



Mitwirkend: Oberrichter Dr. George Daetwyler, Vizepräsident, und Oberrichterin Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher, Dr. Stephan Weber und Patrik Howald sowie der Gerichtsschreiber Enrico Moretti

Urteil vom 16. Mai 2014

in Sachen

Gebäudeversicherung Kanton Zürich,
Klägerin

sowie

A. _____,
Streitberufener

gegen

B. _____ AG,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X. _____

betreffend **Forderung**

Inhaltsverzeichnis:

Rechtsbegehren:	3
Sachverhalt und Verfahren:	3
A. Sachverhaltsübersicht	3
a. Parteien und ihre Stellung	3
b. Prozessgegenstand.....	3
B. Prozessverlauf	4
Erwägungen:	5
1. Prozessuales	5
2. Unbestrittener Sachverhalt	6
3. Problemstellung	9
4. Fehlen einer Individualabrede.....	10
4.1. Parteibehauptungen	10
4.2. Rechtliches.....	10
4.3. Würdigung	11
4.4. Fazit	12
5. Keine Ungewöhnlichkeit der Obhutsklausel.....	12
5.1. Parteibehauptungen	12
5.2. Rechtliches.....	12
5.3. Würdigung	13
5.4. Fazit	14
6. Auslegung der Obhutsklausel.....	14
6.1. Parteibehauptungen	14
6.2. Rechtliches.....	15
6.3. Wirklicher Wille der Parteien (subjektive Auslegung)	17
6.4. Mutmasslicher Wille der Parteien (objektive Auslegung).....	18
6.5. Fazit	21
7. Inhaltskontrolle und Art. 8 UWG	21
8. Zwischenergebnis	21
9. Verjährungseinrede	22
9.1. Parteibehauptungen	22
9.2. Rechtliches.....	22
9.3. Würdigung	23
9.4. Fazit	24
10. Zusammenfassung und Zinsen.....	24
11. Kosten und Entschädigungsfolgen	24
Erkenntnis:	25

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 1)

- "1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin zu bezahlen:
SFr. 42'910.00 nebst 5% Zins seit 13.09.2005 und Kosten des Sühneverfahrens.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren:

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine selbstständige öffentlich-rechtliche Anstalt mit Sitz in Zürich, die die Aufgaben der kantonalen Feuerpolizei, der kantonalen Feuerwehr sowie insbesondere der kantonalen Gebäudeversicherung wahrnimmt. Rechtsgrundlage bildet das Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 2. März 1975 (GebVG; LS 862.1). Der Streitberufene betreibt als Inhaber einer Einzelfirma mit Sitz in Zürich einen Garagenbetrieb. Er ist Versicherungsnehmer der Beklagten. Die Beklagte ist eine Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich, die alle Arten von Versicherungs- und Rückversicherungsgeschäften betreibt.

b. Prozessgegenstand

Am 15. Januar 2005 verursachte der Streitberufene durch Unachtsamkeit einen Brand in dem von ihm als Geschäftslokal gemieteten Lageranbau der Liegenschaft C.____-Strasse ... in D.____. Dadurch wurde einerseits dieser Lageranbau sowie andererseits auch das auf der Liegenschaft stehende Geschäfts- und Wohnhaus beschädigt. Die Klägerin macht mit vorliegender Klage das Rückgriffsrecht (§ 72 GebVG) geltend für von ihr geleistete Zahlungen an den Eigentümer des beschädigten, vom Streitberufenen gemieteten Lageranbaus. Die Forderung richtet sich gegen die Beklagte als Haftpflichtversicherer des Streitberufenen. Die Beklagte verwehrt sich gegen die Ansprüche der Klägerin. Sie bestreitet deren

Aktivlegitimation, macht Verjährung geltend und beruft sich auf die in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) enthaltene Obhutsklausel (Art. 7 lit. k AVB). Demnach bestehe keine Leistungspflicht in Bezug auf den Schaden am gemieteten Lageranbau. Die Klägerin will die Obhutsklausel nicht oder nur auf Mobilien angewendet sehen. Die Bestimmung sei ungewöhnlich, unklar im Sinne von Art. 33 VVG sowie unlauter im Sinne von Art. 8 UWG.

B. Prozessverlauf

Am 21. Mai 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und 2). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 30. Juni 2010 (act. 8) fand am 8. März 2011 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an der die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt schlossen (Prot. S. 5 ff.). Dieser wurde von der Klägerin mit Eingabe vom 18. März 2011 (act. 13) innert Frist widerrufen. In der gleichen Eingabe stellte die Klägerin den Antrag, das Prozessthema sei auf die Frage der Aktivlegitimation zu beschränken. Zudem verkündete sie A._____ den Streit und wies auf weitere Unterlagen zu Beweis Zwecken hin (act. 13 S. 2). Die Beklagte erhob keine Einwände gegen eine Beschränkung des Prozessthemas (act. 15). Mit Verfügung vom 24. März 2011 wurde das Prozessthema einstweilen auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkt (Prot. S. 10-13; act. 20-24).

Mit Vorurteil vom 1. März 2012 bejahte das Handelsgericht die Aktivlegitimation der Klägerin (act. 28). Gegen dieses Vorurteil erhob die Beklagte Beschwerde beim Bundesgericht. Zudem stellte die Beklagte gegen dieses Vorurteil beim Handelsgericht die Anträge, das Vorurteil sei aufzuheben und es sei ein neuer Entscheid ohne Mitwirkung von Handelsrichter E._____ zu fällen (act. 30). Das Handelsgericht wies die Anträge mit Beschluss vom 10. April 2012 ab (act. 33). Auch dagegen erhob die Beklagte in der Folge Beschwerde an das Bundesgericht.

Das Bundesgericht vereinigte die beiden Verfahren. Mit Urteil vom 9. Oktober 2012 wies es diejenige Beschwerde der Beklagten ab, welche das Vorurteil vom 1. März 2012 gestützt auf Art. 51 ZPO aufgehoben wissen wollte. Des Weiteren

hob das Bundesgericht das Vorurteil des Handelsgerichts vom 1. März 2012 auf und wies die Sache zur Neuurteilung ohne die Mitwirkung von Handelsrichter E._____ an das Handelsgericht zurück. Den Standpunkt der Beklagten in der Hauptsache prüfte es nicht (Urteil des Bundesgerichts BGE 4A_217/2012 und 4A_277/2012 vom 9. Oktober 2012, E. 3 und E. 6 sowie Dispositivziffern 1 und 2; act. 49).

Mit Verfügung vom 21. November 2012 eröffnete der (damalige) Vizepräsident den Parteien die Besetzung des Handelsgerichts, insbesondere die Mitwirkung von Handelsrichter Patrik Howald anstelle von Handelsrichter E._____ (Prot. S. 17). Die Beklagte liess dem Gericht mit Schreiben vom 27. November 2012 mitteilen, dass sie gegen diese Besetzung keine Einwendungen erhebe (act. 52). In der Folge bejahte das Handelsgericht mit Vorurteil vom 9. Januar 2013 die Aktivlegitimation der Klägerin (act. 53); dieses Vorurteil blieb nun unangefochten.

Es wurde ein unbeschränkter zweiter Schriftenwechsel durchgeführt (act. 56). Die Replik datiert vom 24. Mai 2013 (act. 62), die Duplik vom 4. Oktober 2013 (act. 71). Mit Verfügung vom 16. Oktober 2013 wurde der Klägerin eine Ausfertigung der Duplik samt Beilagen zugestellt (act. 73).

Erwägungen:

1. Prozessuales

Am 1. Januar 2011 ist die eidgenössische Zivilprozessordnung (ZPO) in Kraft getreten. Nach Art. 404 Abs. 1 ZPO gilt für Verfahren, die bei Inkrafttreten dieses Gesetzes rechtshängig sind, das bisherige Verfahrensrecht bis zum Abschluss vor der betroffenen Instanz. Für das vorliegende Verfahren ist demnach das frühere kantonale Prozessrecht (ZPO/ZH und GVG/ZH) massgebend. Das Rechtsmittel richtet sich hingegen nach dem Recht, das bei der Eröffnung des Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

Die örtliche Zuständigkeit bestimmt sich nach dem neuen Recht, wobei eine bestehende Zuständigkeit nach dem alten Recht erhalten bleibt (Art. 404 Abs. 2 ZPO). Nach dem folglich vorliegend anwendbaren Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen (GestG) besteht kein zwingender Gerichtsstand i.S.v. Art. 2 Abs. 1 GestG und die Art. 21 ff. GestG sind nicht anwendbar. Inwieweit die in den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB; act. 3/10) enthaltene Gerichtsstandsklausel (Art. 29 AVB) im Lichte von Art. 9 GestG gültig und auch für Rechtsnachfolger des Streitberufenen verbindlich ist, kann offen bleiben. Sowohl die genannte Klausel als auch Art. 3 Abs. 1 lit. b GestG sehen Zürich als Gerichtsstand vor. Die örtliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist damit gegeben. Sie ist denn auch unbestritten (act. 1 S. 2; act. 8 S. 2).

Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus § 62 GVG/ZH und ist unbestritten (act. 1 S. 2; act. 8 S. 2). Der Streitwert beträgt CHF 42'910.– (§ 18 ff. ZPO/ZH). Die Klage wurde gehörig eingeleitet (§ 102 ZPO/ZH). Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt (§ 108 ZPO/ZH). Dem Eintreten auf die Klage steht nichts entgegen.

Der Prozess erweist sich als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

2. Unbestrittener Sachverhalt

Der Streitberufene führte über mehrere Jahre in D._____ in einem von ihm gemieteten Lageranbau eines Geschäfts- und Wohnhauses an der C._____-Strasse ... einen Garagenbetrieb. Seit August 1991 war der Streitberufene bei der Beklagten betriebshaftpflichtversichert (Police vom 21. August 1991, act. 63/3a [damals befand sich der Betrieb gemäss Police noch an der F._____-Strasse ...]). Diese Versicherung basierte auf dem Antrag des Streitberufenen vom 8. August 1991 (act. 9/1). Der Versicherungsvertrag wurde in der Folge auf der Grundlage des Änderungsantrags des Streitberufenen vom 1. Oktober 1996 (act. 9/2) geändert und die Beklagte stellte die Police vom 7. Oktober 1996 (act. 63/3b) aus. Der nun dem Streitverhältnis zugrunde liegende Versicherungsvertrag datiert vom 4. Februar 2004; die entsprechende Police wurde am 2. Mai 2005 ausgestellt (act. 3/7). Der vom Streitberufenen unterzeichnete Versicherungsantrag zu dieser

Police datiert vom 3. Februar 2004 (act. 63/4; act. 1 S. 3 f.; act. 8 S. 3 und S. 5; act. 62 S. 4; act. 71 S. 4).

Auf den Versicherungsvertrag sind die "Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) Haftpflichtversicherung" in der Ausgabe 1/1998 (act. 3/10) anwendbar. Die AVB sind durch Globalübernahme seitens des Streitberufenen Bestandteil des Vertrags geworden und enthalten folgende - von den Parteien zitierte - Bestimmungen im Kapitel "Deckungsumfang" (act. 1 S. 3 f. und S. 14 f.; act. 8 S. 4 ff.; act. 62 S. 3-7; act. 71 S. 14; act. 3/10 S. 3-7):

"Art. 1 Versicherte Haftpflicht

a)

Versichert ist die auf gesetzlichen Haftpflichtbestimmungen beruhende Haftpflicht aus dem in der Police bezeichneten Betrieb für:

[...]

2.

Sachschäden, d.h. Zerstörung, Beschädigung oder Verlust von Sachen.

b)

Ohne besondere Vereinbarung umfasst die Versicherung auch die Haftpflicht:

1.

als Eigentümer (nicht jedoch als Stockwerkeigentümer), Mieter oder Pächter von Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen, die ganz oder teilweise dem versicherten Betrieb dienen, sowie als Mieter von andern Räumlichkeiten;

[...]

Art. 3 Zuschlagspflichtige Sondergefahren

Nur wenn die bezügliche Frage im Antrag bejaht oder eine entsprechende Vereinbarung getroffen wurde, erstreckt sich die Versicherung auch auf:

a)

die Haftpflicht als Eigentümer, Mieter oder Pächter von Grundstücken, Gebäuden und Anlagen, die weder ganz noch teilweise dem versicherten Betrieb dienen (z.B. Miethäuser ohne Betriebsräumlichkeiten, Personalwohnhäuser, Personalsportanlagen);

[...]

Art. 7 Einschränkungen des Deckungsumfanges

Von der Versicherung ausgeschlossen sind:

[...]

k)

Ansprüche aus

- Schäden an Sachen, die ein Versicherter zum Gebrauch, zur Bearbeitung, Verwahrung oder Beförderung oder aus andern Gründen (z.B. in Kommission, zu Ausstellungszwecken) übernommen oder die er gemietet oder gepachtet hat,

- Schäden, die an Sachen infolge Ausführung oder Unterlassung einer Tätigkeit eines Versicherten an oder mit ihnen (z.B. Bearbeitung, Reparatur, Beladen oder Entladen eines Fahrzeuges) entstanden sind;
[...]"

Des Weiteren enthalten die AVB im Kapitel "Verschiedenes" folgende - von der Beklagten zitierte - Klausel (act. 8 S. 4; act. 3/10 S. 10):

"Art. 27 Verjährung

Die auf einem Schadenfall beruhenden Ansprüche eines Versicherten aus diesem Vertrag verjähren nach Ablauf von zwei Jahren seit dem Abschluss eines aussergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleichs oder dem Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils."

Am 15. Januar 2005 verursachte der Streitberufene durch Unachtsamkeit einen Brand (act. 3/6). Dadurch wurde einerseits der vom Streitberufenen gemietete Lageranbau beschädigt und andererseits auch das Geschäfts- und Wohnhaus. Den entstandenen Gebäudeschaden im Betrag von insgesamt CHF 160'599.– hat die Klägerin dem geschädigten Gebäudeeigentümer in drei Teilzahlungen vergütet (act. 3/8). Für die Schäden am Geschäfts- und Wohnhausteil hat die Beklagte der Klägerin zugunsten des versicherten Streitberufenen auf der Grundlage der Betriebshaftpflichtversicherung Zahlung geleistet. In Bezug auf den Schaden am vom Streitberufenen gemieteten und durch den verursachten Brand völlig zerstörten Lageranbau bestreitet die Beklagte jede Leistungspflicht auf der Grundlage der Obhutsklausel (act. 1 S. 3; act. 8 S. 3).

Die von der Klägerin an den Eigentümer geleistete Verkehrswertentschädigung für den Lageranbau beträgt CHF 60'000.–. Eine Verkehrswertentschädigung wurde geleistet, weil der Lageranbau wegen bevorstehender Enteignung des Grundstückes für die Erstellung eines Bahntrassees nicht wieder aufgebaut wurde (act. 3/9). Davon verlangt die Klägerin von der Beklagten CHF 42'910.– (ca. 70%) mit der Begründung, Diskussionen über einen Abzug wegen Grobfahrlässigkeit des Streitberufenen ausschliessen zu wollen. Die Höhe des Schadens ist nicht strittig (act. 1 S. 3; act. 8 S. 3).

Die Klägerin liess sich die Ansprüche des Streitberufenen gegenüber seiner Versicherung (Beklagte) abtreten. So unterzeichnete der Streitberufene am 9. Juni 2007 eine "Abtretungserklärung" (act. 3/5) mit folgendem Inhalt:

"Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag von Herrn A._____, Garagist (Versicherungsnehmer), mit der "B._____ (Betriebshaft-Police Nr. ...) betreffend das Brandereignis vom 15. Januar 2005 im Lageranbau an der C._____-Str. ... in D._____ (Ref. B._____: Schaden ...; Ref. GVZ: Schaden Nr. ..., Gebäude Nr. ... D._____) werden mit allen Nebenrechten der Gebäudeversicherung Kanton Zürich (GVZ), Thurgauerstr. 56, 8050 Zürich abgetreten, soweit diese gemäss Gesetz über die Gebäudeversicherung dem Gebäudeeigentümer Entschädigung geleistet hat."

In der nachfolgenden Korrespondenz stritten sich die Parteien über die Auslegung der Obhutsklausel (act. 21/1-6). Nachdem zwischen den Parteien keine Einigung in Bezug auf die bezahlte Verkehrswertentschädigung erzielt werden konnte, reichte die Klägerin am 21. Mai 2010 vorliegende Klage ein (act. 1 und 2).

3. Problemstellung

Unstreitig sind auf den Versicherungsvertrag vom 4. Februar 2004 (act. 3/7) grundsätzlich die durch den Streitberufenen mittels Globalübernahme einbezogenen Allgemeinen Versicherungsbedingungen in der Ausgabe 1/1998 (act. 3/10) anwendbar. Strittig sind die Bedeutung und die Tragweite der Obhutsklausel (Art. 7 lit. k AVB), wobei der Kern des Streits die Bedeutung des darin verwendeten Begriffes "Sache" ist. Diese Bedeutung ist durch Auslegung zu ermitteln. Vorab stellt sich die Frage, ob in Bezug auf den Deckungsausschluss eine Individualabrede vorliegt, die den AVB und damit der Obhutsklausel vorgeht, und ob die Obhutsklausel ungewöhnlich ist. Weiter ist der Deckungsausschluss einer Inhaltskontrolle zu unterziehen und zu prüfen, ob er das UWG verletzt. Ob die eingeklagte Forderung verjährt ist, wird abschliessend zu prüfen sein. Die Frage der Aktivlegitimation der Klägerin ist dagegen bereits rechtskräftig entschieden worden (act. 53).

4. Fehlen einer Individualabrede

4.1. Parteibehauptungen

4.1.1. Die Beklagte macht geltend, die Frage der Deckung von Schäden an gemieteten Betriebsgebäuden sei zwischen dem Streitberufenen und der Beklagten von Anfang an thematisiert worden. Der Streitberufene habe aber in seinen Versicherungsanträgen vom 8. August 1991 und vom 1. Oktober 1996 je im Abschnitt über zusätzlich versicherbare Sondergefahren bzw. Deckungserweiterungen die Deckung von Schäden an gemieteten, geleasteten oder gepachteten Grundstücken, Gebäuden und Räumlichkeiten - im Unterschied zu anderen versicherbaren Sondergefahren - gerade nicht gewählt und daher eine Ausdehnung der Versicherung auf weitere Sondergefahren bzw. Deckungserweiterungen nicht gewollt. Es habe dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen, dass Schäden an gemieteten Räumlichkeiten nicht gedeckt seien. Indem der Streitberufene die Deckungserweiterung nicht gewählt habe, sei es beim Ausschluss gemäss AVB geblieben. Es liege eine Individualabrede vor. Die Diskussion über die Bedeutung von Ausschlüssen in den AVB sei obsolet (act. 8 S. 5, 8 f. und 19; act. 71 S. 3 f.).

4.1.2. Die Klägerin bringt dagegen vor, von einer Individualabrede könne nicht die Rede sein. Im Zeitpunkt des Versicherungsfalles, der der vorliegenden Klage zugrunde liege, hätten die alten Policen und die Antragsformulare keine Gültigkeit mehr gehabt. Sie seien 2004 von einem neuen Antrag bzw. einer neuen Offerte und einer neuen Police abgelöst worden. Darin fänden sich keine Hinweise auf mögliche Sondergefahren bzw. Deckungserweiterungen für gemietete Betriebslokalitäten (act. 62 S. 4).

4.2. Rechtliches

4.2.1. Gemäss Konzeption von Art. 1 VVG ist der künftige Versicherungsnehmer regelmässig der Antragsteller. Dabei wird in der Versicherungspraxis durchwegs ein sogenannter Antragsschein bzw. ein Antragsformular verwendet. Allfällige AVB sind dem Versicherungsnehmer so zu übergeben, dass er sie kennen kann, wenn er den Versicherungsvertrag beantragt oder annimmt (ausführlich KUHN, Privatversicherungsrecht, 3. Aufl. 2010, Rz 351 ff., 465, 550 ff.).

4.2.2. Individuelle Abreden, welche von den AVB abweichen, haben Vorrang: Sie verdrängen vorformulierte Klauseln mit abweichendem Inhalt. Wird der Text der AVB hingegen unverändert übernommen, so liegt keine Individualabrede vor. Entscheidend ist, ob die Bedingungen ausgehandelt wurden. So liegt auch bei der Verwendung von ergänzungsbedürftigen Formularen - wie dem Antragsformular - keine Individualabrede vor (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, Rz 8.21-8.23; HUGUENIN, Obligationenrecht: Allgemeiner und Besonderer Teil, 2012, Rz 613).

4.3. Würdigung

4.3.1. Vorab ist festzuhalten, dass der Versicherungsantrag vom 3. Februar 2004 (act. 63/4), auf dessen Grundlage der im Streit liegende Versicherungsvertrag vom 4. Februar 2004 (act. 3/7) beruht, anders als die von der Beklagten ins Feld geführten früheren Anträge aus den Jahren 1991 und 1996 (act. 9/1-2), keinen Abschnitt über zusätzlich versicherbare weitere Sondergefahren bzw. Deckungserweiterungen enthält. Eine aktive Wahl seitens des Streitberufenen in Bezug auf Sondergefahren, wie die Beklagte geltend macht, war in diesem Antrag - einer soweit ersichtlich von der Beklagten vorgefertigten und zur Unterschrift vorgelegten Offerte - gar nicht möglich: Der Streitberufene hatte lediglich vier Fragen - u.a. zu den bisher geschlossenen Versicherungen - zu beantworten und die Offerte zu unterzeichnen (vgl. act. 63/4 S. 6). Schon deshalb kommt entgegen der Auffassung der Beklagten die Annahme einer Individualabrede in Bezug auf den Deckungsausschluss im Versicherungsvertrag vom 4. Februar 2004 nicht in Frage.

4.3.2. Die Beklagte geht aber auch fehl, wenn sie eine Individualabrede bereits in der Nichtwahl einer Deckungserweiterung in einem Versicherungsantrag sehen möchte. So liegt bei der Verwendung von ergänzungsbedürftigen Antragsformularen gerade keine Individualabrede vor. Schliesslich macht auch die Beklagte nicht eine effektive Abänderung des AVB-Textes oder ein tatsächliches Aushandeln der AVB geltend.

4.4. Fazit

Es liegt in Bezug auf den Deckungsausschluss keine Individualabrede vor, die den AVB vorginge.

5. Keine Ungewöhnlichkeit der Obhutsklausel

5.1. Parteibehauptungen

5.1.1. Die Klägerin hält die Obhutsklausel von Art. 7 lit. k AVB zudem für ungewöhnlich, soweit damit sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen seien, und will dieser Bestimmung deshalb die Geltung versagen (act. 1 S. 4 ff.; act. 62 S. 6 ff.).

5.1.2. Die Beklagte bestreitet die Ungewöhnlichkeit der Obhutsklausel (act. 8 S. 7 ff.; act. 71 S. 5 ff.).

5.2. Rechtliches

Die Regel, wonach auch ungelesen übernommene AVB (sog. Globalübernahme) bindend sind, erfährt durch die Ungewöhnlichkeitsregel eine Ausnahme. Demnach sind von der globalen Zustimmung zu AVB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht besonders aufmerksam gemacht worden ist. Die Partei, welche die AVB in den Vertrag aufgenommen hat, muss aufgrund des Vertrauensprinzips davon ausgehen, dass ihr unerfahrener Vertragspartner ungewöhnliche Klauseln nicht will. Entscheidend ist somit einzig, mit welchem Vertragsinhalt der die AVB nicht lesende oder nicht verstehende Kunde nach dem Vertrauensprinzip rechnen musste. Damit einer Bestimmung der AVB die Geltung versagt wird, muss sie sowohl objektiv als auch subjektiv ungewöhnlich sein. Objektive Ungewöhnlichkeit setzt voraus, dass die betreffende Klausel einen geschäftsfremden Inhalt aufweist. Die fragliche Klausel muss zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Vertragspartners beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich

zu qualifizieren (BGE 135 III 1 E. 2; Urteil des Bundesgerichts 4C.282/2003 vom 15. Dezember 2003 E. 3.1 f.; Urteil des Bundesgerichts 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000 E. 2; BGE 119 II 443 E. 1a). Die Ungewöhnlichkeitsregel knüpft hier insbesondere am Überraschungsmoment an. Die subjektive Ungewöhnlichkeit beurteilt sich nach einem individuellen Massstab. Die inhaltliche Unangemessenheit einer Bestimmung spielt dagegen im Rahmen der Prüfung der Ungewöhnlichkeit gerade keine Rolle (FUHRER, a.a.O., Rz 8.35-8.36 und Rz 8.41; ausführlich zum Ganzen: POUGET-HÄNSELER, Die objektive Ungewöhnlichkeit Allgemeiner Versicherungsbedingungen, in: HAVE 2012 S. 171 ff.).

5.3. Würdigung

5.3.1. Die von der Klägerin ins Feld geführte Ungewöhnlichkeit der Obhutsklausel scheidet bereits an der objektiven Voraussetzung: Der Deckungsausschluss ist weder geschäftsfremd noch überraschend.

5.3.2. Die Obhutsklausel erweist sich nämlich einerseits als vertrags- bzw. geschäftstypisch. So sind der Deckungsumfang und die Einschränkung der umschriebenen Gefahr durch Ausschlussklauseln der eigentliche Gegenstand von AVB bei Versicherungsverträgen (WEBER, Privatversicherung, in: Münch/Geiser (Hrsg.), Schaden – Haftung – Versicherung, Basel 1999, 136 N 4.19 f.). Dies muss insbesondere dann gelten, wenn in den Versicherungsverträgen - wie vorliegend (act. 3/7) - der Deckungsumfang kaum geregelt ist. Demnach musste auch der Streitberufene nach Treu und Glauben damit rechnen, dass sich in den AVB der Beklagten Einschränkungen des Deckungsumfanges finden.

5.3.3. Die Obhutsklausel des Art. 7 lit. k AVB findet sich andererseits aber auch an prominenter Stelle im Kapitel "Deckungsumfang" unter dem Titel "Einschränkungen des Deckungsumfanges". Diese Deckungseinschränkung ist bereits im Inhaltsverzeichnis auf der Titelseite der AVB gut erkennbar; ein spezieller Hinweis auf den Deckungsausschluss war bei dieser Sachlage nicht weiter nötig. Von einem versteckten und damit überraschenden Deckungsausschluss kann nicht gesprochen werden.

5.3.4. Eine allfällige Unangemessenheit der Obhutsklausel schliesslich zielt auf die Kontrolle des Inhalts einer Bestimmung und spielt daher bei der Frage nach der Ungewöhnlichkeit einer Bestimmung keine Rolle; sie ist daher nicht zu prüfen.

5.4. Fazit

Die Obhutsklausel (Art. 7 lit. k AVB) erweist sich als nicht ungewöhnlich. Sie ist wie die übrigen AVB vom Konsens (Globalübernahme) erfasst und damit Teil bzw. Inhalt des Vertrages.

6. Auslegung der Obhutsklausel

6.1. Parteibehauptungen

6.1.1. Die Klägerin macht geltend, es habe zwischen der Beklagten und dem Streitberufenen keinen übereinstimmenden Willen darüber gegeben, dass Schäden an gemieteten Betriebslokalitäten von der Deckung ausgeschlossen seien. Der Begriff "Sache" in der Obhutsklausel sei umgangssprachlich auf Mobilien beschränkt; unbewegliche Sachen seien davon nicht erfasst. Auch die systematische Auslegung lasse den Einbezug von Immobilien nicht zu. Die Obhutsklausel sei zudem unklar und daher in Anwendung der Unklarheitenregel nur auf Mobilien anwendbar (act. 1 S. 3 ff. und act. 62 S. 3 ff.).

6.1.2. Die Beklagte bringt dagegen vor, es habe dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen, dass Schäden an gemieteten Räumlichkeiten nicht gedeckt seien. Dabei bezieht sich die Beklagte im Wesentlichen auf die früheren Versicherungsanträge vom 1. Oktober 1996 und 8. August 1991. Entgegen der Auffassung der Klägerin lasse die Formulierung der Obhutsklausel indes keineswegs den Schluss zu, sie beziehe sich nur auf bewegliche Sachen. Die Bestimmung gelte in der Rechtsprechung des Bundesgerichtes als klar und sei daher nicht zu Ungunsten der Beklagten auszulegen. Sie sei seit Jahren üblicher Bestandteil von AVB bei Betriebshaftpflichtversicherungen diverser Versicherer (act. 8 S. 5 ff. und act. 71 S. 3 ff. und 9 ff. sowie act. 72/3).

6.2. Rechtliches

6.2.1. Vorformulierte Vertragsbestimmungen sind integrierender Bestandteil des Vertrags und nach den gleichen Regeln wie die anderen Vertragsbestimmungen auszulegen. Bei Streitigkeiten über die Auslegung eines Vertrages muss der Richter zunächst versuchen, den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen, ohne dabei 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). Wenn der wirkliche Wille der Parteien nicht festgestellt werden kann oder wenn ihr wirklicher Wille nicht übereinstimmt, sind die Erklärungen und Verhaltensweisen nach dem Vertrauensprinzip auszulegen (BGE 133 III 674 E. 3.3 m.w.H. = Pra 97 [2008] Nr. 65; vgl. auch Urteil des Bundesgerichts 4A_571/2012 vom 18. März 2013 E. 4.2.4; Urteil des Bundesgerichts 4A_585/2012 vom 1. März 2013 E. 3; BGE 135 III 1 E. 2; FUHRER, in: Basler Kommentar zum VVG, 2001, N 93 ff. zu Art. 33 VVG; DERSELBE, a.a.O., Rz 8.48 ff.; KUHN, a.a.O., Rz 608 ff.; KOLLER, OR AT, 2009, § 23 Rz 68 ff.; SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2012, Rz 45.08 ff.; HUGUENIN, a.a.O., Rz 627 ff.).

6.2.2. Indem der Versicherer bei Vertragsabschluss die Allgemeinen Versicherungsbedingungen vorlegt, bekundet er seinen Willen, sich gemäss dem Wortlaut dieser Bedingungen zu verpflichten. Kann kein übereinstimmender wirklicher Wille festgestellt werden, ist zunächst danach zu fragen, wie der Empfänger der Willensbekundung diese nach Treu und Glauben verstehen konnte. Dies führt zu einer objektiven Auslegung des Inhalts der Allgemeinen Versicherungsbedingungen sogar dann, wenn diese nicht dem wirklichen Willen des Versicherers entspricht. Im besonderen Bereich des Versicherungsvertrags präzisiert Art. 33 VVG im Übrigen, dass der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der Gefahr, gegen deren Folgen die Versicherung genommen wurde, an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in bestimmter, unzweideutiger Fassung von der Versicherung ausschliesst. Daraus ergibt sich, dass der Versicherungsnehmer gegen die Gefahr gedeckt ist, wie er sie beim Lesen der Allgemeinen Versicherungsbedingungen nach Treu und Glauben verstehen konnte.

Wenn der Versicherer Abgrenzungen oder Ausnahmen vorsehen wollte, so musste er dies klar zum Ausdruck bringen. Gemäss dem Vertrauensprinzip obliegt es dem Versicherer, den Umfang seiner Verpflichtung abzugrenzen, und der Versicherungsnehmer hat nicht von Abgrenzungen auszugehen, die ihm nicht klar dargelegt wurden. Diese Unklarheitsregel hat allgemeine Geltung. Deren Anwendung setzt indes voraus, dass die Ermittlung des massgebenden Vertragsinhaltes nach Treu und Glauben unklar ist. Mindestens zwei verschiedene Deutungen müssen als ernsthaft vertretbar erscheinen (BGE 133 III 675 E. 3.3 m.w.H. = Pra 97 [2008] Nr. 65; BGE 135 III 410 E. 3.2 = Pra 99 [2010] Nr. 9; BGE 118 II 342 E. 1 = Pra 82 [1993] Nr. 211; FUHRER, in: BSK VVG, a.a.O., N 150 und N 152 zu Art. 33 VVG; DERSELBE, a.a.O., N 8.70).

6.2.3. Bei der Auslegung einer Vertragsklausel nach dem Vertrauensgrundsatz ist in erster Linie von deren Wortlaut auszugehen. In der Regel müssen die von den Vertragsparteien gewählten Ausdrücke und Wörter in ihrem objektiven Sinn verstanden werden. Ein klarer Wortlaut geht im Auslegungsverfahren grundsätzlich den anderen Auslegungsmitteln vor. Aus Art. 18 Abs. 1 OR geht allerdings hervor, dass der Sinn eines Textes, selbst wenn er klar ist, nicht zwingend massgeblich ist und dass die rein wörtliche Auslegung im Gegenteil verboten ist. Selbst wenn der Inhalt einer Vertragsklausel auf den ersten Blick klar erscheint, kann es sich nämlich aus anderen Bedingungen des Vertrages, aus dem von den Parteien verfolgten Zweck oder aus anderen Umständen ergeben, dass der Wortlaut der streitigen Vertragsklausel nicht genau den Sinn der geschlossenen Vereinbarung wiedergibt. Den wahren Sinn einer Vertragsklausel erschliesst zudem erst der Gesamtzusammenhang, in dem sie steht (BGE 128 III 265 E. 3.a; BGE 127 III 444 E. 1.b = Pra 2002 Nr. 22). Aus diesem Grunde erachtet die geltende Rechtsprechung die Tatsache, dass die Parteien auf genaue juristische Begriffe zurückgegriffen haben, nicht notwendigerweise als an sich entscheidend (anders noch BGE 111 II 284 E. 2). Eine strikt wörtliche Auslegung kann sich nur rechtfertigen gegenüber Personen, die mit der Verwendung der in gewissen Branchen verwendeten Begriffe vertraut sind (BGE 129 III 702 E. 2.4.1 S. 708 m.H.; zum Ganzen: BGE 131 III 606 E. 4.2 = Pra 95 [2006] Nr. 80).

6.3. Wirklicher Wille der Parteien (subjektive Auslegung)

6.3.1. Der übereinstimmende wirkliche Willen der Parteien in Bezug auf die Obhutsklausel und insbesondere den darin verwendeten Begriff "Sachen" ist strittig. Er lässt sich vorliegend aber auch nicht mehr feststellen. Es fehlt hierzu ohnehin an substantiierten und zum Beweis verstellbaren Behauptungen der Parteien. So erfolgt keine Auseinandersetzung mit dem Sachverhalt im Rahmen des Vertragschlusses. Die bloße Behauptung, es habe (nicht) dem übereinstimmenden Willen der Parteien entsprochen, dass Schäden an gemieteten Räumlichkeiten nicht gedeckt seien, genügt den Anforderungen an die Substantiierungspflicht nicht.

6.3.2. Ebenfalls nicht weiter hilft hier der Beklagten der Hinweis auf die beiden früheren Anträge vom 8. August 1991 und 1. Oktober 1996 und den damit zusammenhängenden Willen des Streitberufenen (act. 8 S. 8). Die darauf basierenden Versicherungspolicen sind nicht mehr in Kraft. Zudem waren auf diese Policen die AVB in den älteren, dem Gericht nicht vorliegenden Auflagen 1/1989 und 2/1989 anwendbar (vgl. act. 63/3a-b jeweils S. 6). Vorliegend stehen indes nur noch der Versicherungsvertrag vom 4. Februar 2004 bzw. der entsprechende Versicherungsantrag vom 3. Februar 2004 (act. 3/7 und act. 63/4) und die genannten AVB in der Auflage 1/1998 (act. 3/10) in Frage. Auch enthält der jüngste Versicherungsantrag - anders als die Anträge aus den Jahren 1991 und 1996 - keinen Abschnitt über zusätzlich versicherbare weitere Sondergefahren bzw. Deckungserweiterungen. Der tatsächliche Wille der Parteien im Rahmen des Vertragsschlusses vom 4. Februar 2004 kann daher nicht mit Hinweisen auf die älteren Anträge aus den Jahren 1991 und 1996 dargestellt werden.

6.3.3. Der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien in Bezug auf die Obhutsklausel ist im Ergebnis nicht ermittelbar. Dies entspricht denn auch dort dem Normalfall, wo dem Einbezug der AVB - wie vorliegend - eine Globalübernahme zugrunde liegt (so KUHN, a.a.O., Rz 609, und FUHRER, a.a.O., Rz 8.51).

6.4. Mutmasslicher Wille der Parteien (objektive Auslegung)

6.4.1. Im Rahmen der objektiven Auslegung stellt sich die Frage, wie der Streitberufene als Empfänger der beklaglichen Willensbekundung - Vorlage der AVB - die Obhutsklausel bzw. insbesondere den darin verwendeten Begriff "Sachen" nach Treu und Glauben verstehen durfte und musste.

6.4.2. Ausgangspunkt bildet der Wortlaut von Art. 7 lit. k AVB:

"Art. 7 Einschränkungen des Deckungsumfanges

Von der Versicherung ausgeschlossen sind:

k)

Ansprüche aus

- Schäden an Sachen, die ein Versicherter zum Gebrauch, zur Bearbeitung, Verwahrung oder Beförderung oder aus andern Gründen (z.B. in Kommission, zu Ausstellungszwecken) übernommen oder die er gemietet oder gepachtet hat,
- Schäden, die an Sachen infolge Ausführung oder Unterlassung einer Tätigkeit eines Versicherten an oder mit ihnen (z.B. Bearbeitung, Reparatur, Beladen oder Entladen eines Fahrzeuges) entstanden sind;"

6.4.3. Der Wortlaut erweist sich als grundsätzlich eindeutig und klar: Von der Versicherungsdeckung sind "Sachen" ausgeschlossen, die der Versicherungsnehmer gemietet hat. Allerdings ergibt sich nicht aus der Bestimmung selbst, ob der Begriff "Sachen" sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen einschliesst. Nur soweit der von der Beklagten verwendete Begriff (auch) Immobilien erfasst, besteht in Bezug auf den vom Streitberufenen gemieteten Lageranbau keine Versicherungsdeckung.

6.4.4. Nach juristischem Verständnis handelt es sich bei einer Sache um einen körperlichen, von anderen abgegrenzter Gegenstand, der tatsächlicher und rechtlicher Beherrschung zugänglich ist. Sachenrechtlich finden sich zahlreiche verschiedene Einteilungen der Sachen, die je nach Rechtsgebiet eine bestimmte Funktion haben (WIEGAND, in: Basler Kommentar zum ZGB II, 4. Aufl. 2012, N 6 und N 20 ff. Vor Art. 641 ff. ZGB). In diesem Sinne ist der Begriff "Sache" ein Oberbegriff; er umfasst sowohl bewegliche als auch unbewegliche Sachen.

6.4.5. Nach allgemeinem Sprachverständnis ist diese Ordnung dagegen nicht ohne Weiteres klar. Das Wörterbuch Duden definiert eine Sache nämlich unter

anderem als "Artikel", "Ding", "Erzeugnis", "Etwas", "Gegenstand" oder "Objekt". Damit liegt hier zwar keine Einschränkung auf Mobilien vor. Allerdings ist eine Tendenz, darunter eher Fahrnis zu verstehen, nicht von der Hand zu weisen. Trotzdem sind auch nach allgemeinem Sprachgebrauch sowohl Fahrnis als auch Immobilien unter den Sachbegriff zu subsumieren.

6.4.6. Die AVB verwenden den Begriff "Sachen" an zahlreichen Stellen, ohne den Begriff jedoch zu definieren. Durchwegs lassen sich die entsprechenden Bestimmungen sowohl auf bewegliche als auch auf unbewegliche Sachen anwenden. Allerdings bestehen zwei Bestimmungen, die angesichts des geregelten Tatbestandes eher auf Immobilien zugeschnitten sind. So bezieht sich Art. 3 lit. f Ziff. 2 Abs. 2 AVB auf Sachen, an denen der Versicherungsnehmer "Einbau" oder "Montage" geleistet hat und Art. 26 AVB betrifft die "Handänderung" von Sachen. Wo sich die AVB dagegen nur auf Immobilien beziehen wollen, wird dies auch klar zum Ausdruck gebracht. Allerdings sprechen die AVB dort nicht von unbeweglichen Sachen, sondern von Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen (vgl. Art. 1 lit. b Ziff. 1, Art. 2 lit. a Ziff. 3 und Art. 3 lit. a AVB) bzw. von Grundstücken, Gebäuden und anderen Werken (Art. 7 lit. g AVB). Dies zeigt, dass sich die Verfasserin der AVB zumindest dort darüber Gedanken machte und die Bestimmungen nur auf Immobilien angewendet haben wollte. Allerdings lässt sich dabei - insbesondere im Lichte von Art. 3 lit. f Ziff. 2 Abs. 2 und Art. 26 AVB - nicht der Umkehrschluss ziehen, dass unter "Sachen" deshalb nur Fahrnis gemeint sein könne.

6.4.7. Bei der Lektüre von Art. 7 lit. k AVB ist sodann festzustellen, dass diese Bestimmung zumindest prima facie den Eindruck erweckt, dass sie Schäden nur an beweglichen Sachen behandelt. So ist eher Fahrnis als eine unbewegliche Sache zum Gebrauch, zur Bearbeitung, Verwahrung oder Beförderung bestimmt und genauso ist eine Bearbeitung oder Reparatur doch eher an Fahrnis auszuführen als an Immobilien. Einzig der Hinweis auf Miete und Pacht bringt Immobilien wieder ins Spiel. Damit ist es zumindest nachvollziehbar, wenn ein juristisch nicht geschulter Leser der AVB davon ausgeht, dass die Obhuts Klausel lediglich Schäden an Fahrnis von der Versicherung ausschliesst.

6.4.8. Bei der Auslegung ist nun aber auch der Systematik und dem Gesamtzusammenhang des Bedingungswerkes erhebliches Gewicht beizumessen. Aus den massgebenden Bestimmungen der AVB geht hervor, dass der Deckungsausschluss in Art. 7 lit. k AVB in Widerspruch steht zum ebenfalls im Kapitel "Deckungsumfang" befindlichen Art. 1 AVB "Versicherte Haftpflicht". Art. 1 AVB hält fest, welche Schäden durch den Versicherungsvertrag gedeckt sind. Gemäss dessen lit. b Ziff. 1 umfasst die Versicherung "ohne besondere Vereinbarung auch die Haftpflicht als (...) Mieter (...) von Grundstücken, Gebäuden, Räumlichkeiten und Anlagen, die ganz oder teilweise dem versicherten Betrieb dienen, sowie als Mieter von anderen Räumlichkeiten". Die beiden Bestimmungen liessen sich demnach insbesondere dann nicht in Einklang bringen, wenn unter "Sachen" in der Obhutsklausel sowohl Mobilien als auch Immobilien zu verstehen wären. Dadurch würde in Bezug auf die Haftpflicht bei gemieteten Immobilien die mit Art. 1 AVB erklärte Haftung durch Art. 7 lit. k AVB wieder ausgeschlossen und damit ihres Sinnes entleert. Das kann nach Treu und Glauben nicht der Zweck der Obhutsklausel sein. Der Widerspruch lässt sich nur auflösen, wenn mit der Obhutsklausel lediglich bewegliche Sachen von der Deckung ausgeschlossen werden.

6.4.9. Des Weiteren verlangt Art. 1 lit. b AVB eine "besondere Vereinbarung", damit der Versicherungsschutz für Mieter von Immobilien nicht greift. Diese Vereinbarung bereits in einer anderen Bestimmung der AVB - in concreto in der Obhutsklausel von Art. 7 lit. k AVB - zu sehen, widerspräche Treu und Glauben. Von der Beklagten wird dies denn auch nicht behauptet; sie macht aber auch sonst keine solche besondere Vereinbarung geltend.

6.4.10. Ergänzend zu berücksichtigen ist schliesslich als Umstand des Vertragsschlusses der vom Streitberufenen unterzeichnete Versicherungsantrag (act. 63/4). Darin wird unter dem Titel "Umschrieb des Deckungsumfanges" festgehalten, dass sich die Versicherung "auf die gesetzliche Haftpflicht für Personen- und Sachschäden aus dem Anlagerisiko (Bestand und Unterhalt der dem Betrieb dienenden Grundstücke, Gebäude und Anlagen)" erstreckt (S. 3). Ein gemieteter und dem Betrieb dienender Lageranbau fällt gemäss diesem Hinweis ohne Ein-

schränkung unter die Haftpflicht. Damit erwiese sich die Obhutsklausel auch gegenüber diesem Leistungsbeschrieb als widersprüchlich, soweit damit nicht nur Mobilien gemeint wären.

6.5. Fazit

6.5.1. Die Auslegung des Vertrages nach dem Vertrauensprinzip ergibt, dass der Streitberufene bei Vorlage der AVB durch die Beklagte nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte und musste, dass die Obhutsklausel nur bewegliche Mietsachen von der Haftpflicht ausschliesst und damit Schäden an gemieteten Geschäftslokalitäten - wie am streitgegenständlichen Lageranbau - von der Versicherungsdeckung umfasst sind.

6.5.2. Bei diesem Ergebnis kommt die Unklarheitsregel nicht zur Anwendung. Allerdings wäre die Obhutsklausel - wollte man von den zwei Parteistandpunkten als mögliche (d.h. vertretbare) Auslegungsvarianten ausgehen und daher die demnach unklare Bestimmung nach der Unklarheitsregel auslegen - in dubio contra stipulatorem zu Gunsten des Streitberufenen bzw. der Klägerin ebenfalls so zu verstehen, dass nur bewegliche Sachen von der Versicherung ausgeschlossen werden. Entgegen der Auffassung der Beklagten wäre die Klausel in Bezug auf die vorliegende Fragestellung - anders als in BGE 118 III 342, wo es um eine anvertraute bewegliche Sache ging - angesichts des ausgeführten Widerspruchs zu Art. 1 AVB gerade nicht klar. Die Unklarheitsregel führte demnach zum selben Ergebnis.

7. Inhaltskontrolle und Art. 8 UWG

Angesichts des Ergebnisses der Auslegung kann auf eine Inhaltskontrolle der AVB und eine Überprüfung nach Art. 8 UWG verzichtet werden.

8. Zwischenergebnis

Die Beklagte haftet der Klägerin als Haftpflichtversicherer des Streitberufenen für die von der Klägerin an den Eigentümer des gemieteten und durch den Brand zerstörten Lageranbaus bezahlte Verkehrswertentschädigung.

9. Verjährungseinrede

9.1. Parteibehauptungen

9.1.1. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung. Die Klägerin habe dem Streitberufenen anlässlich der Zession vom 9. Juni 2007 zugesichert, dass nach erfolgter Unterschrift unter die Abtretungserklärung die Sache für diesen erledigt sei seitens Klägerin. Dies komme einer Saldoerklärung gleich. Der Streitberufene habe die Zession zumindest in der für die Klägerin erkennbaren Meinung unterzeichnet, dass damit die Sache für ihn seitens Klägerin erledigt sei. Für ihn sei damit die Erledigung jedenfalls das Motiv für die Zession gewesen. Unter diesen Rahmenbedingungen, bei denen der Streitberufene nach dem Vertrauensprinzip nicht mit einer weiteren Inanspruchnahme durch die Klägerin rechnen musste, sei mit der Zession ein aussergerichtlicher Vergleich zwischen der Klägerin und dem Streitberufenen zustande gekommen. Die Verjährung sei daher gemäss Art. 27 AVB im Juli 2009 eingetreten; das Vermittlungsbegehren vom 26. Januar 2010 sei verspätet (act. 8 S. 4; act. 71 S. 2).

9.1.2. Die Klägerin stellt sich dagegen auf den Standpunkt, die eingeklagte Forderung sei ihr vom Streitberufenen ohne weitere Vereinbarung oder Zusicherung abgetreten worden. Die Klägerin habe nicht in Aussicht gestellt, dass sie auf die Forderung verzichte. Auch habe der Streitberufene die Forderung nicht anerkannt (act. 62 S. 2).

9.2. Rechtliches

Forderungen aus dem Versicherungsvertrag verjähren gemäss Art. 46 Abs. 1 VVG in zwei Jahren nach Eintritt der Tatsache, welche die Leistungspflicht begründet. Dabei handelt es sich um eine relativ zwingende Bestimmung: Sie darf nicht zu Ungunsten des Versicherungsnehmers oder des Anspruchsberechtigten abgeändert werden. Eine längere als die zweijährige Verjährungsfrist oder ein späterer Beginn des Fristenlaufs kann gültig vereinbart werden (GRABER, in: Basler Kommentar zum VVG, a.a.O., N 34 ff. zu Art. 46 VVG; DERSELBE in: BSK-VVG, Nachführungsband, 2012, ad N 6-18 zu Art. 46 VVG, S. 164 f., m.H.).

9.3. Würdigung

9.3.1. Der Brand wurde am 15. Januar 2005 verursacht (act. 3/6). Den entstandenen Gebäudeschaden im Betrag von CHF 160'599.– vergütete die Klägerin dem Geschädigten in drei Raten. Die letzte Rate wurde am 12. September 2005 geleistet (act. 3/8). Die Forderung des Streitberufenen gegenüber der Beklagten aus dem Versicherungsvertrag wurde der Klägerin am 9. Juni 2007 abgetreten (act. 3/5). Das Sühneverfahren wurde am 27. Januar 2010 eingeleitet (act. 2); die Klage datiert vom 21. Mai 2010 (act. 1).

9.3.2. Die Parteien haben den Beginn des Fristenlaufs der Verjährung in Art. 27 AVB in zulässiger Abweichung von der gesetzlichen Bestimmung geregelt und auf den Zeitpunkt eines aussergerichtlichen oder gerichtlichen Vergleichs oder auf das Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils festgesetzt. In Frage steht vorliegend die Auslösung des Fristenlaufs durch die Abtretung am 9. Juni 2007; die Beklagte sieht darin einen aussergerichtlichen Vergleich.

9.3.3. Vorab ist einmal fraglich, ob die Bestimmung überhaupt Vergleiche zwischen dem Versicherungsnehmer und Dritten betrifft, oder ob nicht nur Vereinbarungen zwischen den Vertragsparteien, d.h. dem Versicherungsnehmer und dem Versicherer gemeint sind. Dazu haben sich die Parteien nicht geäußert. Die Frage kann allerdings angesichts nachfolgender Überlegungen offen bleiben.

9.3.4. So geht die Beklagte einerseits fehl, soweit sie in der Zession der Haftpflichtansprüche des Streitberufenen auf die Klägerin bereits eine Saldoerklärung oder einen Vergleichstatbestand sieht. Die Zession bewirkt lediglich, dass die Klägerin allfällige Ansprüche gegenüber dem Streitberufenen direkt gegenüber der Beklagten geltend machen kann. So ist denn auch die Aktivlegitimation der Klägerin bereits mit Vorurteil vom 9. Januar 2013 (act. 53) bejaht worden.

9.3.5. Andererseits legt die Beklagte in Bezug auf die von ihr in diesem Zusammenhang behauptete und von der Klägerin bestrittene klägerische Zusicherung, dass die Sache für den Streitberufenen mit der Zession erledigt sei, auch nicht genügend substantiiert dar, wer diese Erklärung namens der Klägerin abgegeben

haben soll, weshalb diese (strittige) Erklärung keinem Beweisverfahren zugeführt werden kann. Nach dem Vertrauensprinzip ist dagegen in dieser Zusicherung weder eine Saldoerklärung noch der Vergleichstatbestand von Art. 27 AVB zu sehen. So konnte es der Klägerin nach Treu und Glauben nur darum gehen, in Zukunft nicht mehr über den Streitberufenen, sondern direkt gegen die Beklagte vorzugehen.

9.4. Fazit

Es liegt kein aussergerichtlicher Vergleich vor. Der Fristenlauf im Sinne von Art. 27 AVB hat noch nicht begonnen. Die Forderung der Klägerin ist daher nicht verjährt.

10. Zusammenfassung und Zinsen

Die Klage ist gutzuheissen. Demgemäss ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 42'910.– zu bezahlen. Dieser Betrag ist grundsätzlich seit Schadenseintritt zu verzinsen. Die Klägerin verlangt Zinsen seit dem Folgetag der Bezahlung der letzten Rate durch die Klägerin an den Gebäudeeigentümer (vgl. act. 3/8). Dem ist in Nachachtung der Dispositionsmaxime (§ 54 Abs. 2 ZPO/ZH) nichts entgegenzuhalten. Die Zinsforderung blieb denn auch in diesem Umfang unbestritten. Der Forderungsbetrag ist demnach seit 13. September 2005 zu 5% zu verzinsen.

11. Kosten und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert beträgt CHF 42'910.–. Der Anteil der Kosten, welcher auf die vorgängige Prüfung der Frage der Aktivlegitimation entfallen ist, ist auf einen Viertel festgesetzt worden (act. 53). Das Verfahren war - ungeachtet der separat zu prüfenden Frage der Aktivlegitimation - eher aufwendig (Vergleichsverhandlung, vollständiger Schriftwechsel, komplexe und grundsätzliche Fragestellungen). Die Gerichtsgebühr für das vorliegende Urteil beträgt CHF 5'600.–. Der Klägerin ist eine Prozessentschädigung von CHF 7'100.– zuzusprechen.

Erkenntnis:

1. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin CHF 42'910.– zuzüglich Zins zu 5% seit 13. September 2005 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 5'600.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Prozessentschädigung von CHF 7'100.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und - in elektronischer Form - an die Finanzmarktaufsicht FINMA.
6. Eine bundesrechtliche Beschwerde gegen diesen Entscheid ist innerhalb von 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 42'910.–.

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

Dr. George Daetwyler

Enrico Moretti