

# ZH\_HANDELSGERICHT HG220044 vom 3. Dezember 2024

Zh Handelsgericht, 2024-12-03, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG220044](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG220044)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG220044 du 3 décembre 2024

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG220044 del 3 dicembre 2024

## Erwägungen

### E. 1

Einleitendes

#### E. 1.1

Zuständigkeit Die Parteien haben die ausschliessliche Zuständigkeit der Gerichte in der Schweiz (act. 3/4 S. 3: "exclusive jurisdiction of the Courts of Switzerland") vereinbart (Klä- gerin: act. 1 N. 7; Beklagte; act. 9 N. 56), was zulässig ist (Art. 23 Abs. 1 und 5 LugÜ; vgl. Beschluss HG170162 vom 12. November 2018, in ZR 118/2019 S. 68 ff. Nr. 12 Erw. 1.3.3). Art. 8 ff. LugÜ sind auf den vorliegenden Rückversicherungs- vertrag nicht anwendbar (BGE 140 III 115 ff. Erw. 3). Die Parteien haben in der genannten Gerichtsstandsvereinbarung keine örtliche Zuständigkeit festgelegt, die Beklagten haben sich indessen vorbehaltlos auf das vorliegende Verfahren eingelassen (vgl. act. 9 N. 10), weshalb die örtliche Zustän- digkeit bereits aus diesem Grund gegeben ist (Art. 24 LugÜ). Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V. mit § 44 lit. b GOG.

#### E. 1.2

Passivlegitimation Bei B.\_\_\_\_\_ handelt es sich um einen dem englischen Recht unterstehenden Ver- sicherungsmarkt. B.\_\_\_\_\_ stellt eine Infrastruktur zur Verfügung, in der sich Versi- cherer und Versicherungsnehmer zwecks Abschlusses von Versicherungsverträ- gen treffen. Die Anbieter auf dem Versicherungsmarkt werden "Members" oder "Names" genannt, wobei es sich um juristische oder natürliche Personen handeln kann. Diese sind in der Regel zu Syndikaten zusammengeschlossen, die von einem "Managing Agent" geleitet werden. Dieser verwaltet das Syndikat und ernennt die sog. "Active Underwriters", die Risiken im Namen aller am entsprechenden Syнди- kat teilnehmenden "Underwriting Members" zeichnen. Die Mitgliedschaft bei B.\_\_\_\_\_ ist persönlich und nicht übertragbar. Jedes Mitglied haftet mit seinem Ver- mögen für seine eigene Quote an den durch die Syndikate versicherten Risiken. Zwischen den Mitgliedern besteht keine Solidarhaftung (BGer-Urteil 4A\_323/2022 vom 5. Dezember 2022 Erw. 5.1 mit Hinweisen).

- 11 - Wie vorstehend ausgeführt, werden die Beklagten 2a-c, 5a-b, 6 und 7 durch den Generalbevollmächtigten von B.\_\_\_\_\_ für die Schweiz als Substitut vertreten (vgl. dazu act. 49). Die Passivlegitimation der übrigen Beklagten (dazu die Klägerin in act. 1 N. 31 ff.) ist seitens der Beklagten ebenfalls unbestritten (act. 9 N. 11, 35 ff.). Die Klagenhäufung ist zulässig, da Rechte und Pflichten zu beurteilen sind, die in demselben Retrozessionsvertrag gründen (Art. 71 Abs. 1 ZPO). Die Beklagten konnten eine gemeinsame Vertretung bezeichnen (Art. 72 ZPO).

#### E. 1.3

Anwendbares Recht Die Parteien haben den zwischen ihnen abgeschlossenen Retrozessionsvertrag dem schweizerischen Recht unterstellt (Klägerin: act. 1 N. 82; Beklagte: act. 9 N. 39, 56; act. 3/4 S. 3), was zulässig ist (Art. 116 Abs. 1 IPRG). Die Rückversicherungsverträge zwischen der A3.\_\_\_\_\_ und der Klägerin (dazu so- gleich) unterstehen sodann österreichischem Recht (Klägerin: act. 1 N. 78; Be- klagte: act. 9 N. 39, 47; act. 3/13 S. 3 und act. 3/14 S. 4). Die zwischen AH.\_\_\_\_\_ und AI.\_\_\_\_\_ (fortan: "Versicherungsnehmer") und der A3.\_\_\_\_\_ geschlossene "Insurance for Private Collectors" (fortan: "Erstversiche- rungsvertrag"), unter welchen das streitgegenständliche Gemälde von AG.\_\_\_\_\_ versichert war, untersteht dem Recht von England und Wales (Klägerin: act. 18 N. 19, 46, 169 f., 187, 329, 453 ff.; Beklagte: act. 9 N. 39, 43, 199; act. 3/10 S. 12).

## **E. 2**

### **Ausgangslage**

#### **E. 2.1**

##### **Rückversicherungsverträge**

###### **E. 2.1.1**

Zwischen der A3.\_\_\_\_\_ und der Klägerin bestehen zwei Rückversicherungs- verträge, einerseits der "Excess of Loss Reinsurance Fine Art 2018 – All Risk Sub- layer" (act. 3/13; fortan: "RVV Sublayer") und andererseits der "Excess of Loss Reinsurance Fine Art 2018 – All risk 1st Layer" (act. 3/14; fortan: "RVV 1st Layer" bzw. zusammen mit dem "RVV Sublayer": "Rückversicherungsverträge"), beide da- tierend vom 8. Januar 2018. Mit dem RVV Sublayer übernimmt die Klägerin Schä- den der A3.\_\_\_\_\_ bis zum Betrag von EUR 1.5 Mio. nach Abzug eines Selbstbe-

- 12 - halts der A3.\_\_\_\_\_ von EUR 500'000.– pro Risiko. Im Anschluss an den RVV Sub- layer deckt der RVV 1st Layer Schäden bis zu einer Höhe von EUR 148 Mio. pro Risiko. In zeitlicher Hinsicht gilt die Deckung für im Jahr 2018 abgeschlossene Ver- sicherungsverträge. Die Bedingungen der Rückversicherungsverträge sind zur Si- cherstellung einer durchgehenden Rückversicherungs-Deckung identisch (Kläge- rin: act. 1 N. 73 ff.; Beklagte: act. 9 N. 45 ff.).

###### **E. 2.1.2**

Zwischen der Klägerin und den Beklagten besteht sodann ein "Retrozessi- onsvertrag" (fortan so bezeichnet; Rückversicherung der Rückversicherung), der zwischen dem 20. November und 8. Dezember 2019 über das Maklerunternehmen AM.\_\_\_\_\_ Limited (fortan: "Broker") bei den Beklagten platziert und im Namen der Beklagten durch die jeweiligen Syndikate mit folgenden Beteiligungen gezeichnet worden ist: Beklagte 1: 15% ■ Beklagte 2 bzw. E.\_\_\_\_\_: 13.5 %, wobei die weiteren Beteiligungsver- ■ hältnisse unbekannt sind Beklagte 3: total 15% ■ Beklagte 4: 14% ■ Beklagte 5: 9%, wobei die weiteren Beteiligungsverhältnisse unbekannt ■ sind Beklagte 6 bzw. R.\_\_\_\_\_: 8%, wobei die weiteren Beteiligungsverhält- ■ nisse unbekannt sind Beklagte 7 bzw. S.\_\_\_\_\_: 9%, wobei die weiteren Beteiligungsverhält- ■ nisse unbekannt sind Beklagte 8: 10% ■ Beklagte 9: 4% ■ Beklagte 10: 2.5% ■

- 13 - Die Bedingungen sind zur Sicherstellung einer durchgehenden Rückversicherungs- Deckung identisch mit denjenigen der Rückversicherungsverträge. Der Retrozes- sionsvertrag sieht eine Haftungsmitte von EUR 148 Mio. vor, wobei die Höhe bzw. Berechnung des Selbstbehalts strittig ist. Unstrittig ist hingegen, dass der Versiche-

rungsfall grundsätzlich in den zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich der Rückversicherungsverträge und des Retrozessionsvertrags fällt (Klägerin: act. 1 N. 31, 79 ff., 227, 265; Beklagte: act. 9 N. 35, 38 ff., 51 ff., 287, 298 ff., 397).

## **E. 2.2**

Streitpunkte Die Beklagten wenden gegen ihre Leistungspflicht zahlreiche Argumente ein. Zusammengefasst bestreiten sie bereits die Vereinbarung eines "Agreed Value" für das streitgegenständliche Gemälde, darüber hinaus aber auch zahlreiche Einzelheiten der Schadensregulierung durch die A3.\_\_\_\_\_ und die Klägerin, wie etwa den Verkauf des Gemäldes durch AL.\_\_\_\_\_, die Zahlungen der A3.\_\_\_\_\_ an die Versicherungsnehmer sowie die Erstattung dieser Zahlungen durch die Klägerin an die A3.\_\_\_\_\_. Die Beklagten bestreiten in diesem Zusammenhang auch sämtliche Schadenregulierungskosten dem Grundsatz und der Höhe nach. Zudem machen die Beklagten geltend, die Schadensregulierung habe in verschiedener Hinsicht dem Erstversicherungsvertrag widersprochen, weshalb die Folge- und Leistungspflicht der Beklagten entfalle. So habe insbesondere die Vereinbarung und Durchführung eines freihändigen Verkaufs des Gemäldes zur Ermittlung der Wertverminderung den Erstversicherungsvertrag verletzt, da dieser zur diesbezüglichen Streitbeilegung ein Schiedsverfahren vorgeschrieben habe. Weiter haben die A3.\_\_\_\_\_ und die Klägerin die Wertverminderung nach Ansicht der Beklagten nicht nach der im Erstversicherungsvertrag vorgesehenen Methode berechnet. Diese Streitpunkte gilt es nachfolgend – soweit erforderlich – zu prüfen. Wie zu zeigen sein wird, ist die Klage aus zwei verschiedenen Gründen abzuweisen.

## **E. 3**

die Rechte und Pflichten der Klägerin und Beklagten, weshalb mit "Reinsured" im Gegensatz zur S. 1 und 2 des Retrozessionsvertrags stets die Klägerin gemeint sei (act. 18 N. 128 ff.). Gleiches gilt für das Synonym "Reassured" (vgl. act. 18 N. 870). Die Klägerin hat demnach im Bestreitungsfall für sämtliche Kosten, deren Ersatz sie von den Beklagten verlangt, auch den Nachweis zu erbringen, dass sie diese der A3.\_\_\_\_\_ ihrerseits (abzüglich Selbstbehalt) tatsächlich erstattet ("actually paid") hat.

### **E. 3.1**

Streitpunkte

- 14 - Die Klägerin macht geltend, die A3.\_\_\_\_\_ habe den Versicherungsnehmern die Differenz zwischen dem "Agreed Value" des Gemäldes von GBP 22 Mio. und dem Verkaufspreis von GBP 7.2 Mio., somit GBP 14.8 Mio. in zwei Tranchen bezahlt. Die erste Tranche von GBP 5.5 Mio. sei den Versicherungsnehmern im Sinne einer Akontozahlung nach Abschluss des "Agency and Sale Agreement" überwiesen worden, die zweite Tranche von GBP 9.3 Mio. am 14. Mai 2021. Diesen Betrag habe sie, die Klägerin, der A3.\_\_\_\_\_ zuzüglich (weiterer) Schadenregulierungskosten und abzüglich des Selbstbehalts von EUR 500'000.– im Rahmen der gruppeninternen Verrechnung erstattet (act. 1 N. 62 f., 129 ff., 227; act. 18 N. 922, 944). Die Beklagten bestreiten sowohl die geltend gemachten Kostenpositionen in Höhe und Bestand, insbesondere die Zahlungen der A3.\_\_\_\_\_ an die Versicherungsnehmer, als auch die Erstattung aller Kosten durch die Klägerin an die A3.\_\_\_\_\_. Bezüglich dieser Erstattung sei insbesondere unklar, was mit der gruppeninternen Verrechnung gemeint sei. Die Klägerin übersehe, dass sie gemäss Retrozessionsvertrag bzw. dessen "Ultimate Net Loss Clause" nur in jenem Umfang über eine Forderung gegen die Beklagten verfügen könne, in dem sie selbst tatsächlich Zah-

lungen erbracht habe, weshalb sie die technischen und finanziellen Rückversicherungsabrechnungen für die Jahre 2018 bis 2021 zu edieren habe (act. 9 N. 52 f., 292 f., 314, 371 ff., 401; act. 24 N. 855).

### **E. 3.2**

Rechtliches Unter Geltung der Verhandlungsmaxime obliegt es den Parteien, dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 ff. Erw. 5.2.1.1; BGE 127 III 365 ff. Erw. 2b). Es genügt, wenn diese Tatsachen in ihren Grundzügen behauptet werden (BGE 136 III 322 ff. Erw. 3.4.2; BGer-Urteile 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 Erw. 3.2, 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 Erw. 2.1 und 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 Erw. 2.1). Eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast greift, soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag bestreitet. Diesfalls sind die Vorbringen in

- 15 - Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass substantiiertes Bestreiten möglich ist und darüber Beweis abgenommen werden könnte (BGE 144 III 519 ff. Erw. 5.2.1.1; vgl. auch BGE 136 III 322 ff. Erw. 3.4.2 und BGE 127 III 365 ff. Erw. 2b).

### **E. 3.3**

Würdigung

#### **E. 3.3.1**

Nach Darstellung der Beklagten können klägerische Forderungen gegenüber den Beklagten gemäss Retrozessionsvertrag bzw. dessen "Ultimate Net Loss Clause" nur in jenem Umfang bestehen, in dem die Klägerin selbst tatsächlich Zahlungen an die A3.\_\_\_\_\_ erbracht hat ("the sum actually paid by the Reassured"). Dies ist unstreitig, bestreitet die Klägerin doch die Ausführungen der Beklagten einzig im Hinblick auf die Frage, welcher Selbstbehalt gemäss "Ultimate Net Loss Clause" gilt (vgl. act. 18 N. 869 ff.). Die blosser Folge- bzw. Leistungspflicht der Klägerin genügt somit nicht. Die Klägerin vertritt damit übereinstimmend an anderer Stelle auch ausdrücklich den Standpunkt, der Retrozessionsvertrag regle ab Seite

#### **E. 3.3.2**

Nachdem ein diesbezüglich übereinstimmender Parteiwille besteht, ist nur noch der guten Ordnung halber anzumerken, dass auch eine Auslegung der "Ultimate Net Loss Clause" nach dem Vertrauensprinzip zu demselben Resultat geführt hätte (vgl. act. 3/4 S. 6: "the sum actually paid by the Reassured"). Unter Reassured ist die Klägerin, nicht die A3.\_\_\_\_\_ zu verstehen, da sich die Beklagten mit der Klägerin, nicht mit der A3.\_\_\_\_\_, vertraglich in ein Rückversicherungsverhältnis begeben haben. Es würde der vorliegenden Rückversicherungsstruktur widersprechen, wenn die Beklagten der Klägerin (oder gar direkt der A3.\_\_\_\_\_) Kosten ersetzen müssten, welche der Klägerin gar nicht angefallen sind.

- 16 -

#### **E. 3.3.3**

Nach klägerischer Darstellung (act. 1 N. 130 ff.) fielen der A3.\_\_\_\_\_ die Akontozahlung von GBP 5.5 Mio. und die am 14. Mai 2021 zusätzlich geleistete Zahlung von GBP 9.3 Mio. an die Versicherungsnehmer an, zusätzlich aber auch (übrige) Schadenregulierungskosten im Gesamt-Betrag von EUR 844'363.50 (act. 1 N. 141). Aus den diesbezüglichen Ausführungen in der Klage (act. 1 N. 145 ff.) und der entsprechenden Auflistung in act. 3/35-36 ergeben sich insgesamt 55 Kostenpositionen, welche der A3.\_\_\_\_\_ zwischen dem 26. Januar 2019 und 22. Dezember 2021 – zusätzlich zu den beiden Zahlungen an die Versicherungsnehmer – in unterschiedlichen Währungen entstanden sein sollen. Die Klägerin führt diesbezüglich einzig aus, sie habe der A3.\_\_\_\_\_ "diese Leistungen zzgl. der Schadenregulierungskosten abzüglich des zwischen A3.\_\_\_\_\_ und der Klägerin geltenden Selbstbehalts von EUR 500'000" "im Rahmen der gruppeninternen Verrechnung" erstattet (act. 1 N. 133). Wie vorstehend zitiert, haben die Beklagten die Zahlung bereits in der Klageantwort ausdrücklich bestritten und die Klägerin angehalten darzutun, was mit "gruppeninterner Verrechnung" gemeint sei, und die technischen und finanziellen Rückversicherungsabrechnungen einzureichen (act. 9 N. 314, 401). Die Klägerin hat sich in der Replik dazu trotzdem nicht mehr geäußert (vgl. act. 18 N. 922, 944) und es damit versäumt, die Zahlung bzw. Erstattung an die A3.\_\_\_\_\_ in Einzeltatsachen zergliedert, mithin substantiiert, darzutun, sodass einerseits den Beklagten eine Prüfung dieser Leistungsvoraussetzung und andererseits dem Gericht eine Beweisabnahme möglich gewesen wäre. Soweit die Klägerin die Forderung(en) der A3.\_\_\_\_\_ nicht durch eine direkte Zahlung, sondern durch Verrechnung getilgt hat, hätte sie zum Nachweis der Leistung die genauen Umstände dieser Verrechnung darlegen müssen. Die Klägerin hätte mithin ausführen müssen, in welchem Zeitpunkt sich welche der 57 Einzelforderungen in welcher Währung welchen Gegenforderungen der Klägerin in welcher Währung und mit welchen Umrechnungskursen gegenüber standen und durch wessen Verrechnungserklärung die Forderungen der A3.\_\_\_\_\_ untergegangen sind. Das offerierte Zeugnis von AN.\_\_\_\_\_, AO.\_\_\_\_\_ und AP.\_\_\_\_\_ kann nicht der Verbesserung dieses unvollständigen Behauptungsfundaments dienen. So bleiben die Umstände der behaupteten Kostenerstattung durch "gruppeninterne Verrechnung" im Dunkeln. Entsprechend ist eine unbestrittene und im Übrigen auch ausgewiesene vertragliche Voraussetzung für die Leistungspflicht der Beklagten nicht erfüllt. Die Klage ist folglich bereits aus diesem Grund abzuweisen.

#### **E. 4**

Eventualbegründung: Policenwidrige Schadensregulierung

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

Folgepflicht

##### **E. 4.1.1**

Unstrittiger Sachverhalt Die klägerischen Schadenregulierungsentscheidungen sind für die Beklagten grundsätzlich verbindlich. Die entsprechende Passage der "Reinsurance Conditions" des Retrozessionsvertrags (act. 3/4 S. 3) lautet wie folgt: Die Ziffer 4 der "Notification of Claims Clause" des Retrozessionsvertrags (act. 3/4 S. 10) lautet wie folgt: Diese beiden Klauseln sind mit identischem Wortlaut auch in den Rückversicherungsverträgen enthalten. In der vorliegenden Risikotransferkette (A3.\_\_\_\_\_ ■ Klägerin ■ Beklagte) wurde durch Verwendung identischer Vertragsklauseln Deckungskongruenz angestrebt ("Back-to-Back-Prinzip"; Klägerin: 18 N. 148 f.; Beklagte: act. 9 N. 48 ff., 57, 265 ff.; act.

24 N. 15, 366, 371).

- 18 -

#### **E. 4.1.2**

Streitpunkte Nach Ansicht der Klägerin ist ihre Entscheidung, der Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ zu folgen, für die Beklagten dann bindend, wenn sich die Klägerin an die Bedingungen der Rückversicherungsverträge und des Retrozessionsvertrags gehalten hat. Nur die Schadensregulierung der Klägerin (im Verhältnis zur A3.\_\_\_\_\_) beinhalte auch die Prüfung der Frage, ob die A3.\_\_\_\_\_ im Rahmen des Erstversicherungsvertrags reguliert habe. Die Folgepflicht der Beklagten, nicht zwingend aber die Leistungspflicht, entfalle einzig bei diesbezüglich grob fahrlässigen oder absichtlichen Verstössen der Klägerin gegen die Grundsätze ordnungsgemässer Geschäftsführung. Solche Verstösse liegen nach Ansicht der Klägerin nicht vor (act. 1 N. 234 ff.; act. 18 N. 100 ff., 159 f., 192 ff., 265 ff., 285 ff.). Die Beklagten wenden ein, die Leistungspflicht der Klägerin gegenüber der A3.\_\_\_\_\_ habe gemäss den Rückversicherungsverträgen eine mit der Erstversicherungspolice im Einklang stehende Schadensregulierung vorausgesetzt. Sofern die Klägerin der Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ folge, obwohl diese Voraussetzung nicht erfüllt und die Folgepflicht entsprechend entfallen sei, könnten die Beklagten nicht zur Leistung angehalten werden. Die bundesgerichtliche Rechtsprechung verlange vom Erstversicherer im Rahmen seiner Geschäftsführung die Anwendung der Sorgfalt, wie wenn er nicht rückversichert wäre (act. 9 N. 275 f.; act. 24 N. 247 ff.).

#### **E. 4.1.3**

Rechtliches Bei der Auslegung eines Vertrags ist nach schweizerischem Recht der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die unrichtige Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten, die von den Parteien aus Irrtum oder in der Absicht gebraucht wird, die wahre Beschaffenheit des Vertrages zu verbergen (Art. 18 Abs. 1 OR). Dieser für die Sonderfälle der falschen Ausdrucksweise (falsa demonstratio) und der Simulation kodifizierte Grundsatz gilt nach herrschender Auffassung als allgemeine Auslegungsmaxime für Verträge (anstatt vieler: WIEGAND WOLFGANG, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 7. Aufl., Basel 2020, Art. 18 N. 1). Das Gericht hat nach ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung im Rahmen der Auslegung

- 19 - von Willenserklärungen zunächst den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (sog. subjektive oder empirische Auslegung; BGE 143 III 157 ff. Erw. 1.2.2; BGE 142 III 239 ff. Erw. 5.2.1; BGE 140 III 86 ff. Erw. 4.1; BGE 132 III 268 ff. Erw. 2.3.2). Lässt sich ein solcher nicht feststellen bzw. beweisen, so sind die Willenserklärungen der Parteien nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (sog. objektivierende oder normative Auslegung). Bei der Prüfung nach dem Vertrauensgrundsatz hat das Gericht durch eine objektivierende Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben, wobei es als Vertragswillen anzusehen hat, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden, und wie sie vom Empfänger in guten Treuen nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (BGE 143 III 157 ff. Erw. 1.2.2 mit Hinweisen; BGE 142 III 239 ff. Erw. 5.2.1; BGE 138 III 659 ff. Erw. 4.2.1). Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die

Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 142 V 466 ff. Erw. 6.1 mit Hinweisen; BGE 142 V 129 ff. Erw. 5.2.2; BGE 140 V 50 ff. Erw. 2.2). Der – schweizerischem Recht unterstehende – Retrozessionsvertrag fällt nicht in den Geltungsbereich des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG). Anwendbar ist vielmehr das Obligationenrecht (Art. 101 VVG). Der Inhalt des anzuwendenden ausländischen Rechts ist gemäss Art. 16 Abs. 1 IPRG von Amtes wegen festzustellen, wobei die Mitwirkung der Parteien verlangt und bei vermögensrechtlichen Ansprüchen der Nachweis des Rechts den Parteien überbunden werden kann. Die von den Parteien eingereichten Nachweise zum ausländischen Recht hat das Gericht frei zu würdigen. Hat das Gericht Zweifel am Inhalt des ausländischen Rechts, kann und muss es – im Rahmen des Zumutbaren – von sich aus zusätzliche Nachweise über das ausländische Recht beschaffen (BGer-Urteil 5A\_973/2017 vom 4. Juni 2019 Erw. 4.2 mit Hinweisen).

- 20 -

#### **E. 4.1.4**

Würdigung

##### **E. 4.1.4.1**

Zutreffend ist, dass die Folgepflicht grundsätzlich nur innerhalb der jeweiligen Vertragsbeziehung gilt (so die Klägerin in act. 18 N. 136; vgl. auch BGE 107 II 196 ff. Erw. 2). Eine solche besteht zwischen der A3.\_\_\_\_\_ und den Beklagten unbestrittenermassen nicht (Klägerin: act. 18 N. 131 ff.; Beklagte: act. 24 N. 35, 42, 689, 696). Eine Folgepflicht besteht vielmehr aufgrund der Rückversicherungsverträge bei der Klägerin gegenüber der A3.\_\_\_\_\_ sowie bei den Beklagten aufgrund des Retrozessionsvertrags gegenüber der Klägerin. Allerdings wurden die Rückversicherungsverträge und der Retrozessionsvertrag deckungskongruent ausgestaltet und sie enthalten die vorstehend zitierten Folgepflichtsklauseln mit identischem Wortlaut. Ist der Umfang der klägerischen Folgepflicht durch Auslegung der fraglichen Vertragsklauseln in den Rückversicherungsverträgen zu ermitteln, hat dies aufgrund der betreffenden Rechtswahl nach österreichischem Recht zu geschehen. Die Folgepflicht der Beklagten bzw. die Auslegung derselben Vertragsklauseln im Retrozessionsvertrag richtet sich hingegen aufgrund der Rechtswahl nach schweizerischem Recht. Die Parteien haben mithin trotz angestrebter Deckungskongruenz darauf verzichtet, ihre Verträge derselben Rechtsordnung zu unterstellen, und damit die Möglichkeit einer Deckungskongruenz geschaffen. Unter Umständen könnte demnach auch die Folgepflicht der Klägerin und der Beklagten trotz identischen Wortlauts der fraglichen Klauseln einen unterschiedlichen Gehalt aufweisen, was dem von den Parteien verfolgten Zweck einer lückenlosen Deckung in der Rückversicherungskette offensichtlich widerstrebt. Bei der Auslegung der fraglichen Klauseln ist diesem Zweck zumindest soweit möglich Rechnung zu tragen.

##### **E. 4.1.4.2**

Im Retrozessionsvertrag, welcher schweizerischem Recht untersteht, nehmen sowohl die "Reinsurance conditions" ("terms, clauses, conditions of the original placements issued by the Reinsured to their original clients shall apply to this reinsurance and reinsurers hereon agree to follow the settlements of the Reinsured") als auch die "Claims Notification Clause" ("Claims settlements shall be binding upon the Reinsurer, providing such settlements are within the terms and conditions of the relevant policy...") Bezug auf andere, dem Retrozessionsvertrag

- 21 - in der Rückversicherungskette vorgehende Policen bzw. Verträge. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Klauseln des Retrozessionsvertrags sowie das Objekt dieser Bezugnahme ("Original Placement" bzw. "Relevant Policy") sind strittig. Ein übereinstimmender, tatsächlicher Parteiwille ist in Bezug auf beide Streitpunkte weder behauptet noch ersichtlich, weshalb der Retrozessionsvertrag nach dem Vertrauensprinzip auszulegen ist.

#### **E. 4.1.4.3**

Hinsichtlich des Verhältnisses der Klauseln zueinander ist festzuhalten, dass die "Claims Notification Clause" die Folgepflicht klar an die Voraussetzung knüpft, dass die Schadensregulierung innerhalb der Bestimmungen der "Relevant Policy" erfolgte. Auch die "Reinsurance Conditions" sehen eine Folgepflicht vor und halten in demselben Satz fest, dass die "terms, clauses, conditions of the original placement" auf diese Rückversicherung anwendbar seien. Es ist nicht anzunehmen, dass diese beiden Punkte in demselben Satz geregelt werden, wenn sie nicht in einem Zusammenhang zueinander stehen sollten. Die Klausel ist demnach so zu verstehen, dass die Folgepflicht analog zur "Notifications of Claims Clause" eine Schadensregulierung innerhalb der Bestimmungen des "Original Placements" voraussetzt, wobei Ex-Gratia-Zahlungen und "Without Prejudice"-Settlements noch explizit ausgeschlossen werden. Ein qualitativer Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen besteht demnach nicht und die Frage nach der Rangordnung (Klägerin: act. 30 N. 371 ff.; Beklagte: act. 24 N. 271 f. und act. 37 N. 168 ff.) ist entsprechend hinfällig.

#### **E. 4.1.4.4**

Im Übrigen würde an diesem Ergebnis nichts ändern, wenn man auch die klägerische Auslegung als vertretbar angesehen hätte. Beschäftigen sich nämlich zwei Vertragsklauseln mit derselben Frage, ist im Rahmen einer objektivierenden Auslegung nach schweizerischem Recht zu prüfen, ob sich die fraglichen Klauseln nicht widerspruchsfrei miteinander vereinbaren lassen. Sind mithin verschiedene Bedeutungen einer Vertragsbestimmung vertretbar, so ist jener Bedeutung den Vorzug zu geben, welche keiner anderen Vertragsbestimmung widerspricht und so mit dem Vertrag als Ganzen einen vernünftigen Sinn gibt (MÜLLER CHRISTOPH, Berner Kommentar, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, Art. 18 N. 193). Somit wäre vorliegend die vorstehend

- 22 - erwogene Auslegungsvariante zu bevorzugen, welche sich mit der "Notifications of Claims Clause" vereinbaren und keinen Widerspruch entstehen lässt.

#### **E. 4.1.4.5**

Im Ergebnis nicht relevant ist sodann die weitere Frage, was der Retrozessionsvertrag unter dem "Original Placement" bzw. der "Relevant Policy" sowie in den "Reinsurance Conditions" unter "Reinsured" versteht (so zu Recht die Beklagten in act. 24 N. 395 ff.). Die Rückversicherungsverträge enthalten ebenfalls je den vorstehend wiedergegebenen Absatz in den "Reinsurance Conditions" sowie die genannte vierte Ziffer der "Notification of Claims Clause". Die diesbezügliche Vertragsauslegung nach österreichischem Recht gehorcht soweit ersichtlich denselben Regeln wie diejenige nach schweizerischem Recht (vgl. auch Klägerin: act. 18 N. 283 f.; Beklagte: unbestritten in act. 24 N. 414); weitere Nachforschungen zum österreichischen Recht erübrigen sich. Den Rückversicherungsverträgen in der Vertragskette vorgelagert ist einzig der

Erstversicherungsvertrag. Entsprechend können die Rückversicherungsverträge mit "Original Placement" und "Relevant Policy" einzig auf den Erstversicherungsvertrag Bezug nehmen. Die Folgepflicht der Klägerin setzt somit eine Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ voraus, welche mit dem Erstversicherungsvertrag übereinstimmt. Dies anerkennt auch die Klägerin (act. 1 N. 235; act. 18 N. 15, 139, 293, 603).

#### **E. 4.1.4.6**

Weiter sind sich die Parteien dahingehend einig, dass sowohl gemäss den Rückversicherungsverträgen, welche österreichischem Recht unterstehen, als auch gemäss dem Retrozessionsvertrag, welcher schweizerischem Recht unterstellt wurde, zumindest Grobfahrlässigkeit des Vorversicherers bei der Schadensregulierung die Folgepflicht des jeweiligen Rückversicherers entfallen lässt (Klägerin: act. 1 N. 234 und act. 18 N. 21 ff., 103 ff., 117, 159 f., 165, 187, 255 f., 285 ff., 306, 313 f., 914; Beklagte: act. 9 N. 274 ff., 377 und act. 24 N. 312, 325, 361). Insoweit sind die Rückversicherungsverträge sowie der Retrozessionsvertrag folglich nicht auslegungsbedürftig. Sodann behauptet auch keine Partei und ist auch nicht ersichtlich, dass sich grobfahrlässiges Verhalten im vorliegenden Zusammenhang nach österreichischem Recht qualitativ nach anderen Kriterien beurteilt als nach schweizerischem Recht (Klägerin: act. 18 N. 313, 338; Beklagte: act. 24 N. 439). Es bleibt deshalb unklar, wie die Klägerin einer grobfahrlässigen, policenwid-

- 23 - rigen Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ folgen könnte, ohne sich im Verhältnis zur Beklagten demselben Vorwurf auszusetzen. Ihre anscheinend gegenteilige Ansicht (act. 18 N. 24, 160) begründet die Klägerin nicht weiter, weshalb sie nicht nachvollziehbar ist. Demnach ist auch im Versicherungsverhältnis zwischen der Klägerin und den Beklagten zu prüfen, ob und inwiefern die Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ dem Erstversicherungsvertrag widersprochen hat. Welche Bestimmungen des "Original Placement" bzw. der "Relevant Policy" im Rahmen der Folgepflicht Geltung beanspruchen, ist nachfolgend bei der Würdigung der konkreten, von den Beklagten behaupteten Verstösse zu prüfen.

#### **E. 4.1.4.7**

In Bezug auf die angeblichen Verstösse ist vorab festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Klägerin (act. 18 N. 265 ff., 316 ff.) bei einem Wegfall der Folgepflicht vorliegend auch die Leistungspflicht der Beklagten entfiel. Der Klägerin stünde beim Wegfall der Folgepflicht mithin der Beweis nicht mehr offen, dass ihre Leistungspflicht aus dem Erstversicherungsvertrag tatsächlich gegeben war. Es trifft zwar zu, dass die "Notification of Claims Clause" einzig die Folgepflicht im Sinne der Bindung an die Schadensregulierung erwähnt (erster Teilsatz: "Claims settlements shall be binding upon the Reinsurer, providing [...]"), was die klägerische Auslegung zumindest nicht ausschliesst. Sie reduziert diese Vertragsklausel aber auf eine blosse Beweisvereinbarung, was im Vertragswerk keine Stütze findet. Insbesondere lässt sich aus den "Reinsurance Conditions" ("reinsurers hereon agree to follow the settlements") keine blosse Beweisregel ableiten. Im Gegenteil verlangt sie genauso wie die "Notification of Claims Clause" eine vertragskonforme Schadensregulierung. Unter diesen Umständen ist nicht anzunehmen, dass vernünftige Parteien im Falle eines diesbezüglichen Vertragsbruches einen Leistungsanspruch erhalten wollten. Damit übereinstimmend finden sich im Retrozessionsvertrag keine Hinweise dafür, dass je nach Schwere des Verstosses gegen die "terms and conditions" eine abgestufte Leistungspflicht bzw. nur ein teilweiser Entfall

der Leistungspflicht anzunehmen wäre. Die Schadensregulierung ist mithin entweder "within the terms and conditions", oder sie ist es nicht. Die Bindung und Leistungspflicht der Beklagten besteht nur im ersten Fall.

- 24 -

#### **E. 4.1.4.8**

Im Übrigen entspricht das klägerische Verständnis auch nicht dem schweizerischen bzw. kontinentaleuropäischen Konzept der Folgepflicht, welches sich an der Fremdgeschäftsführung orientiert (HEISS HELMUT / WILLIAM OLIVER D., Kapitel 3: Privatversicherungsrecht / Die Principles of Reinsurance Contract Law 2019 – Transparenz und Einheitlichkeit im Rückversicherungsvertragsrecht?, in: Fuhrer / Kieser / Weber [Hrsg.], Mehrspuriger Schadenausgleich, Zürich/St. Gallen 2022, S. 821 und 830; vgl. auch LÖRTSCHER THOMAS, Rückversicherung in der Rechts- und Schadenpraxis, in: Fuhrer [Hrsg.], Festschrift zum fünfzigjährigen Bestehen der Schweizerischen Gesellschaft für Haftpflicht- und Versicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2010, S. 378). Unter diesen Umständen überzeugen vorliegend auch die von der Klägerin angeführten Lehrmeinungen nicht (u.a. ROELLI HANS / JÄGER CARL, Kommentar zum Schweizerischen Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Dritter Band, Bern 1933, Art. 101 N. 33; ebenso aber zusätzlich auch den Wegfall der Leistungspflicht und ein Kündigungsrecht erwägend: STEINRISSER JÜRGEN, Die Folgepflicht des Rückversicherers, Winterthur 1959, S. 50). Soweit ersichtlich, wollen diese den Rückversicherer nämlich verpflichten, der schuldhaft regulierenden Erstversicherung zu folgen, gestehen ihm aber gleichzeitig aufgrund des genannten Verschuldens einen Schadenersatzanspruch zu, um die ungerechtfertigte Konsequenz der Folgepflicht auszugleichen. Für ein solches Vorgehen besteht vorliegend angesichts der vertraglichen Regelung kein Anlass.

#### **E. 4.1.4.9**

Nachfolgend sind die von den Beklagten angeführten Verstösse der A3.\_\_\_\_\_ gegen den Erstversicherungsvertrag zu prüfen.

#### **E. 4.2**

Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_

##### **E. 4.2.1**

Unstrittiger Sachverhalt Der Erstversicherungsvertrag sieht unter dem Titel "Terms and Conditions of Cover" das Folgende vor (act. 3/10 S. 7):

- 25 - "Agreed Value" und "Depreciation" werden dabei wie folgt definiert (act. 3/10 S. 5):  
Der Erstversicherungsvertrag sieht unter dem Titel "General Conditions" sodann das Folgende vor (act. 3/10 S. 11):

##### **E. 4.2.2**

Streitpunkte Nach Ansicht der Klägerin widerspricht erstens die vergleichsweise Einigung der A3.\_\_\_\_\_ mit den Versicherungsnehmern im "Agency and Sale Agreement" nicht

- 26 - der Streitbeilegungsklausel; diese Schiedsklausel wolle einzig den Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten ausschliessen, nicht eine vergleichsweise Streitbeilegung. Zweitens stehe auch die im "Agency and Sale Agreement" vorgesehene, "einstufige" Methode zur Berechnung der Wertverminderung ("Agreed Value" abzüglich Verkaufspreis) im Einklang mit dem Erstversicherungsvertrag. Für das Gemälde sei ein

"Agreed Value" von GBP 22 Mio. vereinbart gewesen. Es sei von AL.\_\_\_\_\_ im Mai 2021 für einen anrechenbaren Preis von GBP 7.2 Mio. verkauft worden, weshalb den Versicherungsnehmern die Differenz zum "Agreed Value" ausbezahlt worden sei (act. 1 N. 61, 68, 129 ff.; act. 18 N. 11, 183 ff., 417 ff., 450 ff., 490 ff., 542 ff., 564; act. 30 N. 77 ff.). Die Beklagten bemängeln die Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ in verschiedener Hinsicht. So bestreiten sie u.a. den Verkauf des Gemäldes durch AL.\_\_\_\_\_. Weiter wenden sie ein, die Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ und folglich auch der Klä- gerin widerspreche insbesondere aus drei Gründen dem Erstversicherungsvertrag. Erstens verletze das "Agency and Sale Agreement" bzw. dessen Umsetzung die Streitbeilegungsklausel. Zweitens habe die Klägerin nicht nachgewiesen, dass für das fragliche Gemälde tatsächlich ein "Agreed Value" von GBP 22 Mio. vereinbart gewesen sei, weshalb bei der Berechnung der Versicherungsleistung bereits des- halb nicht auf diesen Wert hätte abgestellt werden dürfen. Drittens sei eine Methode zur Berechnung der Wertverminderung angewendet worden ("Agreed Value" ab- züglich Verkaufspreis), welche sich nicht mit derjenigen im Erstversicherungsver- trag vereinbaren lasse; gemäss diesem hätte der geschätzte Wert unmittelbar vor der Beschädigung zum geschätzten Wert nach der Restaurierung ins Verhältnis gesetzt und die dadurch ermittelte prozentuale Wertverminderung auf den "Agreed Value" angewendet werden müssen ("zweistufige" Methode). Die aus sachfremden Gründen erfolgte Abweichung vom Erstversicherungsvertrag lasse die Folgepflicht der Beklagten entfallen (act. 9 N. 208 ff., 234 ff., 277 ff.; act. 24 N. 47, 53 ff., 127 ff., 180 ff., 295 ff., 389 ff.).

#### **E. 4.2.3**

Rechtliches Zur Vertragsauslegung nach schweizerischem Recht sowie zur Feststellung aus- ländischen Rechts vgl. Erw. 4.1.3 vorstehend.

- 27 - Unter Geltung schweizerischen Rechts bejaht die Rechtsprechung grobe Fahrläs- sigkeit und damit ein unbeabsichtigtes, schweres Verschulden, wenn eine fehlbare Person elementare Sorgfaltsregeln ausser Acht lässt, deren Beachtung sich jedem vernünftigen Menschen in derselben Lage aufdrängt (BGE 148 III 343 ff. Erw. 3.4; BGer Urteil 4A\_91/2022 vom 31. Mai 2022 Erw. 3.2) resp. sie die Sorgfalt, welche die Verkehrssitte von ihr verlangt, in besonders schwerer Weise vermissen lässt oder in missbilligender Weise wesentlich davon abweicht (Urteile HG210238 vom 14. Juni 2023 Erw. 3.3.2.2 und HG110264 vom 12. September 2013 Erw. 3.1.2.2). Je grösser das Ausmass der Abweichung vom Durchschnittsverhalten ist, desto schwerer wiegt das Verschulden (BGer-Urteil 4A\_91/2022 vom 31. Mai 2022 Erw. 3.2; Urteil HG210238 vom 14. Juni 2023 Erw. 3.3.2.2). Das Gericht beurteilt das Verhalten des fahrlässig Handelnden unter Bezugnahme auf die Sorgfalt, die die andere Partei insbesondere aufgrund der Vertragsklauseln und der beruflichen Gepflogenheiten erwarten durfte (BGE 146 III 326 ff. Erw. 6.2; BGer-Urteile 4A\_425/2021 vom 23. August 2022 Erw. 4.1, 4A\_161/2020 vom 6. Juli 2020 Erw. 5.1.2, 4A\_379/2016 vom 15. Juni 2017 Erw. 3.3.2 und 4A\_386/2016 vom

#### **E. 4.2.4**

Würdigung

##### **E. 4.2.4.1**

Der Erstversicherungsvertrag ist nachfolgend im Hinblick auf die von den Beklagten vorgebrachten Verstösse der A3.\_\_\_\_\_ auszulegen. Diese Auslegung richtet sich nach dem Recht von England und Wales. Die Parteien haben diesbe- züglich je mehrere

Rechtsgutachten (insbesondere act. 11/57, act. 19/137, act. 25/66, act. 25/69, act. 31/185 und act. 38/83) mit zahlreichen Verweisungen auf englische Gerichtsentscheidungen und englische Literatur eingereicht. Zweifel am Inhalt des englischen bzw. walisischen Rechts bestehen unter diesen Umständen nicht, weshalb sich weitere Abklärungen erübrigen. Aus den genannten Rechtsgutachten ist ersichtlich, dass die Vertragsauslegung nach englischem und walisischem Recht grundsätzlich denselben Regeln folgt wie die objektivierende Auslegung nach schweizerischem Recht.

#### **E. 4.2.4.2**

Vorab ist auf die beiden Einwände der Beklagten einzugehen, wonach für das streitgegenständliche Gemälde kein "Agreed Value" vereinbart und das Ge-

- 28 - mälde auch nicht in Vollzug des "Agency and Sale Agreement" verkauft worden sei. Hinsichtlich der bestrittenen (vgl. act. 24 N. 180 ff.) Vereinbarung eines "Agreed Value" von GBP 22 Mio. behaupten die Beklagten nicht und es ist auch nicht ersichtlich, dass das Recht von England und Wales für Versicherungspolice und deren Anhänge als Gültigkeitserfordernis vorschreibe, dass die Parteien jede Seite der Police einzeln abstempeln bzw. unterschreiben und Anhänge physisch an die Police anheften müssten. In Bezug auf den von den Beklagten angeführten "Contract Certainty Code of Practice", welcher ihrem Privatgutachten AR.\_\_\_\_\_ (act. 25/67) angefügt ist, bleibt unklar, inwiefern die von den Beklagten gestützt darauf verlangte "ausdrückliche Bezugnahme" im Erstversicherungsvertrag vorliegend nicht erfüllt sein sollte. So ergibt sich der genannte "Agreed Value" von GBP 22 Mio. aus dem Dokument mit dem Titel "Insurance Report / ..." (act. 31/178 S. 18; als Auszug act. 3/11; Klägerin: act. 1 N. 68, act. 18 N. 679 und act. 30 N. 89 f., 98, 119). Der Erstversicherungsvertrag definiert "Specification of Property Insured" als das "document attached to or referred to in the schedule specifying the Insured Property" (act. 3/10 S. 6). Er selbst verlangt also weder eine Bezeichnung bzw. Übertitelung als "Specification of Property Insured" noch ein physisches Anheften an den Erstversicherungsvertrag. Auch der Contract Certainty Code of Practice verlangt soweit ersichtlich weder zwingend ein Stempeln noch ein physisches Anheften der Beilagen an die Police, und sähe im Übrigen selbst bei Verstoss gegen die von ihm aufgestellten Verhaltensregeln nicht die automatische Unwirksamkeit der Vereinbarung vor. Somit sprach nichts dagegen, dass die A3.\_\_\_\_\_ und die Versicherungsnehmer bzw. der Broker die Liste elektronisch führten und als "Insurance Report" bezeichneten.

#### **E. 4.2.4.3**

Es liegen denn auch keine Hinweise dafür vor, dass die A3.\_\_\_\_\_ und die Versicherungsnehmer als "Specification of Property Insured", auf welche der Erstversicherungsvertrag auf S. 2 ("Policy Schedule") verweist, nicht dieses von der Klägerin offerierte Dokument (act. 31/178 bzw. act. 3/11) gemeint haben sollten. Im Übrigen hatten auch die Beklagten nicht nur vorprozessual, sondern auch noch in der Klageantwort die Geltung eines "Agreed Value" für das Gemälde gestützt auf dieses Dokument ausdrücklich anerkannt (vgl. act. 9 N. 207). Weiter besteht auch kein Grund für die Annahme der Beklagten, dass ausgerechnet für das mit Abstand

- 29 - wertvollste Objekt der Sammlung kein "Agreed Value" vereinbart war. Die Klägerin weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin (act. 30 N. 127 ff.), dass – würde man der Argumentation der Beklagten folgen – alle versicherten Kunstobjekte nur mit einem bei GBP 10'000.– gedeckelten Marktwert versichert gewesen wären. Diesfalls wäre nicht

nur die vereinbarte Prämie unerklärlich hoch, sondern auch eine Rückversicherung überflüssig gewesen, weil kein den Selbstbehalt über- steigender Wert vorgelegen hätte.

#### **E. 4.2.4.4**

Den Verkauf des Gemäldes im Frühjahr 2021 zum behaupteten Preis hatten die Beklagten sodann im Rahmen ihrer Klageantwort nicht bestritten, sondern im Gegenteil an mehreren Stellen anerkannt (z.B. act. 9 N. 16, 169.3 f., 312, 388). Die Bestreitung in der Duplik war deshalb neu, weshalb die Klägerin im Rahmen ihrer Stellungnahme zur Duplik (act. 30) diesbezüglich neue Behauptungen aufstellte und Beweismittel bezeichnen durfte. Die Klägerin ergänzte ihre diesbezüglichen Beweisofferten mit der Zahlungsbestätigung ("Payment Advice") von AL. \_\_\_\_\_ vom 18. Mai 2021 (act. 31/187), aus welchem sich die Auszahlung von GBP 6'750'000.– an die Versicherungsnehmer ergibt. Damit ist der Verkauf belegt, was nun auch die Beklagten zumindest nicht mehr explizit bestreiten (vgl. act. 37 N. 194, 198). Entgegen der Ansicht der Beklagten (act. 24 N. 203) ist sodann die Identität der Käuferschaft in diesem Zusammenhang nicht relevant. Die Darstellung, wonach sich die Versicherungsnehmer ein höheres Angebot von GBP 7.2 Mio. haben anrechnen lassen, blieb sodann in Klageantwort und Duplik unbestritten und wurde in der Stellungnahme vom 28. Juni 2024 ausdrücklich anerkannt (act. 37 N. 198). Folglich ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die A3. \_\_\_\_\_ durch Vereinbarung und Vollzug eines Verkaufs des Gemäldes zur Bestimmung der Wertverminderung gegen die im Erstversicherungsvertrag enthaltene Streitbeilegungsklausel und gegen die Klausel zur Berechnung der Wertverminderung verstossen hat.

#### **E. 4.2.4.5**

Nach dem Vertragswortlaut kommt die Streitbeilegungsklausel mit dem Titel "Disputes Procedure" (act. 3/10 S. 11) zur Anwendung, wenn sich die Vertragsparteien über die Versicherungsleistung nicht einigen können ("If [...] any dispute or difference arises between you and us about the amount we should pay you").

- 30 - Ein solcher Disput lag vor, konnten sich die A3. \_\_\_\_\_ und die Versicherungsnehmer doch auch nach klägerischer Darstellung diesbezüglich nicht einigen. Gemäss der genannten Streitbeilegungsklausel wäre die strittige Frage der Wertverminderung deshalb einem Schiedsrichter ("Single Arbitrator") vorzulegen gewesen. Zur Beilegung des Disputs sah das "Agency and Sale Agreement" indes den Verkauf des Gemäldes vor, woraufhin gestützt auf den erzielten Verkaufspreis abgerechnet werden sollte (zur Berechnungsmethode nachfolgend). Dieses Vorgehen entspricht der Streitbeilegungsklausel offensichtlich nicht. Nicht überzeugend ist diesbezüglich insbesondere die klägerische Argumentation, wonach es sich beim "Agency and Sale Agreement" um einen Vergleich über die Versicherungsleistung handle, welcher vom Geschäftsführungsrecht der Erstversicherung stets gedeckt sei (act. 18 N. 35 ff., 463 ff.). Auch die Beklagten behaupten zu Recht nicht (vgl. act. 24 N. 131, 417, 559), dass der A3. \_\_\_\_\_ eine vergleichsweise Einigung mit den Versicherungsnehmern über die geschuldete Leistung verwehrt gewesen wäre. Im "Agency and Sale Agreement" einigte man sich indes nicht auf die Versicherungsleistung, sondern auf einen alternativen Streitbeilegungsmechanismus. So wurde der Streit über die Höhe der Versicherungsleistung gerade nicht beigelegt, sondern – statt ihn einem Schiedsrichter zur Entscheidung zu unterbreiten – einem Auktionshaus bzw. Verkaufsprozess übergeben.

#### **E. 4.2.4.6**

Unbestrittenermassen schloss die Streitbeilegungsklausel jedenfalls eine Anrufung staatlicher Gerichte aus (letzter Satz: "You may not take legal action against us over a dispute before the arbitrator has made an award."). Weder aus dem Wortlaut der Klausel noch aus anderen Bestimmungen des Vertrags ergeben sich aber Anhaltspunkte dafür, dass die Klausel einzig diesem Zweck dienen sollte. Es wird vielmehr – freilich auch mit dem Zweck des Ausschlusses der staatlichen Gerichtsbarkeit – im Detail geregelt, wie ein Streit über die von der A3.\_\_\_\_\_ geschuldete Versicherungsleistung beizulegen ist. Die Streitbeilegungsklausel kann deshalb auch nicht mit einer blossen Gerichtsstandsklausel gleichgesetzt werden, welcher die Parteien vorliegend keine zwingende Natur zuerkennen (dazu die Klä- gerin in act. 18 N. 177). Eine alternative Form der Streitbeilegung wird weder in dieser noch in anderen Klauseln des Erstversicherungsvertrages genannt oder vorbehalten. Der Wortlaut ("any such dispute or difference must be determined") ist im

- 31 - Gegenteil so zu verstehen, dass eine alternative Art der Streitbeilegung ausgeschlossen werden sollte. Ob die A3.\_\_\_\_\_ aus vernünftigen Gründen auf ein Schiedsverfahren oder auch auf einen Vergleich über die geschuldete Versicherungsleistung verzichtete, ist deshalb nicht relevant. Beide Wege wären der A3.\_\_\_\_\_ offen gestanden. Die Klägerin macht zwar geltend, die Versicherungs- nehmer hätten durch Einbezug im Gutachten AK.\_\_\_\_\_ bereits alle namhaften AG.\_\_\_\_\_ -Experten in einen Interessenkonflikt gebracht, weshalb der A3.\_\_\_\_\_ keine solchen mehr als Gutachter bzw. Experten hätten zur Seite stehen können (act. 1 N. 116; act. 18 N. 395). Die Abweichung vom Erstversicherungsvertrag er- folgte indessen auch nach klägerischer Darstellung nicht etwa, weil aus vorstehend genanntem Grund kein Schiedsrichter mehr hatte gefunden werden können. Be- mühungen, sich auf einen Schiedsrichter zu einigen, und eine nachfolgende Anru- fung des "Vice President of the Chartered Institute of Arbitrators" zwecks Berufung eines Schiedsrichters behauptet die Klägerin jedenfalls nicht. Das Abweichen vom Streitbeilegungsmechanismus des Erstversicherungsvertrags war demnach nicht durch dessen Undurchführbarkeit bedingt, sondern vielmehr taktischen (Prozessri- siko) und damit letztlich wirtschaftlichen Überlegungen geschuldet. Die Schadens- regulierung der A3.\_\_\_\_\_ widersprach folglich der Streitbeilegungsklausel im Erst- versicherungsvertrag (zu den Konsequenzen nachfolgend).

#### **E. 4.2.4.7**

Gleiches gilt sodann auch hinsichtlich der Berechnung der von der A3.\_\_\_\_\_ auszugleichenden Wertverminderung. Das Recht von England und Wa- les schreibt unbestrittenermassen keine bestimmte Methode zur Berechnung der Wertverminderung bei einem Teilschaden vor. Die Parteien sind sich insbesondere auch dahingehend einig, dass die einschlägige englische Rechtsprechung sowohl die Berechnungsmethode gemäss "Agency and Sale Agreement" ("einstufig") als auch diejenige der Beklagten ("zweistufig") kennt (Klägerin: act. 18 N. 44, 46, 547 ff.; Beklagte: act. 24 N. 96 f., 104, 596). Folglich ist die korrekte Methode zur Be- rechnung der Wertverminderung durch Auslegung des Erstversicherungsvertrags zu ermitteln. Gemäss dessen vorstehend zitiertem Kapitel "Basis of Settlement in the Event of a Claim" (act. 3/10 S. 7), hat die A3.\_\_\_\_\_ den Versicherungsnehmern im Falle eines Teilschadens ("partly damaged") eines "Specified Item" nebst den Kosten für die Restaurierung auch die aus der Beschädigung resultierende Wert-

- 32 - verminderung ("depreciation") bis zum Maximalbetrag des "Agreed Value" zu ersetzen. Der Erstversicherungsvertrag definiert Wertverminderung dabei als "the reduction

in value of an item solely and directly caused by damage to the item, calculated as a percentage of the value in accordance with the applicable Basis of Settlement.". Die Parteien sind sich zu Recht einig, dass im Falle eines "Specified Item" unter der "Applicable Basis of Settlement" der "Agreed Value" zu verstehen ist (Klägerin: act. 18 N. 41, 502, 512 ff., 552 ff.; Beklagte: act. 9 N. 213 und act. 24 N. 70, 85, 92). Entsprechend ist im vorliegenden Zusammenhang "of the value in accordance with the applicable Basis of Settlement" durch "of the Agreed Value" zu ersetzen. Strittig ist die Bedeutung der so verstandenen Klausel als Ganzes so- wie die Bedeutung des Worts "Value" im ersten Teilsatz.

#### **E. 4.2.4.8**

Letzteres ist als Bestandteil des Gesamtbegriffs "depreciation in value" (Wertverminderung) zu betrachten. Es werden nicht die im Erstversicherungsvertrag ebenfalls definierten und verwendeten Begriffe "Agreed Value" oder "Market Value" verwendet, sondern die generische Bezeichnung "Value", da die Definition sowohl für "Specified" als auch für "Unspecified Items" Geltung beansprucht (Klägerin: 18 N. 509; Beklagte: act. 24 N. 77). Der erste Teilsatz ist demnach die allgemeine Definition des Begriffs "Depreciation", also der Wertverminderung, welche das fragliche Objekt durch die Beschädigung erlitten hat. Der zweite Teilsatz gibt hingegen darüber Auskunft, worin die Wertverminderung besteht bzw. von welcher Grundlage ("Applicable Basis of Settlement") bei der Berechnung dieser Wertverminderung auszugehen ist, was durch "calculated as" verdeutlicht wird. Den Versicherungsnehmern ist bei "Specified Items" mithin die Wertverminderung zu ersetzen, welche sich "as a percentage", also "als Prozentsatz", "in Prozenten" oder auch "als prozentualer Anteil" des "Agreed Value" berechnet.

#### **E. 4.2.4.9**

Im Sinne der Beklagten ist nach dem Wortlaut mithin ein Prozentsatz auf den "Agreed Value" anzuwenden. Der Erstversicherungsvertrag gibt zwar keine Antwort auf die Frage, wie dieser Prozentsatz zu berechnen ist. Es ist indessen nicht ersichtlich, wie ein solcher auf andere Weise als mit der zweistufigen Berechnung im Sinne der Beklagten hergeleitet werden könnte, indem also der Marktwert des Gemäldes unmittelbar vor der Beschädigung mit demjenigen nach der Beschä-

- 33 - digung bzw. vorliegend nach der Restaurierung verglichen wird. Der letztere Wert kann grundsätzlich mit dem dafür notwendigen Expertenwissen geschätzt (wie auch der Wert vor der Beschädigung) oder aber durch einen tatsächlichen Verkauf ermittelt werden. An der Anwendung eines Prozentsatzes auf den "Agreed Value" fehlt es hingegen, wenn nach der im "Agency und Sale Agreement" vereinbarten Vorgehensweise vom "Agreed Value" einfach der Verkaufswert subtrahiert und die Differenz ausbezahlt wird. Das Vorgehen setzt mithin den "Agreed Value" mit dem Marktwert vor der Beschädigung gleich. Dies widerspricht dem Erstversicherungsvertrag nicht nur hinsichtlich des genannten Prozentsatzes, sondern auch dahingehend, dass ausschliesslich der durch die Beschädigung verursachte Schaden ("directly and solely caused by damage") als Wertverminderung zu ersetzen ist. So wird einerseits der "Agreed Value" in aller Regel bereits bei seiner Festsetzung nicht dem tatsächlichen Marktwert vor der Beschädigung entsprechen. Andererseits wird selbst im gegenteiligen Fall durch die genannte Gleichsetzung im Schadensfall auch diejenige Wertverminderung entschädigt, welche nicht auf die Beschädigung zurückzuführen ist, sondern beispielweise auf generelle

Wertschwankungen auf dem Kunstmarkt. Ein Verkauf des Gemäldes hätte deshalb durchaus mit dem Erstversicherungsvertrag vereinbar sein können, wenn mit ihm der tatsächliche Marktwert bestimmt, anschliessend aber der Marktwert vor Beschädigung fachkundig geschätzt und die sich daraus ergebende prozentuale Wertverminderung auf den "Agreed Value" angewendet worden wäre.

#### **E. 4.2.4.10**

Das "Agency and Sale Agreement" widerspricht somit zusammengefasst in zweierlei Hinsicht dem Erstversicherungsvertrag, erstens in Bezug auf den Streitbeilegungsmechanismus, zweitens in Bezug auf die Berechnung der Wertverminderung. Hinsichtlich der vorliegend interessierenden Folgepflicht ist deshalb in Anknüpfung an die vorstehende Erwägung 0 zu prüfen, ob die Folge- und Leistungspflicht der Beklagten aufgrund dieser beiden Abweichungen vom Erstversicherungsvertrag entfällt. Die Klägerin vertritt diesbezüglich zusammengefasst den Standpunkt, die Folgepflicht entfalle nach einem international anerkannten Grundsatz sowie gemäss den Rückversicherungsverträgen und dem Retrozessionsvertrag nur bei Verletzung von Bestimmungen, welche sich mit dem Deckungsumfang beschäftigen, nicht aber bei einem Abweichen von der Streitbeilegungsklausel (act.

- 34 - 18 N. 87 ff., 157, 166 ff., 297 ff., 327). Die Bedeutung der Bezugnahme in den fraglichen Klauseln, welche sich mit der Folgepflicht beschäftigen, ist durch Vertragsauslegung zu bestimmen. Diese richtet sich vorliegend nach schweizerischem (Retrozessionsvertrag) bzw. österreichischem (Rückversicherungsverträge) Recht, nicht nach englischem bzw. walisischem Recht.

#### **E. 4.2.4.11**

Gemäss der "Notification of Claims Clause" hat die Schadensregulierung den "terms and conditions" der relevanten Police zu entsprechen, die Folgepflicht wird also auf eine policenkonforme Schadensregulierung beschränkt. Ein inhaltlicher Unterschied zwischen den Begriffen "Terms" und "Conditions" ist nicht auszumachen. Die Verwendung beider Begriffe legt nahe, dass die Bezugnahme umfassend verstanden werden will. Aus diesen beiden Gründen ist davon auszugehen, dass zumindest all jene Bestimmungen dieser Police zu beachten sind, welche einen Einfluss auf die Schadensregulierung haben. Dazu gehören unbestritten jene Bestimmungen, welche sich mit dem zeitlichen und sachlichen Geltungsbereich der Police beschäftigen. Da die Streitbeilegungsklausel regelt, wie Meinungsverschiedenheiten zwischen Versicherungsnehmer und Erstversicherung über die Wertverminderung des versicherten Objekts und damit über die Versicherungsleistung zu lösen sind, wirkt sie genauso unmittelbar auf die Schadensregulierung ein und muss entsprechend von der Bezugnahme mitumfasst sein. Dieses Vertragsverständnis wird gestützt durch die "Reinsurance Conditions", welche die "terms, clauses, conditions of the original placements" als anwendbar erklären. Die Bezugnahme wird somit ebenfalls nicht auf bestimmte Klauseln eingeschränkt. Im Gegenteil ist aus der Verwendung dreier Wörter mit ähnlicher Bedeutung zu schliessen, dass grundsätzlich sämtliche Vertragsklauseln einbezogen werden sollten. Andernfalls wäre insbesondere zu erwarten, dass nicht zusätzlich zu "terms" und "conditions" auch noch "clauses" (Klauseln), ein breiter zu verstehender Begriff, Erwähnung gefunden hätte. Die klägerische Position findet folglich im Wortlaut keine Stütze und hält auch einer teleologischen und systematischen Auslegung nicht stand. Insbesondere kann aus dem Fehlen einer Schadenkontrollklausel nicht

geschlossen werden, das Geschäftsführungsrecht der A3.\_\_\_\_\_ umfasse den Abschluss jedweden Vergleichs, also auch eines solchen, welcher von den Bestimmungen des Erstversicherungsvertrags abweicht (act. 18 N. 637 ff.).

- 35 -

#### **E. 4.2.4.12**

Weiter macht die Klägerin geltend, die beiden Abweichungen vom Erstversicherungsvertrag erreichten nicht die Schwelle einer grob fahrlässigen oder gar vorsätzlich vertragswidrigen Schadensregulierung (act. 18 N. 313 ff.) bzw. sei die Berufung der Beklagten darauf treuwidrig, da die Beklagten dem Vorgehen der A3.\_\_\_\_\_ zugestimmt bzw. nie widersprochen hätten (act. 18 N. 49 ff., 604 ff.). Dem ersten Argument ist entgegen zu halten, dass die von der A3.\_\_\_\_\_ bzw. der Klägerin vertretene Auslegung – wie vorstehend dargelegt – im klaren Widerspruch zum Wortlaut der fraglichen Klauseln des Erstversicherungsvertrags steht und auch im restlichen Vertrag keine Stütze findet. Die abweichende Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ erfolgte mithin – aus wirtschaftlichen Überlegungen – nicht "within the terms and conditions of the relevant policy" ("Notification of Claims Clause"), wobei die A3.\_\_\_\_\_ den Schaden im Wissen regulieren konnte, dass sie ihn absehen von ihrem geringen Selbstbehalt nicht selbst würde tragen müssen. Die Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ ist deshalb zumindest als grobfahrlässig zu qualifizieren, hätte doch keine vernünftige Erstversicherung den Schaden – zumindest ohne explizite Zustimmung des Rückversicherers – abweichend von ihrer Police reguliert. Eine solche Zustimmung der Klägerin lag der A3.\_\_\_\_\_ offensichtlich vor. Im Verhältnis zwischen der Klägerin und den Beklagten ändert dies aber nichts daran, dass das Erteilen dieser Zustimmung durch die Klägerin bzw. ihre Folgeleistung als zumindest grobfahrlässig zu qualifizieren ist (vgl. Erw. 4.1.4.6). Die Beklagten können deshalb ihrerseits die Folge verweigern, sofern sie dem Vorgehen gemäss "Agency and Sale Agreement" nicht vor dessen Abschluss oder nachträglich zugestimmt haben. Wie es sich diesbezüglich verhält, ist nachfolgend zu prüfen. Haben die Beklagten dem Vorgehen zugestimmt, entfielen die Folgepflicht nicht und wäre eine Berufung der Beklagten auf die vom Erstversicherungsvertrag abweichende Schadensregulierung treuwidrig.

#### **E. 4.3**

Zustimmung der Beklagten zur Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_

##### **E. 4.3.1**

Streitpunkte Die Klägerin macht geltend, bereits die den Beklagten zugestellten Gutachten AJ.\_\_\_\_\_ und AK.\_\_\_\_\_ hätten erkennbar auf der Prämisse aufgebaut, dass die prozentuale Wertverminderung allein auf der Basis des "Agreed Value" zu berech-

- 36 - nen sei, und zwar als Differenz zwischen diesem und dem hypothetischen Verkaufspreis. Dagegen hätten die Beklagten nicht opponiert. An einer Video-Konferenz am 8. Oktober 2020 sei als Option zur Ermittlung des tatsächlichen Wertes des restaurierten Gemäldes in Erwägung gezogen worden, dass die A3.\_\_\_\_\_ Kunsthändler und Auktionshäuser kontaktieren würde, um herauszufinden, wie das Bild bestmöglich verkauft werden könnte. Es sei besprochen worden, dass die A3.\_\_\_\_\_ zu diesem Zweck eine Vereinbarung mit den Versicherungsnehmern schliessen müsse, da die A3.\_\_\_\_\_ ohne deren Zustimmung nicht mit Dritten in Verkaufsverhandlungen treten dürfe. Damit seien die Beklagten einverstanden gewesen und es sei vereinbart worden, dass die Klägerin den

Beklagten einen Entwurf zukommen lassen würde. Nach Erhalt des Entwurfs hätten die Beklagten weder die Absicht, das Bild zu verkaufen, noch die Methode zur Ermittlung der Wertverminderung kritisiert, sondern nur negative Rhetorik betrieben. Die vorgebrachten Kritikpunkte hätten Nebensächlichkeiten betroffen, seien rechtlich nicht relevant gewesen und vom Broker erläutert worden. Der Broker habe den Beklagten am 10. November 2020 angeboten, ein Gespräch mit der Klägerin zu arrangieren, worauf die Beklagten nicht reagiert hätten. Anlässlich eines Gesprächs am 2. Dezember 2020 habe AS.\_\_\_\_\_ von der Beklagten 1 beim Broker schliesslich den Eindruck der Leistungsbereitschaft erweckt (act. 1 N. 196 f., 203; act. 18 N. 610 ff., 703 ff., 721 ff., 739 ff.). Die Beklagten wenden ein, aus den Gutachten AJ.\_\_\_\_\_ und AK.\_\_\_\_\_ ergäbe sich nicht die von der Klägerin vertretene Berechnung der Wertverminderung, seien doch die Gutachter gar nicht zur Berechnungsmethode befragt worden. Bei der Videokonferenz vom 8. Oktober 2020 sei sodann nicht von einem Verkauf des Gemäldes die Rede gewesen. Nach Erhalt des Entwurfs des "Agency and Sale Agreement" am 5. November 2020 hätten die Beklagten dem Broker umgehend mitgeteilt, dass sie dem Vergleich nicht zustimmen könnten. Am 6. November 2020 hätten die Beklagten sodann nach Antwort des Brokers nochmals ihre Einwände dargelegt und darum gebeten, das "Agency and Sale Agreement" mit der Klägerin besprechen zu können. Dazu habe der Broker am 10. November 2020 Stellung genommen und angeboten, eine Telefonkonferenz mit der Klägerin zu organisieren; gleichzeitig habe er aber vorgeschlagen, damit zuzuwarten, bis die Versicherungs-

- 37 - nehmer zum Entwurf Stellung genommen hätten. Am 8. Dezember 2020 sei die Schadensabteilung der Beklagten 1 dann überraschend mit dem von der A3.\_\_\_\_\_ unterzeichneten "Agency and Sale Agreement" konfrontiert worden. Die Klägerin habe schliesslich aus den angeblichen, bestrittenen Äusserungen des Underwriters der Beklagten 1 am 2. Dezember 2020 nicht auf eine Zustimmung zum "Agency and Sale Agreement" schliessen dürfen (act. 9 N. 96 ff.; act. 24 N. 463, 579, 650 ff., 665, 742 ff.).

#### **E. 4.3.2**

Rechtliches Auf einseitige empfangsbedürftige und nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen ist Art. 18 analog anwendbar (BGE 115 II 323 ff. Erw. 2b; BGer-Urteile 4A\_429/2022 vom 7. März 2023 Erw. 3.1, 4A\_356/2022 vom 20. Dezember 2022 Erw. 3.1.1, 4A\_507/2020 vom 28. Mai 2021 Erw. 4.1, 4A\_609/2020 vom 26. März 2021 Erw. 5.2.1, 4A\_633/2017 vom 23. Mai 2018 Erw. 2.3, 4A\_321/2017 vom 16. Oktober 2017 Erw. 4.3). Vgl. dazu die Erw. 4.1.3 vorstehend.

#### **E. 4.3.3**

Würdigung

##### **E. 4.3.3.1**

Es trifft zu, dass sowohl das Gutachten AJ.\_\_\_\_\_ (act. 3/23 S. 11) als auch das Gutachten AK.\_\_\_\_\_ (act. 3/25 S. 8, 87 f.) den "Agreed Value" von GBP 22 Mio. erwähnen. Das Gutachten AJ.\_\_\_\_\_ wandte zur Berechnung der Wertverminderung einen Prozentsatz (25%) auf den Agreed Value an. Wie dieser Prozentsatz berechnet wurde, erschliesst sich nicht. Ebenso bleibt unklar, ob der Gutachter im Sinne der Klägerin eine einstufige Berechnung vornahm, oder davon ausging, dass der tatsächliche Marktwert vor der Beschädigung im konkreten Fall mit dem "Agreed Value" übereinstimmte. Nur schon aufgrund dieser Unklarheit des Gutachtens waren die Beklagten nach dessen Erhalt nicht

verpflichtet, die spätere abweichende Berechnungsmethode zu antizipieren und bereits in diesem Zeitpunkt vorsorglich Widerspruch zu erheben. Das Gutachten AK.\_\_\_\_\_ sodann erwähnt zwar, dass die Versicherungsnehmer und die A3.\_\_\_\_\_ übereinstimmend davon ausgehen, dass dem Gemälde vor der Beschädigung ein Wert von GBP 22 Mio. zugekommen sei (act. 3/25 S. 7). In der Folge schätzte das Gutachten AK.\_\_\_\_\_ diesen Wert aber anhand der Verkaufs- bzw. Auktionspreise ähnlicher Gemälde und stellte

- 38 - ihn dem "Agreed Value" gegenüber (S. 14, 25 ff.). Auch wenn diese Prüfung zum Ergebnis gelangte, dass der "Agreed Value" den tatsächlichen Wert des Gemäldes korrekt abbildete (S. 24), folgt daraus, dass das Gutachten AK.\_\_\_\_\_ die Wertverminderung gerade nicht einstufig im Sinne der Klägerin berechnete. Das Ableiten einer Zustimmung gestützt auf fehlenden Widerspruch gegen das Gutachten AK.\_\_\_\_\_ fällt deshalb ebenfalls ausser Betracht.

#### **E. 4.3.3.2**

Die Beklagten hatten dem Vorgehen gemäss dem späteren "Agency and Sale Agreement" sodann auch nicht an der Video-Konferenz vom 8. Oktober 2020 zugestimmt. Nach Darstellung der Klägerin wurde damals vereinbart, dass die A3.\_\_\_\_\_ Kunsthändler und Auktionshäuser kontaktieren würde, um herauszufinden, wie das Gemälde bestmöglich zu verkaufen wäre bzw. welcher Erlös erzielt werden könnte. Da die A3.\_\_\_\_\_ dies ohne Zustimmung der Versicherungsnehmer nicht habe tun dürfen, habe eine entsprechende Vereinbarung entworfen werden müssen (act. 1 N. 196 f., 203). Der anschliessend erstellte Entwurf des "Agency and Sale Agreement" vom 29. Oktober 2020 (act. 3/108) ging allerdings wie das später unterzeichnete, leicht abgeänderte "Agency and Sale Agreement" (act. 3/27) – so bereits der Titel – über den besprochenen "Agenturvertrag" (so die Klägerin in act. 1 N. 197) hinaus, indem es der A3.\_\_\_\_\_ nicht nur diesbezügliche Anfragen bei Kunsthändlern und Auktionshäusern ermöglichte (Ziff. 1), sondern zusätzlich auch bereits verbindlich den tatsächlichen, freihändigen Verkauf ("Private Treaty Sale", Ziff. 4), eine Abschlagszahlung (Ziff. 2) und die konkreten Modalitäten für die Erledigung des Versicherungsfalls auf dem dannzumal erzielten Kaufpreis (Ziff. 10 ff.) vorsah. Es trifft somit nicht zu, dass der Entwurf des Agreements bloss eine anwaltlich ausformulierte Vereinbarung des an der Konferenz vom 8. Oktober 2020 mündlich skizzierten war (so die Klägerin in act. 18 N. 621, 702). Aus einer Zustimmung zu Anfragen im Hinblick auf einen Verkauf und einem dafür notwendigen "Agency Agreement" kann nicht automatisch auf eine Zustimmung zu den im "Agency and Sale Agreement" zusätzlich geregelten Punkten geschlossen werden.

#### **E. 4.3.3.3**

Hinsichtlich des nachfolgend zu prüfenden, weiteren Austauschs der Parteien ist festzuhalten, dass die Klägerin nicht direkt mit den Beklagten kommunizierte, sondern über ihren Broker und dort insbesondere AT.\_\_\_\_\_. Der Broker han-

- 39 - delte als Vertreter der Klägerin, weshalb seine Handlungen der Klägerin anzurechnen sind (Klägerin: act. 18 N. 662; Beklagte: act. 9 N. 392). Sodann führte die Beklagte 1 namens und in Vertretung aller Beklagten die Gespräche mit dem Broker bzw. der Klägerin; vereinfachend wird nachfolgend aber jeweils von "den Beklagten" gesprochen.

#### **E. 4.3.3.4**

Nach Erhalt des Entwurfs des "Agency and Sale Agreement" (act. 3/108) am 5. November 2020 äusserten sich die Beklagten gegenüber dem Broker in mehreren E-Mails unbestrittenermassen ablehnend (Klägerin: act. 1 N. 204 und act. 18 N. 52 ff., 622, 628 ff., 699, 703, 728, 762, 767), z.B. "we cannot agree to the suggested settlement" und "So in summary, we cannot agree to this suggestion, and would advise A.\_\_\_\_\_ to act accordingly" (act. 3/109). Nach Darstellung der Klägerin (act. 1 N. 205) war auch dem Broker nicht klar, ob den Beklagten die ganze Vereinbarung oder nur die Abschlagszahlung oder andere Details nicht zugesagt haben, weshalb er entsprechend nachfragte. Aus der Antwort der Beklagten ergibt sich in der Folge klar, dass sie mit der Klägerin einzelne Punkte, aber auch das gesamte Agreement besprechen wollten (act. 3/111: "The legal agreement presents some questions, for example, how is any recovery in excess of the value and expenses payable to the insured? [...] At this juncture, we would like to discuss the settlement, the legal agreement and any discussions A.\_\_\_\_\_ have had with auctioneers and/or galleries in order to establish an adequate reserve for the reinsurance market."). Eine klare Zustimmung zum "Agency and Sale Agreement" ergibt sich daraus nicht, einem klägerischen Vertrauen auf die Zustimmung durch die Beklagten hätte deshalb die dafür erforderliche Grundlage gefehlt. Eine Zustimmung nahm der Broker aber auch gar nicht an. So war er sich über das Ausmass der von den Beklagten geäusserten Kritik wie ausgeführt nicht im Klaren, ging in seiner Antwort vom 10. November 2020 (act. 3/112) auf die Abschlagszahlung ein und schlug vor, bezüglich des anderen Punktes sowie des Agreements als Ganzem eine Telefonkonferenz zu organisieren. Hinzu kommt, dass der Broker das Angebot eines Telefongesprächs mit der Anregung verbunden hatte, damit bis zum Vorliegen der Reaktion der Versicherungsnehmer zuzuwarten. Unter diesen Umständen hätte auch das nachfolgende Schweigen der Beklagten auf das Gesprächsangebot nicht als konkludente Zustimmung zum "Agency and Sale Agreement" verstanden

- 40 - werden dürfen. Es oblag der Klägerin, bei den Beklagten aktiv nachzufragen und ihre Zustimmung einzuholen, und nicht den Beklagten, in Ausübung ihres Beratungsrechts alternative Vorschläge für ein anderes, vom Erstversicherungsvertrag abweichendes Vorgehen zu unterbreiten.

#### **E. 4.3.3.5**

Unstrittig ist diesbezüglich weiter (Klägerin: act. 1 N. 252 und act. 18 N. 739 ff.; Beklagte: act. 9 N. 146 f. und act. 24 N. 752 ff.), dass der Broker am 2. Dezember 2020 im Rahmen der Erneuerung des Erstversicherungsvertrags Kontakt mit dem Underwriter der Beklagten 1, AS.\_\_\_\_\_, hatte. Die Klägerin leitet dabei aus der angeblichen Zustimmung von AS.\_\_\_\_\_ zum Vorschlag des Brokers, im Zusammenhang mit dem Verkauf eine zusätzliche Option (Entschädigung auf Totalschadenbasis) ins "Agency and Sale Agreement" aufzunehmen, die generelle Zustimmung zu diesem ab. Die Beklagten bestreiten entsprechende Äusserungen von AS.\_\_\_\_\_. Wie es sich diesbezüglich verhält, kann offen bleiben. Die Klägerin räumt nämlich ein, dass dem Broker die bei B.\_\_\_\_\_ bestehende Trennung zwischen "Claims" und "Underwriting" bewusst war, und wendet einzig ein, diese Trennung werde in der Praxis nicht so streng gelebt (act. 18 N. 749). Letzterem ist allerdings entgegen zu halten, dass im vorliegenden Fall der genannten Trennung nachgelebt worden war. So wurde die streitgegenständliche Angelegenheit bei der Beklagten 1 von Beginn an durch die Schadensabteilung, namentlich AU.\_\_\_\_\_, betreut, auch wenn AS.\_\_\_\_\_ bei den anfänglichen Sitzungen im Jahr 2019 anwesend war

(Klägerin: act. 1 N. 166 und act. 18 N. 665, 751; Beklagte: unbestritten in act. 9 N. 320 und act. 24 N. 697 f.). Der Broker hatte sich kurz darauf noch einmal an AS.\_\_\_\_\_ gewandt, weil ihm das Vorgehen von AU.\_\_\_\_\_ missfiel, wurde von AS.\_\_\_\_\_ aber im Ergebnis an diese zurückverwiesen (act. 3/101). Unbestrittener- massen hatte AS.\_\_\_\_\_ in der Folge am 17. September 2020 beim Broker eine Kopie des Gutachtens AJ.\_\_\_\_\_ angefordert (Klägerin: act. 18 N. 694, 744; Be- klagte: unbestritten in act. 24 N. 719 und 754 f.), war sonst aber nie in die Gesprä- che involviert, insbesondere nahm er weder an der Konferenz vom 8. Oktober 2020 teil (Klägerin: act. 1 N. 196; Beklagte: act. 24 N. 758) noch äusserte er sich im November 2020 je zum – der Schadensabteilung der Beklagten 1 – zugestellten, ersten Entwurf des "Agency and Sale Agreement". Entsprechend ist auch unver- ständlich, weshalb der Broker den überarbeiteten Entwurf am 1. oder 2. Dezember

- 41 - 2020 an AS.\_\_\_\_\_, nicht aber an die Schadensabteilung der Beklagten 1 sandte (Klägerin: act. 18 N. 736 und act. 30 N. 723; Beklagte: act. 9 N. 352 und act. 24 N. 749). Unstrittig ist zwar (Klägerin: act. 18 N. 745; Beklagte: act. 24 N. 751, 755), dass AS.\_\_\_\_\_ im April 2020 zum "Active Underwriter" befördert worden und für alle Aktivitäten der Beklagten 1 verantwortlich war. Ein darauf gestütztes Vertrauen, dass für die Schadensregulierung nicht mehr die Schadensabteilung zuständig war bzw. deren bisher ablehnende Haltung von AS.\_\_\_\_\_ revidiert worden wäre, ist aber zumindest solange unberechtigt, als dies nicht ausdrücklich angesprochen wird. Solches behauptet auch die Klägerin nicht, vielmehr thematisierten der Broker und AS.\_\_\_\_\_ den Schadensfall auch nach klägerischer Darstellung bloss anläss- lich der Vertragserneuerung. Es wäre wiederum an der Klägerin bzw. am Broker gewesen, das Thema zu klären und eine unmissverständliche Zustimmung der Be- klagten zu verlangen.

#### **E. 4.3.3.6**

Eine spätere Zustimmung der Beklagten behauptet schliesslich auch die Klägerin nicht. Im Gegenteil hielten die Beklagten auch nach klägerischer Darstel- lung an ihren Vorbehalten fest, monierten, dass ihre Zustimmung zum "Agency and Sale Agreement" nicht eingeholt worden sei, stellten der Klägerin bzw. der A3.\_\_\_\_\_ während Monaten kritische Fragen und kritisierten die getroffenen Regu- lierungsentscheidungen (act. 1 N. 220 ff.; act. 18 N. 625 f., 707, 775, 777, 787, 808, 825). Diese Kritik sahen die Bedenken bestätigt, als der Verkauf ziemlich genau diejenige Wertverminderung ergab (rund 67%), welche der von Beginn an vertrete- nen Position der Versicherungsnehmer (Gutachten AK.\_\_\_\_\_: 68%) entsprach (Klägerin: act. 18 N. 858, 921; Beklagte: act. 24 N. 854). Wie die Klägerin selbst ausführt, bestätigten die Beklagten sodann am 25. November 2021 nochmals, dass sie der Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ und der Klägerin nicht folgen würden (act. 18 N. 831). Zusammenfassend ist deshalb festzuhalten, dass es der Klägerin nicht gelingt, eine Zustimmung der Beklagten zur vom Erstversicherungsvertrag ab- weichenden Schadensregulierung nachzuweisen. Die Berufung der Beklagten auf die vertragswidrige Schadensregulierung erweist sich unter diesen Umständen auch nicht als treuwidrig. Die Folgepflicht der Beklagten entfällt, und damit auch ihre Leistungspflicht. Die Klage ist entsprechend auch aus diesem Grund abzuwei- sen.

- 42 -

#### **E. 5**

Zusammenfassung Die klägerischen Forderungen können gemäss Retrozessionsvertrag nur in jenem Umfang bestehen, in dem die Klägerin selbst tatsächlich Zahlungen an die

A3.\_\_\_\_\_ erbracht hat. Die Klägerin hat es versäumt, die bestrittene Zahlung bzw. Erstattung an die A3.\_\_\_\_\_ substantiiert darzutun. Die Klage ist entsprechend abzuweisen (Hauptbegründung). Die Klage wäre darüber hinaus auch deshalb abzuweisen gewesen, weil die Folge- und Leistungspflicht der Beklagten im Ergebnis infolge der policenwidrigen und grobfahrlässigen Schadensregulierung der A3.\_\_\_\_\_ und der Klägerin entfallen ist. So wurde die Folgepflicht vertraglich an die Voraussetzung geknüpft, dass die A3.\_\_\_\_\_ den Schaden in Einklang mit dem Erstversicherungsvertrag reguliert, was vorliegend sowohl in Bezug auf den vereinbarten Streitbeilegungsmechanismus als auch in Bezug auf die Berechnung der auszugleichenden Wertverminderung nicht der Fall war. Einer derartigen Schadensregulierung haben die Beklagten nicht zugestimmt (Eventualbegründung).

- 43 -

## **E. 6**

Kosten- und Entschädigungsfolgen

### **E. 6.1**

**Gerichtskosten** Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Bei der vorliegenden Klagenhäufung werden die geltend gemachten Ansprüche zusammengerechnet (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Für die Umrechnung einer Fremdwährung ist sodann der Kurs zur Zeit der Rechtshängigkeit (Datum Poststempel) massgebend. Die Klage über insgesamt EUR 15'719'314.20 wurde am 15. März 2022 rechtshängig, was einen Streitwert von CHF 16'105'537.70 (EUR 15'719'314.20 bei einem Kurs von 1.02457 am 15. März 2022 gemäss [www.oanda.com](http://www.oanda.com)) ergibt. Bei diesem Streitwert (§ 4 Abs. 1 GebV OG) und unter Berücksichtigung der Schwierigkeit des Falles (§ 4 Abs. 2 GebV OG) ist die Gerichtsgebühr auf CHF 200'000.– festzusetzen und ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Kosten sind aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

### **E. 6.2**

**Parteientschädigungen** Ausgangsgemäss sind Parteientschädigungen zuzusprechen. Auch die Parteientschädigungen werden grundsätzlich nach Obsiegen und Unterliegen auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO). Die Höhe der Parteientschädigung richtet sich nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO). Die Gebühr bemisst sich im Zivilprozess nach dem Streitwert bzw. dem tatsächlichen Streitinteresse, der Verantwortung und dem notwendigen Zeitaufwand des Anwalts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 AnwGebV). Diese Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Die ordentliche Parteientschädigung beträgt vorliegend rund CHF 137'000.–, ausgehend vom vorgenannten Streitwert (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Für die durchgeführte Vergleichsverhandlung sowie für die zweite Rechtsschrift ist ein Zuschlag von rund 50% vorzunehmen (§ 11 Abs. 2 AnwGebV), was eine Parteientschädigung von

- 44 - CHF 205'000.– ergibt. Für weitere Eingaben der Parteien rechtfertigt sich keine zusätzliche Erhöhung. Bezüglich des Antrags der Beklagten auf Zusprechung der Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer ist grundsätzlich auf das Kreisschreiben des

Obergerichtes vom 17. Mai 2006 hinzuweisen. Demgemäss hat eine mehrwertsteuerpflichtige Partei, welche den Mehrwertsteuerzuschlag beantragt, die Umstände, welche einen (vollen) Vorsteuerabzug nicht zulassen, zu behaupten und belegen. Dies gilt gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung auch, wenn die Gegenseite gegen den Antrag auf Zusprechung des Mehrwertsteuerzuschlages nicht opponiert (BGer-Urteil 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 Erw. 4.5). Mangels Ausführungen und Belegen ist den Beklagten die Parteientschädigung ohne Mehrwertsteuer zuzusprechen. Das Handelsgericht erkennt:

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