klägerin 1 75 % des Risikos und die Klägerin 2 25 % des Risikos versichert (act. 1 Rz. 36 f). Die A.\_\_\_\_ CAR-Police und die B.\_\_\_\_ CAR-Police entsprechen sich hinsichtlich der Vertragsbedingungen (act. 1 Rz. 36). Ein einziger Unterschied ergibt sich mit Bezug auf die Selbstbehalte. Ursprünglich betragen die Selbstbehalte sowohl der A.\_\_\_\_ CAR-Police als auch der B.\_\_\_\_ CAR-Police USD 500'000.–. Für die A.\_\_\_\_ CAR-Police konnten die Klägerinnen die Erhöhung des Selbstbehaltes auf USD 2'000'000.– mit Einreichung des unterzeichneten "Endorsements Nr. 5" nachweisen (act. 25/51). Für die B.\_\_\_\_ CAR-Police bestreitet die Beklagte eine Erhöhung (act. 37 Rz. 344)

- 20 - Bezüglich der B.\_\_\_\_ CAR-Police haben die Klägerinnen kein Endorsement eingereicht, welches eine Erhöhung des Selbstbehaltes belegen würde. Sie leiten eine entsprechende Erhöhung aber daraus ab, dass die Klägerin 2 Mitversichererin sei und der Selbstbehaltserhöhung stillschweigend bzw. konkludent zugestimmt habe, weshalb der erhöhte Selbstbehalt automatisch auch für sie gelte (act. 42 S. 15). Dem kann nicht zugestimmt werden. Abgesehen davon, dass die Klägerinnen nicht hinreichend darlegen, woraus sich eine konkludente Zustimmung zur Selbstbehaltserhöhung durch die Klägerin 2 ergeben sollte, würde eine solche – selbst wenn sie vorliegen würde – nicht genügen. Vielmehr wäre erforderlich, dass die F1.\_\_\_\_ als Versicherungsnehmerin einer solchen zugestimmt hat. Eine solche Zustimmung wird von den Klägerinnen nicht behauptet. Es ist daher für die Klägerin 1 von einem Selbstbehalt von USD 2'000'000.– und für die Klägerin 2 von einem solchen von USD 500'000.– auszugehen. Abgesehen vom tieferen

Selbstbehalt in der B.\_\_\_\_\_ CAR-Police sind die A.\_\_\_\_\_ CAR Police und die B.\_\_\_\_\_ CAR-Police als identisch zu betrachten. Bezüglich der Qualifikation der B.\_\_\_\_\_ CAR-Police kann daher auf die Ausführungen zur A.\_\_\_\_\_ CAR-Police verwiesen werden.

### **E. 3**

Ansprüche der Klägerin 1 aus der C.\_\_\_\_\_ -Police

#### **E. 3.1**

Doppelversicherung

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

Anwendbares Recht Das IPRG regelt nicht, welches Recht auf die Frage anzuwenden ist, ob eine Doppelversicherung vorliegt. Diese Frage ist vor allem deshalb relevant, weil das schweizerische Recht bei Vorliegen einer Doppelversicherung von einer anteilmässigen Haftung der Versicherer ausgeht und nicht etwa von einer Solidarhaftung. Da es dabei im Grunde um die Frage des Aussenverhältnisses geht, rechtfertigt es sich, für die Frage des anwendbaren Rechts auf Art. 143 IPRG zurückzugreifen. Art. 143 IPRG beruht auf dem stillschweigend vorausgesetzten Grundsatz der unabhängigen Anknüpfung mehrerer Schuldverhältnisse. Die Bestimmung selbst normiert aber nicht diesen Grundsatz, sondern bloss die Frage der

- 21 - Folgen solcher selbständiger Anknüpfungen auf das gegenseitige Verhältnis mehrerer Forderungen gegenüber mehreren Schuldern. Zu diesen möglichen Rechtsfolgen gehören insbesondere die Fragen, ob der in Anspruch genommene Schuldner primär oder subsidiär, solidarisch oder anteilmässig haftet. Diese Rechtsfolgen werden für jeden einzelnen in Anspruch genommenen Schuldner akzessorisch an das jeweilige Schuldstatut angeknüpft. Damit werden die Erwartungen des Schuldners geschützt, der sich auf das eigene Schuldstatut verlassen kann, ohne wissen zu müssen, nach welchem Recht allfällige Mitschuldner haften (DASSER, BSK IPRG; 2013, N 3 f. zu Art. 143). Zum gleichen Ergebnis gelangt JÄGER, indem er ausführt: "Auf ein dem ausländischen Recht unterliegendes Versicherungsverhältnis kann der Grundsatz des Art. 71 nicht zur Anwendung kommen. Das hindert aber nicht, dass für die Reduktion der Leistungspflicht aus dem vom schweizerischen Recht beherrschten Versicherungsvertrag auf die Tatsache der Doppelversicherung Rücksicht genommen wird (JÄGER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, 1932, N 4 zu Art. 71). Demnach ist auf die Frage, ob die Beklagte gegenüber der Klägerin 1 solidarisch haftet oder ob es sich um eine anteilmässige Haftung handelt, schweizerisches Recht anzuwenden, vor allem auch, da die C.\_\_\_\_\_ -Police schweizerischem Recht unterstellt wurde. Es rechtfertigt sich daher, auch auf die Frage, ob eine Doppelversicherung vorliegt sowie auf die Frage, welche Folgen dies für die Leistungspflicht der Beklagten hat, schweizerisches Recht anzuwenden.

##### **E. 3.1.2**

Rechtliche Grundlagen Eine Doppelversicherung liegt vor, wenn dasselbe Interesse gegen dieselbe Gefahr und für dieselbe Zeit bei mehr als einem Versicherer dergestalt versichert ist, dass die Versicherungssummen zusammen den Versicherungswert übersteigen (Art. 53 Abs. 1 VVG). Zur Ermittlung des versicherten Interesses stellt BOLL auf die sachenrechtliche Lehre ab, wonach das versicherte Interesse dem versicherten Objekt

gleichzusetzen sei, wobei in der Sachversicherung die versicherte Sache und in der Vermögensversicherung das versicherte Vermögen Gegenstand der Versicherung sei. Zeitlich liegt eine Doppelversicherung nur vor, wenn mehrere Versicherungen gleichzeitig bestehen und in diesem Zeitraum nebeneinander

- 22 - Deckung gewähren. Nicht vorausgesetzt ist dagegen, dass die Verträge zur gleichen Zeit abgeschlossen werden oder für einen identischen Zeitraum Geltung haben (BOLL, BSK VVG, 2001, N 6 und 8 zu Art. 53). Art. 53 VVG ist eine zwingende Vorschrift. Sie darf weder zugunsten des Versicherungsnehmers noch zugunsten des Versicherers abgeändert werden. Zulässig sind hingegen Klauseln, welche die Entstehung einer Doppelversicherung vermeiden sollen. Dies kann mit einer sog. Subsidiärklausel erreicht werden, womit vereinbart wird, dass die Leistungspflicht des Versicherers entfällt, wenn ein anderer Versicherer leistungspflichtig ist (BOLL, BSK VVG, 2001, N 26 zu Art. 53; vgl. dazu Erw. 3.2.). Liegt eine Doppelversicherung vor, so hat dies nach schweizerischem Recht Auswirkungen auf die Leistungspflicht der Versicherer. Das in der Schadensversicherung geltende Entschädigungsprinzip verbietet eine Überentschädigung. Zur Vermeidung einer Überentschädigung hat bei Doppelversicherung daher jeder Versicherer nur für einen Teil des Ersatzwerts Leistungen zu erbringen. Dieser Teil berechnet sich nach dem Verhältnis in dem die jeweilige Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssumme steht. Dabei handelt es sich nach Intention des Gesetzgebers um eine anteilmässige Ersatzpflicht und nicht um eine Solidarhaftung (BOLL, BSK VVG, 2001, N 1 und N 7 zu Art. 71). Sowohl Art. 53 VVG als auch Art. 71 VVG sind auf die Sachversicherung zugeschnitten. Die Vorschriften gelangen indes auch bei der Vermögensversicherung zur Anwendung. Denn diese beruht ebenso auf dem Entschädigungsprinzip (BOLL, BSK VVG, 2001, N 6 zu Art. 71). Für die Vermögensversicherung wird in der Lehre aber die Ansicht vertreten, dass es an einem Konnex zwischen der Versicherungssumme und dem Versicherungswert fehle, weshalb die Höhe der Versicherungssumme oft von Zufälligkeiten abhängt. Bei der Ermittlung der Entschädigung könne daher nicht auf die Versicherungssumme abgestellt werden. Vielmehr sei die Höhe der Entschädigung, die jeder Versicherer zu erbringen hätte, wenn neben ihm kein weiterer Versicherer leistungspflichtig wäre, massgeblich. Der einzelne Versicherer habe in dem Umfang zu leisten, in dem seine Leistung zur Gesamtsumme der Leistungen sämtlicher Vermögensversicherer stehe (BOLL,

- 23 - BSK VVG, 2001, N 10 zu Art. 71; MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, 1995, S. 408; FISCHER, Die mehrfache Versicherung in der Schadenversicherung nach Schweizerischem Privatversicherungsrecht, Diss., 1963, S. 123 ff.). Die Frage der Unterscheidung von Sach- und Vermögensversicherungen ist eine Frage nach dem Gegenstand der Versicherung. Gegenstand der Schadensversicherung kann gemäss Art. 48 VVG jedes wirtschaftliche Interesse sein, das jemand am Ausbleiben eines befürchteten Ereignisses hat. Darüber, wie dieses Interesse zu definieren ist, bestehen zwei Lehrmeinungen. Die Gegenstandslehre oder sachenrechtliche Lehre knüpft am sachenrechtlichen Eigentum am zu versichernden Gegenstand an. Im Gegensatz dazu versteht die Interessenlehre als jeweils vertragsrelevantes Interesse die Beziehung einer Person zu einem Objekt, kraft welcher die Person durch Tatsachen, welche dieses Objekt betreffen, einen Schaden erleiden kann. Gewichtige Teile der schweizerischen Lehre folgen der Gegenstandslehre, obwohl Art. 48 VVG dem Wortlaut nach auf dem Boden der Interessenlehre steht (so insb. KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1967, S.

200 ff.; KELLER/TÄNNLER, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Band I, 1968, S. 11 f. und S. 282; BOLL, BSK VVG, 2001, N 3 zu Art. 48; BOLL/STÖCKLI, BSK VVG Nachführungsband, 2012, ad N 4 zu Art. 48; a.M. FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N 4.9 ff.). BOLL/STÖCKLI vertreten die Meinung, dass wenn ein Dritter die vermögenswerten Folgen aus der Beschädigung einer Sache zu tragen hat, von welcher der Dritte nicht selbst Eigentümer ist, nach der sachenrechtlichen Lehre keine Sach-, sondern eine Vermögensversicherung vorliegt, da nicht schon die Vernichtung oder Schädigung dieser Sache den Versicherungsfall auslöst, sondern erst die Schädigung des Vermögens des versicherten Dritten (BOLL/STÖCKLI, BSK VVG, Nachführungsband, 2012, ad N 4 zu Art. 48, S. 179 ff.).

- 24 -

### **E. 3.1.3**

Würdigung

#### **E. 3.1.3.1**

Vorliegen einer Doppelversicherung Zur Bejahung einer Doppelversicherung ist nicht erforderlich, dass die Versicherungen gesamthaft deckungsgleich sind. Vielmehr genügt es, wenn in einem Schnittbereich, welchem der eingetretene Versicherungsfall zuzuordnen ist, doppelte Deckung besteht. Die Klägerinnen haben ihre Zahlung der E1.\_\_\_\_\_ allein gestützt auf Sektion 1 der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police geleistet. Daraus ergibt sich, dass nur die Sektion 1 der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police mit der C.\_\_\_\_\_ -Police zu vergleichen ist und zwar nur soweit sie sich auf die mitversicherte Unternehmerin E1.\_\_\_\_\_ bezieht. Dass die A.\_\_\_\_\_ CAR-Police daneben weitere Sektionen enthält und weiteren Versicherten Schutz gewährt, spielt für die Frage der Doppelversicherung keine Rolle. Vorliegend ist daher einzig von Bedeutung, ob das Risiko, das sich für die E1.\_\_\_\_\_ verwirklicht hat und für welches die Klägerinnen bereits eine Versicherungsleistung erbracht haben, auch durch die C.\_\_\_\_\_ -Police gedeckt war. Gegenstand der Sektion 1 der CAR-Policen sind die Arbeiten am Bau des Kraftwerks inklusive die Garantiarbeiten. Versichert ist unter anderem die E1.\_\_\_\_\_. Gegenstand der C.\_\_\_\_\_ -Police sind nur bestimmte Garantiarbeiten an den GT24-Turbinen der Einheiten 3 und 4 dieses Kraftwerks. Versichert ist auch hier die E1.\_\_\_\_\_. Die Versicherungen überschneiden sich demnach. Die Schnittmenge enthält eine Versicherung für Schäden zulasten der E1.\_\_\_\_\_, die durch Beschädigung der GT24-Turbinen der Einheiten 3 und 4 im Rahmen der Durchführung der Garantiarbeiten entstehen. Beide Policen versichern sodann die Reparatur- bzw. Ersatzkosten. Sodann handelt es sich bei beiden Versicherungen um sog. All-Risks-Versicherungen, d.h. sie übernehmen grundsätzlich alle Schäden, die sich während der Versicherungsdauer ereignen, soweit diese nicht ausdrücklich ausgeschlossen sind. Wie es für solche Versicherungen üblich ist, versichern beide Policen ein breites Gefahrenspektrum mit Ausnahme einiger ausgeschlossener Gefahren, wobei sich die Ausschlusskataloge sehr ähnlich sind (act. 4/3 S. 5 und 7, act. 4/15 S. 9 und 37 f.). Beide Versicherungen decken das Risiko von Bauunfällen in der Art des Vorliegenden. Dass derartige Bauunfälle in einen Ausschlusskatalog fallen, wird zumindest nicht substantiiert geltend gemacht (vgl. dazu Erw. 3.5.). Auch in zeitlicher Hinsicht überschneiden sich die Versicherungen. Die Deckung der C.\_\_\_\_\_ -Police für die Garantiarbeiten an der Einheit 3 begann am 17. Februar 2003 und dauerte bis zur Beendigung dieser Arbeiten, längstens aber bis am 6.

April 2003 (act. 4/19, act. 4/3 S. 3). Die Deckung der CAR-Policen begann für die in Sektion 1 versicherten Garantearbeiten im Zeitpunkt der kommerziellen Inbetriebsetzung und dauerte 36 Monate (act. 25/51). Der Zeitpunkt der kommerziellen Inbetriebsetzung für die Einheit 3 war unbestrittenermassen der 16. August 2002 (act. 1 Rz. 43). Die Zeitperiode ab 17. Februar 2003 bis zum Schadenereignis, in welcher Garantearbeiten vorgenommen wurden, war demnach durch beide Versicherungen gedeckt. Demnach bestand ab dem 17. Februar 2003 für die in der C.\_\_\_\_\_-Police definierten Garantearbeiten an den GT24-Turbinen der Einheit 3 Versicherungsschutz für die E1.\_\_\_\_\_ sowohl durch die CAR-Policen als auch durch die C.\_\_\_\_\_-Police. Es ist daher von einer Doppelversicherung im Sinne von Art. 53 VVG auszugehen. Dies entspricht auch der Auffassung des Bundesgerichts (Urteil des Bundesgerichts 4A\_116/2015 ■4A\_118/2015 vom 9. November 2015, E. 5). Die Klägerinnen bestreiten das Vorliegen einer Doppelversicherung zu Unrecht unter anderem gestützt auf folgende Klausel der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police, welche sie einer Subsidiärklausel gleichsetzen: " Other Insurance Notwithstanding anything contained herein to the contrary, this Policy shall be primary to and take precedence over any other insurance arranged by or on behalf of the Insured, and the Insurers shall indemnify the Insured subject to the terms of this policy as if such other insurances did not exist." (act. 4/15 S. 36)

- 26 - Es ist zutreffend, dass mit der Verwendung einer Subsidiärklausel die Entstehung einer Doppelversicherung ausgeschlossen werden kann. Die angeführte Klausel ist aber gerade das Gegenteil einer Subsidiärklausel. Vielmehr handelt es sich um eine Art "Prioritärklausel". Sie legt fest, dass die A.\_\_\_\_\_ CAR-Police gerade nicht subsidiär haftet, sondern so, als ob keine andere Versicherung existieren würde. Dadurch verzichteten die Klägerinnen auf eine allfällige Begrenzung ihrer Ersatzpflicht im Falle des Vorliegens einer Doppelversicherung. Sie waren E1.\_\_\_\_\_ gegenüber ungeachtet der bestehenden C.\_\_\_\_\_-Police voll ersatzpflichtig und haben dementsprechend auch vollen Ersatz geleistet. Anders als eine Subsidiärklausel schliesst diese Klausel das Vorliegen einer Doppelversicherung nicht aus. Da ihr Wortlaut klar ist, besteht kein Auslegungsspielraum. Es stellt sich daher auch nicht die Frage, wie die Klausel nach New Yorker Recht auszulegen wäre. Die "Other Insurance"-Klausel beeinflusst auch die Leistungspflicht der Beklagten aus der C.\_\_\_\_\_-Police nicht, da sich die Beklagte nicht auf diese Klausel hätte berufen können, zumal sie nicht Partei dieser Abrede ist. Somit machen die Klägerinnen zu Unrecht geltend, im Zeitpunkt des Schadensereignisses sei die E1.\_\_\_\_\_ aufgrund der "Other Insurance"-Klausel in den CAR-Policen gegenüber der Beklagten nicht anspruchsberechtigt gewesen, was eine Doppelversicherung ausschliesse. Die Beklagte macht geltend, die "Excess Insurance"-Klausel in Ziff. 19 der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police würde das Vorliegen einer Doppelversicherung ausschliessen, da sie eine Leistungspflicht der Beklagten ausschliesse, solange die Versicherungssumme der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police noch nicht ausgeschöpft sei (act. 11 Rz. 109). Wie in Erw. 3.3. noch darzulegen sein wird, beeinflusst die "Excess Insurance"-Klausel die Leistungspflicht der Beklagten nicht. Aus den gleichen Gründen verhindert sie auch nicht das Vorliegen einer Doppelversicherung.

#### **E. 3.1.3.2**

abgehandelt.

#### **E. 3.1.4**

Fazit Bezüglich der Höhe der auf die Gas-Turbine der Einheit 3 entfallenden Teilversicherungssumme der A.\_\_\_\_ CAR-Police fehlt es an schlüssigen Behauptungen und Beweismitteln. Die Nachteile der Beweislosigkeit trägt die beweisbelastete Beklagte. Das bedeutet, dass allfällige Ansprüche der Klägerinnen aus der C.\_\_\_\_-Police (zufolge Abtretung; vgl. Erw. 3.6.) nicht wegen der Doppelversicherung zu reduzieren sind.

## **E. 3.2**

### **Subsidiärklausel und Captive-Versicherung**

#### **E. 3.2.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, die C.\_\_\_\_-Police enthalte eine stillschweigend vereinbarte Subsidiärklausel (act. 37 Rz. 100). Dies könne insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der C.\_\_\_\_-Police geschlossen werden sowie aus den Umständen im Zeitpunkt des Abschlusses der Police, dem Verhalten der Parteien bei Vertragsabschluss und dem nachträglichen Parteiverhalten. Zudem spielten auch der Zweck der C.\_\_\_\_-Police und die Interessenlage der Parteien eine Rolle sowie die Sachgerechtigkeit einer Lösung (act. 37 Rz. 101). Von einer still-

- 37 - schweigend vereinbarten Subsidiärklausel sei insbesondere deshalb auszugehen, weil die Beklagte das Eigenversicherungsunternehmen bzw. die "Captive Insurance Company" der D2.\_\_\_\_ Gruppe und seit 2002 der E1.\_\_\_\_ Gruppe gewesen sei. Die C.\_\_\_\_-Police sei demnach eine konzerninterne Versicherung. Daher sei für die unterzeichnenden K.\_\_\_\_ (handelnd für die Beklagte) und L.\_\_\_\_ (handelnd für E1.\_\_\_\_) klar gewesen, dass die Leistungspflicht unter der C.\_\_\_\_-Police entfalle, wenn ein anderer Versicherer für den gleichen Versicherungsfall leistungspflichtig sei (act. 37 Rz. 107 ff.). Lediglich aufgrund geringerer Massstäbe an die Vollständigkeit der Vertragsgestaltung im Konzernverhältnis enthalte die C.\_\_\_\_-Police keine explizite Subsidiärklausel (act. 37 Rz. 110). Der Umstand, dass E1.\_\_\_\_ zunächst nicht Deckung von ihrer eigenen Versicherungsgesellschaft gesucht habe, spreche ebenfalls für die implizite Vereinbarung einer Subsidiärklausel (act. 37 Rz. 113). Auch die Interessenlage der Vertragsparteien spreche dafür, dass ein gemeinsames Verständnis bestanden habe, dass aus der C.\_\_\_\_-Police nur Leistungen zu erbringen seien, wenn kein anderer (konzernexterner) Versicherer leistungspflichtig sei (act. 37 Rz. 118). Da die Klägerinnen vorliegend geleistet hätten, fehle es aufgrund der stillschweigend vereinbarten Subsidiärklausel an einer Leistungspflicht der Beklagten (act. 37 Rz. 124). Die Klägerinnen bestreiten, dass die C.\_\_\_\_-Police eine ihre Versicherungsleistungen einschränkende Klausel enthalte. Die Beklagte sei keine "Captive Insurance". Dieser Beweis sei nicht erbracht worden. Im Übrigen würde auch die Qualifikation der Beklagten als "Captive Insurance" nichts an der Leistungspflicht der Beklagten ändern. Die C.\_\_\_\_-Police enthalte keinerlei Restriktionen (act. 32 Rz. 29 f., Rz. 41 und Rz. 227).

#### **E. 3.2.2**

Rechtliche Grundlagen Mit einer Subsidiärklausel kann vereinbart werden, dass die Leistungspflicht des Versicherers entfällt, wenn ein anderer Versicherer leistungspflichtig ist (BOLL, BSK VVG, 2001, N 26 zu Art. 53). Solche Subsidiärklauseln sollen (u.a.) verhindern, dass der Versicherte aus einem Versicherungsfall überentschädigt wird, d.h. mehr als die volle Schadensdeckung erhält. Die Subsidiärklausel befreit den Ver-

- 38 - sicherer von seiner Leistungspflicht, da ein Dritter grundsätzlich für den gleichen Schaden leistungspflichtig ist (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, 1995, S. 373 ff.). Zum Abschluss eines Vertrages ist die übereinstimmende gegenseitige Willensäusserung der Parteien erforderlich. Sie kann eine ausdrückliche oder stillschweigende sein (Art. 1 OR). Eine abschliessend-umfassende Typologie der Umstände, welche den Schluss auf den massgeblichen Vertragswillen erlaubt, ist nicht möglich. Immerhin sind hier zu nennen Rechtshandlungen oder -erklärungen, welche die Einnahme eines bestimmten Rechtsstandpunktes implizieren. Wichtig sind auch Handlungen, welche den intendierten Vertrag bereits in Vollzug setzen. Auch im Falle konkludenter Äusserungen dürfen nur Fakten berücksichtigt werden, die vom Erklärenden selber gesetzt sind und daher ihm zugerechnet werden dürfen (BUCHER, BSK OR I, 5. Auflage, N. 18 f.). Captive-Versicherungen oder Captives sind konzernerzogene Versicherungsgesellschaften, welche die gesamten Konzernrisiken oder einen Teil derselben decken. Es handelt sich zumeist um Tochtergesellschaften grosser Industrie- oder Dienstleistungsunternehmen. Captives werden ausschliesslich im Grossrisikobereich eingesetzt, oft in Ergänzung zu internationalen Versicherungsprogrammen. Verbreitet sind Lösungen, bei denen die Captive als Rückversicherer fungiert. In ihrer wirtschaftlichen Funktion gleichen Captives ausgelagerten, juristisch selbständigen Selbstbehalt- oder Rücklagefonds. Der Risikotransfer findet innerhalb desselben wirtschaftlichen Interessenbereiches statt, so dass man auch von einer externen Selbstversicherung sprechen kann (NEBEL, BSK VVG, 2001, N 63 zu Art. 101). Der Einbezug von Captives in das Risiko-Management-Konzept eines Konzerns ist auf vielseitige Weise möglich: Sie können zum Beispiel als Erstversicherungscaptive das Risiko zeichnen und auf dem Rückversicherungsmarkt platzieren. Als Versicherungsgesellschaft haben sie einen direkten Zugang zum Rückversicherungsmarkt. Oftmals tragen die Captives einen Teil des Risikos selbst, in Ausnahmefällen sogar das gesamte Risiko (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N 18.38).

- 39 -

### E. 3.2.3

Würdigung Unbestrittenermassen enthält die C. \_\_\_\_\_-Police keine explizite Subsidiärklausel und keinerlei Hinweise auf die Absicht, eine solche abzuschliessen. Ungeachtet dessen macht die Beklagte einen stillschweigenden übereinstimmenden tatsächlichen Parteiwillen hinsichtlich einer Subsidiärklausel geltend. Die Umstände, auf welche sie sich dabei stützt, sind nachfolgend näher zu prüfen. Nachdem die Klägerinnen bestritten hatten, dass es sich bei der Beklagten um eine Captive handelt, reichte die Beklagte zwei Beweismittel dazu ein. Dabei handelt es sich einerseits um einen Auszug aus der Internetseite der Beklagten, worin unter dem Titel "About us" die wichtigsten "Meilensteine" in der Geschichte der Beklagten aufgeführt sind. Insbesondere wird darin geschrieben, dass die D. \_\_\_\_\_ 1996 als "Captive Insurance Company" gegründet wurde, um Versicherungen für Gasturbinen und kombinierte Kraftwerke zur Verfügung zu stellen (act. 38/27). Andererseits reichte die Beklagte einen Handelsregisterauszug ein, worin die Entwicklung von der E. \_\_\_\_\_ AG zur C. \_\_\_\_\_ AG inklusive deren Sitzverlegung von ... [Ort in Grossbritannien] nach ... [Ort in der Schweiz] nachvollzogen werden kann (act. 38/28). Entgegen der Meinung der Beklagten belegen beide Beweismittel nicht rechtsgenügend, dass es sich bei der D. \_\_\_\_\_, welche die C. \_\_\_\_\_-Police abgeschlossen hat, um eine Captive-Versicherung handelte. Welche Inhalte die Beklagte auf ihrer

Internetseite publiziert, steht ihr völlig frei, weshalb die genannten "Meilensteine" nicht mehr als blosser Parteibehauptungen sind. Inwiefern aus dem eingereichten Handelsregisterauszug eine konzernmässige Verbindung hervorgehen sollte, legt die Beklagte nicht näher dar. Eine konzernmässige Verbindung kann sich durch verschiedene tatsächliche Umstände ergeben. Woraus sie sich im vorliegenden Fall ergeben sollte, ist den beklagten Ausführungen nicht zu entnehmen. Der Handelsregisterauszug alleine gibt hierüber jedenfalls keinen Aufschluss. Der eingereichte Handelsregisterauszug beleuchtet sodann auch nicht den hier interessierenden Zeitpunkt des Abschlusses der C.\_\_\_\_-Police im Jahr 1999, sondern erst den Zeitraum ab 25. März 2002 (act. 38/28).

- 40 - Wenn es auch durchaus als möglich erscheint, dass die D.\_\_\_\_ bei Abschluss der C.\_\_\_\_-Police eine konzerneigene Captive-Versicherung der D1.\_\_\_\_ AG war, so gelang es der Beklagten nicht, dies rechtsgenügend darzutun. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass es sich um eine Captive-Versicherung handelt, so kann weder daraus allein noch in Verbindung mit den anderen – noch zu behandelnden – Umständen geschlossen werden, dass die C.\_\_\_\_-Police eine stillschweigende Subsidiärklausel enthält. Wie ausgeführt, gibt es verschiedene Gründe, die zum Einsatz einer Captive-Versicherung führen können. Wie FURERER hierzu festhielt, kann es dabei durchaus auch vorkommen, dass eine Captive-Versicherung ein Risiko teilweise oder ganz allein trägt. Die Beklagte sieht im Umstand, dass sich E1.\_\_\_\_ zunächst an die Klägerinnen gewandt habe, um Deckung zu erhalten, ein auf eine Subsidiärklausel hindeutendes nachträgliches Parteiverhalten. Mit E-Mail vom 8. Juni 2005 habe die Beklagte auch festgehalten, dass ihre Entschädigungspflicht nicht unabhängig sei von anderen Deckungen (act. 37 Rz. 113 ff., act. 4/35). Beides reicht jedoch nicht, um auf eine stillschweigende Subsidiärklausel zu schliessen. Dass sich E1.\_\_\_\_ an die Klägerinnen gehalten hat, kann beliebige Gründe haben, impliziert aber keine Subsidiärklausel. Es wäre durchaus denkbar, dass dieses Vorgehen mit den Versicherungsbedingungen zusammenhing, z.B. der erheblich höheren Versicherungssumme in den CAR-Policen. Auch aus der Feststellung, dass die Entschädigungspflicht der Beklagten nicht unabhängig von anderen Deckungen sei, muss nicht auf eine Subsidiärklausel geschlossen werden. Ebenso könnte eine solche Bemerkung auf die anteilmässige Haftung bei Doppelversicherungen im Sinne von Art. 71 VVG anspielen (vgl. dazu Erw. 3.1.). Zur Interessenlage macht die Beklagte geltend, aus der konzernmässigen Verbundenheit der Beklagten und der E1.\_\_\_\_ müsse geschlossen werden, dass beabsichtigt gewesen sei, dass die C.\_\_\_\_-Police lediglich Deckung für den Fall bieten sollte, in welchem "alle Stricke reissen". Anderes mache keinen Sinn (act. 37 Rz. 119). Abgesehen davon, dass auch hier festzuhalten ist, dass die konzernmässige Verbundenheit zwischen der Beklagten und der E1.\_\_\_\_ von der Beklagten nicht rechtsgenügend nachgewiesen wurde, kann der Abschluss

- 41 - einer konzerneigenen Versicherung auch ohne Subsidiärklausel seine Gründe haben. Zu nennen sind etwa die steuerlichen Vorteile, die sich daraus für den Konzern ergeben (vgl. dazu z.B. LEHMANN/ARZETHAUSER, Bausteine einer steuer-effektiven internationalen Konzernstruktur Teil 2, in: StR 58/2003, S. 729), die Möglichkeit auf den Rückversicherungsmarkt zuzugreifen und der Anreiz zur Risikoreduktion, da sowohl Versicherungsprämien als auch Schadenleistungen im Konzern verbleiben. Die von der Beklagten geltend gemachten Umstände und offerierten Beweismittel genügen nicht, um die stillschweigende Vereinbarung einer Subsidiärklausel nachzuweisen. Mangels einer entsprechenden tatsächlichen Vereinbarung ist eine normative Auslegung vorzunehmen.

Bei der normativen Auslegung ist in erster Linie auf den klaren Wortlaut abzustellen. Die C.\_\_\_\_-Police enthält keine Subsidiärklausel und keinerlei Hinweise auf die Absicht, eine solche abzuschliessen. Aus dem Wortlaut lässt sich demnach keine Subsidiärklausel ableiten. Auch die Umstände des Vertragsschlusses und die Interessenlage drängen keinen anderen Schluss auf. Angesichts dessen, dass es sich bei den Parteien der C.\_\_\_\_-Police um geschäftsgewandte Personen handelt und es sich bei der Subsidiärklausel um eine Klausel von grosser Tragweite handelt, die über die Leistungspflicht der Versicherung entscheiden kann, erscheint es als sehr unwahrscheinlich, dass die Parteien – wenn sie eine solche Klausel hätten vereinbaren wollen – dies nicht in der schriftlichen Police getan hätten. Bei dieser Sachlage muss vernünftigerweise davon ausgegangen werden, dass keine Subsidiärklausel vereinbart wurde; auch nicht stillschweigend.

#### **E. 3.2.4**

Fazit Zwischen der E1.\_\_\_\_ und der Beklagten wurde weder explizit noch stillschweigend eine Subsidiärklausel vereinbart.

- 42 -

### **E. 3.3**

"Excess Insurance"-Klausel in der A.\_\_\_\_ CAR-Police

#### **E. 3.3.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, der E1.\_\_\_\_ sei es aufgrund nachfolgender Klausel in der A.\_\_\_\_ CAR-Police nur gestattet gewesen, eine Exzedentenversicherung über der Limite der A.\_\_\_\_ CAR-Police abzuschliessen: " 19. Excess Insurance Permission is granted for the Insured to have excess insurance over the limit of liability set forth in this Policy without prejudice to this Policy and the existence of such insurance, if any, shall not reduce any liability under this Policy." (act. 4/15 S. 36) Die C.\_\_\_\_-Police stelle eine solche Exzedentenversicherung dar. Da die Versicherungssumme der A.\_\_\_\_ CAR-Police nicht ausgeschöpft worden sei, treffe die Beklagte keine Leistungspflicht (act. 11 Rz. 105 ff.). Die Klägerinnen entgegneten dem, dass mit der "Excess Insurance"-Klausel der Versicherten der Abschluss weiterer Versicherungen zwar erlaubt werde, eine Bereicherung jedoch vermieden werden sollte. Wesentlich sei, dass die C.\_\_\_\_-Police keine Exzedentenversicherung sei (act. 32 Rz. 70 ff.).

#### **E. 3.3.2**

Würdigung Die Parteien verstehen unter einer Exzedentenversicherung eine zusätzlich zu einer anderen Versicherung abgeschlossene Versicherung, die nur in dem Umfang Deckung gewährt, als der Schaden die Versicherungssumme der anderen Versicherung überschreitet. Die Parteien sind sich einig, dass die "Excess Insurance"-Klausel der E1.\_\_\_\_ gestattet, weitere Versicherungen für den die Versicherungssumme der CAR-Policen übersteigenden Bereich abzuschliessen und dass eine allfällige derartige Versicherung die Haftung unter den CAR-Policen nicht beeinflusst. Dies ergibt sich auch aus dem klaren Wortlaut der Klausel. Hingegen ergibt sich aus dem Wortlaut nicht, dass es der E1.\_\_\_\_ untersagt ist, weitere Versicherungen abzuschliessen, die keine Exzedentenversicherungen sind. Dies stünde auch im Widerspruch zur nachfolgenden Klausel mit dem Titel "Other Insu-

- 43 - rance", welche vorsieht, dass die Klägerinnen aus den CAR-Policen im Verhältnis zu jeglicher anderer vom Versicherten abgeschlossenen Versicherung prioritär

leistungspflichtig sind ("[...] this Policy shall be primary to and take precedence over any other insurance arranged by or on behalf of the Insured"; act. 4/15 S. 36). Unabhängig davon ist nicht ersichtlich, wie sich die zwischen E1.\_\_\_\_\_ und den Klägerinnen vereinbarte "Excess Insurance"-Klausel auf das Verhältnis zwischen der E1.\_\_\_\_\_ und der Beklagten auswirken könnte, da die beiden Vertragsverhältnisse auseinanderzuhalten sind. Die C.\_\_\_\_\_ -Police enthält keine Bestimmung, wonach sie nur in dem Umfang Deckung gewährt, als der Schaden die Versicherungssumme allfälliger anderer Versicherungen übersteigt. Dies wird auch nicht behauptet. Mithin handelt es sich bei der C.\_\_\_\_\_ -Police nicht um eine Exzedentenversicherung. Selbst wenn die "Excess Insurance"-Klausel in den CAR-Policen der E1.\_\_\_\_\_ vorschreiben würde, dass sie weitere Versicherungen nur in der Form von Exzedentenversicherungen abschliessen darf, so ändert dies nichts daran, dass die C.\_\_\_\_\_ -Police keine solche darstellt. In diesem Fall hätte sich die E1.\_\_\_\_\_ zwar über die "Excess Insurance"-Klausel in den CAR-Policen hinweggesetzt; dies kann sich aber nicht auf die Leistungspflicht der Beklagten aus der C.\_\_\_\_\_ - Police auswirken.

### **E. 3.3.3**

Fazit Die "Excess Insurance"-Klausel in den CAR-Policen hat keinen Einfluss auf eine allfällige Leistungspflicht der Beklagten.

### **E. 3.4**

Verletzung vertraglicher Mitwirkungspflichten

#### **E. 3.4.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht als Eventualstandpunkt geltend, E1.\_\_\_\_\_ habe ihre Mitwirkungspflichten verletzt, insbesondere indem sie trotz mehrmaligen Hinweisen seitens der Beklagten dieser nie zeitnah von sich aus Informationen bekannt gegeben habe, ab Juni 2005 überhaupt keine Informationen mehr geliefert habe und der Beklagten insbesondere die endgültige Schadensregulierung mit den Klägerinnen nicht angezeigt habe (act. 37 Rz. 131). Dadurch habe sie sowohl Ziff. 5

- 44 - lit. d und Ziff. 6 der "General Conditions" als auch die unter Ziff. 6 der unter dem Titel "Claims Procedure" erwähnte Mitwirkungspflicht verletzt. Da diese Bestimmungen gemäss Ziff. 1 der "General Conditions" ausdrücklich eine "condition precedent to any liability of the company" darstellten, entfalle eine Leistungspflicht der Beklagten gegenüber E1.\_\_\_\_\_ (act. 37 Rz. 132). Die Klägerinnen bestreiten eine Verletzung von Mitwirkungspflichten und stellen sich auf den Standpunkt, dass berücksichtigt werden müsse, dass gegenüber der Beklagten erst zu einem späteren Zeitpunkt Ansprüche erhoben worden seien. In diesem Zusammenhang seien mit dem Bericht von E1.\_\_\_\_\_ (act. 4/38) und dem Brief vom 12. Oktober 2004 (act. 4/37) alle notwendigen Unterlagen eingereicht worden (act. 32 Rz. 101). Überdies hätte eine allfällige Verletzung von Mitwirkungspflichten lediglich bewirkt, dass der Versicherungsanspruch noch nicht fällig geworden wäre (act. 32 Rz. 102). Die von der Beklagten vermisste definitive Schadenregulierung zwischen E1.\_\_\_\_\_ und den Klägerinnen habe nichts mit der Ersatz- bzw. Deckungspflicht der Beklagten aus der C.\_\_\_\_\_ -Police zu tun (act. 32 Rz. 106).

#### **E. 3.4.2**

Rechtliche Grundlagen Der Versicherungsvertrag kann nach Art. 39 Abs. 2 VVG vorsehen, dass der Anspruchsberechtigte bestimmte Belege beizubringen hat. Die Vertragsklausel muss diese Belege bestimmen, die Auskunft also klar präzisieren. Ihr Inhalt kann über jenen

der gesetzlich geforderten Auskünfte hinausgehen, aber die verlangten Belege müssen der Begründung des Versicherungsanspruches dienen (NEF, BSK VVG, 2001, N 10 zu Art. 39). Sodann ist es üblich, dass die Versicherer den Anspruchsberechtigten in den AVB mit zahlreichen Bestimmungen zur Mitwirkung bei der Abklärung des Versicherungsfalles verpflichten. Diese Obliegenheiten sind im Rahmen von Art. 45 VVG frei vereinbar (NEF, BSK VVG, 2001, N 13 zu Art. 39). Wenn der Vertrag bezüglich der Frist schweigt, welche bei der Erfüllung einer vereinbarten Auskunftspflicht einzuhalten ist, ist die Auskunft innert angemessener Frist seit dem Zeitpunkt, in welchem der Versicherer das Auskunftsbegehren gestellt hat, zu erteilen. Dieses kann auch in den Vertragsbedingungen formuliert worden sein (NEF, BSK VVG, 2001, N 9 und 14 zu

- 45 - Art. 39). Der Versicherungsvertrag kann nach Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG Sanktionen vorsehen, falls der Anspruchsberechtigte die Erteilung von Auskünften oder die Beibringung von Belegen versäumt. Das Gesetz erlaubt es, vertraglich als Rechtsnachteil den Verlust des Versicherungsanspruches zu vereinbaren. Diese sogenannte Verwirkungsklausel knüpft das VVG aber an bestimmte Voraussetzungen: Sie ist nur zulässig, wenn der Versicherer im Vertrag (nicht erst mit der schriftlichen Mahnung) eine angemessene Frist zur Erfüllung der Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten eingeräumt hat, die bestimmt, d.h. genau (nach Tagen, Wochen o.ä.) bemessen sein muss. Zudem ist eine besondere Erfüllungsaufforderung erforderlich; die Vertragsabrede bzw. Vereinbarung in den AVB allein genügt nicht. Der Anspruchsberechtigte ist also nach Eintritt des Versicherungsfalles nochmals schriftlich und ausdrücklich zur Erfüllung seiner Pflichten innert der vereinbarten Frist anzuhalten und auf die Säumnisfolgen aufmerksam zu machen (NEF, BSK VVG, 2001, N 17 zu Art. 39). Sieht der Vertrag als Sanktion für die Verletzung der Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten die Verwirkung des Versicherungsanspruches vor, sind die strengen Formalien von Art. 39 Abs. 2 VVG einzuhalten. Dazu gehört die Statuierung einer bestimmten Frist in den AVB (NEF, BSK VVG, 2001, N 14 zu Art. 39). Die C. \_\_\_\_\_-Police äussert sich an verschiedenen Stellen zu Auskunftspflicht und Mitwirkungspflichten: Ziffer 5 lit. d der "General Conditions" sieht vor, dass der Versicherte bei Eintreten eines Falles, welcher einen Anspruch aus der Police begründen könnte, die Versicherung mit allen Informationen und Urkundenmaterial auszustatten hat, welche diese benötigen könnte. Ziffer 6 der "General Conditions" hält sodann Folgendes fest: "Der Versicherte soll alle Handlungen und Dinge vornehmen oder ihrer Vornahme zustimmen und sie erlauben, welche nötig sind oder von der Gesellschaft verlangt werden im Interesse irgendwelcher Rechte oder Rechtsmittel, oder um Abhilfe oder eine Entschädigung von Parteien (andere als jene, die unter dieser Police versichert sind), zu denen die Gesellschaft berechtigt ist oder berechtigt werden könnte, oder welche auf sie aufgrund einer Ersatzzahlung für jeglichen Verlust oder Schaden unter dieser Police durch Subrogation übergehen könnten, erhältlich zu machen, ob dies

- 46 - vor oder nach der Entschädigung des Versicherten durch die Gesellschaft notwendig oder erforderlich wird." (act. 4/3, gemäss der unbestrittenen Übersetzung in act. 11 Rz. 52) Ziffer 1 der "General Conditions" der C. \_\_\_\_\_-Police sieht sodann vor, dass die Einhaltung und die Erfüllung der Policen-Bestimmungen, welche vom Versicherten eine Mitwirkung verlangen, und die Wahrheit der vom Versicherten in Fragebogen und Antrag gemachten Angaben unabdingbare Haftungsvoraussetzungen sind (act. 4/3 S. 5).

### **E. 3.4.3**

Würdigung Ziff. 1 der "General Conditions " könnte – wie von der Beklagten geltend gemacht – als Verwirkungsklausel verstanden werden. Allerdings werden die Mitwirkungspflichten in Ziff. 5 und Ziff. 6 der "General Conditions" nur grob umschrieben und es wird keine Frist bestimmt, innert welcher der Versicherte diesen Pflichten nachzukommen hat. Die in Art. 39 Abs. 2 VVG statuierten strengen Formalien werden demnach in der C.\_\_\_\_-Police nicht eingehalten, weshalb eine Verwirkung der Leistungspflicht der Beklagten allein gestützt auf die Verletzung von Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten ausgeschlossen ist. Darüber hinaus liegt auch keine Verletzung der Auskunfts- oder Mitwirkungspflichten vor. Die in der C.\_\_\_\_-Police in Ziff. 5 und 6 der "General Conditions" umschriebenen Mitwirkungspflichten dienen dazu, sicherzustellen, dass die Beklagte über alle zur Anspruchsprüfung notwendigen Informationen verfügt. Ebenfalls ihrem Zweck entsprechend ist, dass die Mitwirkungspflichten der E1.\_\_\_\_ beschränkt sind, und zwar auf die Bereitstellung jener Informationen, welche die Beklagte benötigt, um ihre Rechte im Zusammenhang mit einem Entschädigungsanspruch der E1.\_\_\_\_ wahrnehmen zu können. Dies bringt es mit sich, dass Informationen nicht "auf Vorrat" geliefert werden müssen, sondern nur soweit, als gegen die Beklagte Ansprüche erhoben werden. Die Beklagte impliziert verschiedentlich, E1.\_\_\_\_ hätte sie "zeitnah" informieren müssen (vgl. act. 11 Rz. 68 und 119, act. 37 Rz. 131, 186 und 199). Eine Pflicht, die Beklagte stetig auf dem neuesten Stand der Ereignisse zu halten, ergibt sich aber aus der C.\_\_\_\_-Police nicht. Die C.\_\_\_\_-Police enthält keine Klausel im Sinne von - 47 - Art. 39 Abs. 2 Ziff. 2 VVG, worin verlangt wird, dass die Informationen innert bestimmter Frist geleistet werden müssen. Dies entspräche auch nicht dem vorstehend umschriebenen Zweck der Informationspflicht. Daher reicht es, wenn die Beklagte in dem Moment über die notwendigen Informationen verfügt, in welchem sie den gegen sie erhobenen Anspruch ernsthaft prüfen muss. In dieser Hinsicht als notwendig zu betrachten sind einerseits detaillierte Angaben zum Schadensereignis und der Schadenshöhe, da die Beklagte überprüfen können muss, ob und wie weit der Schaden von ihrer Police gedeckt wird. Andererseits – da mehrere Versicherer involviert sind – müssen Angaben zu anderen möglichen Versicherungsdeckungen und zur Haftung anderer Versicherer zu Entschädigungsleistungen vorhanden sein, weil sich eine von anderen Versicherungen erhaltliche Ersatzleistung auf die Leistungspflicht der Beklagten auswirken kann. Vorliegend wurde die Beklagte unmittelbar nach dem Schadensereignis über dessen Eintritt informiert, noch bevor E1.\_\_\_\_ einen Anspruch gegen die Beklagte erhob. Danach bemühte sich E1.\_\_\_\_ offenbar darum, Ersatzleistungen nicht von der Beklagten, sondern von den Klägerinnen zu erhalten, welche eine Haftung mit Schreiben vom 8. Juni 2004 zunächst ablehnten. Da sich bis dahin ein Anspruch gegen die Beklagte noch nicht aktualisiert hatte, war es auch nicht notwendig, die Beklagte mit weiteren Informationen zu versorgen. Die Ablehnung der Haftung durch die Klägerinnen wurde der Beklagten umgehend (am 17. Juni 2004) mitgeteilt, und zwar mit dem Hinweis, dass nun ein Anspruch gegen die Beklagte erhoben werden würde. Knapp vier Monate später konkretisierte die E1.\_\_\_\_ ihre Ansprüche gegenüber der Beklagten, indem sie ihr das Dokument mit dem Titel " F.\_\_\_\_ F1.\_\_\_\_, Unit 3 High Impact Event Insurance-Claim - Cost Summary and Supporting Documents" zustellte, welches nebst verschiedenen, teilweise technischen Berichten insbesondere auch eine Aufstellung der ausgeführten Arbeiten und deren Kosten enthielt, welche mit Rechnungen und Rapporten untermauert sind (act. 4/38). Bis zur Klageeinleitung am Handelsgericht Zürich am 23. März 2012 behaupten die Klägerinnen keinen weiteren Informationsaustausch. Insbesondere behaupten sie nicht, dass die

Beklagte darüber informiert worden sei, dass ein dem "F.\_\_\_\_ F1.\_\_\_\_ – Unit 3 High Impact Event Insurance-Claim - Cost Summary and Supporting Documents" qualitativ und quantitativ gleichwertiges Dokument den

- 48 - Klägerinnen zugestellt wurde und darüber, dass die Klägerinnen am 17. Mai 2005 entschieden, der E1.\_\_\_\_ doch eine Entschädigung zu leisten. Allerdings machte E1.\_\_\_\_ in diesem langen Zeitraum auch keine Anstalten, ihren Anspruch gegenüber der Beklagten weiter zu verfolgen. Mit dem Dokument " F.\_\_\_\_ F1.\_\_\_\_ – Unit 3 High Impact Event Insurance-Claim - Cost Summary and Supporting Documents" verfügte die Beklagte zwar bereits über wichtige und zur Beurteilung des Anspruchs notwendige Unterlagen, insbesondere in Bezug auf die Schadensursache und die Schadenshöhe. Bis zur Klageeinleitung befand sie sich aber dennoch in einem Informationsrückstand, da ihr insbesondere Informationen zur erfolgten Schadensdeckung durch die Klägerinnen fehlten. Da E1.\_\_\_\_ ihren Anspruch in dieser Zeit nicht weiter verfolgte, waren weitere Informationen in diesem Zeitpunkt aber auch nicht notwendig. Der Anspruch aktualisierte sich erst wieder mit der Klageeinleitung am 23. März 2012. Anlässlich dieser erfolgte eine umfangreiche Information der Beklagten, welche sie in den Stand versetzte, ihre Leistungspflicht bzw. deren Umfang zu beurteilen und entsprechende Rechte wahrzunehmen. Dass sie im Zeitpunkt der Klageeinleitung noch nicht über alle notwendigen Informationen verfügt habe, macht die Beklagte nicht geltend. In jenem Zeitpunkt, in welchem sich die Anspruchserhebung aktualisierte, verfügte die Beklagte demnach über alle notwendigen Informationen, weshalb keine Verletzung von Mitwirkungspflichten auszumachen ist, welche in Anwendung von Ziff. 1 der "General Conditions" der C.\_\_\_\_-Police eine Haftungsablehnung rechtfertigen würde. Daran ändert auch der Umstand nichts, dass diese letztgenannte Information nicht durch die E1.\_\_\_\_, sondern durch die Klägerinnen erfolgte, welche sich alle Ansprüche aus der C.\_\_\_\_-Police am 21. Dezember 2005 haben abtreten lassen. Wie noch zu zeigen sein wird (vgl. Erw. 3.6.) war diese Abtretung zulässig. Die Erfüllung der Mitwirkungspflichten ist als Bedingung zu betrachten, mithin wurde eine bedingte Forderung abgetreten, was zulässig ist. Da der Eintritt der Bedingung vom Verhalten der E1.\_\_\_\_ abhing, handelt es sich um eine Potestativbedingung. Wird eine mit einer solchen Potestativbedingung versehene Forderung zediert, so muss es in analoger Anwendung von Art. 170 Abs. 1 OR dem Zessionar gestattet sein, die Bedingung zu erfüllen. Indem die Klägerinnen mit Klageeinleitung der Beklagten die noch ausstehenden Informationen haben zukommen lassen, sind sie den in der C.\_\_\_\_-Police festgehaltenen Informationspflichten nachgekommen.

#### **E. 3.4.4**

Fazit Eine allfällige Verletzung der in der C.\_\_\_\_-Police statuierten Mitwirkungs- und Informationspflichten vermag keine Verwirkung des Anspruches auf Versicherungsleistung zu bewirken. Überdies wurden die genannten Mitwirkungs- und Informationspflichten nicht verletzt, da die Beklagte bei der Klageeinleitung über alle notwendigen Informationen verfügt hat. Spezifische, vom Bundesgericht im Urteil 4A\_333/2016 vom 18. August 2016 thematisierte, die Problematik Doppelversicherung / Teilversicherungssumme betreffende Mitwirkungspflichten der Klägerinnen, sind vorstehend unter Ziffer

#### **E. 3.5**

## Deckungsausschluss

### E. 3.5.1

Parteistandpunkte Als weiteren Eventualstandpunkt macht die Beklagte geltend, dass die Argumentation der Klägerinnen, womit sie die F.\_\_\_\_-Police als nicht anwendbar betrachteten, auch für die C.\_\_\_\_-Police gelten müsse. Namentlich stellten sich die Klägerinnen auf den Standpunkt, die F.\_\_\_\_ Police sei nicht relevant, da sie fehlerhafte Arbeit ("faulty workmanship") von der Deckung ausschliesse. Auch die C.\_\_\_\_-Police enthalte mit der nachfolgenden Klausel in lit. d der "Special Exclusions to Material Damage" einen Ausschluss für "bad workmanship": "The Company shall not, however, be liable for [...] d) loss or damage due to [...] bad workmanship other than faults in erection, [...]" (act. 4/3 S. 7) Zumindest sinngemäss behauptet die Beklagte, der Schaden sei nicht auf "faults in erection" zurückzuführen (act. 11 Rz. 100 f., act. 37 Rz. 214 ff.). Die Klägerinnen bestreiten dies unter Hinweis auf die genauen Wortlaute der Policen. Danach bestehe in der F.\_\_\_\_-Police ein Deckungsausschluss für "fehler-

- 50 - hafte Arbeit, Material, Bau oder Design aus jeglichen Gründen". Der Ausschluss in der C.\_\_\_\_ Police sei demgegenüber begrenzt auf Schäden, die nicht auf "faults in erection" zurückzuführen seien. Vorliegend lägen gerade "faults in erection" vor, die nicht ausgeschlossen seien (act. 32 Rz. 65 ff.).

### E. 3.5.2

Rechtliche Grundlagen Der Versicherer haftet grundsätzlich für alle Ereignisse, 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 (Art. 33 VVG). Behauptet der Versicherer eine die Leistungspflicht ausschliessende oder herabsetzende Tatsache, muss er sie behaupten und beweisen (Art. 8 ZGB).

### E. 3.5.3

Würdigung Die C.\_\_\_\_-Police schliesst eine Haftung für "bad workmanship other than faults in erection" aus. Da umstritten ist, ob der Schaden auf solche Umstände zurückzuführen ist, trifft die Beklagte die diesbezügliche Behauptungs- und Beweislast. Die Beklagte hat jedoch keine konkreten bzw. substantiierten Behauptungen dazu aufgestellt, worauf der Schaden zurückzuführen ist, geschweige denn dazu, inwiefern er durch mangelhafte Arbeitsausführung verursacht wurde, die nicht im Zusammenhang mit Errichtungsarbeiten stand. Auch Beweismittel wurden von der Beklagten diesbezüglich keine genannt. Es fehlt demnach an den erforderlichen Behauptungen und Beweisen zum Vorliegen des in lit. d der "Special Exclusions to Material Damage" der C.\_\_\_\_-Police vorgesehenen Ausschlussgrundes.

### E. 3.5.4

Fazit Das vorliegende Schadensereignis fällt nicht unter die Ausschlussklausel gemäss lit. d der "Special Exclusions to Material Damage" der C.\_\_\_\_-Police.

## E. 3.6

Abtretung der Ansprüche aus der C.\_\_\_\_-Police

### E. 3.6.1

Unbestrittener Sachverhalt

- 51 - Für das Schadensereignis vom 23. März 2003, wodurch der E1.\_\_\_\_\_ ein Schaden von USD 6'968'095.– (umgerechnet CHF 9'770'660.–) entstanden ist, besteht Versicherungsdeckung durch die C.\_\_\_\_\_ -Police. Namentlich werden mit der C.\_\_\_\_\_ -Police alle Beschädigungen, die anlässlich der Garantiarbeiten an den GT24-Gasturbinen der Einheiten 3 und 4 entstehen, versichert. Die vorliegende Beschädigung der Turbine der Einheit 3 fällt überdies in die vereinbarte Versicherungsperiode. Mit Abtretungsvertrag vom 21. Dezember 2005 haben E1.\_\_\_\_\_ Schweiz und E1.\_\_\_\_\_ USA alle Rechte, Forderungen, Vorteile und Ansprüche, welche ihnen gegen die Beklagte aufgrund der C.\_\_\_\_\_ -Police aus dem Schadenfall vom 23. März 2003 zustanden, an die Klägerinnen abgetreten (act. 1 Rz. 125, act. 4/45).

### **E. 3.6.2**

Parteistandpunkte Die Klägerin 1 stellt sich auf den Standpunkt, E1.\_\_\_\_\_ hätte gegen die Beklagte einen Anspruch auf Ersatz des ihr entstandenen Schadens in der Höhe von USD 6'968'095.– gehabt. Dieser Anspruch sei zufolge Abtretung unter anderem auf die Klägerin 1 übergegangen, wobei für die interne Aufteilung des Schadens bzw. für die Frage, welchen Betrag die Klägerinnen gegenüber der Beklagten geltend machen können, auf Art. 71 Abs. 1 VVG abzustellen sei (act. 1 Rz. 133 ff.). Art. 71 Abs. 1 VVG sei analog anzuwenden, wobei nicht die Versicherungssummen der beiden Versicherungen massgebend seien, sondern die Höhe der Entschädigung, die jeder Versicherer zu erbringen hätte, wenn neben ihm kein weiterer Versicherer leistungspflichtig wäre. Der einzelne Versicherer habe in dem Umfang zu leisten, in dem seine Leistung zur Gesamtsumme der Leistungen sämtlicher Vermögens- bzw. Haftpflichtversicherer stehe (act. 32 Rz. 34). Die Beklagte macht zunächst geltend, die Abtretung sei unzulässig, da damit das schweizerische Recht, das einen Rückgriff auf die Beklagte zufolge Doppelversicherung verbiete, umgangen würde. Dabei stützt sie sich auf die Praxis zur unzulässigen Umgehung eines Rückgriffsverbots durch vertragliche Abtretung im Bereich von Art. 72 VVG (act. 11 Rz. 142). Im Sinne eines Eventualstandpunktes

- 52 - führt die Beklagte aus, eine Abtretung im USD 2'000'000.– übersteigenden Betrag wäre aufgrund des Überentschädigungsverbotes unzulässig, da E1.\_\_\_\_\_ gegenüber der Beklagten nicht mehr als USD 2'000'000.– hätte geltend machen können (act. 11 Rz. 143). Selbst im Umfang von USD 2'000'000.– wäre eine Abtretung nicht zulässig gewesen, da die disziplinierende Wirkung von Selbsthalten nicht durch Abtretung ausgehebelt werden dürfe. Daher hätte E1.\_\_\_\_\_ den ungedeckten Selbstbehalt der CAR-Police nicht gegenüber der Beklagten geltend machen können, da die C.\_\_\_\_\_ -Police keine Versicherung für ungedeckten Selbstbehalt darstelle (act. 11 Rz. 144).

### **E. 3.6.3**

Anwendbares Recht Die Abtretung einer Forderung durch Vertrag untersteht dem von den Parteien gewählten Recht. Die Rechtswahl ist gegenüber dem Schuldner ohne dessen Zustimmung unwirksam (Art. 145 Abs. 1 IPRG). Der Abtretungsvertrag wurde texanischem Recht unterstellt (act. 4/45 S. 6). Jedoch wurde von keiner Partei behauptet, die Beklagte habe dieser Rechtswahl zugestimmt. Ohne Zustimmung tritt eine Spaltung ein: Während im internen Verhältnis zwischen Zedent und Zessionar die Rechtswahl gültig ist, gilt gegenüber dem Schuldner das Forderungsstatut (DASSER, BSK IPRG, 3. Auflage, 2013, N 11 zu Art. 145). Die C.\_\_\_\_\_ -Police untersteht schweizerischem Recht (act. 4/3 S. 11). Demnach ist im Verhältnis zwischen der Beklagten und den Klägerinnen sowohl auf den

Abtretungsvertrag als auch auf die abgetretene Forderung schweizerisches Recht anzuwenden.

#### **E. 3.6.4**

Rechtliche Grundlagen Forderungen aus Versicherungsverträgen können nach den Regeln des allgemeinen Vertragsrechts abgetreten werden (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, Rz. 13.53). Ein Gläubiger kann eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen andern abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen (Art. 164 Abs. 1 OR). Die Abtretung bedarf zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR).

- 53 - Wesensmerkmal der Schadensversicherung ist das Entschädigungsprinzip. Danach ist die Leistungspflicht des Versicherers auf den wirtschaftlichen Schaden beschränkt, der dem Anspruchsberechtigten durch das schädigende Ereignis entstanden ist; der Anspruchsberechtigte soll aus dem Schadenereignis keinen wirtschaftlichen Vorteil erzielen können (sogenanntes Bereicherungs- oder Überentschädigungsverbot) (BOLL, BSK VVG, 2001, N 2 zu Art. 48). Art. 72 VVG regelt das Regressrecht des Versicherers gegenüber Dritten, die aus unerlaubter Handlung haften. Danach geht der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insofern, als er Entschädigung geleistet hat, auf den Versicherer über. Absatz 3 dieser Bestimmung schliesst eine Subrogation jedoch insbesondere für jene Fälle aus, in welchen der Schaden leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist (Regressverbot). Art. 72 Abs. 3 VVG ist relativ zwingendes Recht und darf nicht zu Ungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden – also auch nicht durch Zession (GRABER, BSK VVG, 2001, N. 71). In verschiedenen Versicherungszweigen sind Selbstbehalte und Franchisen üblich. Sie bestehen darin, dass der Anspruchsberechtigte einen Teil des im Versicherungsfall erlittenen Schadens selbst trägt (MAURER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, Bern 1995, S. 371). Eine Selbstbeteiligung des Versicherungsnehmers ist zulässig und stellt rechtlich nichts anderes dar, als eine gewollte und von vornherein vereinbarte Unterversicherung. Häufig soll der Versicherungsnehmer durch die vertragliche Beteiligung am Schaden am Nichteintritt wirtschaftlich interessiert werden. In diesem Fall wird dem Versicherungsnehmer oft auch eine Obliegenheit auferlegt, den vereinbarten Selbstbehalt nicht durch eine anderweitige Versicherung illusorisch zu machen (KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1967, S. 331 f.). Der Selbstbehalt ist von der geschuldeten Entschädigung abzuziehen (KÖNIG, a.a.O., S. 332, Fn. 2; HAUSWIRTH/SUTER, Sachversicherung, 2. Auflage, 1990, S. 136; BÜNZLI, Technische Versicherungen, 1. Auflage, 2003, S. 78). Eine Mehrzahl von Gläubigern kann an ein und derselben Forderung in verschiedener Weise beteiligt sein. Je nachdem ist zu unterscheiden zwischen Teilgläubi-

- 54 - gerschaft, Einzelgläubigerschaft und gemeinschaftlicher Gläubigerschaft. Die Teilgläubigerschaft ist der Normalfall der Beteiligung mehrerer Gläubiger an einer Forderung. Die Forderung ist dabei unter mehrere Gläubiger derart aufgeteilt, dass jeder Gläubiger berechtigt ist, nur einen Teil der Leistung zu fordern. Fehlt eine vertragliche Abrede über die Grösse der einzelnen Teile, wird die Forderung nach Köpfen aufgeteilt. Bei der Einzelgläubigerschaft steht die gesamte Forderung jedem der Gläubiger ungeteilt und selbständig zu. Dies setzt eine entsprechende vertragliche Abrede voraus (Art. 150 Abs. 1 OR). Bei der gemeinschaftlichen Gläubigerschaft steht die gesamte Forderung den Gläubigern ungeteilt und gemeinschaftlich zu. Es wird unterschieden zwischen

Gläubigerschaft zur gesamten Hand und Gläubigerschaft mit Quotenbeteiligung (GAUCH/SCHLUEP, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 9. Aufl., 2008, N 3655 ff.).

### **E. 3.6.5**

Würdigung E1. \_\_\_\_\_ hat den Klägerinnen alle Ansprüche, die ihr aus der C. \_\_\_\_\_-Police zustehen, formgerecht abgetreten. Der Umstand, dass das Gesetz in Fällen der Doppelversicherung keinen Rückgriff des leistenden Versicherers auf einen anderen Versicherer vorsieht, steht der Zulässigkeit der Abtretung nicht entgegen. Es liegt kein mit dem aus Art. 72 Abs. 3 VVG abgeleiteten Regressverbot bei leichtfahrlässiger Schadensverursachung vergleichbarer Fall vor. Auch der Umstand, dass die (Rest-)Ersatzforderung auf den zwischen der Klägerin 1 und E1. \_\_\_\_\_ vereinbarten Selbstbehalt zurückzuführen ist, führt nicht zur Unzulässigkeit der Abtretung. Dies wäre allenfalls dann problematisch, wenn sich die E1. \_\_\_\_\_ verpflichtet hätte, den Selbstbehalt nicht bei einer anderen Versicherung geltend zu machen. Dass eine solche Abrede getroffen wurde, wurde nicht behauptet und ist der C. \_\_\_\_\_-Police auch nicht zu entnehmen (act. 4/3 und act. 4/19). Es stellt sich jedoch die Frage nach der Höhe der abgetretenen Forderung. Die abtretbare Summe wird durch die bereits von den Klägerinnen geleistete Zahlung begrenzt: Da der Schaden der E1. \_\_\_\_\_ (USD 6'968'095.–, entspricht CHF 9'770'660.–) im Umfang von USD 4'968'095.– (act. 1 Rz. 118 f., entspricht CHF 6'966'260.–) von den Klägerinnen bereits getilgt wurde, hätte E1. \_\_\_\_\_ von der Beklagten aufgrund des Überentschädigungsverbotes lediglich noch die Diffe-

- 55 - renz verlangen können (CHF 2'804'400.– = CHF 9'770'660.– minus CHF 6'966'260.–). Mehr als die Schadenssumme stand der E1. \_\_\_\_\_ nicht zu. Was einem Gläubiger nicht zusteht, kann er auch nicht abtreten. Der noch offene Schadensbetrag belief sich auf CHF 2'804'400.–. Vom noch offenen Schadensbetrag ist sodann der in der C. \_\_\_\_\_-Police vereinbarte Selbstbehalt von CHF 500'000.– abzuziehen, was eine maximale Leistungspflicht der Beklagten von CHF 2'304'400.– ergibt. Bis zu diesem Betrag war die Abtretung möglich und zulässig. Das Bundesgericht bezeichnete die Rüge der Beklagten, wonach die Abtretung unzulässig gewesen sei, denn auch als unbegründet (Urteile des Bundesgerichts 4A\_116/2015, 4A\_118/2015, Erw. 5.8). Die Klägerinnen haben nicht explizit dargelegt, in welchem Verhältnis sie an der abgetretenen Forderung beteiligt sind. Implizit ergibt sich aus ihren Rechtsschriften jedoch, dass die Forderung aus der Abtretung im Sinne einer Teilgläubigerschaft zu 75 % der Klägerin 1 und zu 25 % der Klägerin 2 zusteht. Dies ist einerseits aus ihrem Rechtsbegehren abzuleiten, in welchem die Gesamtklagesumme in diesem Verhältnis auf die Klägerinnen aufgeteilt wird. Andererseits entspricht es dem zwischen den Klägerinnen vorliegenden Mitversicherungsverhältnis, welches vorsieht, dass die Klägerin 1 75 % des Risikos und die Klägerin 2 25 % des Risikos versichert. Demnach ist davon auszugehen, dass die Klägerin 1 im Umfang von 75 % an der abgetretenen Forderung, was CHF 1'728'300.– entspricht, beteiligt ist.

### **E. 3.6.6**

Fazit Die Klägerin 1 hat gegen die Beklagte zufolge des Abtretungsvertrages vom 21. Dezember 2005 aus der C.-Police einen Anspruch auf Leistung von CHF 1'728'300.–.

- 56 -

### **E. 3.7**

Währung

### **E. 3.7.1**

Parteistandpunkte Die Beklagte macht geltend, der an der Turbine festgestellte Schaden sei in US- Dollar beziffert worden. Deshalb hätte sie eine allfällige Leistung ebenfalls in US- Dollar erbracht, obwohl die Police auf CHF laute (act. 11 Rz. 82). Dies entspreche ihrer Usanz (act. 37 Rz. 381). Eine allfällige Schuld der Beklagten wäre somit in US-Dollar zu leisten. Da die Klägerinnen jedoch Bezahlung in Schweizerfranken verlangt hätten, müsse die Klage abgewiesen werden (act. 11 Rz. 207 f.). Darüber hinaus sei auch der Umrechnungszeitpunkt falsch gewählt: Massgeblicher Zeitpunkt für die Umrechnung von Währungen sei die Verfallzeit. Die Forderung sei demnach nicht zum Zeitpunkt des Schadenseintritts, sondern zum Zeitpunkt der Fälligkeit in Schweizerfranken umzurechnen (act. 11 Rz. 209 f.). Die Klägerinnen stellten sich auf den Standpunkt, die aus der C.\_\_\_\_-Police geschuldete Währung sei Schweizerfranken, was sich daraus ergebe, dass sowohl die Versicherungssumme als auch die Prämien explizit in Schweizerfranken vereinbart worden seien. Die Schuld der Beklagten aus der C.\_\_\_\_-Police laute deshalb auf Schweizerfranken (act. 32 Rz. 197 und Rz. 200 f.).

### **E. 3.7.2**

Rechtliche Grundlagen Geldschulden sind in gesetzlichen Zahlungsmitteln der geschuldeten Währung zu bezahlen (Art. 84 Abs. 1 OR). Der Inhalt eines Vertrags bestimmt sich in erster Linie durch subjektive Auslegung, das heisst, nach dem übereinstimmenden wirklichen Parteiwillen (Art. 18 Abs. 1 OR). Wird eine Übereinstimmung des inneren Willens der Parteien festgestellt, so ist dieser tatsächliche Konsens massgebend und es braucht nicht nach dem allfälligen Vorliegen und dem Inhalt eines normativen Konsenses gesucht zu werden. Nur wenn ein natürlicher Konsens fehlt oder unbewiesen bleibt, gelangt das Vertrauensprinzip zur Anwendung. Zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens sind die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamt-

- 57 - ten Umständen verstanden werden durften und mussten. Dabei hat der Richter zu berücksichtigen, was sachgerecht ist, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 132 III 24 E. 4; BGE 131 III 606 E. 4.1 = Pra. 2006 Nr. 80; BGE 122 III 420 E. 3a, Urteil des Bundesgerichts 4C.374/2001 vom 6. September 2002, E. 2.1). Der Schuldner hat eine Geldschuld grundsätzlich in dem Umfang zu bezahlen, wie sie bei der Entstehung der Schuld feststand. Veränderungen im Geldwert seit diesem Zeitpunkt bis zum Leistungszeitpunkt haben keinen Einfluss auf den Schuldbetrag (sog. nominalistisches Prinzip; LEU, BSK OR I, 5. Auflage, 2011, N 5 zu Art. 84).

### **E. 3.7.3**

Würdigung Für die Frage, in welcher Währung die Entschädigung aus der C.\_\_\_\_-Police zu bezahlen ist, ist die vereinbarte Währung massgebend. Die C.\_\_\_\_-Police definiert indessen nicht, in welcher Währung eine allfällige Entschädigung zu bezahlen ist. Keine der Parteien behauptet, die Parteien hätten im Sinne eines tatsächlichen Konsenses eine bestimmte Währung vereinbart. Somit ist der diesbezügliche normative Konsens zu ermitteln. Die C.\_\_\_\_-Police legt die Beträge für Prämien, Versicherungssummen und Selbstbehalte in Schweizerfranken fest. Zudem haben beide Parteien der C.\_\_\_\_-Police

ihren Sitz in der Schweiz. Angesichts dieser Umstände, durfte E1.\_\_\_\_\_ davon ausgehen, dass eine allfällige Entschädigung in Schweizerfranken geleistet würde. Dies erscheint auch sachgerecht. Selbst wenn – wie von der Beklagten behauptet – eine andere Usanz bestünde, würde dies nichts daran ändern. Dass diese Usanz in irgendeiner Form gegenüber der E1.\_\_\_\_\_ kundgetan wurde, behauptet die Beklagte nicht. Eine rein interne Usanz vermag nichts daran zu ändern, dass aufgrund der klaren Angaben in der C.\_\_\_\_\_ -Police davon ausgegangen werden durfte und musste, dass eine Entschädigung in Schweizerfranken geleistet würde. Bezüglich des Zeitpunktes der Umrechnung des ursprünglich in US-Dollar bezifferten Schadens ist Art. 84 Abs. 2 OR nicht einschlägig, da die Schuld – wie vorstehend dargelegt – gerade nicht auf eine Fremdwährung lautet. Vielmehr recht-

- 58 - fertigt es sich, den in US-Dollar bezifferten Schaden in analoger Anwendung der Regeln zum nominalistischen Prinzip im Zeitpunkt von dessen Entstehung in Schweizerfranken umzurechnen. Zeitpunkt der Entstehung des Schadens ist der 23. März 2003.

#### **E. 3.7.4**

Fazit Die Klage lautet zu Recht auf Schweizerfranken. Der in US-Dollar festgestellte Schaden ist gemäss dem am 23. März 2003 geltenden Umrechnungskurs in Schweizerfranken umzurechnen (1.40220), was einen Betrag von CHF 9'770'660.– ergibt.

#### **E. 4**

Ansprüche der Klägerin 1 aus Subrogation bzw. Regressrecht

##### **E. 4.1**

Parteistandpunkte Die Klägerin 1 macht geltend, der Anspruch von E1.\_\_\_\_\_ gegen die Beklagte sei gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG auf sie übergegangen. Eventualiter sei sie gemäss Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Abs. 2 OR zum Regress auf die Beklagte berechtigt (act. 42 S. 12). Die Beklagte führt im Sinne eines Eventualstandpunktes aus, dass es an einer Rechtsgrundlage für eine Regressforderung fehle. Gemäss Art. 144 Abs. 1 IPRG müsse ein solcher sowohl nach schweizerischem als auch nach New Yorker Recht zulässig sein. Er sei aber bereits nach Schweizer Recht unzulässig. Da von einer Doppelversicherung auszugehen sei, gelange Art. 71 Abs. 1 VVG zur Anwendung. Danach würden die Versicherer anteilmässig und nicht solidarisch haften. Leiste ein Versicherer mehr als seine Quote, stehe ihm kein Rückgriffsrecht zu. Dies gelte sowohl bei Sachversicherungen als auch bei Vermögensversicherungen. Überdies handle es sich bei der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police sowohl bezüglich E1.\_\_\_\_\_ als auch bezüglich F1.\_\_\_\_\_ um eine Sachversicherung. Art. 72 VVG und Art. 51 Abs. 2 OR i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR seien nicht anwendbar, zumal es auch an Haftpflichtversicherern, einem Dritten und an der Grobfahrlässigkeit fehle (act. 11 Rz. 130 ff., act. 37 Rz. 138 ff.).

- 59 -

##### **E. 4.2**

Anwendbares Recht Das auf die Frage des Rückgriffs anwendbare Recht bestimmt sich nach Art. 144 IPRG. Absatz 1 dieser Norm regelt sowohl den unmittelbaren Rückgriff (Art. 50 f. OR) als auch denjenigen durch Eintritt in die Rechtsstellung des Gläubigers (Subrogation; Art. 72 VVG) (DASSER, BSK IPRG, 2013, 3. Auflage, N 5 zu Art. 144). Danach kann ein Schuldner auf einen anderen Schuldner unmittelbar oder durch Eintritt in die

Rechtsstellung des Gläubigers insoweit Rückgriff nehmen, als es die Rechte zulassen, denen die entsprechenden Schulden unterstehen (Art. 144 Abs. 1 IPRG). Dabei handelt es sich um eine kumulative Anknüpfung an das Kaufstatut und das Forderungsstatut, welche im Ergebnis zur Anwendung des strengeren Rechts führt (DASSER, BSK IPRG, 2013, 3. Auflage, N 6 zu Art. 144). Die A.\_\_\_\_\_ CAR-Police untersteht vorliegend dem Recht des Staates New York. Die C.\_\_\_\_\_ -Police hingegen untersteht schweizerischem Recht. Es ist daher zu prüfen, ob ein Rückgriff nach schweizerischem Recht möglich ist. Ist dies nicht der Fall, kann die Frage, ob er nach New Yorker Recht möglich wäre, offen bleiben.

### **E. 4.3**

Rechtliche Grundlagen Art. 50 Abs. 1 OR statuiert den Grundsatz der solidarischen Haftung mehrerer Schadensverursacher und Art. 50 Abs. 2 OR denjenigen des gegenseitigen Regresses. Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, ist Art. 50 Abs. 2 OR analog anwendbar (Art. 51 Abs. 1 OR). Art. 72 Abs. 1 VVG sieht vor, dass der Ersatzanspruch, der dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zusteht, insoweit auf den Versicherer übergeht, als er Entschädigung geleistet hat. Art. 72 Abs. 3 VVG schliesst eine solche Subrogation jedoch aus, wenn der Schaden durch eine Person leichtfahrlässig herbeigeführt worden ist. Nach der h.L. und der bundesgerichtlichen Rechtsprechung stehen die beiden Bestimmungen selbständig nebeneinander und sind kumulativ anwendbar. Um die versicherungsrechtliche Bestimmung von Art. 72 Abs. 1 VVG in Einklang mit Art. 51 Abs. 2 OR zu bringen, ist es jedoch nach der Lehre und der Praxis des Bundesgerichts notwendig den Terminus "unerlaubte Handlung" in

- 60 - Art. 72 Abs. 1 VVG mit "schuldhaft" zu ergänzen. Daraus ergibt sich, dass dem Versicherer das Regressrecht nach Art. 72 VVG gegenüber einem ausservertraglich Verschuldenshaftpflichtigen zusteht. Gegenüber einem aus Vertrag Schadensersatzpflichtigen hat der Versicherer aber keinen Regressanspruch aus Art. 72 VVG. Hingegen stellt sich in diesen Fällen die Frage, ob der Versicherer gestützt auf die allgemeinen Regressbestimmungen von Art. 50 f. OR auf den vertraglich Haftpflichtigen regressieren kann. Die Frage ist umstritten. Sowohl der Versicherer wie auch der Dritte haften in diesem Fall aus einem gleichartigen Rechtsgrund (Vertrag). Für diesen Fall sieht Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR vor, dass der Richter nach seinem Ermessen bestimmen kann, ob dem einen Haftpflichtigen gegenüber dem andern ein Rückgriffsrecht zustehe. Bei fehlendem Verschulden des Vertragspartners sind die Auffassungen in der Lehre geteilt. Trifft den aus Vertrag Haftpflichtigen dagegen ein Verschulden, so wird der Regressanspruch des Versicherers mehrheitlich bejaht. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung geht dahin, jedenfalls bei grobem Verschulden den Regress auf den aus Vertrag Haftenden zuzulassen (GRABER, BSK VVG, 2001, N 5 ff.). Art. 72 VVG ist auf die Sachversicherung zugeschnitten. Die Rechtsprechung wendet Art. 72 VVG auf Haftpflichtversicherungen per analogiam an: Der Haftpflichtversicherer, der den Geschädigten schadlos hält, subrogiert in allfällige Regressansprüche des Versicherers (GRABER, BSK VVG, 2001, N. 11 f.). Haben mehrere aus getrennten Verträgen für denselben Schaden einzustehen, liegt Anspruchskonkurrenz vor, auf welche grundsätzlich die oben umschriebenen Regeln zur Anwendung gelangen. Für die Doppelversicherung hat der Gesetzgeber eine von der Anspruchskonkurrenz abweichende, besondere Regel geschaffen: Art. 71 Abs. 1 VVG sieht vor, dass bei Vorliegen einer Doppelversicherung

jeder Versicherer für den Schaden in dem Verhältnis haftet, in dem seine Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen steht. Wie bereits ausgeführt handelt es sich dabei um eine anteilmässige Ersatzpflicht und nicht um eine Solidarhaftung (vgl. Erw. 7) (BREHM, BK OR, Dritter Teil, 4. Auflage, N 103 f. zu Art. 51). Leistet ein Versicherer mehr als den Anteil, zu dem er nach Art. 71 VVG verpflichtet ist, so besteht nach schweizerischem Recht kein Re-

- 61 - gressrecht unter den Versicherern (KÖNIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Auflage, 1967, S. 327.).

#### **E. 4.4**

Würdigung Mit Art. 71 VVG enthält das Gesetz eine Spezialbestimmung für jene Fälle, in welchen eine Doppelversicherung vorliegt. Zuzufolge dieser Spezialität verbietet sich eine gleichzeitige Anwendung von Art. 72 VVG. Abgesehen davon ist ein Regress im Sinne von Art. 72 VVG auf einen aus Vertrag Haftenden grundsätzlich bzw. im Regelfall, von Ausnahmen abgesehen (s.o.), nicht möglich, da die Bestimmung nur einen Regress auf ausservertraglich Haftende vorsieht. Auch die Anwendung von Art. 50 Abs. 2 i.V.m. Art. 51 Abs. 2 OR ist bei Vorliegen einer Doppelversicherung zufolge der Spezialität von Art. 71 VVG ausgeschlossen. Mit Art. 71 VVG hat sich der Gesetzgeber gerade gegen eine solidarische Haftung entschieden, weshalb nun eine solche nicht unter Berufung auf Art. 50 f. OR konstruiert werden kann. Überdies würde ein Rückgriff gestützt auf Art. 50 f. OR nach dem Ausgeführten voraussetzen, dass den aus Vertrag Haftenden ein Verschulden trifft, was vorliegend zu verneinen wäre. Da alle Voraussetzungen der Doppelversicherung erfüllt sind, kommt ein Regress oder eine Subrogation nicht in Frage. Art. 71 VVG regelt die Ersatzpflicht im Falle einer Doppelversicherung abschliessend. Art. 72 VVG und Art. 50 f. OR gelangen nicht zur Anwendung. Ein Regress der Klägerin 1 auf die Beklagte oder eine Subrogation in die Rechte der E1. \_\_\_\_\_ ist deshalb nach schweizerischem Recht ausgeschlossen. Demnach kann offen bleiben, ob dies nach New Yorker Recht zulässig wäre.

#### **E. 4.5**

Fazit Es bestehen keine Ansprüche der Klägerin 1 aus Subrogation nach Art. 72 Abs. 1 VVG oder Regressrecht nach Art. 50 f. OR.

- 62 -

### **E. 5**

Verzugszins

#### **E. 5.1**

Parteistandpunkte Die Klägerinnen machen geltend, die Beklagte habe mit den ihr am 12. Oktober 2004 unterbreiteten "Cost Summary and Supporting Documents" (act. 4/38) über alle erforderlichen Unterlagen verfügt, weshalb die Forderung vier Wochen später, d.h. am 9. November 2004 fällig geworden sei (act. 1 Rz. 158). Die E-Mail der Klägerinnen an die Beklagte vom 8. Juni 2005 (act. 4/36) stelle sodann eine Mahnung dar, weshalb sich die Beklagte seither in Verzug befinde (act. 1 Rz. 158 ff.). In ihrer Replik stellen sich die Klägerinnen überdies auf den Standpunkt, die Beklagte habe ihre Leistungspflicht zu Unrecht definitiv abgelehnt, womit die Forderung ohne weiteres fällig geworden und der Verzug automatisch eingetreten sei (act. 32 Rz. 190). Die Beklagte bestreitet, dass sie am 12. Oktober 2004 bereits über alle zur Anspruchsbeurteilung notwendigen Unterlagen

verfügt habe und deshalb vier Wochen später Fälligkeit eingetreten sei. Mangels Fälligkeit sei keine Mahnung möglich. Überdies stelle die E-Mail vom 8. Juni 2005 keine Mahnung dar (act. 11 Rz. 197 ff.). Überdies bemängelt die Beklagte mangelnde Substantiierung der geltend gemachten Leistungsverweigerung und macht geltend, dass die Beklagte ihre Leistung nie definitiv verweigert habe (act. 37 Rz. 364).

### **E. 5.2**

Rechtliche Grundlagen Ist eine Verbindlichkeit fällig, so wird der Schuldner durch Mahnung des Gläubigers in Verzug gesetzt (Art. 102 Abs. 1 OR). Eine Forderung aus Versicherungsvertrag wird mit Ablauf von vier Wochen ab dem Zeitpunkt, in welchem der Versicherer Angaben erhalten hat, aus denen er sich von der Richtigkeit des Anspruches überzeugen kann, fällig (Art. 41 Abs. 1 VVG). Lehnt der Versicherer seine Leistungspflicht zu Unrecht definitiv ab, bedarf es keiner Mahnung. Fälligkeit und Verzug treten dann sofort ein (NEF, BSK VVG, 2001, N 20 zu Art. 41). Ist der Schuldner mit der Zahlung einer Geldschuld in Verzug, so hat er Verzugszinsen von 5 % pro Jahr zu bezahlen (Art. 104 Abs. 1 OR).

- 63 -

### **E. 5.3**

Würdigung Die Klägerinnen behaupten eine definitive Ablehnung der Leistungspflicht durch die Beklagte, jedoch ohne nähere Angaben hierzu zu machen. So geht aus ihren Rechtsschriften insbesondere nicht hervor, zu welchem Zeitpunkt und durch welche Handlungen oder Aussagen die Beklagte ihre Leistungspflicht definitiv ablehnt haben soll. Für eine Verweigerung der Leistungspflicht, welche eine Fälligkeit der Forderung ohne Mahnung bewirken könnte, fehlen somit jegliche Anhaltspunkte. Wie in Erw. 5. ausgeführt, hat die Beklagte erst mit der Klageeinleitung am Handelsgericht Zürich am 23. März 2012 alle zur Beurteilung des Anspruches notwendigen Angaben erhalten. Die Forderung konnte somit frühestens vier Wochen nach dieser Klageeinleitung fällig werden. Die Klageeinleitung ist als Mahnung zu betrachten, deren Wirkung für den gesamten Prozess andauert. Daher ist davon auszugehen, dass die Beklagte nach Ablauf von vier Wochen nach Klageeinleitung in Verzug geraten ist. Demnach schuldet die Beklagte ab 20. April 2012 Verzugszinsen zu 5 %.

### **E. 5.4**

Fazit Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin 1 auf den Betrag von CHF 1'728'300.– einen Verzugszins zu 5 % seit 20. April 2012 zu leisten.

### **E. 6**

Zusammenfassung Durch die Beschädigung der GT24-Gasturbine der Kombi-Turbogenerator-Einheit 3 hat die E1.\_\_\_\_\_ einen Schaden von USD 6'968'095.– (entspricht CHF 9'770'660.–) erlitten. Für die Durchführung der Garantiewerke an der Gasturbine bestanden zwei Versicherungsprogramme, die CAR-Policen der Klägerinnen auf der einen Seite und die C.\_\_\_\_\_-Police der Beklagten auf der anderen Seite, wobei es sich bei beiden Versicherungsprogrammen um Sachversicherungen handelt. Die Klägerinnen leisteten der E1.\_\_\_\_\_ eine Zahlung von USD 4'968'095.– (entspricht CHF 6'966'260.–). Der noch offene Schaden entspricht dem Selbstbehalt aus der A.\_\_\_\_\_ CAR-Police (USD 2'000'000.–). Die Klägerinnen haben sich die Ansprüche der E1.\_\_\_\_\_ aus der C.\_\_\_\_\_-Police ab-

- 64 - treten lassen. Dieser Anspruch wird durch das Überentschädigungsverbot begrenzt. Überdies ist auch der Selbstbehalt aus der C.\_\_\_\_\_-Police zu berücksichtigen. Im Ergebnis hat die Klägerin 1 einen Anspruch gegen die Beklagte aus der C.\_\_\_\_\_-Police auf Bezahlung von CHF 1'728'300.-. Dass mit den CAR-Police und der C.\_\_\_\_\_-Police eine Doppelversicherung vorliegt, ändert daran nichts: Art. 71 Abs. 1 VVG sieht für solche Fälle zwar eine anteilmässige Haftung der beteiligten Versicherungen vor, wobei die Anteile gemäss dem Verhältnis, in dem die jeweilige Versicherungssumme zum Gesamtbetrag der Versicherungssummen steht, zu bestimmen sind. Für die A.\_\_\_\_\_-CAR-Police ist dabei nicht auf die Gesamtversicherungssumme, sondern nur auf die auf die beschädigte Gasturbine entfallende Teilversicherungssumme abzustellen. Die Beweislast für die Höhe der Teilversicherungssumme liegt bei der Beklagten. Die Beklagte hat zur Höhe der Teilversicherungssumme aber keine hinreichenden Behauptungen aufgestellt und keine entsprechenden Beweise geliefert. Als Folge dieser Beweislosigkeit ist der Anspruch der Klägerin 1 aus der C.\_\_\_\_\_-Police nicht zufolge Doppelversicherung zu reduzieren. Weitere Anspruchsgrundlagen für eine Forderung der Klägerin 1 bestehen nicht.

## **E. 7**

**Kosten- und Entschädigungsfolgen** Die Prozesskosten werden in der Regel der unterliegenden Partei auferlegt. Bei Nichteintreten gilt die klagende Partei als unterliegend (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Hat keine Partei vollständig obsiegt, werden die Prozesskosten nach dem Ausgang des Verfahrens verteilt (Art. 106 Abs. 2 ZPO).

### **E. 7.1**

**Gerichtskosten** Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (GebV OG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falles. Das Verfahren war aufwendig und aufgrund der verschiedenen Fragestellungen äusserst komplex. Dies erlaubt eine Erhöhung der Grundgebühr (§ 4 Abs. 2 GebV). Das Verhältnis zwischen den Klägerinnen ist als einfache Streitgenossenschaft zu qualifizieren. Bei einfacher Streitgenossenschaft

- 65 - sind die Rechtsbegehren zur Berechnung des Streitwerts zusammenzurechnen, sofern sie sich nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Bei Vorliegen einer Widerklage werden die Streitwerte zur Bestimmung der Prozesskosten zusammengerechnet, sofern sich Klage und Widerklage nicht gegenseitig ausschliessen (Art. 94 Abs. 2 ZPO). Vorliegend schliessen sich weder die Ansprüche der Klägerinnen noch die Klage und Widerklage (entspricht CHF 169'433.20) gegenseitig aus, weshalb die geltend gemachten Beträge zu addieren sind, was umgerechnet CHF 4'458'387.- ergibt. Unter Berücksichtigung von § 4 Abs. 1 GebV OG ist die Gerichtsgebühr auf rund vier Drittel der Grundgebühr (CHF 65'000.-) festzusetzen (entspricht CHF 86'600.-). Der Betrag, in welchem die Klägerin 1 unterliegt, entspricht rund 33 % des Gesamtstreitwerts. Auf das Rechtsbegehren der Klägerin 2, welches rund 24 % des Streitwerts ausmacht, ist nicht einzutreten, was einem Unterliegen gleichkommt. Die Beklagte ist mit ihrer Widerklage, welche rund 4 % des Streitwerts ausmacht, vollständig unterlegen. Darüber hinaus ist sie in Bezug auf das Begehren der Klägerin 1 zu rund 39 % unterlegen. Es rechtfertigt sich daher, der Beklagten 5/12, der Klägerin 1 4/12 und der Klägerin 2 3/12 der Gerichtskosten aufzuerlegen. Sowohl die Klägerinnen als auch die Beklagte leisteten in Anwendung von Art. 98 ZPO je einen Vorschuss für die Gerichtskosten. Die

Gerichtskosten sind aus den geleisteten Kostenvorschüssen zu decken. Für den der Beklagten auferlegten und nicht durch ihren Kostenvorschuss gedeckten Kostenanteil ist den Klägerinnen ein Rückgriffsrecht auf die Beklagte einzuräumen.

## E. 7.2

Parteientschädigungen Die Parteientschädigung für die Kosten der berufsmässigen Vertretung ist nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren zu bemessen. Grundlage ist auch hier der Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV, entspricht CHF 65'000.-). Hinzu kommen – unter Berücksichtigung der aufgrund der prozessleitenden Verfügung vom 15. September 2016 (act. 65) notwendig gewor-

- 66 - denen Stellungnahmen – Zuschläge gemäss § 11 Abs. 2 AnwGebV (entspricht CHF 104'000.-). Zur Bemessung der Parteientschädigungen ist das gegenseitige Obsiegen und Unterliegen der drei Parteien zu gewichten. Gegenüber der Klägerin 1 unterliegt die Beklagte im Umfang von 43 % während die Klägerin 1 gegenüber der Beklagten im Umfang von 33 % des Streitwerts unterliegt. Verrechnet man diese Anteile, gelangt man zum Ergebnis, dass die Beklagte die Klägerin 1 im Umfang von 10 % der Gebühr zu entschädigen hat. Gegenüber der Klägerin 2 unterliegt die Beklagte im Umfang von rund 4 %, während die Klägerin 2 im Umfang von rund 24 % des Streitwerts unterliegt. Demnach hat die Klägerin 2 der Beklagten eine Entschädigung von 20 % der Gebühr zu entrichten. Zusätzlich hat die Beklagte einen Mehrwertsteuerzusatz von 8 % auf die Parteientschädigung verlangt (act. 11 S. 4). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Prozessentschädigung zuzusprechen, hat dies zufolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (vgl. BGE 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5 sowie Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005; ZR 104 (2005) Nr. 76, SJZ 101 (2005) 531 ff.). Die Beklagte beantragt, es sei ihr eine Parteientschädigung zuzüglich der Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 11 S. 4), ohne das Vorliegen der für die Zusprechung der Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände zu behaupten. Die Parteientschädigung ist daher ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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