



Mitwirkend: der Oberrichter Peter Helm, Präsident, und die Oberrichterin Flurina Schorta, die Handelsrichter Patrik Howald, Dr. Thomas Lörtscher und die Handelsrichterin Verena Preisig sowie der Gerichtsschreiber Matthias-Christoph Henn

Urteil vom 23. November 2015

in Sachen

A._____ Ltd,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____ und Dr. iur. X2._____

gegen

1. **B._____ Company,**
2. **C._____ Limited,**
Beklagte

1 vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Y1._____

2 vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y2._____ und Rechtsanwalt Dr. iur.
Y3._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 3)

- " Es seien die Beklagten zu verpflichten, der Klägerin insgesamt CHF 717'368.60, d.h. je CHF 358'684.30, zu bezahlen, zuzüglich Zinsen von 5 % auf CHF 717'368.60 seit dem 10. Februar 2012; alles unter dem ausdrücklichen Vorbehalt des Nachklagerechts für weitere Ansprüche der Klägerin; alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzgl. MwSt.) zu lasten der Beklagten."

Inhaltsübersicht:

	Sachverhalt und Verfahren.....	5
A.	Sachverhaltsübersicht.....	5
a.	Parteien und ihre Stellung.....	5
b.	Prozessgegenstand.....	5
B.	Prozessverlauf.....	6
a.	Klageeinleitung.....	6
b.	Wesentliche Verfahrensschritte.....	6
	Erwägungen.....	8
1.	Formelles.....	8
1.1.	Zuständigkeit.....	8
1.2.	Klagevorbehalt.....	8
1.3.	Streitgenossen.....	8
1.4.	Substantiierung.....	8
1.5.	Recht auf Beweis.....	9
1.6.	Verfahrensantrag der Beklagten betr. Aktenedition.....	9
1.7.	Neue Vorbringen anlässlich der Hauptverhandlung.....	10
2.	Sachverhalt; Parteistandpunkte.....	10
2.1.	Unbestrittener Sachverhalt.....	10
2.2.	Standpunkt der Klägerin.....	13
2.3.	Standpunkt der Beklagten.....	13
3.	D&O-Versicherung.....	14
3.1.	Vertragsschluss.....	14
3.1.1.	Grundlagen.....	14
3.1.2.	Mitversicherung.....	15
3.2.	Anwendbares Recht.....	18
3.3.	Behauptungs- und Beweislast.....	18
3.4.	Deckungsanspruch.....	18
3.4.1.	Versicherungsnehmerin.....	18
3.4.2.	Versicherte Personen.....	18
3.4.3.	Anspruchsgrundlage.....	19
3.4.3.1.	Parteistandpunkte.....	19
3.4.3.2.	"company reimbursement"-Klausel.....	21
3.4.3.3.	Zulässigkeit der Schadloshaltung.....	22
3.5.	Deckungsausschluss.....	26
3.5.1.	Wortlaut.....	26
3.5.2.	Zeitpunkt der Geltendmachung.....	26
3.5.3.	Parteistandpunkte.....	26
3.5.4.	Auslegung.....	27
3.5.4.1.	Rechtsgrundlage.....	27
3.5.4.2.	Grundlagen der Vertragsauslegung.....	28
3.5.4.3.	Konkretes Vorgehen.....	30
3.5.4.4.	"Prozessuale Wahrheit".....	30
3.5.4.5.	Wirklicher Vertragswille und Individualabrede.....	34
3.5.4.6.	"any fraudulent act or omission or any intentional breach of law".....	35

3.5.5.	Feststellungen der kalifornischen Gerichte.....	43
3.5.6.	Subsumtion unter den Deckungsausschluss.....	46
3.5.7.	Zwischenfazit.....	48
3.5.8.	Klägerische Auslegung: Rechtsverletzung nach Schweizer Recht.....	48
3.6.	Schlussfolgerungen.....	53
3.6.1.	Deckungsausschluss gegeben.....	53
3.6.2.	Keine Deckung infolge unzulässiger Schadloshaltung.....	53
3.6.3.	Keine Ersatzpflicht der Beklagten aus dem VV.....	54
3.7.	Keine Anerkennung einer Deckung.....	56
3.7.1.	Parteistandpunkte.....	56
3.7.2.	Würdigung.....	56
3.7.3.	Zwischenfazit.....	57
3.8.	Ergebnis.....	57
4.	Kosten- und Entschädigungsfolgen.....	57
4.1.	Streitwert.....	57
4.2.	Prozesskosten.....	57
4.3.	Mehrwertsteuer.....	59
	Dispositiv.....	59

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist ein Pharmaunternehmen mit Sitz in .../BL; ihr Zweck ist insbesondere die Beteiligung an anderen Gesellschaften, welche in der Forschung, Entwicklung, Herstellung oder im Vertrieb von pharmazeutischen, biologischen und diagnostischen Produkten tätig sind (act. 3/1). D._____ ist CEO und Verwaltungsrat, E._____ ist Chief Scientific Officer und Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung und F._____ leitete die Aktivitäten der Klägerin in den USA sowie die Abteilung Business Development (act. 1 Rz. 24 ff.; act. 8 Rz. 74; act. 11 Rz. 29).

Die Beklagte 1 ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in London; bei der Beklagten 2, ebenfalls eine Versicherungsgesellschaft, die unter der Firma "G._____ S.A." mit Sitz in ... (F) eingeklagt wurde, änderte sich nach einer grenzüberschreitenden Fusion und nachfolgender Umfirmierung sowohl der Hauptsitz als auch die Firma in neu "C._____ Limited" mit Sitz in London. Beide Beklagte verfügen über eine Zweigniederlassung in Zürich (act. 1 Rz. 26 f.; act. 8 Rz. 74; act. 11 Rz. 29; act. 20).

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin und die Beklagten schlossen im Jahr 2008 eine "Directors' and Officers' Liability and Indemnification Insurance" zugunsten der Organe und leitenden Angestellten der Klägerin ab. Im November 2008 wurden verschiedene Gesellschaften der A._____ -Gruppe sowie D._____, E._____ und F._____ (nachfolgend auch "individuell Beklagte") persönlich von der H._____ Corporation vor den kalifornischen Gerichten in einen Rechtsstreit gezogen. Nachdem die Klagen durch das erstinstanzliche Gericht gutgeheissen worden waren und die betroffenen Gesellschaften der A._____ -Gruppe sowie die individuell Beklagten dagegen Berufung erhoben hatten, leisteten diese eine Prozesssicherheit in Form eines von einer Versicherung bereitgestellten "bond" in Höhe von 150 % des Streitwerts. Die

Klägerin ist der Meinung, der Versicherungsfall sei eingetreten und die Kosten für den genannten "bond" seien von der eingangs erwähnten Versicherung gedeckt; mit der vorliegenden Klage verlangt sie die Kosten, welche sie bis zum 31. Mai 2012 für die von der I._____ Company und der J._____ Company ausgestellten "bonds" sowie für die Ausstellung eines "Letter of Credit" durch die K._____ bezahlt habe, insgesamt CHF 717'368.60. Die Beklagten lehnen eine Zahlungspflicht ab.

B. Prozessverlauf

a. Klageeinleitung

Die Klägerin machte die Klage über obiges Rechtsbegehren am 15. Juni 2012 beim Handelsgericht Zürich rechtshängig (act. 1; Datum Poststempel). Nach Eingang des klägerischen Vorschusses für die Gerichtskosten von CHF 33'000.– (Prot. S. 2 f.; act. 5) erstatteten die Beklagten fristgerecht am 8. Oktober 2012 die schriftlichen Klageantworten (act. 8, 11).

b. Wesentliche Verfahrensschritte

Nach Einholung einer Stellungnahme der Klägerin (act. 15) wies das Gericht mit Beschluss vom 30. November 2012 die von den Beklagten mit der Klageantwort beantragte Vereinigung des Verfahrens mit dem parallel eingereichten Prozess HG120126 und die von der Beklagten 2 erhobene Unzuständigkeitseinrede ab (act. 18; act. 8 S. 2, 4 f.; act. 11 S. 2, 9 f.). Am 27. März 2013 fand eine Vergleichsverhandlung statt, die ohne Ergebnis blieb (Prot. S. 9 f.).

Am 8. April 2013 wurde der Klägerin Frist zur Einreichung einer zweiten Rechtschrift (Replik) angesetzt (act. 26). Auf Gesuch der Klägerin, dem sich die Beklagten anschlossen (act. 31, 32), erfolgte am 3. Juni 2013 die Sistierung des Verfahrens bis zum Vorliegen eines Urteils im Berufungsprozess in Sachen H._____ Corp v. A._____ Ltd, Superior Court of the State of California, San Mateo County, case no. CIV 478533, appealed to the Court of Appeal of the State of California, First Appellate District Division Five (act. 33).

Nach Wiederaufnahme des Verfahrens wurde der Klägerin am 28. Mai 2014 erneut Frist zur Einreichung der Replik angesetzt (act. 42; 45), die sie am 30. Juni 2014 erstattete (act. 47). Die Dupliktschriften der Beklagten datieren vom 9. Oktober 2014 (act. 51, 53). Mit Eingabe vom 29. Oktober 2014 ersuchte die Klägerin unter Berufung auf ihr unbedingtes Replikrecht um Fristansetzung, um zu den neuen Tatsachenbehauptungen und Beilagen der Dublikschriften Stellung nehmen zu können (act. 56). Mit Verfügung vom 30. Oktober 2014 wurde dieses Gesuch abschlägig beurteilt und die Klägerin darauf hingewiesen, dass den Parteien im Rahmen der Hauptverhandlung – auf deren Durchführung nur im gegenseitigen Einverständnis der Parteien verzichtet werden könne – zwei Vorträge zustünden, womit das rechtliche Gehör hinreichend gewahrt sei. Gleichzeitig wurde die Klägerin darauf hingewiesen, dass neue Tatsachen und Beweismittel ihrerseits unter den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO und damit unverzüglich und nicht etwa erst an der Hauptverhandlung vorzubringen seien (Prot. S. 26 f.). Daraufhin ersuchte die Klägerin am 4. November 2014 um die Anordnung eines weiteren Schriftenwechsels und Fristansetzung zur Einreichung einer Triplik (act. 59). Dieser klägerische Antrag wurde nach Vernehmlassung der Beklagten (act. 63 f.) mit Verfügung vom 28. November 2014 abgewiesen. Für die Ansetzung von Fristen zur Stellungnahme oder gar zu einem weiteren Schriftenwechsel bestehe kein Raum. Dem Argument, aufgrund des Ergehens des Urteils im Berufungsprozess in Sachen H. _____ Corp v. A. _____ Ltd des Court of Appeal of the State of California, First Appellate District Division Five, vor Erstattung des zweiten Schriftenwechsels stellten die Replik und Duplik funktional quasi Klageschrift resp. -antwort dar, könne nicht gefolgt werden (act. 65 S. 3 f.).

Am 23. November 2015 fand die Hauptverhandlung statt (Prot. S. 32 ff.), nachdem eine solche von der Klägerin ausdrücklich verlangt worden war (act. 71; Prot. S. 30 f.). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Bereits mit Beschluss vom 30. November 2012 wurde die örtliche und sachliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts festgestellt; auf die entsprechende Erwägung kann verwiesen werden (act. 18 Ziff. 3.2.-3.5.).

1.2. Klagevorbehalt

Die Klägerin erhebt ausdrücklich eine Teilklage (act. 1 S. 8 f.). Art. 86 ZPO erlaubt die Erhebung einer Teilklage, sofern ein Anspruch teilbar ist. Das ist hier offensichtlich der Fall. Eines Nachklagevorbehaltes bedarf es unter diesen Umständen nicht, zumal sich auch die materielle Rechtskraft des ergehenden Entscheides auf den beurteilten Sachverhalt bzw. Forderungsteil beschränkt.

1.3. Streitgenossen

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

1.4. Substantiierung

Gemäss Art. 221 Abs. 1 lit. d ZPO sind in die Klage die Tatsachenbehauptungen aufzunehmen. Die klagende Partei trifft nicht nur die Behauptungs-, sondern auch die Substantiierungslast. Die Tatsachen können daher nicht nur in ihren Grundzügen dargelegt werden, sondern müssen substantiiert (in Einzeltatsachen gegliedert) werden; sie sind so umfassend, detailliert und klar darzulegen, dass die Gegenpartei dazu Stellung nehmen und darüber Beweis abgenommen werden kann (FREI/WILLISEGGER, in Basler Kommentar ZPO, Art. 221 N 26 ff.; LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, ZPO Komm., Art. 221 N 43). Die Tatsachen müssen in der Rechtsschrift selbst dargelegt resp. behauptet werden. Tatsachen, die sich lediglich aus einer Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, sind vom Richter – soweit die Verhandlungsmaxime das Verfahren beherrscht – nicht

zu beachten. Selbst mit einem allgemeinen Verweis in der Rechtschrift auf eine Beilage oder mit der allgemeinen Erklärung, dass eingereichte Akten als integrierender Bestandteil der Rechtschrift gelten, wird der Behauptungslast nicht genügend nachgekommen (FREI/WILLISEGGER, a.a.O., N 27).

1.5. Recht auf Beweis

Die Beweislastregel von Art. 8 ZGB gibt der beweispflichtigen Partei in allen bundesrechtlichen Zivilstreitigkeiten auch einen Anspruch darauf, zum Beweis der behaupteten rechtserheblichen Tatsachen zugelassen zu werden. Dies gewährleistet auch das Recht zum Gegenbeweis.

Die beweispflichtige Partei hat indessen bloss dann einen Anspruch darauf, für rechtserhebliche Vorbringen zum Beweis zugelassen zu werden, wenn ihr Beweis Antrag nach Form und Inhalt den Vorschriften des anwendbaren Prozessrechts entspricht. Gemäss Rechtsprechung ist dabei ein Beweismittel nur dann als formgerecht angeboten zu betrachten, wenn sich die Beweisofferte eindeutig der damit zu beweisenden Tatsachenbehauptung zuordnen lässt und umgekehrt. In der Regel sind die einzelnen Beweisofferten unmittelbar im Anschluss an die Tatsachenbehauptung aufzuführen, die damit bewiesen werden sollen (Art. 152 Abs. 1 i.V.m. Art. 221 Abs. 1 lit. e ZPO; vgl. ausführlich hierzu das Urteil des Bundesgerichts 4A_56/2013 vom 4. Juni 2013 E. 4.4).

1.6. Verfahrens Antrag der Beklagten betreffend Aktenevidenz

Die Beklagten stellen eventualiter den Verfahrens Antrag, es seien von der Klägerin sämtliche Verfahrensakte des Haftungsprozesses zu edieren und den Beklagten nach Einsicht die Möglichkeit zur Stellungnahme und zu ergänzenden Beweis Anträgen einzuräumen (act. 51 S. 2 sowie Rz. 7 und 138.2; act. 53 S. 2 Rz. 16). Da die Beklagten jedoch mit ihrem Hauptbegehren obsiegen bzw. die Klage abzuweisen ist (siehe dazu im Folgenden), ist der Verfahrens Antrag nicht zu behandeln (vgl. insbesondere unten Erw. 3.5.4.4. sowie Erw. 3.5.8. i.f.).

1.7. Neue Vorbringen anlässlich der Hauptverhandlung

Soweit die Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung Ausführungen bestreitet, welche die Beklagten in ihren Duplikschriften neu vorgebracht haben, sind diese Bestreitungen – im Rahmen des unbedingten Replikrechts – uneingeschränkt zu berücksichtigen. Neue Tatsachen und Beweismittel sind allerdings "ohne Verzug" vorzubringen (Art. 229 Abs. 1 ZPO Ingress), d.h. in der Tat unverzüglich und nicht etwa erst an der Hauptverhandlung (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 229 N 9). Für jede einzelne neue Tatsache und jedes einzelne neue Beweismittel ist darzutun, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO erfüllt sind. Dies gilt auch für neue Tatsachen und Beweismittel, die im Rahmen des Replikrechts vorgetragen werden (LEUENBERGER, a.a.O., Art. 225 N 17; vgl. zum Ganzen auch die Erwägungen der Verfügungen vom 30. Oktober 2014 und 28. November 2014, act. 57 und 65).

Auf allfällige neue Vorbringen der Klägerin anlässlich der Hauptverhandlung oder Bestreitungen von in der Duplik neu vorgebrachten Umständen ist – soweit sich diese als relevant erweisen sollten – im entsprechenden Zusammenhang einzugehen.

2. Sachverhalt; Parteistandpunkte

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin schloss am 10. Oktober bzw. 22. Dezember 2008 mit der Beklagten 1 eine "Directors' and Officers' Liability and Indemnification Insurance" zugunsten der Organe und leitenden Angestellten der Klägerin ab (act. 3/4). Im Umfang von 50% der Versicherungssumme von CHF 30 Mio. trat die Beklagte 2 als Versicherer auf (act. 3/4 Declarations Item 3 und Endorsement 1). Der Versicherungsvertrag (nachfolgend VV) enthält nebst den Erklärungen zur Police ("Declarations to the Policy") und den Allgemeinen Versicherungsbedingungen ("General Conditions") sieben Endorsements, die integrierende Bestandteile der Police bilden (vgl. act. 3/4). Das erste Endorsement hält fest, dass die übrigen 50% der Versicherungssumme von CHF 30 Mio. durch die Beklagte 2 versichert werden (act. 1 Rz. 30 ff.; act. 8 Rz. 76; act. 11 Rz. 32 ff.).

Am 19. November 2008 reichte die H._____ Corporation ("H._____") vor dem staatlichen kalifornischen Superior Court in San Mateo (nachfolgend "Superior Court") eine Klage ein, die sich gegen die Klägerin und gegen ihre Tochtergesellschaften A1._____ Ltd., A2._____ Inc., A3._____ Inc. ("A3._____") sowie gegen nicht näher spezifizierte weitere Beklagte richtete (act. 3/7). Dieser "original complaint" wurde am 2. Juli 2009 durch eine überarbeitete Klage, den "second amended complaint", ersetzt, in welcher die drei leitenden Angestellten D._____, E._____ und F._____ als individuell Beklagte spezifiziert wurden (act. 3/8). Der Rechtsstreit bezog sich auf eine zwischen H._____ und A3._____ für den Wirkstoff L._____ abgeschlossene Lizenz- und Entwicklungsvereinbarung, die nach der Akquisition von A3._____ durch die Klägerin im Jahre 2007 sistiert wurde (act. 1 Rz. 37 ff.; act. 8 Rz. 106; act. 11 Rz. 38). Auf den Gegenstand der Klage und die konkret von H._____ gegenüber den A._____-Gesellschaften und den individuell Beklagten erhobenen Vorwürfe wird noch zurück zu kommen sein.

Mit "Amended Final Judgment" vom 18. November 2011 hiess das erstinstanzliche Gericht die Klage von H._____ gut und verurteilte die A._____-Gesellschaften und die individuell Beklagten solidarisch zur Zahlung von USD 385'357'370.56; zusätzlich wurden die individuell Beklagten zur Bezahlung von "punitive damages" verpflichtet, nämlich D._____ von USD 19'900'000 zuzüglich USD 1.02, E._____ von USD 8'900'000 und F._____ von USD 1'200'000. Ferner waren USD 3.06 wegen Verletzung der Vertraulichkeit und USD 337'301.29 als Prozesskostenentschädigung zu bezahlen (act. 1 Rz. 44; act. 8 Rz. 78; act. 11 Rz. 43; vgl. act. 3/12). Die A._____-Gesellschaften und die individuell Beklagten reichten gegen diesen Entscheid Berufung beim Court of Appeal of the State of California (nachfolgend "Court of Appeal") ein, welche mit Urteil vom 18. Dezember 2013 abgewiesen wurde (act. 48/20). Das Urteil erwuchs in Rechtskraft (act. 47 Rz. 49 f.).

Um die sofortige Vollstreckbarkeit eines Urteil (des Superior Court) zu vermeiden, muss die Berufung einlegende Partei Sicherheit leisten. Diese beträgt 150% des zugesprochenen Betrages, wenn die Sicherheitsleistung von einer zugelassenen Versicherungsgesellschaft geleistet wird. Am 11. Januar 2012 haben die Klägerin und die leitenden Angestellten diese Sicherheit geleistet. Dazu erfolgte die Aus-

stellung von verschiedenen "bonds" der I._____ Company und der J._____ Company in der Höhe von USD 578'542'012, USD 29'850'002, USD 13'350'000 und USD 1'800'000. Davon finanzierte die J._____ Company USD 500'000'000, während die I._____ Company USD 123'542'014 übernahm. Als Sicherheit diente der I._____ Company ein Zahlungsverprechen der K._____ in Form eines Akkreditivs ("letter of credit"). Die M._____ begab den "bond" zum Teil ungesichert und zum Teil gegen direkte Verpfändung von Vermögenswerten der Klägerin. Die I._____ Company verrechnete für die Ausstellung des "bonds" eine Gebühr in Höhe von USD 370'626. Für die Ausstellung des "letter of credit" verrechnete die K._____ eine Gebühr von USD 308'855 pro Jahr sowie eine einmalige "upfront fee" von USD 100'000. Schliesslich stellte die M._____ für die Ausstellung des "bonds" Gebühren von USD 2'500'000 und USD 575'000 in Rechnung (act. 1 Rz. 47 ff.; act. 8 Rz. 79 f.; act. 11 Rz. 45 f.).

Ziff. 2.4 VV in der Fassung von Endorsement 2 erwähnt unter "Defense Costs" ausdrücklich Aufwendungen für "bonds", die dazu dienen einen "appeal" zu erheben (act. 1 Rz. 36; act. 8 Rz. 76; act. 11 Rz. 37):

Defense Costs shall also include premium paid for insurance instruments or for bonds which are required in order to institute an appeal but without any obligation to furnish or procure such insurance instruments or bonds.

Nachdem die Klägerin und die individuell Beklagten den im vorliegenden Prozess Beklagten angezeigt hatten, dass gegen das zu erwartende Urteil des Superior Court Berufung eingelegt werde und dass für die Kosten des zu stellenden "bond" Versicherungsdeckung unter der vorliegenden Police beansprucht werde, verneinten die Beklagten die Versicherungsdeckung, unter anderem unter Berufung auf Ziff. 3.9 VV (act. 1 Rz. 61 ff.; act. 8 Rz. 84 i.V.m. 28 ff.; act. 11 Rz. 52 ff.).

2.2. Standpunkt der Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, dass die Voraussetzungen von Ziff. 3.9 VV nicht erfüllt seien. Einerseits setze der Deckungsausschluss die Feststellung betrügerischen oder widerrechtlichen Verhaltens der versicherten Personen in einem endgültigen Urteil oder einer anderen endgültigen Entscheidung voraus.

Andererseits bestreitet die Klägerin auch, dass die Feststellungen des kalifornischen Gerichts einen Haftungsausschluss begründeten, denn dafür müssten sich die individuell Beklagten betrügerischen oder widerrechtlichen Handlung nach dem Verständnis des schweizerischen Rechts schuldig gemacht haben und reine Vertragsverletzungen und Tätigkeiten in Ausübung von Organpflichten könnten a priori nicht zu einem Ausschluss gemäss Ziff. 3.9 AVB führen. Andernfalls wäre der D&O-Police der Anwendungsbereich entzogen (act. 1 S. 20 ff.; act. 47 S. 35 ff.).

Von den von der Klägerin für das erste Jahr insgesamt geleisteten Kosten für die verschiedenen "bonds" in Höhe von USD 3'854'481 entfielen auf die individuell Beklagten Kosten von USD 814'617.97. Diesen entsprächen umgerechnet zum jeweils anwendbaren, in der NZZ veröffentlichten Wechselkurs USD/CHF Kosten von CHF 717'368.60 (act. 1 S. 22 ff.).

2.3. Standpunkt der Beklagten

Die Beklagte 1 macht im Wesentlichen geltend, mit dem Vorliegen des Urteils des Superior Court greife der Deckungsausschluss gemäss Ziff. 3.9 der Police rückwirkend für das gesamte Verfahren. D._____, E._____ und F._____ seien wegen vorsätzlicher Verleitung zum Vertragsbruch und vorsätzlicher Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit in Millionenhöhe verurteilt worden und hätten nach den Feststellungen des Gerichts u.a. arglistig, durch Unterdrückung oder betrügerisch gehandelt. Auch könne mangels Einigung über die Allokation das Quantum einer allfälligen Leistungspflicht gar nicht festgelegt werden. Die Beklagte 1 rügt sodann, die Klägerin habe weder belegt, dass die angeblich geleistete Schadloshaltung der individuell Beklagten rechtlich überhaupt zulässig gewesen sei, noch, dass sämtliche geltend gemachten Kosten tatsächlich von ihr bezahlt worden seien (act. 8 S. 5 ff.).

Im Weiteren bringt sie vor, das Urteil des Superior Court sei durch den Court of Appeal vollumfänglich bestätigt worden, namentlich auch im Hinblick darauf, dass die individuell Beklagten "intentional" sowie "with malice, oppression or fraud" gehandelt hätten. Es seien daher alle Tatbestandsmerkmale des Deckungsausschlus-

ses gemäss Ziff. 3.9 lit. a (i) VV erfüllt. Bei letzterem handle es sich im Übrigen nicht um eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten 1, sondern um einen Nachtrag, der auf Betreiben der N._____ AG in die Police aufgenommen worden sei (act. 51 Rz. 8 ff.). Überdies sei auch nicht genügend dargelegt, dass der den Versicherungsanspruch auslösende Tatbestand von Ziff. 1.2 VV erfüllt sei (act. 51 Rz. 61 ff. und 103 ff.).

Die Beklagte 2 ist zusammengefasst der Auffassung, die Parteien hätten in Ziff. 3.9 der Police einen klaren Deckungsausschluss für Ansprüche vereinbart, welche sich aus "any fraudulent act or omission or any intentional breach of law" ergeben. Nachdem das erstinstanzliche Urteil des Superior Courts ergangen sei, greife der Deckungsausschluss gemäss dieser Bestimmung. Dies gelte umso mehr, als nun ein letztinstanzliches Urteil vorliege. Es gehe darüber hinaus nicht an, dass die Klägerin dem letztinstanzlichen Urteil nun ihre eigene Sachdarstellung entgegenhalte und auf eine neue Beurteilung der Tat- und Rechtsfragen des bereits geführten Haftpflichtprozesses hinauswolle, was klar abzulehnen sei. Im Weiteren sei auch nicht erstellt, dass die Schadloshaltung von D._____, E._____ und F._____ durch die Klägerin erfolgt und nicht gesetzlich verboten sei (act. 11 Rz. 22 ff., act. 53 Rz. 1 ff.).

3. D&O-Versicherung

3.1. Vertragsschluss

3.1.1. Grundlagen

Es ist unbestritten, dass Grundlage der Beziehungen der Parteien der VV bildet, der konkret eine "Directors' and Officers' Liability and Indemnification Insurance" oder Organhaftpflichtversicherung (D&O-Versicherung) enthält.

Dabei handelt es sich im Allgemeinen um eine Versicherung, die der versicherten Organperson Schutz bietet, wenn sie wegen einer im Rahmen der versicherten Tätigkeit begangenen Pflichtverletzung von einem Dritten für einen reinen Vermögensschaden auf Schadenersatz in Anspruch genommen wird (vgl. z.B. FREY/EISENRING, Schadenminderung in der D&O-Versicherung, in: HAVE 2013

S. 208). Gegenstand des Versicherungsanspruchs ist in der Regel einerseits der sog. Befreiungsanspruch (Entschädigung begründeter Ansprüche) und andererseits der sog. Rechtsschutzanspruch (Abwehr unbegründeter Ansprüche).

Deckung und Haftung sind getrennt zu betrachten. Deckung setzt einen gültigen Versicherungsvertrag voraus, welcher das konkrete Ereignis und die schädigenden Personen abdeckt. Deckung *und* Haftung ist nur dann gegeben, wenn die schädigende Person aus dem konkreten (gedeckten) Ereignis haftet.

3.1.2. Mitversicherung

Unter den Parteien ist weiter unstrittig, dass es sich bei der durch die beiden Beklagten gewährten Versicherung um eine Mitversicherung handelt. Die Klägerin hält allerdings dafür, dass zwischen allen Parteien ein einheitliches Vertragsverhältnis und eine solidarische Haftung der beiden Beklagten ihr gegenüber bestünden (act. 1 Rz. 31; act. 47 Rz. 225). Die Beklagte 2 nimmt dagegen den Standpunkt ein, es bestünden zwischen der Klägerin und den Beklagten zwei eigenständige Versicherungsverträge und lediglich eine anteilmässige Haftung (act. 11 Rz. 22 und 32; act. 53 Rz. 235).

Die Mitversicherung ist als solche nicht ausdrücklich im Gesetz geregelt. Die rechtliche Einordnung und Bewertung der Beziehungen der an der Mitversicherung Beteiligten richtet sich daher nach den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen. Grundsätzlich ist beim Konzept der Mitversicherung davon auszugehen, dass sich mehrere Versicherer an einem Risiko einvernehmlich beteiligen, wobei jeder Versicherer aufgrund eines rechtlich selbständigen Vertrages zwischen ihm und dem Versicherungsnehmer einen prozentualen oder betragsmässig definierten Anteil der Versicherungssumme übernimmt. Zwischen den Mitversicherern besteht grundsätzlich keine Solidarität (FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, Zürich/Basel/Genf 2011, Rz. 18.2 und 18.13).

Aus den Akten ergibt sich, dass das von der Beklagten 1 ausgestellte Policendokument unter Declarations Item 3 festhält: "Coinsurance Percentage: 50%" (act. 3/4 S. 1-3) und dass in Endorsement 1 betreffend "Co-Surety - Claims Cooperation" die Beklagte 2 als Mitversicherer genannt ist (act. 3/4 S. 18 f.). Die Beklagte 1 tritt da-

nach als führender Versicherer ("Controlling Company") auf; beide Beklagten bestätigen die Versicherungssumme von je CHF 15 Mio. ("Underwritten for a LIMIT OF LIABILITY of CHF 15'000'000").

Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen der Klägerin und den Beklagten ist im Einklang mit dem ausgeführten Grundsatz davon auszugehen, dass durch den Abschluss des VV (einschliesslich seiner Endorsements) gleichlautende, aber separate und rechtlich an sich selbständige Verträge zwischen der Klägerin einerseits und den einzelnen Beklagten andererseits zustande gekommen sind. Eine ausdrückliche Regelung, welche auf ein einziges, einheitliches Vertragsverhältnis schliessen liesse, ist – soweit geltend gemacht – im VV nicht ersichtlich. Vielmehr lässt sich die Annahme einzelner Vertragsverhältnisse aus dem Wesensmerkmal der vereinbarten Mitversicherung ableiten, nach welcher die beteiligten Mitversicherer der Klägerin gegenüber nicht als Gesamtschuldner zur Verfügung stehen wollten, sondern als Teilschuldner in Höhe der festgelegten Beteiligungen. In diesem Sinne wurde auch in Ziff. 3. und 5. des Endorsement 1 ausdrücklich vorgesehen, dass die Versicherer lediglich für ihre anteilmässige Beteiligung an den allozierten Schadenskosten haftbar sind (Ziff. 3. bzw. angepasste Ziff. 7.1 VV: "Each **Company** shall be liable only for such proportion of each **Loss** as the Limit of Liability underwritten by such **Company**, ..., bears to the Aggregate Limit Liability each **Policy Period** as stated in Item 2(A) of the Declarations for this Policy. Each **Company's** maximum aggregate liability for all Loss on account of all Claims first made during the same **Policy Period** shall not exceed the amount underwritten by it." sowie Ziff. 5.: "The **Companies** shall be liable for their proportionate share of allocated loss expense incurred by the **Controlling Company** ..."; act. 12 Rz. 32 i.V.m. act. 3/4 S. 18 f.). Die anteilmässige Haftung bedingt zwar nicht notwendigerweise auch die Annahme von mehreren Vertragsverhältnissen, aber es ist darin das Bestreben der Mitversicherer erkennbar, im Aussenverhältnis zur Klägerin – im Grundsatz und unter Vorbehalt der für eine Mitversicherung typischen Führungsklausel (vgl. Endorsement 1 Ziff. 5.) – jeweils selbständige Vertragsparteien darzustellen und unabhängig voneinander über ihren jeweiligen Deckungsanteil verfügen zu können. Dies kommt auch darin zum Ausdruck, dass die Führungsklausel in Abs. 2 zwar vorsieht, der führende Versicherer solle die unter dieser Police gestellten Ansprüche für die anderen Versi-

cherer untersuchen, regulieren und begleichen ("The **Controlling Company** shall investigate, adjust and settle all **Claims** arising under this Policy on behalf of all **Companies**."). Allerdings darf er bindende Zugeständnisse für die Mitversicherer in Bezug auf ihre gezeichneten Anteile nur mit ihrer schriftlichen Zustimmung machen ("However, the **Controlling Company** shall not settle any **Claim** which is considered binding on behalf of each **Company** individually for their proportion of any **Loss**, without the prior written consent of each **Company**,"). Auch hat die versicherte Person ihr gegenüber gestellte Drittansprüche allen Versicherern gleichermassen anzuzeigen (Ziff. 4. Endorsement 1 bzw. angepasste Ziff. 9.1 VV). Aus der koordinativen Führung des Versicherungsverhältnisses durch die Beklagte 1 als führendem Versicherer ist nach dem Ausgeführten nicht zu folgern, es handle sich vom Grundsatz her bereits um ein einziges Versicherungsvertragsverhältnis zwischen den Beteiligten. Schliesslich ändert auch der Umstand, dass lediglich eine Vertragsurkunde unterzeichnet und die Beteiligung der Beklagten in einem Endorsement geregelt wurde, nichts am rechtlichen Bestehen von separaten Versicherungsverhältnissen zwischen der Klägerin einerseits und den beiden Versicherern andererseits (vgl. zum Ganzen auch NEBEL, Rechtliche Aspekte der Mitversicherung, SVZ 63 (1995) 9/10, S. 284 f.; SCHALOSKE, Das Vertretungsrecht der sogenannten offenen Mitversicherung, VersR 2007, S. 606 ff., Ziff. II.1.; DREHER/LANGE, Die Mitversicherung, VersR 2005, S. 717 ff., Ziff. III.2.; BRINKER/SCHÄDLE, Risikostreuung durch Mitversicherung (I), Rechte und Pflichten des führenden Versicherers, Versicherungswirtschaft 2003, S. 1318 ff., Ziff. II.). Die Klägerin fasst denn auch die beiden Beklagten zwar als Streitgenossen, jedoch nicht solidarisch, sondern je für gesonderte Ansprüche ins Recht.

3.2. Anwendbares Recht

Die Parteien haben den VV schweizerischem Recht unterstellt (vgl. act. 3/4 S. 17, General Conditions Ziff. 23). Ziff. 23.1 hält Folgendes fest:

Notwithstanding that the liability of **Insured Persons** will be determined by the laws and before the courts of the jurisdiction applicable in the circumstances, this Policy shall be governed by and construed exclusively in accordance with Swiss

law, including but not limited to, the Swiss Federal Law on Insurance Policies of 1908.

3.3. Behauptungs- und Beweislast

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

3.4. Deckungsanspruch

3.4.1. Versicherungsnehmerin

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

3.4.2. Versicherte Personen

Die Beklagten stellen ebenfalls nicht in Abrede, dass D._____, E._____ und F._____ in ihrer jeweiligen Eigenschaft als CEO und Verwaltungsrat, Chief Scientific Officer und Mitglied der erweiterten Geschäftsleitung resp. Leiter der Aktivitäten der Klägerin in den USA sowie der Abteilung Business Development grundsätzlich unter der D&O-Versicherung versichert sind ("Insured Person"; vgl. act. 3/4 S. 6 General Conditions Ziff. 2.8).

3.4.3. Anspruchsgrundlage

Die Klägerin erhebt die vorliegende Klage in eigenem Namen. Ein direkter Anspruch gegen die Beklagten steht ihr indessen nur unter den Voraussetzungen von Ziff. 1.2 VV zu, die wie folgt lautet:

Directors' and Officers' Indemnification Coverage Insuring Clause 2

The **Company** shall pay, on behalf of the **Organization**, **Loss** for which the **Organization** grants indemnification to an **Insured Person**, as permitted or not prohibited by law, and which the **Insured Person** becomes legally obligated to pay on account of any **Claim** first made against the **Insured Person**, individually or otherwise, during the **Policy Period** (.....) for a **Wrongful Act** committed, attempted, or allegedly committed or attempted by such **Insured Person** (...).

Laut Ziff. 2.22 VV sind unter "Wrongful Acts" zu verstehen:

Wrongful Act means any wrongful act or omission, error, misstatement, misleading statement, neglect, or breach of duty committed, attempted, or allegedly committed or attempted, by an **Insured Person**, individually or otherwise, in their **Insured Capacity**, or any matter claimed against them solely by reason of their serving in such **Insured Capacity**.

3.4.3.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin äussert sich in der Klageschrift nicht näher zu dieser Thematik (vgl. act. 1 S. 12) und begnügt sich mit der Behauptung, die Beklagten hätten (namentlich in Bezug auf zu bevorschussende Anwaltskosten) die grundsätzliche Deckung unter Clause 2 anerkannt (act. 1 S. 18 f.) und sie (die Klägerin) habe die individuell Beklagten schadlos gehalten (act. 1 S. 23 f.). Die Beklagte 2 rügt in der Klageantwort die ungenügende Substantiierung und bestreitet – wie auch die Beklagte 1 – die Zulässigkeit einer allfälligen Schadloshaltung (act. 8 S. 9 und 22; act. 11 S. 16 und 24).

In der Replik führt die Klägerin aus, sie habe die Kosten des US-Verfahrens gestützt auf ihre "Global Corporate Policy and Procedure on Indemnification" (nachfolgend "Indemnification Policy") tatsächlich vorgeschossen. Sie führt die Daten und Beträge der behaupteten Zahlungen im Einzelnen an und verweist dazu auf diverse Check- und Banküberweisungen (act. 47 S. 32 f.). Sie bzw. ihre Tochtergesellschaften hätten auch das Urteil in seiner Gesamtheit erfüllt; "sämtliche Beträge" (gemeint wohl die daraus erwachsenden Ansprüche der Tochtergesellschaften gegenüber den Beklagten) seien an die Klägerin abgetreten worden. Am 7. Mai 2014 habe der Verwaltungsrat der Klägerin die definitive Übernahme der Verfah-

renskosten, der Kosten für die Bezahlung der den individuell Beklagten auferlegten "punitive damages" sowie der Kosten für die Bezahlung der Verpflichtungen aus dem Urteil beschlossen, wobei sich dieser Beschluss auf eine unabhängige Untersuchung der Vorgänge um die Akquisition von A3._____ durch die Kanzlei O._____ LLP gestützt habe (act. 47 S. 33 f.). Da von den individuell Beklagten kein schweizerischer Haftungstatbestand erfüllt worden sei, sei die Klägerin allemal berechtigt gewesen, diese schadlos zu halten (act. 47 S. 55, 64, 68 und 71).

Die Beklagte 1 weist darauf hin, dass nach klägerischer Sachdarstellung die Kosten für die gegen die individuell Beklagten geführten Verfahren durch Konzerngesellschaften der Klägerin vorgeschossen worden seien. Gemäss deren Indemnification Policy habe die Schadloshaltung allerdings durch die Gesellschaft zu erfolgen, in welcher die schadlos zu haltende Person Verwaltungsrat, Sekretär des Verwaltungsrates oder Mitglied des Senior Managements sei. Da zur Funktion von D._____, E._____ und F._____ in den Konzerngesellschaften sowie auch zu den Schadloshaltungsbeschlüssen der Letzteren jegliche Behauptung fehle, sei ein diesen allfällig erwachsender Versicherungsanspruch, der im Weiteren infolge eines vertraglichen Abtretungsverbots auch nicht hätte an die Klägerin abgetreten werden können, nicht genügend dargelegt. Der von der Klägerin behauptete, eigene Verwaltungsratsbeschluss vom 7. Mai 2014 betreffend Schadloshaltung werde bestritten und sei weder belegt noch rechtlich zulässig gewesen. Die klägerische Indemnification Policy halte nämlich auch fest, dass eine Schadloshaltung zu verweigern sei, wenn das zuständige Gericht eine vorsätzliche oder grobfahrlässige Pflichtverletzung durch das fragliche Organ unter dem anwendbaren Recht festgestellt habe. Dies sei allerdings vorliegend geschehen. Das von der Klägerin behauptete gutgläubige Handeln der individuell Beklagten, welches durch die interne Untersuchung ermittelt worden sei, werde bestritten (act. 51 Rz. 61 ff. und 103 ff., 146). Die Beklagte 2 vertritt dieselbe Argumentation und betont, dass eine Schadloshaltung der individuell Beklagten nicht nur gegen die klägerische Indemnification Policy verstosse, sondern auch gegen schweizerisches Recht, weshalb eine solche Schadloshaltung im Rahmen von Ziff. 1.2 VV nicht zu beachten wäre. Zudem sei eine Schadloshaltung durch die Klägerin selbst nicht ausgewiesen. Die Zahlungen seien durch die Konzerngesellschaften erfolgt und

allfällige interne Vorgänge betreffend diese blieben völlig im Dunkeln. Eine definitive Übernahme der Kosten am 7. Mai 2014 durch den klägerischen Verwaltungsrat sei ungenügend substantiiert, da insbesondere nicht behauptet werde, die Konzerngesellschaften, welche die Zahlung geleistet hätten, hätten entsprechende Beschlüsse gefasst (act. 53 Rz. 148-167).

3.4.3.2. "company reimbursement"-Klausel

Bei Ziff. 1.2 VV handelt es sich um eine sog. "company reimbursement"- oder "Firmenenthaltungserstattungs"-Klausel (vgl. HALLER, Organhaftung und Versicherung, Zürich 2008, N 631 ff.). Gemeint ist eine Klausel, die es der Versicherungsnehmerin erlaubt, diejenigen Kosten und Schadenersatzzahlungen, welche sie gegenüber einer Organperson aufgrund einer (z.B.) vertraglichen Schadloshaltungserklärung (engl. "indemnification") im Zusammenhang mit einer Verantwortlichkeitsklage erbringen musste, durch die Versicherung zurückerstattet zu erhalten. Es ist umstritten, ob eine Freistellungsvereinbarung zwischen der Gesellschaft und der Organperson nach schweizerischem Recht zulässig oder (zumindest bei schwerem Verschulden) widerrechtlich und nichtig ist (vgl. u.a. HALLER, a.a.O., N 632 mit Hinweisen). Im Besonderen zu beachten ist hier, dass es um die Schadloshaltung gegenüber Ansprüchen geht, die von Dritten (H._____) gegen die individuell Beklagten erhoben wurden, und nicht etwa nur von der Klägerin selbst oder ihren Aktionären oder Gläubigern. Auch derartige Ansprüche fallen unstreitig unter die Versicherungsdeckung (Ziff. 1.2 i.V.m. 2.22 VV, wonach mit "Wrongful Act" jedes durch den Versicherten begangene Verhalten in seiner "Insured Capacity" oder jede ihm gegenüber "solely by reason of their serving in such insured capacity" geltend gemachte Angelegenheit gemeint ist).

3.4.3.3. Zulässigkeit der Schadloshaltung?

Den Beklagten ist darin beizupflichten, dass die Klägerin den von ihr geltend gemachten Versicherungsanspruch nicht aus einer Abtretung eines solchen durch die Konzerngesellschaften, welche die fraglichen Verfahrenskosten vorgeschossen haben (A2.____ Inc., A1.____ Ltd. und A3.____), herleiten kann. Zum einen ist durch das blosses Leisten von Vorschusszahlungen noch keine genügende

Aussage darüber getroffen, ob die individuell Beklagten von den Konzerngesellschaften schadlos gehalten wurden. Zudem wurde die Grundlage für eine solche Schadloshaltung nach der von der Klägerin selbst eingereichten Indemnification Policy, nämlich die Funktion der individuell Beklagten bei den Konzerngesellschaften, in der Tat nicht dargelegt. Zum anderen stünde einer Abtretung das in Ziff. 20.2 VV vorgesehene Abtretungsverbot entgegen, das der Klägerin auch unter Beachtung von Art. 164 Abs. 2 OR entgegenzuhalten wäre.

Die entscheidende Frage ist vorliegend vielmehr, ob der Klägerin ein Anspruch auf Versicherungsleistung unmittelbar aus dem VV erwachsen ist. Dafür ist gemäss Ziff. 1.2 VV zunächst erforderlich, dass die "Organization" der versicherten Person Schadloshaltung gewährt ("grants indemnification to an Insured Person"), was überdies auch rechtlich erlaubt sein muss ("as permitted or not prohibited by law"). Mit "Organization" sind gemäss Ziff. 2.11 VV der Versicherungsnehmer bzw. die Klägerin (vgl. Ziff. 2.13 i.V.m. S. 2 Item 1 VV) und/oder deren Konzerngesellschaften gemeint. Wie bereits ausgeführt, ist in blossen Vorschusszahlungen der Konzerngesellschaften allein noch keine Schadloshaltung zu sehen. Nun ist jedoch behauptet, dass die Klägerin am 7. Mai 2014 die definitive Übernahme der Verfahrenskosten beschlossen habe. Die Beklagte 2 weist zwar darauf hin, dass jegliche Ausführungen der Klägerin dazu fehlen, wie diese behauptete Kostenübernahme intern gegenüber den Konzerngesellschaften umgesetzt wurde, welche die Kosten vorgeschossen haben (act. 53 Rz. 163 und 165). Es ist jedoch ebenso wenig ausgewiesen, dass dies erforderlich wäre, um das fragliche Tatbestandsmerkmal von Ziff. 1.2 VV zu erfüllen. Dort scheint die "Organization" vielmehr als Einheit aufgefasst worden zu sein, weshalb es allenfalls auch genügt, wenn die fraglichen Leistungen von den Konzerngesellschaften – wenn auch in Form eines Vorschusses – erbracht werden und die Klägerin darauf die definitive Übernahme beschliesst. Die interne Abrechnung muss bei dieser einheitlichen Betrachtungsweise nicht ausschlaggebend sein. Diese Frage kann jedoch letztendlich offen bleiben, da der Tatbestand von Ziff. 1.2 VV bereits aus einem anderen Grunde nicht erfüllt ist.

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

Dass das durch die individuell Beklagten mit ihrem Handeln unmittelbar verfolgte Ziel nicht im Interesse der Gesellschaft gelegen hätte, ist nicht geltend gemacht worden. Vielmehr geht der auf die Feststellungen der Urteile des Superior Court und des Court of Appeal abgestützte Vorwurf dahin, die individuell Beklagten hätten mit ihrem (widerrechtlichen) Verhalten beabsichtigt, durch eine Einstellung der Entwicklung des Wirkstoffs L._____ Konkurrenz für das klägerische Medikament P._____ zu beseitigen (vgl. act. 51 Rz. 43 ff. und act. 53 Rz. 26 ff.). Es ist nahelegend, dass eine Beseitigung von Konkurrenz grundsätzlich einer Verbesserung der klägerischen Marktsituation hätte dienen sollen. Nun kann allerdings nicht im

wohlverstandenen Interesse der Klägerin gelegen haben, dass dieses Ziel (bewusst) mittels widerrechtlicher Verhaltensweisen verfolgt wird, zumal ein solches Vorgehen erhebliche Schadenersatz- oder Strafzahlungen der Klägerin zur Folge haben kann. Daneben ist ohnehin auch das vorsätzliche Missachten von gesetzlichen Vorschriften als solches von der Schadloshaltung ausgenommen. Hier fragt sich nun, ob sich dieser Ausschluss auf das Missachten von Vorschriften des schweizerischen Rechts beschränkt, oder ob er auch den Verstoss gegen ausländische Vorschriften einschliesst. Bei der Beurteilung ist zu berücksichtigen, dass es die Missachtung der jeweiligen im Ausland anwendbaren Rechtsordnung ist, welche durch entsprechende Sanktionierung der dort zuständigen Gerichte allfällige negative Konsequenzen für die Gesellschaft nach sich zieht. Auch wenn ein Verhalten nicht als widerrechtlich nach schweizerischer Rechtsauffassung zu beurteilen wäre, verstösst es dennoch gegen die Interessen der Gesellschaft, wenn es sich des Mittels eines vorsätzlichen Verstosses gegen eine ausländische Rechtsordnung, der die Gesellschaft faktisch oder rechtlich untersteht, bedient.

Eine Schadloshaltung ist nach dieser Auffassung bei vorsätzlicher Verletzung der Rechtsordnung, auf welche sich die Haftbarkeit stützt, von vornherein nicht möglich, selbst wenn die Gesellschaft einen anderen Beschluss fassen würde. Damit korrespondiert im Übrigen auch die unbestritten gebliebene interne Regelung der Klägerin in ihrer Indemnification Policy, die unter Section 1 vorsieht, dass die Klägerin sich einerseits das Recht vorbehält, auf ihren Entscheid betreffend Schadloshaltung zurückzukommen, und dass andererseits vorgeschossene Kosten nicht zu entschädigen sind, wenn ein zuständiges Gericht den Entschädigungsberechtigten für ein Tun oder Unterlassen haftbar erklärt, das eine vorsätzliche oder grob fahrlässige Verletzung seiner Pflichten unter dem anwendbaren Recht oder unter seinem Arbeitsvertrag darstellt (act. 51 Rz. 63; vgl. act. 48/22 S. 4 Ziff. 13.2). Nur nebenbei sei hier bemerkt, dass die Indemnification Policy an die Haftbarkeitserklärung durch ein zuständiges Gericht und nicht an eigene Erhebungen der Klägerin (vgl. act. 47 Rz. 73 f.) anknüpft. In Bezug auf das anwendbare Recht macht hier einzig eine Deutung Sinn, nach welcher es sich dabei um dasjenige Recht handelt, welches durch das eingangs erwähnte Gericht, das über die Haftbarkeit des Entschädigungsberechtigten entscheidet, angewendet wird.

Dies wird aber regelmässig das ausländische Recht sein. Auch in Ziff. 23.1 VV wird ausgeführt, dass die Haftbarkeit nach dem Recht und vor den Gerichten der Rechtsordnung festgestellt wird, die in den jeweiligen Umständen anwendbar ist. Soweit die klägerische Indemnification Policy also auf eine vorsätzliche Rechtsverletzung nach dem jeweils anwendbaren Recht abstellt, meint sie offenbar das im Einzelfall für die Bestimmung der Haftbarkeit anwendbare Recht. Insoweit stimmt sie mit der schweizerischen Rechtsauffassung, wie sie weiter oben erwo-gen wurde, grundsätzlich überein und es kommt durch sie auch ein entsprechen-des Interesse der Gesellschaft zum Ausdruck.

Es ist nach dem Ausgeführten davon auszugehen, dass eine Schadloshaltung dann als nach schweizerischer Rechtsauffassung unerlaubt ("permitted or not pro-hibited by law") anzusehen ist, wenn die individuell Beklagten vorsätzlich gesetzli-che Vorschriften, die im US-Bundesstaat Kalifornien anwendbar sind, missachtet haben. Eine unerlaubte Schadloshaltung würde bedeuten, dass der Tatbestand von Ziff. 1.2 VV nicht erfüllt ist, weshalb ein entsprechender Versicherungsan-spruch der "Organization" bzw. der Klägerin entfele.

Bevor jedoch festgestellt wird, ob die individuell Beklagten auf sie anwendbare, US-amerikanische Rechtsvorschriften missachten haben (unten Erw. 3.6.3.7. ff. und Erw. 3.7.2.), ist der Inhalt einer zweiten, von den Parteien thematisierten Be-stimmung zu ermitteln, die auf Rechtsverletzungen durch die individuell Beklagten Bezug nimmt und einem Versicherungsanspruch entgegen stehen kann. Es han-delt sich um den Deckungsausschluss nach Endorsement 2 i.V.m. Ziff. 3.9 VV.

3.5. Deckungsausschluss

3.5.1. Wortlaut

Die Beklagten berufen sich auf den Deckungsausschluss gemäss Ziff. 3.9 VV. Die Bestimmung lautet in der gemäss Endorsement 2 (Combined Enhancements) ge-änderten Fassung:

(The **Company** shall not be liable for **Loss** on account of any **Claim**.)

3.9 *Fraud / Intentional Breach of Law / Personal Profit*

based upon, arising from, or in consequence of:

- a) any fraudulent act or omission or any intentional breach of law by such **Insured Person**:
 - (i) if there is a finding of such fraud or breach in a judgment or other final adjudication;
 - (ii) if such **Insured Person** admits such fraud or breach; or
- b) an **Insured Person** having gained in fact any personal profit, remuneration or advantage to which such Insured Person was not legally entitled; or

3.5.2. Zeitpunkt der Geltendmachung

Die Kontroverse der Parteien bezog sich im Rahmen des ersten Schriftenwechsels vorab auf die Frage, ob mit dem Entscheid des Superior Court vom 18. August 2011 ein "judgment or other final adjudication" im Sinne dieser Bestimmung vorlag, welches die Beklagten bereits zur Geltendmachung des Ausschlusses berechtigen würde.

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

3.5.3. Parteistandpunkte

Die Klägerin bestreitet, dass die individuell Beklagten betrügerische Handlungen begangen oder sich anderweitig widerrechtlich verhalten hätten. Sie ist weiter der Meinung, dass die Feststellungen des kalifornischen Gerichts keinen Haftungsausschluss begründen würden, denn reine Vertragsverletzungen und Tätigkeiten in Ausübung von Organpflichten könnten a priori nicht zu einem Ausschluss von der Versicherungsdeckung führen; andernfalls wäre der D&O-Police der Anwendungsbereich entzogen (act. 1 S. 36). Auch "punitive damages" seien unter der Police gedeckt (act. 47 S. 34 f.); nur ein absichtliches widerrechtliches Verhalten würde die Deckung ausschliessen, wobei die individuell Beklagten keinen

Schweizer Haftungstatbestand erfüllt hätten (act. 47 S. 41 ff.). Sodann stimme der im ausländischen Urteil erstellte Sachverhalt nicht mit der Wirklichkeit überein (act. 47 S. 14 ff. und 46 ff.).

Die Beklagten halten fest, D._____, E._____ und F._____ seien wegen vorsätzlicher Verleitung eines Dritten zum Vertragsbruch ("intentional interference with contract") und vorsätzlicher Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit ("intentional interference with prospective economic relationship") verurteilt worden, welche arglistig, durch Unterdrückung oder betrügerisch ("with malice, oppression or fraud") bzw. durch Lug und Trug ("with trickery and deceit") begangen worden seien. Dabei handle es sich zweifellos um vorsätzliche widerrechtliche Handlungen und nicht um reine Vertragsverletzungen. Zwischen den individuell Beklagten und H._____ habe gar kein Vertrag bestanden, den sie hätten verletzen können (act. 8 S. 14 ff.; act. 11 S. 44 f.). Die entsprechenden Feststellungen des Superior Court hätten sich auch im Berufungsverfahren vor dem Court of Appeal bestätigt (act. 51 S. 27 ff.; act. 53 S. 13 ff.).

3.5.4. Auslegung

3.5.4.1. Rechtsgrundlage

Die Klägerin findet, es bestimme sich nach schweizerischem Recht, ob ein betrügerisches oder widerrechtliches Verhalten im Sinne von Ziff. 3.9 VV vorliege (act. 1 S. 26 f.; act. 47 S. 35 ff.). Die Beklagten widersprechen dieser Auffassung; Ziel der Police sei es, die Haftpflicht der versicherten Personen aus der Tätigkeit als Organe oder leitende Angestellte weltweit nach dem jeweils anwendbaren Landesrecht zu versichern, was in Ziff. 23.1 der Police ausdrücklich festgehalten werde. Somit müsse sich auch die Frage, ob diese Haftpflicht auf einer betrügerischen oder vorsätzlichen widerrechtlichen Handlung beruhe, nach dem auf den relevanten Sachverhalt anwendbaren Recht beurteilen (act. 8 S. 14 f.; act. 11 S. 31).

Wie eingangs erwähnt (oben Erw. 3.2) untersteht die Police schweizerischem Recht. Die Ermittlung des Vertragsinhalts und die Vertragsauslegung hat folglich den im Schweizer Recht entwickelten Regeln zu folgen. Wie in Ziff. 23.1 VV aus-

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

3.5.4.2. Grundlagen der Vertragsauslegung

Das Ziel der richterlichen Vertragsauslegung besteht in der Feststellung des übereinstimmenden wirklichen Willens, den die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend erklärt haben (subjektive Auslegung). Lässt sich dieser übereinstimmende wirkliche Wille feststellen, so bestimmt sich der Vertragsinhalt danach. Lässt sich der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien indes nicht mehr mit Sicherheit feststellen, dann hat der Richter durch objektivierte Auslegung den Vertragswillen zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt haben. Hierbei hat der Richter das als Vertragswille anzusehen, was vernünftig und korrekt handelnde Parteien unter den gegebenen, auch persönlichen Umständen durch die Verwendung der auszulegenden Worte oder ihr sonstiges Verhalten ausgedrückt und folglich gewollt haben würden. Massgebend ist hier also der objektive Sinn des Erklärten, dessen Ermittlung eine Wertung erfordert: Das Gericht hat nach einem sachgerechten Resultat zu suchen, weil nicht anzunehmen ist, dass die Parteien eine unangemessene Lösung gewollt haben (BGE 131 III 611, BGE 132 III 632, BGE 119 II 372 [betr. einen Versicherungsvertrag]; statt vieler GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008. N 1200 f.). Dabei ist jede einzelne Willenserklärung nach dem Vertrauensprinzip so auszulegen, wie sie vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durfte und musste

(GAUCH ET AL., a.a.O., N 207 ff. und N 1226 m.w.H.). Diese allgemeinen Regeln über die Vertragsauslegung gelten auch für die Auslegung von Versicherungsvertragsbestimmungen (vgl. BGE 115 II 264, 268; BSK-STOESSEL, Vorb. zu Art. 1-3 VVG N 22 ff.; KUHN, in: Koller [Hg.], Haftpflicht- und Versicherungsrechtstagung 2001, 11).

Bei der Auslegung bildet der Wortlaut das primäre Auslegungsmittel. Das Gericht orientiert sich dabei am dispositiven Recht, weil derjenige Vertragspartner, der dieses verdrängen will, das mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck bringen muss. Bei der Auslegung nach dem Wortlaut kommt dem Sinngesamt des Wortes, den ihm der allgemeine Sprachgebrauch zulegt, entscheidende Bedeutung zu. Denn mangels anderer Anhaltspunkte ist anzunehmen, dass die Parteien ein von ihnen verwendetes Wort gemäss dem allgemeinen Sprachgebrauch zur Zeit des Vertragsabschlusses, somit im Sinne der damaligen Alltags- oder Umgangssprache, verwendet haben (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.). Wurde ein Wort verwendet, dem ein juristisch-technischer Sinn zukommt, ist zu vermuten, dass die Parteien dieses Wort entsprechend seinem juristischen Sinn verstanden haben. Dies gilt allerdings nur, wenn der juristische Sinn des Wortes eindeutig und allgemein – zumindest aber in Kreisen der beteiligten Parteien – bekannt ist (GAUCH ET AL., Schweizerisches Obligationenrecht, AT, 9. Aufl., Zürich 2008, N 1209 m.H.a. BGE 113 II 438 und BGE 131 III 612). Im Rahmen der grammatikalischen Auslegung ist auch das systematische Element zu berücksichtigen. Ein einzelner Ausdruck ist im Zusammenhang, in dem er steht, als Teil eines Ganzen aufzufassen. Auch wenn der Wortlaut für sich allein nicht als entscheidend anzusehen ist, kommt ihm doch im Verhältnis zu den ergänzenden Mitteln der klare, entscheidende Vorrang zu: Immer dann, wenn die übrigen Auslegungsmittel, insbesondere der Vertragszweck, nicht sicher einen anderen Schluss erlauben, hat es beim Wortlaut sein Bewenden (Urteil des Bundesgerichts 5C.87/2002 vom 24. Oktober 2002, E. 2.2 ff.).

Für eine Auslegung sind im Weiteren die Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren. Es ist somit der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses massgebend, weshalb bei der Auslegung

nach dem Vertrauensprinzip nachträgliches Parteiverhalten nicht von Bedeutung ist. Später eintretende Umstände – wie das nachträgliche Verhalten der Parteien – lassen dagegen erkennen, wie sie selbst den Vertrag seinerzeit gemeint bzw. ihre Erklärungen tatsächlich verstanden hatten. Das ergibt den wirklichen, nicht den hypothetischen Parteiwillen und ist deshalb eine tatsächliche Feststellung (BGE 107 II 417 E. 6; BGE 129 III 675 E. 2.3).

3.5.4.3. Konkretes Vorgehen

Die Behauptungs- und Beweislast für den Bestand und den Inhalt eines vom objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden subjektiven Vertragswillens trägt jene Partei, welche aus diesem Willen zu ihren Gunsten eine Rechtsfolge ableitet (GAUCH ET AL., a.a.O., N 1201a; BGE 121 III 123).

Zunächst ist somit – trotz des Vorrangs eines übereinstimmenden, tatsächlichen Vertragswillens – zu prüfen, ob ein übereinstimmender, mutmasslicher Vertragswille besteht. Je nach dem Vertragsinhalt gemäss Vertrauensprinzip trägt nämlich die Klägerin oder tragen die Beklagten die Behauptungs- und Beweislast für einen von diesem Auslegungsergebnis abweichend behaupteten tatsächlichen Konsens und bleibt es für den Fall des Misslingens des Beweises beim Auslegungsergebnis. Das Bundesgericht hat diese Art der Vorgehensweise geschützt (Urteil des Bundesgerichts 4A_683/2011 vom 6. März 2012, E. 5.1 f.).

3.5.4.4. "Prozessuale Wahrheit"

Die Klägerin legt in der Replik den für das US-Verfahren massgeblichen Sachverhalt ergänzend dar (act. 47 S. 8 ff.); sie ist der Meinung, nicht die vom US-Gericht ermittelte prozessuale, sondern die von ihr dargelegte wahre Sachlage sei für die Beurteilung der Versicherungsdeckung zu beachten. Die Beklagten müssten substantiiert vortragen, inwiefern sich jeder der individuell Beklagten nach schweizerischer Rechtsauffassung absichtlich widerrechtlich verhalten habe. Es genüge nicht, pauschal auf das ausländische Urteil zu verweisen, das nach anderer Rechtsauffassung zur Haftung der versicherten Person geführt habe. Zwar bestehe die Funktion von Ziff. 3.9 VV darin, den Beklagten eine Beweiserleichterung zu gewähren, indem sie auf materiell rechtskräftige ausländische Urteile im Sinne ei-

ner widerlegbaren Vermutung der darin enthaltenen Tatsachen abstellen dürften. Der Klägerin stehe aber der Beweis offen, dass sich die versicherten Personen nicht absichtlich widerrechtlich verhalten haben bzw. dass die "prozessuale Wahrheit" nicht mit der Wirklichkeit übereinstimme. Die individuell Beklagten hätten keinen Schweizer Haftungstatbestand erfüllt, und auch in den amerikanischen Urteilen sei kein Verhalten festgestellt worden, das nach schweizerischer Rechtsauffassung absichtlich widerrechtlich wäre (act. 47 S. 44 f.).

Die Beklagten halten dafür, dass angesichts der abschliessend beurteilten Handlungen der individuell Beklagten für eine eigene Sachverhaltserstellung der Klägerin gemäss Ziff. 3.9 VV kein Raum verbleibe. Die für die Beurteilung des Verhaltens der individuell Beklagten zuständigen Gerichte in den USA hätten rechtskräftig festgestellt, dass diese Personen vorsätzlich, arglistig und betrügerisch gehandelt hätten. Zudem sei die von der Klägerin präsentierte eigene Wirklichkeit in vielen Punkten falsch und in sich widersprüchlich. Für die Bejahung des Deckungsausschlusses müsse lediglich ein "judgment or other final adjudication" vorliegen, in dem "any fraudulent act or omission or any intentional breach of law" einer versicherten Person festgestellt wurde. Beides sei gegeben. Eine Überprüfung des Handelns der individuell Beklagten durch das Handelsgericht habe nicht mehr stattzufinden (act. 51 Rz. 13 f.; act. 53 Rz. 19 ff.).

Der klägerischen Ansicht kann nicht gefolgt werden. Zunächst ist festzuhalten, dass bereits der Wortlaut von Ziff. 3.9 VV den Ausschluss an die Feststellungen eines Betrugs oder einer Rechtsverletzung in einem Urteil oder anderen Endentscheid knüpft ("if there is a finding of such fraud or breach in a judgment or other final adjudication"). Dass dies nur gelten solle, wenn diese dem Urteil zugrundeliegenden Feststellungen gegenüber der Versicherung nicht widerlegt werden, ist der Police in keiner Weise zu entnehmen; es wäre mit dem Wortlaut der Bestimmung nicht zu vereinbaren, wenn über das Vorliegen der Haftung der versicherten Personen aus "fraud or breach" im Verfahren mit der Versicherung erneut vorfrageweise zu entscheiden wäre.

Hinzu kommt, dass die individuell Beklagten von den kalifornischen Gerichten für ein bestimmtes Verhalten haftbar erklärt und zu Schadenersatz resp. Strafschadenersatz verurteilt wurden. Entsprechend ist ihnen "loss" (nebst Schadenersatz auch Verteidigungskosten, einschliesslich der Kosten für Sicherheitsleistungen, und Parteientschädigung) entstanden, für welchen sie wiederum bei den Beklagten Deckung suchen. Es wäre widersinnig, wenn für die Frage der Deckung von einem anderen Verhalten der individuell Beklagten auszugehen wäre, als gerichtlich in Bezug auf die Haftung festgestellt.

Wie bereits ausgeführt, wird in der Haftpflichtversicherung gemeinhin zwischen der Entschädigung begründeter Ansprüche und der Abwehr unbegründeter Ansprüche unterschieden. Eine Befreiung von "unbegründeten Ansprüchen" ist in diesem System nicht vorgesehen. Es wäre denn auch widersprüchlich, dem Versicherten im Haftpflichtversicherungsvertrag die Möglichkeit einzuräumen, im Deckungsprozess einen Befreiungsanspruch (einschliesslich des Ersatzes der Verteidigungskosten und allfälliger Parteientschädigungen) geltend zu machen, dem ein – nach Beurteilung des Gerichts im Haftungsprozess – "begründeter Anspruch" eines Dritten zugrunde liegen muss, und ihm zuzuerkennen, sich im selben Deckungsprozess in Bezug auf die Ausschlussgründe darauf zu berufen, der Drittanspruch sei nach wahren Sachverhalt oder richtiger Rechtsanwendung unbegründet. Der vorliegend in Frage stehende Deckungsausschluss zielt u.a. darauf ab, dass für bestimmte (unerwünschte) Verhaltensweisen, die Ansprüche von Dritten begründen, kein Befreiungsanspruch bestehen soll. Um diesen Zweck zu erreichen, muss der Deckungsausschluss aber auch am Verhalten, so wie es den Drittanspruch begründet hat, gemessen werden. Ansonsten würde sich insofern eine Lücke auf tun, als im Deckungsprozess ein Befreiungsanspruch gestützt auf einen Sachverhalt und eine rechtliche Beurteilung entstehen kann, die dem Haftpflichtigen aber nicht gleichzeitig auch entgegengehalten werden könnten. Auch aus Sicht des Versicherten würde es nicht überzeugen, wenn ihm gegenüber im Haftungsprozess ein Anspruch bejaht würde, und die Versicherung im Deckungsprozess einen anderen Sachverhalt oder eine andere Würdigung des anwendbaren Rechts vorbringen könnte, nach welchem der Drittanspruch ein unbegründeter sei, und daher kein Befreiungsanspruch bestehe. In diesem Sinne haben sich

die Beklagten auch zur Befreiung verpflichtet, soweit die versicherte Person wegen einer Anspruchsstellung für das Begehen eines "Wrongful Act" rechtlich zur Zahlung verpflichtet wird, ohne dass es darauf ankäme, ob die Versicherung das als "Wrongful Act" einzustufende Verhalten für tatsächlich gegeben oder rechtlich begründet erachtet (Ziff. 1.2 VV: "which the **Insured Person** becomes legally obligated to pay on account of any **Claim** first made against the **Insured Person**, ..., for a **Wrongful Act** committed, attempted, or allegedly committed or attempted by such **Insured Person**"). Wenn der Sachverhalt und die rechtliche Würdigung aber für die Frage der Begründetheit des Drittanspruchs im Haftungs- und Deckungsprozess die gleichen sein müssen, dann hat dies auch zu gelten, soweit diese für einen allfälligen, daran anknüpfenden Haftungsausschluss entscheidend sind, der selbstredend auch auf die Deckung von Abwehrkosten durchschlägt. Dass sich ein Haftungsausschluss auch auf die Zugabe einer versicherten Person, absichtlich einen Rechtsbruch begangen zu haben, stützen kann (vgl. act. 47 Rz. 117), vermag an den dargestellten Überlegungen nichts zu ändern.

Grundlage für die Frage der Deckung kann deshalb nichts anderes sein, als das, was die kalifornischen Gerichte beurteilt haben. Die Ausführungen der Klägerin zu einem davon abweichenden Sachverhalt (vgl. act. 47 Rz. 116 ff.) bleiben unbeachtlich. Aus diesem Grunde erübrigt es sich überdies von vornherein, auf die von den Beklagten eventualiter gestellten Verfahrensanträge auf Edition sämtlicher Verfahrensakten des Haftungsprozesses (act. 51 S. 2 sowie Rz. 7 und 138.2; act. 53 S. 2 sowie Rz. 16) einzugehen. Zu entscheiden ist nur, ob der von den kalifornischen Gerichten festgestellte Sachverhalt und die als erfüllt betrachteten Tatbestände des US-amerikanischen Rechts nach einer dem schweizerischen Recht folgenden Auslegung des Vertrages unter die Begriffe "Fraud" und "Intentional Breach of Law" subsumiert werden können oder eben nicht.

3.5.4.5. Wirklicher Vertragswille und Individualabrede

Die Klägerin behauptet ausdrücklich keinen übereinstimmenden wirklichen Willen mit Bezug auf das Verständnis von Ziff. 3.9 VV (act. 1 Rz. 87 f.; vgl. auch act. 47 Rz. 205, 208 und 281). Sie macht jedoch geltend, sie und die Beklagten hätten die Standardbedingungen der D&O-Police durch individuelle Endorsements er-

gänzt bzw. abgeändert, wobei Endorsement 2 ausdrücklich als "Enhancement" und damit als Verbesserung/Erweiterung der Versicherungsdeckung deklariert worden sei (act. 1 Rz. 99 ff.). In der Replik hält sie sodann fest, die Bestimmung sei nicht individuell vereinbart worden. Vertreten durch ihren Versicherungsbroker N._____ AG habe sie lediglich zwischen einigen vorformulierten Varianten auswählen können; auch nach Darstellung der Beklagten handle es sich um einen "üblichen" Ausschluss, mithin also um eine von verschiedenen auf dem Markt erhältlichen Standardklauseln (act. 47 Rz. 104 f.).

Die Beklagten halten demgegenüber dafür, die Parteien hätten eine spezifische Anpassung von Ziff. 3.9 ausgehandelt (act. 8 Rz. 22 f., Rz. 35; act. 11 Rz. 31). Sie sind auch der Ansicht, es liege ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien tatsächlich vor, der unmissverständlich durch den Wortlaut der Police wiedergegeben werde (act. 11 Rz. 7 und Rz. 34; act. 51 Rz. 81 ff.; act. 53 Rz. 181 f.).

Die Parteien sind sich einig, dass das Vertragsverhältnis einschliesslich der oben wiedergegebenen Ziffer 3.9. VV zustande gekommen ist; streitig ist hingegen, ob bei der (objektivierten) Auslegung dieser Bestimmung der Grundsatz "in dubio contra stipulatorem" zu beachten sei.

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

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

3.5.4.6. "any fraudulent act or omission or any intentional breach of law"

Der Vertrag ist in Englisch abgefasst. Für seine Auslegung in der Gerichtssprache Deutsch (Art. 48 KV und Art. 129 ZPO) ist die Bedeutung des Wortlautes massgeblich. In deutscher Übersetzung lautet der Titel von Ziff. 3.9 VV ("Fraud / Intentional Breach of Law / Personal Profit") etwa "Betrug / absichtliche oder vorsätzliche Rechtsverletzung oder widerrechtliche Handlung / persönlicher Profit oder Gewinn oder Nutzen". Der Text von Ziff. 3.9 lit. a ("any fraudulent act or omission or any intentional breach of law") kann als "eine betrügerische Handlung oder Unterlassung oder eine vorsätzliche Rechtsverletzung" ins Deutsche übertragen werden.

Zunächst kann gefragt werden, was unter "betrügerisch" zu verstehen ist. Hierbei kommt in erster Linie ein Verhalten in Betracht, welches den Straftatbestand von Art. 146 StGB des schweizerischen Rechts erfüllt. Bestraft wird danach, wer in der Absicht, sich oder einen andern unrechtmässig zu bereichern, jemanden durch Vorspiegelung oder Unterdrückung von Tatsachen arglistig irreführt oder ihn in einem Irrtum arglistig bestärkt und so den Irrrenden zu einem Verhalten bestimmt, wodurch dieser sich selbst oder einen andern am Vermögen schädigt. Ein Betrug im schweizerischen Rechtssinn setzt dieses genau bestimmte und im Übrigen durch die strafrechtliche Lehre und Praxis eingegrenzte Verhalten voraus. Es erscheint allerdings auch möglich, "fraudulent" in einem weiteren Sinne zu verstehen, wonach nicht die strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale von Art. 146 StGB erfüllt sein müssen, sondern auch ein Verhalten darunter fällt, das diesen unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nahekommt, beispielsweise ein besonderes täuschendes Verhalten, oder ein Verhalten, das einen vergleichbaren Tatbestand nach ausländischem Recht erfüllt bzw. vom erkennenden lokalen Gericht als betrügerisch eingestuft wurde. Dies muss hier allerdings nicht abschliessend entschieden werden, da die zweite Alternative bedeutend weiter gefasst ist.

In dieser zweiten Alternative von Ziff. 3.9 lit. a (i) VV geht es um jedwede vorsätzlich begangene Rechtsverletzung ("any intentional breach of law"). Hier stellt sich nun die Frage, ob es dabei lediglich auf eine Verletzung von schweizerischem Recht ankommt oder ob (auch) die Verletzung des jeweils für die Haftungsfrage anwendbaren lokalen Rechts gemeint ist.

Der Begriff allein bestimmt die Rechtsordnung, um deren Verletzung es geht, nicht näher. Damit umfasst er grundsätzlich auch das im Haftungsprozess zur Anwendung kommende Recht. Allerdings darf dieser offenen Formulierung nicht zu viel Gewicht beigemessen werden, ist doch auch klar, dass mit der Rechtsverletzung nicht eine beliebige Jurisdiktion, die mit dem konkreten Fall nichts zu tun hat, gemeint sein kann. Der Begriff ist vielmehr durch weitere Auslegung einzugrenzen, und es fragt sich, ob diese Eingrenzung darin besteht, dass nur die Verletzung von schweizerischem Recht darunter fällt, oder ob auch das jeweils im Haftungsprozess anzuwendende Recht massgebend ist.

Dazu ist der Blick vorerst auf den Wortlaut der gesamten Bestimmung und deren Systematik zu richten. Es ist nämlich vorgesehen, dass die fragliche Rechtsverletzung relevant wird, sofern eine solche in einem Urteil (oder einem anderem Endentscheid) festgestellt bzw. auf eine solche erkannt wurde (Ziff. 3.9 VV: "any intentional breach of law [...] (i) if there is a finding of such [...] breach in a judgment or other final adjudication."; Hervorhebungen hinzugefügt). "Such [...] breach" **bezieht sich eindeutig** auf den in der Aufzählung (lit. a) erwähnten "breach of law". Beim "judgment", das eine solche Rechtsverletzung feststellt, kann es sich vernünftigerweise nur um dasjenige des lokalen Haftungsprozesses handeln, und dessen Erkenntnis kann sich nur auf das angewendete Recht beziehen, wobei es sich dabei regelmässig um das lokale handeln wird. Dies spricht klar dafür, dass es sich bei der fraglichen Rechtsverletzung (zumindest auch) um eine Verletzung des Rechts handelt, das vom über die Haftungsfrage entscheidenden Gericht zur Anwendung gebracht wird.

Dem steht auch Ziff. 23.1 VV nicht entgegen, der festhält, dass sich die Police – im Unterschied zu der sich nach dem jeweils lokal anwendbarem Recht richtenden Haftungsfrage – nach schweizerischem Recht richtet (siehe oben Erw. 3.2.). Auch in einem nach schweizerischem Recht zustande gekommenen und nur diesem unterstehenden Vertrag kann eine Rechtsfolge ohne Weiteres an eine Verletzung von ausländischem Recht geknüpft werden. Wird überdies die Rechtsfolge davon abhängig gemacht, dass die Rechtsverletzung durch ein ausländisches Gerichtsurteil *festgestellt* wurde, kann überdies die Deckungsfrage entschieden

werden, ohne selber ausländisches Recht zur Anwendung zu bringen. Es ist lediglich zu prüfen, ob (nach schweizerischem Verständnis) eine solche Rechtsverletzung festgestellt wurde. Der im Vertrag verwendete Begriff der Rechtsverletzung muss m.a.W. nach schweizerischer Rechtsauffassung nicht unbedingt nur eine Verletzung von schweizerischem Recht bedeuten. Ob dabei die einleitende Konjunktion von Ziff. 23.1 VV "notwithstanding that" mit "obwohl" oder beispielsweise "ungeachtet dessen" übersetzt wird, ändert am Ausgeführten nichts (vgl. act. 47 Rz. 82 ff.; act. 51 Rz. 100 f.; act. 53 Rz. 175 ff.).

In systematischer Hinsicht bringt die Klägerin zudem vor, die beklagliche Auffassung, der "intentional breach of law" bezöge sich auf eine Verletzung US-amerikanischem Rechts, bringe einen unauflösbaren Widerspruch zwischen Ziff. 2.10 und Ziff. 3.9 VV mit sich. Einerseits könnten amerikanische "punitive damages" im Haftungsprozess überhaupt nur zugesprochen werden, wenn vorsätzlich gehandelt worden sei und gleichzeitig besondere subjektive Tatbestandsmerkmale betreffend die Motivationslage erfüllt seien. Andererseits gehörten solche "punitive damages" aber ausdrücklich nach Ziff. 2.10 VV zu den gedeckten Schäden. Dies ergebe aber keinen Sinn, wenn Ziff. 3.9 VV so zu verstehen sei, dass ohnehin jede nach amerikanischem Recht festgestellte, vorsätzliche Rechtsverletzung von der Deckung ausgeschlossen sei (act. 47 Rz. 76 f.). Dies vermag – worauf auch die Beklagten hinweisen (act. 51 Rz. 98 ff.; act. 53 Rz. 168-173) – nicht zu überzeugen. Das Aufführen von "punitive damages" unter den möglichen Schadenspositionen würde in Anbetracht der weltweit gültigen Police – selbst bei Zutreffen der klägerischen Vorbringen zu den Voraussetzungen nach US-amerikanischem Recht – erst dann seinen allfälligen Anwendungsbereich einbüßen, wenn auch nach anderen Rechtsordnungen das Anordnen von "punitive damages" ohne vorsätzliches Handeln nicht in Betracht käme, wozu von der Klägerin nichts ausgeführt wurde. Zudem erscheint es auch angesichts der von der Beklagten² angeführten Fundstellen (act. 53 Rz. 172 i.V.m. act. 54/5-7) als ohne Weiteres ausgewiesen, dass ebenfalls in bestimmten Gliedstaaten der USA "punitive damages" für nichtvorsätzliches Verhalten ausgesprochen werden können. Diese differenzierten Vorbringen wurden von der Klägerin überdies anlässlich der

Hauptverhandlung zwar mit dem (erneuten) pauschalen Hinweis, das Aussprechen von "punitive damages" setze nach "amerikanischem Recht" bewusstes, absichtliches und verwerfliches Verhalten voraus, in Abrede gestellt, jedoch wurden sie nicht substantiiert bestritten (Prot. S. 35 f.). Auch insoweit verbleibt dem Ersatz von "punitive damages" ein gewisser Anwendungsbereich und die Klägerin kann nichts aus dem geltend gemachten Widerspruch zwischen den Ziff. 2.10 und Ziff. 3.9 VV für sich ableiten.

Das durch den Wortlaut und die Systematik gewonnene Auslegungsergebnis wird auch durch Überlegungen zum Sinn und Zweck von Ziff. 3.9 VV bestätigt. Deckungsausschlüsse sind ein Instrument zur Risikobegrenzung. Verhaltensbezogene Ausschlüsse sollen die Haftung des Versicherers insofern beschränken, als durch bestimmte Verhaltensweisen des Versicherungsnehmers herbeigeführte Versicherungsfälle von der Deckung ausgeschlossen sind (MONN, Von ausgeschlossenen Verhaltensweisen im Privatversicherungsrecht, HAVE 2008, 93 ff.). Bei der Veranlassung eines Urteilsspruches wegen vorsätzlicher Begehung einer Rechtsverletzung handelt es sich um einen solchen verhaltensbezogenen Deckungsausschluss. Die versicherte Grundgefahr der Haftpflichtversicherung besteht in der anspruchsbegründenden Handlung oder Unterlassung. Die Folgegefahren bilden (für den Rechtsschutzanspruch) die Anspruchstellung durch einen Dritten, die den Bedarf nach Rechtsschutz auslöst, und (für den Befreiungsanspruch) die Feststellung der Haftung des Versicherten, die ihn zur Leistung von Schadenersatz an den Anspruchsteller verpflichtet (vgl. FUHRER, a.a.O., S. 462). Beide massgebenden Gefahren setzen an dem Recht an, das im Einzelnen auf den Drittanspruch anwendbar ist. Beispielsweise wird der anspruchserhebende Dritte das Verhalten des Versicherten nicht an Bestimmungen einer Rechtsordnung messen, die im Einzelfall nicht zur Anwendung kommen, und auch eine Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz wird sich nicht darauf stützen. Soll nun der Deckungsausschluss seine Funktion der Risikobegrenzung wirksam erfüllen, dann wird auch er an den Gefahrenmomenten, d.h. auch an der (lokal)rechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Versicherten, anknüpfen. Andernfalls stünde einer vorsätzlichen Verletzung des jeweils anwendbaren (lokalen) Rechts, die zu Aufwendungen führt, keine entsprechende versicherungsvertragli-

che Sanktionierung gegenüber, solange die Rechtsverletzung nicht auch einen Haftungstatbestand nach schweizerischem Recht erfüllt. Letzteres ist aber wiederum für die Verwirklichung der Gefahr bzw. die Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz vor Ort unbeachtlich. Auch wenn es nicht ausgeschlossen ist, eine Regelung zu vereinbaren, die lediglich auf die (hypothetische) Verletzung von schweizerischem Recht abstellt, erscheint sie doch als wenig zweckmässig. Vielmehr ist für die Beurteilung, ob eine deckungsausschliessende Rechtsverletzung vorliegt, die im Haftungsprozess angewendete Rechtsordnung massgeblich. Vor demselben Hintergrund ist es im Übrigen auch geboten, auf den vom lokalen Gericht im Haftungsprozess festgestellten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung abzustellen (siehe dazu bereits oben Erw. 3.5.4.4.).

Im Weiteren kann die Klägerin aus ihrem – bestrittenen – Vorbringen, Ziff. 3.9 VV ersetze vorliegend das dispositive Recht aus Art. 14 Abs. 1 VVG (act. 47 Rz. 92 ff.; act. 51 Rz. 147.5; act. 53 Rz. 184 ff. i.V.m. act. 11 Rz. 89 ff.), in diesem Zusammenhang nichts für sich ableiten. So oder anders ist Ziff. 3.9 VV zur Anwendung zu bringen und der dem Begriff der Rechtsverletzung beizumessende Bedeutungsgehalt wäre nicht einschränkender zu beurteilen, sollte mit der fraglichen Regelung das dispositive Recht ersetzt worden sein. Dies erscheint allerdings ohnehin als eher zweifelhaft, da es sich bei einer vorsätzlichen Herbeiführung des befürchteten Ereignisses nicht unbedingt auch um eine vorsätzliche Rechtsverletzung handeln muss. Es wäre aber nur mit besonderen Anhaltspunkten davon auszugehen, die Beklagten hätten in Abweichung vom dispositiven Recht eine Deckung zusichern wollen für Fälle, in denen das befürchtete Ereignis vorsätzlich herbeigeführt wird, aber allenfalls keine Rechtsverletzung darstellt. Darüber hinaus wurde in Ziff. 23.2 VV Art. 14 Abs. 2 VVG ausdrücklich wegbedungen (vgl. ferner auch Endorsement No. 4 Ziff. 23.4-6 VV, act. 3/4 S. 26), während eine entsprechende Regelung in Bezug auf Art. 14 Abs. 1 VVG fehlt. Folgte man der klägerischen Ansicht, könnte ein Versicherter eine vorsätzliche Verletzung ausländischen Rechts begehen, deren Kostenfolgen dann von der Haftpflichtversicherung zu übernehmen wären, solange im fraglichen Verhalten nicht auch in der Schweiz eine Rechtsverletzung zu sehen wäre. Gerade die Meinung, Ziff. 3.9 VV habe einen Ersatz von Art. 14 Abs. 1 VVG darstellen sollen, liesse es

zumindest als naheliegender erscheinen, dass es sich bei "intentional breach of law" um eine vorsätzliche Verletzung (auch) vom konkret in der Haftungsfrage anwendbaren Recht handelt. Denn in Letzterer liegt das befürchtete Ereignis, das vorsätzlich herbeigeführt würde, und nicht in einer allfälligen Verletzung schweizerischen Rechts.

Der ferner vorgebrachte Schluss der Beklagten 2, der Begriff des "intentional breach of law" müsse mit Blick auf die in Ziff. 2.22 VV vorgesehene Definition des "Wrongful Act" auch jede haftungsbegründende vorsätzliche Falschinformation und Irreführung ("misstatement, misleading statement") oder jede haftungsbegründende vorsätzliche Pflichtwidrigkeit "breach of duty" erfassen (act. 53 Rz. 193.3-4), ist nicht zwingend. Um solches zu erreichen, hätte man auch direkt die vorsätzliche Begehung eines "Wrongful Act" von der Deckung ausnehmen können. Dies hat man aber nur für vorsätzliche Rechtsverletzungen angeordnet. Damit ist noch nichts darüber gesagt, inwieweit sich diese Begriffe überschneiden, auch wenn aus Wertungsgesichtspunkten eine weitreichende Überschneidung durchaus naheliegen sollte. Gerade wenn mangels Wegbedingung auch noch Art. 14 Abs. 1 VVG gilt, wovon die Beklagten ausgehen (act. 51 Rz. 147.5; act. 53 Rz. 184 ff. i.V.m. act. 11 Rz. 89 ff.) und was – wie oben dargelegt – auch anzunehmen ist, könnte dieser in Fällen der vorsätzlichen Begehung eines "Wrongful Act" eingreifen, der nicht gleichzeitig auch als Rechtsverletzung gewertet würde.

Betrachtet man zudem das Zustandekommen von Ziff. 3.9 VV, ist unstreitig, dass zunächst eine andere Version dieser Bestimmung im Vertrag vorgesehen war. Nach dieser wären Ansprüche von der Deckung ausgenommen worden:

based upon, arising from, or in consequence of:

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

Diese Formulierung sei dann durch die geltende Version ersetzt worden, wobei es sich gemäss Endorsement No. 2 um "Combined Enhancements" gehandelt habe. Daraus schliesst die Klägerin, es sei damit eine Verbesserung bzw. Erweiterung der Versicherungsdeckung gegenüber der ursprünglichen Version bezweckt worden (act. 1 Rz. 99 ff.; act. 8 Rz. 97, act. 11 Rz. 75 f.; act. 47 Rz. 104 ff.; act. 51 Rz. 147.9 und act. 53 Rz. 198 ff.).

Ungeachtet der damit erreichten Änderungen in Bezug auf eine allfällige Bevorschussung und des Knüpfens des Ausschlusses an das Vorliegen eines endgültigen Entscheids oder Endentscheides (siehe zu dieser Kontroverse unten Erw. 3.5.6.), hat der Begriff des "intentional breach of law" keine ersichtlichen Änderungen erfahren. Auch hier wird der zunächst genannte Terminus Rechtsverletzung wieder aufgenommen und zwar im zweiten Satz betreffend Bevorschussung ("until there is a finding of such [...] breach"). Es tritt allerdings auch in dieser Formulierung klar zutage, dass der Rechtsverstoß ein vom im Haftungsprozess zuständigen Gericht bzw. einer zuständigen Behörde nach dem anwendbaren Recht festgestellt sein muss, wird doch auch bereits das Enden einer allfälligen Vorschusspflicht daran geknüpft. In der dann vereinbarten Version von Ziff. 3.9 VV wird dieser Umstand sogar zum generellen Tatbestandsmerkmal eines Deckungsausschlusses erhoben, indem der einleitend unter lit. a aufgeführte Tatbestand ("any intentional breach of law") in Form eines Konditionalsatzes spezifiziert wird ("if there is a finding of such [...] breach in a judgment or other final adjudication").

Nach den angestellten Überlegungen kann festgehalten werden, dass sich die in Ziff. 3.9 VV genannte Rechtsverletzung auf diejenige Rechtsordnung bezieht, die für die Haftungsfrage ausschlaggebend ist und die vom Gericht im Haftungsprozess angewendet wurde. Stellt dieses Gericht eine (vorsätzliche) Verletzung des anwendbaren Rechts in einem die Anforderung erfüllenden Urteil oder Endentscheid fest, ist der Deckungsausschluss erfüllt. Die (objektivierte) Auslegung kommt damit auch zu einem eindeutigen Ergebnis. Für eine allfällige Anwendung der Unklarheitsregel bzw. Art. 33 VVG verbleibt von vornherein kein Raum (siehe dazu auch oben Erw. 3.5.4.5.) und es ist nicht abzuklären, inwiefern es sich bei Ziff. 3.9 VV um eine individuell ausgehandelte Vertragsbestimmung handelt. Al-

lerdings ist anzumerken, dass der Klägerin in jedem Falle der Umstand anzurechnen wäre, dass sie den Vertrag, inkl. Endorsements, unbestrittenermassen über einen Broker (N._____ Inc.) abgeschlossen hat, dessen Auftreten und Fachwissen ihr zuzurechnen wäre. Dies wäre auch bei der Abklärung eines übereinstimmenden wirklichen Willens zu beachten, den die Klägerin allerdings gerade nicht vorbringt (act. 1 Rz. 87 f.; vgl. auch act. 47 Rz. 205, 208 und 281). Die entsprechenden Behauptungen der Beklagten (act. 11 Rz. 7; act. 51 Rz. 81 ff.; act. 53 Rz. 181 f.) wirken sich im Ergebnis nicht aus, da sie sich mit dem Auslegungsergebnis decken.

Schliesslich ist noch zu klären, wie der im VV verwendete Begriff "intentional" nach schweizerischem Rechtsverständnis auszulegen ist, um beurteilen zu können, ob die Feststellungen des Gerichtes im Haftungsprozess darunter zu subsumieren sind.

Die Klägerin findet, eine Deckung sei nur ausgeschlossen, wenn die versicherte Person die Rechtsverletzung direkt gewollt und mit dem Bewusstsein gehandelt habe, dass sie die Rechtsverletzung mit ihrem Verhalten herbeiführen werde (act. 47 Rz. 96 ff.); entsprechend hält sie einen Deckungsausschluss nur für gegeben, wenn die individuell Beklagten mit der Absicht gehandelt hätten, eine Schutznorm zu verletzen und H._____ einen Schaden zuzufügen (act. 47 Rz. 103). Die Beklagten halten dafür, mit der gewählten Formulierung sei der Eventualvorsatz nicht ausgeschlossen worden (act. 51 Rz. 147.3 ff.; act. 53 Rz. 187 ff.)

"Intentional" bedeutet nach seinem allgemeinen Wortsinn sowohl "absichtlich" als auch "bewusst" oder "vorsätzlich" (nach <http://dict.leo.org/ende/?search=intentional&cboSprachen=ende>), besucht am 23. November 2015). Hingegen erscheint die blosser Inkaufnahme durch diesen Terminus nicht mehr als gedeckt. Bezieht man den juristisch-fachlichen Sinngehalt mit ein, ist festzustellen, dass zwar der Vorsatzbegriff des allgemeinen Zivilrechts den Eventualvorsatz beinhaltet, jedoch – ausgehend von dem in der Spezialbestimmung Art. 14 Abs. 1 VVG vorgesehenen Begriff der Absicht – im Bereich der versicherungsrechtlichen Aus-

schlussstatbestände unter Vorsatz sowohl Absicht als auch der direkte Vorsatz, nicht hingegen der Eventualvorsatz zu verstehen ist, soweit es die Police nicht anders bestimmt (zum Ganzen HALLER, a.a.O., N 597 m.w.H.). Direkter Vorsatz bedeutet wiederum, dass sich der Handelnde des durch seine Handlung ausgelösten möglichen Kausalablaufes bewusst ist und den Handlungserfolg will. In der Haftpflichtversicherung muss sich zudem die Absicht bloss auf die Zufügung eines Drittschadens, nicht auch auf die Begründung eines Haftpflichtanspruches erstrecken (vgl. BSK VVG-HÖNGER/SÜSSKIND, Art. 14 N 14). Auch wenn sich gemäss Ziff. 3.9 VV der Vorsatz auf die Rechtsverletzung bezieht, kann dies nicht bedeuten, dass Unkenntnis des anwendbaren Rechts den Handelnden schützen würde. Alles andere würde einer Prämierung der Rechtsblindheit gleichkommen und wäre vor dem Hintergrund von Art. 19 Abs. 2 OR auch als unzulässig einzustufen (vgl. HALLER, a.a.O., N 600). Mithin ist – zusammenfassend – nach dem mutmasslichen Willen der Parteien für den Ausschluss Absicht oder direkter Vorsatz zu verlangen, wobei sich das Wissen und Wollen auf den ausgelösten möglichen Kausalablauf und den Handlungserfolg beziehen muss.

Soweit die Beklagten eine davon abweichende wirkliche Willensübereinkunft der Parteien zu behaupten suchen (act. 11 Rz. 7; act. 51 Rz. 81 ff.; act. 53 Rz. 181 f.), erübrigen sich Weiterungen, da der Einschluss eines allfälligen Eventualvorsatzes für den Ausgang des vorliegenden Verfahrens nicht massgeblich ist.

3.5.5. Feststellungen der kalifornischen Gerichte

Die (zivilrechtliche) Verurteilung der individuell Beklagten durch den Superior Court erfolgte wegen vorsätzlicher Verleitung eines Dritten zum Vertragsbruch ("intentional interference with contract"/"intentional interference with the L._____ Contract") und vorsätzlicher Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit ("intentional interference with prospective economic relationship"). Das Urteil gründete auf verschiedenen tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen der Jury. Insbesondere ging diese davon aus, dass die individuell Beklagten vorsätzlich störend in den Lizenzvertrag zwischen A3._____ und H._____ betreffend den Wirkstoff L._____ und in die Abwicklung des künftigen wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen H._____ und A3._____ eingegriffen haben. Dabei wurde für die

vorsätzlich störenden Eingriffe unter anderem vorausgesetzt, dass den individuell Beklagten der Bestand eines Vertrages zwischen H._____ und A3._____ bzw. eines wirtschaftlichen Verhältnisses zwischen diesen beiden bekannt war und sie die Absicht verfolgten, die Erfüllung des Vertrages bzw. das wirtschaftliche Verhältnis zu stören. Ebenso wurde festgehalten, dass sie bei ihren vorsätzlichen, störenden Eingriffen mit Böswilligkeit, Nötigung oder betrügerisch ("with malice, oppression or fraud") und darüber hinaus arglistig ("with trickery and deceit") gehandelt haben. Zudem wurde bejaht, dass der individuell Beklagte D._____ den amerikanischen Tatbestand des Vertrauensbruchs ("Breach of Confidence") erfüllt hat (act. 8 Rz. 21, 44, 53 ff.; act. 11 Rz. 42, 93.3 f.; act. 47 Rz. 160 ff., 240 f., 303; act. 51 Rz. 44-51 und act. 53 Rz. 28-33; vgl. act. 3/11).

Dieser Urteilsspruch wurde daraufhin angefochten und vom Court of Appeal vollumfänglich bestätigt. Letzterer hielt insbesondere fest, dass die "Tortious Interference with the License Agreement" die folgenden Tatbestandsmerkmale voraussetze: das Vorliegen eines gültigen Vertrags zwischen H._____ und A3._____; Kenntnis der individuell Beklagten vom Vertrag; absichtliche Handlungen der individuell Beklagten, um eine Vertragsverletzung oder Störung des Vertragsverhältnisses herbeizuführen; eine tatsächliche Verletzung oder Störung des Vertrags und einen Schaden bei H._____. Namentlich haben die individuell Beklagten laut Ausführungen im Urteil als (faktische) Organe der Klägerin darauf hingewirkt, A3._____ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach der Übernahme die Entwicklung von L._____ zu stoppen und die vertragliche Vereinbarung zwischen A3._____ und H._____ betreffend L._____ aufzulösen. Ziel war es, den P._____ - Marktanteil der Klägerin zu schützen, indem die nötigen Testreihen zur Zulassung von L._____ in Nordamerika und Europa eingestellt wurden. Darüber hinaus stellte auch der Court of Appeal klar, dass die subjektiven Voraussetzungen erfüllt sind, die nach kalifornischem Recht die Zusprechung von Strafschadenersatz rechtfertigen. Böswilligkeit besteht danach in einem Verhalten, mit dem der Handelnde beabsichtigt, dem Anspruchsteller Schaden zuzufügen, oder in einem verwerflichen Verhalten, mit dem der Handelnde die Rechte oder die Sicherheit anderer absichtlich und bewusst missachtet. Nötigung ist ein verwerfliches Verhalten, das eine Person grausamer und ungerechter Härte aussetzt unter be-

wusster Missachtung ihrer Rechte. Unter Betrug schliesslich ist eine bewusste Falschdarstellung, Täuschung oder Verschleierung einer erheblichen Tatsache zu verstehen, die dem Handelnden bekannt ist, mit der Absicht, eine Person ihrer Rechte zu berauben oder in anderer Weise zu schädigen. Gemäss Urteil lagen dem Superior Court genügend Beweise dafür vor, dass die Klägerin und ihre Gesellschaften A3._____ übernommen und dafür sogar eine Marktprämie bezahlt haben, weil sie glaubten, L._____ würde zugelassen und eine Bedrohung für das eigene Produkt P._____ darstellen. Die Jury habe dabei auch vernünftigerweise zum Ergebnis gelangen können, dass die individuell Beklagten – aufgrund ihrer führenden Stellungen bei der Klägerin, ihrer persönlichen Befassung mit der A3._____-Übernahme und ihrer Kommunikation mit H._____ über das Potenzial einer zukünftigen Entwicklung von L._____ nach der Übernahme – die Taktiken der Klägerin zur Ausschaltung von L._____ als drohenden Konkurrenten für P._____ aufgestellt ("formulated") und orchestriert haben. Ebenso habe die Jury davon ausgehen können, dass die individuell Beklagten betrügerisches Verhalten eingesetzt haben, indem sie entweder an Machenschaften vor Vertragsschluss beteiligt gewesen sind, die darauf abzielten, H._____ über ihre Absicht, L._____ nach der Akquisition nicht weiterzuentwickeln, zu täuschen, oder an Machenschaften nach Vertragsschluss, die darauf abzielten, die wahren Gründe für die Einstellung der Weiterentwicklung von L._____ zu verschleiern, und falsche Gründe angaben, um einerseits ihr eigenes Fehlverhalten zu verschleiern und andererseits H._____ dazu zu nötigen, Forderungen gegenüber der Klägerin fallen zu lassen. Schliesslich wurde festgestellt, dass das Verhalten der individuell Beklagten verwerflich war, da durch die Verhinderung der Weiterentwicklung von L._____ nicht nur ein kompetitives und in absehbarer Zeit profitables Wirtschaftsjekt sabotiert, sondern zudem verhindert wurde, dass ein Medikament auf den Markt gelangt, das das Potential gehabt hätte, das Leiden von Patienten mit lebensbedrohlichen und lähmenden Krankheiten zu lindern (act. 47 Rz. 49 und 52-69, act. 51 Rz. 52-60; act. 53 Rz. 20-27; vgl. auch act. 48/20).

Nachdem der Supreme Court auf eine gegen den Entscheid des Court of Appeal geführte Beschwerde nicht eintrat, wurde dieser Entscheid rechtskräftig (act. 47 Rz. 50; act. 51 Rz. 60; act. 53 Rz. 27).

3.5.6. Subsumtion unter den Deckungsausschluss

Zunächst unterliegt keinem Zweifel, dass die im Haftungsprozess befassten kalifornischen Gerichte darauf erkannten, die individuell Beklagten hätten gegen das anwendbare US-amerikanische bzw. kalifornische Recht verstossen. Dagegen bringt auch die Klägerin nichts vor. Vielmehr anerkennt sie, dass es sich bei der "intentional interference with contract" bzw. der "tortious interference with the License Agreement" und der "intentional interference with prospective economic relationship" um ausservertragliche Haftungstatbestände handelt (act. 8 Rz. 48 ff.; act. 11 Rz. 60.1; act. 47 Rz. 51 f., 163 f. und 272). Dass keine vertragliche Haftung anzunehmen ist, ergibt sich im Übrigen auch bereits aus dem Umstand, dass in den Gerichtsverfahren von keinem zwischen der Klägerin oder den individuell Beklagten einerseits und H._____ andererseits bestehenden Vertragsverhältnis ausgegangen wurde, auf welches sich eine vertragliche Haftung hätte stützen können (act. 8 Rz. 44; act. 11 Rz. 60.1; act. 47 Rz. 44, 52, 160 ff. und 272). Weiter hat als ausgewiesen zu gelten, dass die genannten Rechtsverletzungen vorsätzlich im Sinne von Ziff. 3.9 VV begangen wurden. Nicht nur stellten die zuständigen Gerichte eine "intentional interference" des Lizenzvertrages und der wirtschaftlichen Beziehung zwischen A3._____ und H._____ fest – da die Vertragssprache des VV ebenfalls Englisch ist, stimmen sogar die durch den VV und das Gericht verwendeten Begriffe "intentional" überein, was allerdings nicht ausschlaggebend ist –; sie führten auch aus, dass sie davon ausgingen, die individuell Beklagten hätten in der Absicht gehandelt, die Erfüllung des Vertrages bzw. das wirtschaftliche Verhältnis zu stören und dabei sogar die Qualifikation "with malice, oppression or fraud" erfüllt. In dieser liegt insbesondere ein Verhalten, mit dem der Handelnde beabsichtigt, dem Anspruchsteller Schaden zuzufügen, mit dem er die Rechte oder die Sicherheit anderer absichtlich und bewusst missachtet, mit dem er eine Person grausamer und ungerechter Härte aussetzt unter bewusster Missachtung ihrer Rechte, oder mit dem er beabsichtigt, eine Person ihrer Rechte zu berauben oder diese in anderer Weise zu schädigen (siehe oben Erw. 3.5.5.). Konkret wurde angenommen, dass die individuell Beklagten bewusst und willentlich darauf hingewirkt haben, A3._____ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach der Übernahme die Entwicklung von L._____ zu stoppen und die vertragliche Verein-

barung zwischen A3._____ und H._____ betreffend L._____ aufzulösen. Dies mit dem Ziel, den P._____ -Marktanteil der Klägerin zu schützen. Daraus ergibt sich klar, dass ausgehend von diesen Feststellungen die individuell Beklagten in Bezug auf den jeweiligen Erfolg der Handlung, die Verleitung von A3._____ zum Vertragsbruch und die Störung einer künftigen wirtschaftlichen Zusammenarbeit mit Absicht oder direktem Vorsatz, jedenfalls nicht nur eventualvorsätzlich gehandelt haben. Selbst die Klägerin merkt an, dass nach dem im Haftungsprozess anwendbaren Recht Strafschadenersatz nur dann ausgesprochen werden könne, wenn das Gericht der Meinung sei, die fragliche Verletzung sei vorsätzlich erfolgt (act. 47 Rz. 76 f.).

Im Weiteren wurden die obigen Feststellungen in einem gerichtlichen Urteil bzw. in einem dieses bestätigenden Entscheid der oberen Instanz getroffen und sind in Rechtskraft erwachsen. Es ist diesbezüglich nicht mehr streitig, dass damit die Anforderung in Ziff. 3.9 VV des "judgment or other final adjudication" erfüllt ist. Im Rahmen des ersten Schriftenwechsel – und damit vor Ergehen des Entscheids des Court of Appeal – diskutierten die Parteien kontrovers, ob der Ausschluss nach zutreffender Auslegung das Vorliegen eines das Verfahren abschliessenden Endentscheids oder aber eines endgültigen Entscheids verlange. Es ging mithin um die Frage, ob im damaligen Zeitpunkt bereits auf die Feststellungen des Superior Court abgestellt werden könne (act. 1 Rz.86 ff., act. 8 Rz. 32 ff., act. 11 Rz. 5 ff. und 65 ff.). Diese Frage ist nun durch die im zweiten Schriftenwechsel neu vorgetragenen Umstände obsolet geworden, da unzweifelhaft ein den Anforderungen von Ziff. 3.9 VV genügender Entscheid vorliegt (vgl. auch act. 47 Rz. 146, Rz. 199, 207 und 232; act. 51 Rz. 13; act. 53 Rz. 231; zur Frage eines Vorschusspflicht siehe unten Erw. 3.7.3.).

3.5.7. Zwischenfazit

Nach dem Ausgeführten wurde in einem endgültigen Urteil festgestellt, dass die individuell Beklagten vorsätzlich gegen das in der Haftungsfrage anwendbare US-amerikanische bzw. kalifornische Recht verstossen haben. Der daraus erwachsende Schaden ("Loss") ist nach Ziff. 3.9 VV von der Versicherungsdeckung ausgenommen. Offen bleiben kann hierbei, ob das Verhalten der individuell Beklag-

ten ebenfalls unter das vertragliche Tatbestandsmerkmal des betrügerischen Verhaltens ("Fraud" bzw. "fraudulent act") zu subsumieren wäre.

3.5.8. Klägerische Auslegung: Rechtsverletzung nach Schweizer Recht

Selbst wenn aber dem von der Klägerin geltend gemachten Verständnis von Ziff. 3.9 VV gefolgt würde und mit dem Begriff "breach of law" die Verletzung der schweizerischer Rechtsordnung gemeint wäre, käme der Haftungsausschluss vorliegend zur Anwendung. Dabei ist allerdings noch darauf hinzuweisen, dass für diesen Fall zusätzlich erforderlich wäre, dass die Beklagten den von ihnen geltend gemachten und von einem solchen objektivierten Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Vertragswillen nicht genügend behauptet hätten bzw. nicht beweisen könnten, was hier jedoch nicht näher untersucht wurde. Die Verhaltensweisen der individuell Beklagten, soweit sie durch die US-amerikanischen Entscheide festgestellt worden sind und die in ihrer Eigenschaft als Feststellungen der Gerichte – und nur auf diese kommt es vorliegend an (siehe dazu oben Erw. 3.5.4.4.) – auch nicht bestritten werden, wären ebenfalls nach schweizerischer Rechtsauffassung als Rechtsverletzungen einzustufen.

Die Klägerin führt dazu aus, Vertragsverletzungen durch Dritte seien nicht widerrechtlich im Sinne von Art. 41 OR, da vertragliche Rechte nicht durch diese Norm geschützt seien und es sich beim Vermögen um kein absolut geschütztes Rechtsgut handle. Im Bereich der freien Konkurrenz sei nach schweizerischer Rechtsauffassung niemand gehalten, sich um vertragliche Bindungen zwischen Dritten zu kümmern, sofern kein Verstoss gegen die guten Sitten vorliege. Die Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition eines Mitbewerbers als solche sei dem Wettbewerb immanent und deshalb nicht unlauter bzw. widerrechtlich. Was von einer US-amerikanischen Jury in Kalifornien bereits als rechtswidrig eingestuft worden sei, gehöre nach Schweizer Auffassung noch klar zum freien Wettbewerb. Auch liege keine Sittenwidrigkeit im Sinne von Art. 41 Abs. 2 OR vor (act. 47 Rz. 125 ff.). Die Beklagten stehen auf dem gegenteiligen Standpunkt. Das Verhalten der individuell Beklagten sei sittenwidrig und stelle einen Verstoss gegen das UWG dar (act. 51 Rz. 114 f.; act. 53 Rz. 194).

Der Blick auf die in Art. 41 OR normierte 'unerlaubte Handlung' liegt zwar insofern nahe, als das fragliche Verhalten des Versicherten nach Ziff. 3.9 VV zum Schadenersatzanspruch eines Dritten, in Bezug auf den die Versicherungsdeckung beansprucht wird, Anlass gegeben haben muss. Allerdings spricht die Deckungsausschlussklausel gerade nicht von einem bestimmten Haftungstatbestand wie einer unerlaubten Handlung (z.B. "tort" bzw. "tortious act"), die nach schweizerischer Rechtsauffassung besonderen Anforderungen unterliegt wie der Verletzung eines absoluten Rechts des Geschädigten (Erfolgsunrecht) oder bei reiner Vermögensschädigung des Verstosses gegen eine einschlägige Schutznorm (Verhaltensunrecht; vgl. z.B. BGE 132 III 122 E. 4.1 mit Hinweisen). Zudem richtet sich die Begründung einer Haftung ohnehin nach dem im Haftungsprozess anwendbaren Recht. Der Wortlaut des Deckungsausschlusses verlangt lediglich eine Rechtsverletzung. Eine solche wäre zweifelsohne in einem Verstoss gegen Art. 2 und/oder Art. 4 UWG, der als rechtswidrige Handlung aber ohne Weiteres auch die Rechtsfolgen von Art. 41-61 OR zur Anwendung bringt (vgl. BSK UWG-RÜETSCHI/ROTH, Art. 9 N 74 f.), und auch in einem Verstoss gegen Art. 41 Abs. 2 OR zu sehen.

Der Klägerin ist darin beizupflichten, dass die Rechtswirkungen eines Vertrages sich im Allgemeinen auf die Vertragsparteien beschränken, weshalb ein Vertragsbruch zum Risikobereich des Vertragsgegners gehört, so dass das blosses Eindringen in fremde Vertragsbeziehungen grundsätzlich kein deliktisches Unrecht sein kann. Allerdings liegt die Sache anders, wenn sich ein Dritter zu Zwecken des Wettbewerbs aktiv am fremden Vertragsbruch in anstössiger Weise beteiligt, was bei einer Verleitung des vertraglich Gebundenen zum Vertragsbruch in besonderer Weise zutrifft (BSK UWG-FRICK, Art. 4 lit. a-c N 5). Der Tatbestand von Art. 4 lit. a UWG verlangt dabei in objektiver Hinsicht insbesondere, dass ein wirksamer Vertrag zwischen Dritten besteht, der verletzt wird. Die Vertragsverletzung muss in irgendeiner Weise den Wettbewerb beeinflussen. Zudem muss der Verletzer mit einer gewissen Intensität auf den Vertragsbruch hinwirken. Letzterer hat durch einen Abnehmer zu erfolgen. In subjektiver Hinsicht muss der Verletzer vorsätzlich oder eventualvorsätzlich in Bezug auf den Vertragsbruch handeln und er muss die eigennützige Absicht verfolgen, einen Folgevertrag abzuschliessen.

Sind die Voraussetzungen im Einzelfall nicht erfüllt, greift Art. 2 UWG als Anfangsnorm ein. Danach ist die Verleitung zum Vertragsbruch unlauter, zumindest wenn besondere Umstände vorliegen (BSK UWG-FRICK, Art. 4 lit. a-c N 14 ff.; ähnlich auch BAUDENBACHER/GLÖCKNER, in: Kommentar UWG, Hrsg. Carl Baudenbacher, Basel/Genf/München 2001, Art. 4 N 10 ff., sowie Handkomm. UWG-SPITZ, Art. 4 N 12 ff.).

Die US-amerikanischen Gerichte gingen nach ihren Feststellungen (siehe dazu oben Erw. 3.5.5.) davon aus, dass zwischen A3._____ und H._____ ein wirksamer Lizenzvertrag bestand, der durch A3._____ verletzt wurde, indem die Entwicklung von L._____ gestoppt bzw. nicht weiterverfolgt wurde (vgl. auch die Feststellungen im Schiedsverfahren gemäss act. 53 Rz. 40 f.). Dieser Umstand wirkte sich – wieder nach den seitens der US-Gerichte getroffenen Feststellungen – auch in wettbewerbsmässiger Hinsicht aus, da mit der Verhinderung der Entwicklung von L._____ ein kompetitives und in absehbarer Zeit profitables Wirtschaftsprjekt zunichte gemacht wurde, das in Konkurrenz zum klägerischen Produkt P._____ gestanden hätte (vgl. auch act. 53 Rz. 21). Im Weiteren wurde auf den Vertragsbruch auch mit erheblicher Intensität hingewirkt. So wird den individuell Beklagten zur Last gelegt, sie hätten als (faktische) Organe der Klägerin darauf hingewirkt, A3._____ durch die Klägerin zu übernehmen, um nach dieser Übernahme die Entwicklung von L._____ zu stoppen und die vertragliche Vereinbarung zwischen A3._____ und H._____ betreffend L._____ aufzulösen. Ziel sei gewesen, den P._____ -Marktanteil von A._____ zu schützen, indem die nötigen Testreihen zur Zulassung von L._____ in Nordamerika und Europa eingestellt würden (act. 47 Rz. 58). Dazu haben sie gemäss den Feststellungen Machenschaften eingesetzt, mit denen H._____ über die Absicht, L._____ nach der Akquisition nicht weiterzuentwickeln, getäuscht wurde, und mit denen die wahren Gründe für die Einstellung der Weiterentwicklung von L._____ verschleiert worden sind. Insbesondere wird den individuell Beklagten angelastet, zur Ausschaltung von L._____ als drohenden Konkurrenten für P._____ eigentliche Taktiken aufgestellt und orchestriert zu haben. Die einzelnen Handlungen der individuell Beklagten erfolgten gemäss den gerichtlichen Erkenntnissen in ihren führenden Stellungen bei der Klägerin im Rahmen der Befassung mit der A3._____ -

Übernahme und bestanden in internen Kommunikationen und auch Mitteilungen gegenüber H._____, teils täuschender und teils drohender Art (vgl. auch act. 53 Rz. 26). In subjektiver Hinsicht gingen die US-Gerichte davon aus, dass die individuell Beklagten die Absicht verfolgten, die Erfüllung des Vertrages zu stören. Darin enthalten ist ohne Weiteres, dass die individuell Beklagten um die Vertragspflichten von A3._____ gegenüber H._____ wussten.

Insoweit sind die Voraussetzungen von Art. 4 lit. a UWG gegeben. Es liegt allerdings die ebenso verlangte Absicht nicht vor, einen Folge- bzw. Ersatzvertrag mit dem zum Vertragsbruch Verleiteten, d.h. hier A3._____, abzuschliessen. Ebenso erscheint nicht restlos klar, ob A3._____ als Abnehmer im Sinne der genannten Bestimmung gelten kann. Immerhin handelt es sich um einen Lizenznehmer, der die Aufgabe übernommen hatte, die aufsichtsrechtlichen Zulassungen in den USA und Europa für L._____ zur Behandlung bestimmter Krankheiten zu besorgen und es in diesen Märkten zu entwickeln und in Verkehr zu bringen (act. 47 Rz. 12; act. 53 Rz. 20). Bei Anwendung einer weiten Auslegung des Abnehmerbegriffs könnte der Lizenznehmer durchaus als erfasst gelten. Dies ist jedoch nicht entscheidend, da infolge der fehlenden Absicht, einen Folgevertrag abzuschliessen, ohnehin nicht der Spezialtatbestand von Art. 4 lit. a UWG, sondern nur die Generalklausel nach Art. 2 UWG zu Anwendung kommen kann. Eine Beschränkung auf die Verleitung von Abnehmern zum Vertragsbruch liegt dort nicht vor. Die übrigen für die Anwendbarkeit der Generalklausel zu verlangenden besonderen Umstände sind dagegen vorhanden. Sie bestehen zunächst insbesondere in den im Zusammenhang mit Art. 4 lit. a UWG ausgeführten Faktoren. Zwar bestand keine Absicht, einen Folgevertrag abzuschliessen, worin in der letztgenannten Bestimmung der Eigennutzen der Verleitungshandlung zu sehen ist (BSK UWG-FRICK, Art. 4 lit. a-c N 27), die wohlgernekt von der Verleitung eines Abnehmers ausgeht. Es wurde – nach den Feststellungen der US-Gerichte – von den individuell Beklagten jedoch sehr wohl die Absicht verfolgt, einen Eigennutzen zu erreichen. Dieser bestand aber darin, dass der Lizenznehmer A3._____ keinen vertragsgemässen Gebrauch von seiner Lizenz mehr macht, damit der Klägerin keine Konkurrenz zu ihrem Produkt P._____ entsteht. In qualitativer Hinsicht sind die Handlungen der individuell Beklagten deswegen jedoch nicht als weniger unlauter

einzustufen als eine Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale von Art. 4 lit. a UWG es wäre, weshalb die Auffangbestimmung von Art. 2 UWG greift. Schliesslich können als besondere Umstände auch diejenigen angeführt werden, die im Haftungsprozess zur gerichtlichen Feststellung eines böswilligen, nötigenden oder betrügerischen Handelns ("with malice, oppression or fraud") und darüber hinaus arglistigen Handelns ("with trickery and deceit") führten (siehe dazu oben Erw. 3.5.5.).

Da im Verhalten der individuell Beklagten – soweit dies unstreitig von den US-Gerichten festgestellt wurde – demnach ein Verstoss gegen das schweizerische UWG zu sehen wäre, kann dahingestellt bleiben, ob dieses Verhalten darüber hinaus als sittenwidrig einzustufen sei. Da bei angenommener Widerrechtlichkeit (und/oder Sittenwidrigkeit) die Versicherungsdeckung unstreitig nicht greift, bleibt die Frage einer allfälligen Versicherbarkeit solchen Handelns (vgl. act. 51 Rz. 115) ohne Belang. Vor demselben Hintergrund ist nicht ausschlaggebend, ob eine Unzulässigkeit nach kalifornischem Recht, für "punitive damages" gestützt auf vorsätzliches Handeln Versicherungsdeckung zu gewähren, einer Versicherbarkeit nach dem anwendbaren schweizerischen Recht entgegenstünde (vgl. act. 51 Rz. 116 f.). Schliesslich kann offen bleiben, ob das darüber hinaus von der Klägerin dargestellte Verhalten der individuell Beklagten, wie es sich wirklich zugetragen habe (act. 47 Rz. 9 ff., 60), oder die von den Beklagten vorgebrachte Gegenversion (act. 51 Rz. 125 ff., act. 53 Rz. 19 ff.) erstellt werden kann (zur Nichtbehandlung der von den Beklagten eventualiter gestellten diesbezüglichen Verfahrensanträge vgl. bereits Erw. 3.5.4.4.).

3.6. Schlussfolgerungen

3.6.1. Deckungsausschluss gegeben

Nach dem Ausgeführten besteht für die eingeklagten Aufwendungen keine Deckung aus dem VV. Dies aus zwei Gründen. Zum einen ist – wie soeben dargestellt – der Tatbestand des Deckungsausschlusses in Ziff. 3.9 VV erfüllt, da die individuell Beklagten nach den rechtskräftigen Feststellungen der im Haftungsprozess zuständigen Gerichte vorsätzlich US-amerikanisches bzw. kalifornisches Recht verletzt haben. Selbst wenn man über die Auslegung des Deckungsaus-

schlusses zum Erfordernis einer Rechtsverletzung nach schweizerischer Rechtsordnung käme, wäre eine solche anzunehmen, und der Ausschluss würde greifen.

3.6.2. Keine Deckung infolge unzulässiger Schadloshaltung

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

3.6.3. Keine Ersatzpflicht der Beklagten aus dem VV

Besteht keine Deckung unter dem VV, trifft die Beklagten keine versicherungsvertragliche Pflicht, der Klägerin die von ihr eingeklagten Aufwendungen im Zusammenhang mit der Stellung einer Sicherheit ("bonds") für das Berufungsverfahren der individuell Beklagten im Haftungsprozess vor dem Court of Appeal ("Loss for which the **Organization** grants indemnification to an **Insured Person**") zu ersetzen.

Dabei erweist sich nach verneinter Versicherungsdeckung auch als unerheblich, ob die Beklagten – während des laufenden Haftungsprozesses – zu einer Vor-

schussleistung verpflichtet gewesen wären. Während in der Klage im Hinblick auf den Haftungsprozess noch eine Vorschussleistung verlangt wurde (act. 1 Rz. 136), richtet sie sich mittlerweile nach Abschluss des Haftungsprozesses offenbar auf die definitive Leistung (vgl. etwa act. 47 Rz. 147, 167 und Rz. 232). Ein allfällig infolge seinerzeitiger Verweigerung der Vorschussleistung entstandener Schaden wird nicht geltend gemacht.

Ergänzend ist zur behaupteten Vorschusspflicht aber anzumerken, dass für deren Annahme weder eine genügende Grundlage im Vertragstext angeführt wird noch eine solche ersichtlich ist. Neben der Beantwortung der Frage, ob der Deckungsausschluss in Ziff. 3.9 bereits durch die Feststellungen im Entscheid des Superior Court greift (act. 1 Rz. 86 ff., act. 8 Rz. 32 ff., act. 11 Rz. 5 ff. und 65 ff.), wäre vielmehr zunächst entscheidend, ob und wie überhaupt die Leistung von Vorschüssen vertraglich geregelt wurde. Dies kann durchaus unterschiedlich geschehen und es kann insbesondere die Leistung von Vorschusszahlungen an die Einschätzung der Versicherung geknüpft werden, dass der zugrunde liegende Sachverhalt überhaupt versichert ist (vgl. HALLER, a.a.O., N 398 f.). Zur Vorschussleistung findet sich im VV nun für den Fall, dass von der Versicherung gedeckte Aufwendungen von solchen ausgeschlossen werden müssen, die nicht gedeckt sind, eine vertragliche Regelung. In Ziff. 11.3 betreffend "Allocation" ist vorgesehen, dass die Beklagten die als gedeckt allozierten Abwehrkosten laufend zu bevorschussen haben, wenn die Versicherten, die Klägerin sowie die Beklagten sich auf eine Allokation der Abwehrkosten einigen können ("If the **Insured Persons**, the **Organization** and the **Company** agree on an allocation of **Defense Costs**"). Für den Fall, dass sich die genannten Beteiligten nicht auf eine Allokation einigen können, ist lediglich eine laufende Bevorschussung derjenigen Abwehrkosten vorgesehen, welche die Beklagten unter der Police als gedeckt erachten, jedenfalls solange bis eine andere Allokation ausgehandelt, durch ein Schiedsgericht angeordnet oder ein anderes Gericht festgesetzt wird ("If the **Insured Persons**, the **Organization** and the **Company** cannot agree on an allocation [...] (b) the **Company** shall advance on a current basis **Defense Costs** which the **Company** believes to be covered under this Policy until a different allocation is negotiated arbitrated or judicially determined; [...]"; act. 8 Rz. 57 ff.; act. 11 Rz. 37.3-4; act. 47 Rz. 166 f.).

Unter welchen Parametern die Beklagten die Deckung als gegeben zu erachten haben, ist nicht geregelt. Damit wäre anzunehmen, dass es ihnen grundsätzlich auch freistand, neben den für Anwaltskosten bereits geleisteten Zahlungen weitere Bevorschussungen zu verweigern, spätestens nach Ergehen des Urteils des Superior Court. Anhaltspunkte für eine falsche und rechtsmissbräuchliche Anwendung des (vertraglich eingeräumten) Ermessens (vgl. act. 47 Rz. 167) sind nicht ersichtlich. Im Übrigen wurde auch nicht dargelegt, die Parteien seien sich über eine Allokation der Abwehrkosten einig gewesen (ganz im Gegenteil: act. 1 Rz. 59; auch act. 8 Rz. 60 und act. 11 Rz. 50.3), woran auch die Erklärung der Klägerin im hiesigen Verfahren, sie anerkenne die zwischenzeitlich von den Beklagten angewendete Allokation von 15 % bis zum Entscheid eines Schiedsgerichts (act. 1 Rz. 59, act. 47 Rz. 151, 166, 232 und 253), nichts ändert. Im Weiteren wurde die ursprüngliche Fassung von Ziff. 3.9, die auf Ebene des Deckungsausschlusses vorsah, dass laufend Abwehrkosten zu bevorschussen seien, bis (u.a.) in einem Urteil auf eine vorsätzliche Rechtsverletzung erkannt wird ("However, the **Company** shall advance on a current basis **Defense Costs** on account of such **Claim** until there is a finding of such fraud or breach in (i) a judgment [...]"), abgeändert und durch eine Regelung ersetzt, die keine Pflicht zur Vorschussleistung mehr erwähnt. Ferner kann die Klägerin auch aus Ziff. 10.5 VV, der die Rückzahlung von geleisteten Abwehrkosten anordnet, soweit festgestellt wird, dass für diese keine Versicherungsdeckung besteht, keine bestehende Leistungspflicht in Bezug auf Vorschüsse ableiten (vgl. dagegen act. 1 Rz. 105; act. 47 Rz. 288).

3.7. Keine Anerkennung einer Deckung

3.7.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, die Beklagten hätten die Versicherungsdeckung für die Verteidigungskosten (namentlich Anwaltskosten) der individuell Beklagten unter der fraglichen Police anerkannt. Dementsprechend sei zwischen den Parteien unbestritten, dass für das vorerwähnte US-Verfahren eine Versicherungsdeckung bestehe, und dass die Kosten für die Abwehr der Ansprüche gegen die leitenden Angestellten von den Beklagten grundsätzlich zu bezahlen seien (act. 1 Rz. 57 f.). Die Beklagten bestreiten dies und weisen darauf hin,

dass Vorschussleistungen, soweit solche gewährt worden seien, ausdrücklich unter Vorbehalt der vertraglichen und gesetzlichen Einwendungen und Deckungseinreden sowie lediglich vorläufig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt seien (act. 8 Rz. 81 ff.; act. 11 Rz. 48 ff.). Im Folgenden hielten die Parteien an ihren Ausführungen fest, wobei die Klägerin den von den Beklagten zusätzlich vorgebrachten Inhalt der entsprechenden Vorbehalte nicht in Abrede stellte (act. 47 Rz. 181 f. und 250 ff.).

3.7.2. Würdigung

Soweit in behaupteten Stellungnahmen der Beklagten die Deckung in Bezug auf die individuell Beklagten grundsätzlich zugesagt worden ist, enthalten sie nach den Parteivorbringen jedoch gleichzeitig ausdrückliche Vorbehalte in Bezug auf die den Beklagten zukommenden vertraglichen und gesetzlichen Einwendungen und Deckungseinreden und stellen klar, dass die Deckungszusage lediglich vorläufig und ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt (vgl. auch act. 3/30 S. 3; act. 12/3-4). Aus diesen Erklärungen oder den danach teilweise erfolgten Vorschusszahlungen in Bezug auf Anwaltskosten kann daher weder eine vorbehaltlose Anerkennung der Versicherungsdeckung noch ein Verzicht auf das Recht, sich auf den Deckungsausschluss zu berufen (vgl. Entscheid des Bundesgerichts 5C.116/2005 vom 29. November 2005, E. 4.), hergeleitet werden. Dieses Ergebnis korrespondiert im Übrigen mit der in Ziff. 10.5 VV getroffenen Regelung, nach der vorgeschossene Abwehrkosten – falls festgestellt wird, dass diese nicht unter der Police gedeckt sind – an die Beklagten zurückzuzahlen sind.

3.7.3. Zwischenfazit

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

3.8. Ergebnis

Da für die eingeklagten Aufwendungen der Klägerin keine Deckung aus dem VV besteht und eine solche von den Beklagten auch nicht anerkannt wurde, ist die Klage vollumfänglich abzuweisen.

Damit ist auch die Frage hinfällig geworden, wie die Abwehrkosten zu allozieren seien, die im Rahmen der Abwehr der Klägerin und ihrer Konzerngesellschaften sowie auch der individuell Beklagten aufgelaufen seien und bezüglich derer die Beklagten die Schiedseinrede erhoben haben (vgl. dazu act. 18).

4. Kosten- und Entschädigungsfolgen

4.1. Streitwert

Der für die Festsetzung der Gerichtskosten massgebliche Streitwert entspricht der Summe der geltend gemachten Ansprüche (Art. 93 Abs. 1 ZPO). Ausgehend vom Rechtsbegehren 1 (act. 1 S. 3), ergibt sich ein Streitwert von CHF 717'368.60 (CHF 358'684.30 + CHF 358'684.30).

4.2. Prozesskosten

Die Prozesskosten, welche die Gerichtskosten und die Parteientschädigung umfassen (Art. 95 Abs. 1 ZPO), werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Sind am Prozess mehrere Personen als Haupt- oder Nebenparteien beteiligt, so bestimmt das Gericht ihren Anteil an den Prozesskosten. Es kann auf solidarische Haftung erkennen (Art. 106 Abs. 3 ZPO).

Hier unterliegt die Klägerin mit ihren gegenüber beiden Beklagten geltend gemachten Rechtsbegehren in vollem Umfang. Dagegen unterliegen die Beklagten mit ihren verfahrensmässigen Anträgen, die zum Erlass des (Zwischen)Beschlusses vom 30. November 2012 führten, dessen Kostenregelung dem Endentscheid vorbehalten wurde (act. 18 S. 10 f.). Diesem Ausgang entsprechend sind die Kosten und Entschädigungen vorliegend zu verteilen.

Die Höhe der Gerichtsgebühr bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts (Art. 96 ZPO i.V.m. Art. 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse, dem Zeitaufwand des Gerichts sowie der Schwierigkeit des Falls (§ 2 Abs. 1 lit. a, c und d sowie § 4 GebV OG). Die ordentliche Gerichtsgebühr beträgt vorliegend CHF 25'097.–. Sie ist aufgrund der subjektiven Klagenhäufung, des Umfangs und der Komplexität der sich stellenden Rechtsfragen (Zulässigkeit der Schadloshaltung von Organperso-

nen, Verhältnis Haftungs- und Deckungsprozess in der Haftpflichtversicherung, Auslegungsfragen) sowie in Nachachtung des erlassenen Beschlusses vom 30. November 2012, der rund dreieinhalbstündigen Vergleichsverhandlung, an welcher das Gericht (in der üblichen, erweiterten Besetzung von Oberrichterin, Handelsrichter, Gerichtsschreiberin) den erarbeiteten (dannzumaligen) Prozessstoff umfassend darlegte, und der Hauptverhandlung vom 23. November 2015 (Prot. S. 32 ff.), um rund ein Drittel, das heisst auf CHF 33'000.–, zu erhöhen. Sie ist dem Ausgang des Verfahrens entsprechend in der Höhe von CHF 31'000.– der Klägerin aufzuerlegen. Der für den Beschluss vom 30. November 2012 aussondernde Betrag in Höhe von CHF 2'000.– ist zu 1/4 der Beklagten 1 (CHF 500.–) und zu 3/4 der Beklagten 2 (CHF 1'500.–) aufzuerlegen, deren Anträge betreffend Verfahrensvereinigung mit dem Verfahren Nr. HG120126 (beide Beklagten) und Einrede der Unzuständigkeit bzw. Beschränkung des Verfahrens auf die Frage der Zuständigkeit (Beklagte 2) abschlägig beurteilt wurden (act. 18). Die der Klägerin auferlegten Gerichtskosten werden mit dem von ihr geleisteten Vorschuss verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO; Prot. S. 2 f. und act. 5).

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung (AnwGebV) festgesetzt. Die Grundgebühr ist mit der Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab; für jede weitere Rechtschrift ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV). Ausserdem ist zu berücksichtigen, dass die oben erwähnte Vergleichsverhandlung stattgefunden hat. Die Parteientschädigung beträgt insgesamt nach Massgabe von §§ 2, 4 und 11 AnwGebV CHF 41'000.– (150 % der Grundgebühr). Der Entschädigungsanteil für den Aufwand im Zusammenhang mit dem Beschluss vom 30. November 2012 ist auf CHF 2'000.– und dem übrigen Prozess auf CHF 39'000.– festzulegen. Da die Klägerin in der Hauptsache unterliegt und lediglich bezüglich des genannten Zwischenbeschlusses obsiegt hat, verbleibt den Beklagten gegenüber der Klägerin ein Entschädigungsanspruch von gesamthaft CHF 37'000.–, nach dem Verhältnis zu ihren Anteilen am Gesamtstreitwert sowie dem Anteil des Unterliegens in Bezug auf den genannten Zwischenbeschluss bemessen, der Beklagten 1 ein Anspruch von CHF 19'000.– und der Beklagten 2 ein solcher von CHF 18'000.–.

4.3. Mehrwertsteuer

Sowohl die Klägerin als auch die Beklagten beantragen, ihnen seien die Parteientschädigungen unter Zuzug von Mehrwertsteuer zuzusprechen (act. 1 S. 3; act. 8 S. 2 und Rz. 108; act. 11 S. 3 und Rz. 95). Ob eine Grundlage für den entsprechenden Antrag der Beklagten besteht, erscheint zwar angesichts des ausländischen Sitzes derselben fraglich. Die Klägerin opponiert jedoch nicht substantiiert gegen die grundsätzliche Berechtigung der Beklagten, im Falle der Abweisung der Klage einen Mehrwertsteuerzusatz auf der zuzusprechenden Parteientschädigung zu verlangen (act. 47 Rz. 201 und Rz. 305). Die in Frage stehenden Ansprüche auf Parteientschädigung sind daher in Anwendung des Kreisschreibens der Verwaltungskommission des Obergerichts vom 17. Mai 2006 (mit Ergänzung vom 17. September 2010) ohne Weiteres um den Mehrwertsteuerzusatz von 8 % zu erhöhen. Daraus ergeben sich Entschädigungsansprüche der Beklagten 1 von CHF 20'520.– und der Beklagten 2 von CHF 19'440.–.

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage gegenüber der Beklagten 1 wird abgewiesen.
2. Die Klage gegenüber der Beklagten 2 wird abgewiesen.
3. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 33'000.–.
4. Die Kosten werden in der Höhe von CHF 31'000.– der Klägerin, in der Höhe von CHF 500.– der Beklagten 1 und in der Höhe von CHF 1'500.– der Beklagten 2 auferlegt. Die der Klägerin auferlegten Kosten werden aus dem von ihr geleisteten Vorschuss gedeckt.
5. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten 1 eine Parteientschädigung von CHF 20'520.– und der Beklagten 2 eine solche von CHF 19'440.– zu bezahlen.
6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien.

7. 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 717'368.60.

Zürich, 23. November 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Vorsitzender:

Gerichtsschreiber:

lic. iur. P. Helm

lic. iur. M. Henn