



Mitwirkend: Oberrichter Peter Helm, Präsident, und Oberrichterin
Dr. Helen Kneubühler Dienst, Handelsrichter Dr. Stephan
Weber, Handelsrichterin Verena Preisig und Handelsrichter
Dr. Thomas Lörtscher sowie der Gerichtsschreiber Roman
Kariya

Urteil vom 28. Oktober 2015

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X._____

gegen

B._____ **AG**,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 2)

"Die Beklagte sei unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage zu verpflichten, der Klägerin einen Betrag von CHF 136'496.95, nebst Zins von 5% seit dem 15. August 2012, zu bezahlen,

unter Kosten- und Entschädigungsfolge zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Bei der Klägerin handelt es sich um eine im Handelsregister als Kollektivgesellschaft eingetragene Anwaltskanzlei mit Sitz in Zürich.

Die Beklagte ist eine im Handelsregister als Aktiengesellschaft mit Sitz in Zürich eingetragene Versicherungs- und Rückversicherungsgesellschaft, welche unter anderem Berufshaftpflichtversicherungen für Rechtsanwälte anbietet.

b. Prozessgegenstand

Die Klägerin war bis ins Jahr 2008 bei der Beklagten berufshaftpflichtversichert. Im Jahr 2009 liess Frau C._____ (nachfolgend: C._____) gerichtlich Schadenersatzansprüche aus Auftragsrecht gegen die Klägerin geltend machen. Die Klägerin fordert mit der vorliegenden Klage von der Beklagten die für jenen Prozess (zur Abwehr der Klage) aufgewendeten Kosten (nach Abzug des Selbstbehalts von CHF 100'000.–) in der Höhe von CHF 136'496.95.

B. Prozessverlauf

Die Klägerin liess am 15. August 2012 (Datum Poststempel) die vorliegende Klage einreichen (act. 1). Den von ihr mit Verfügung vom 16. August 2012 geforderten Vorschuss für die Gerichtskosten leistete sie fristgemäss (act. 6). Die Klageantwort vom 30. Oktober 2012 wurde innert angesetzter Frist eingereicht (act. 7/1-2; act. 10). Nach Durchführung der Vergleichsverhandlung vom 18. Dezember 2012, anlässlich welcher keine Einigung zustande kam, wurde mit Verfügung vom 20. Dezember 2012 ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet (Prot. S. 6; act. 17). Nach mehrmaliger beantragter und stattgegebener Sistierung des vorliegenden Prozesses (Prot. S. 7 ff.), erstatteten die Parteien – nach aufgehobener Sistierung – innert der ihnen jeweils angesetzten Frist die Replik vom 13. Januar 2014 bzw. die Duplik vom 17. März 2014 (act. 49; act. 53). In der Folge liess die Klägerin mit Eingabe vom 3. April 2014 eine Stellungnahme zur Duplik einreichen (act. 57). Hierzu liess die Beklagte mit der Eingabe vom 5. Mai 2014 Stellung nehmen (act. 60). Letztere wurde mit Verfügung vom 6. Mai 2014 der Klägerin zugestellt (act. 61). Beide Parteien haben ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet (act. 68; act. 69). Mit Urteil vom 26. Februar 2015 wurde die Klage der Klägerin abgewiesen (act. 72).

Gegen dieses Urteil erhob die Klägerin Beschwerde in Zivilsachen beim Schweizerischen Bundesgericht. Letzteres hiess die Beschwerde mit Urteil vom 31. August 2015 gut, hob das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 26. Februar 2015 auf und wies die Sache zu neuem Entscheid ans hiesige Gericht zurück (act. 80).

C. Wesentliche Parteistandpunkte

Die Klägerin ist der Ansicht, dass es sich bei den im Prozess von C._____ aufgewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) um einen Schadenfall handle, welcher unter den Versicherungsschutz der Berufshaftpflichtversicherung der Beklagten falle. Dabei erachtet die Klägerin beide (alternati-

ven) Voraussetzungen gemäss Ziffer 2.22 der Allgemeinen Vertragsbedingungen als erfüllt. Die Beklagte habe ihr daher die Kosten in der Höhe von CHF 236'496.95, abzüglich des Selbstbehalts von CHF 100'000.–, somit CHF 136'496.95 zu bezahlen (act. 1 S. 4 ff.; act. 49 S. 3 ff.).

Die Beklagte hingegen vertritt die Meinung, dass die von der Klägerin geltend gemachten Kosten nicht zu übernehmen seien, da keine der beiden gemäss Ziffer 2.22 der Allgemeinen Vertragsbedingungen auslösenden Voraussetzungen erfüllt sei (act. 10 S. 6 ff.; act. 53 S. 5 ff.).

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Das Handelsgericht des Kantons Zürich ist für die vorliegende Klage sowohl örtlich als auch sachlich zuständig (Art. 10 Abs. 1 lit. b und Art. 6 Abs. 2 ZPO sowie § 44 lit. b GOG), was unbestritten ist (act. 1 S. 3 f.; act. 10 S. 5). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 ZPO); ein Schlichtungsverfahren entfiel (Art. 198 lit. f ZPO). Vollmachten wurden beigebracht (act. 2; act. 9). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Kostenvorschuss fristgerecht geleistet (Prot. S. 2; act. 6). Auf die Klage ist daher einzutreten (Art. 59 Abs. 1 ZPO).

1.2. Massgeblichkeit des Rückweisungsentscheides

Wie eingangs dargelegt, hob das Bundesgericht das Urteil vom 31. August 2015 auf und wies die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurück. Es ist somit neu über die Klage und – nach Massgabe des definitiven Verfahrensausgangs – über die Kosten- und Entschädigungsfolgen zu entscheiden.

Hebt das Bundesgericht einen Entscheid auf und weist es die Sache zur neuen Beurteilung an die kantonale Instanz zurück, so wird der Streit in je-

nes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Die kantonale Behörde hat ihre neue Entscheidung auf die rechtlichen Erwägungen des bundesgerichtlichen Entscheids zu stützen. Wie weit die Gerichte und Parteien an die erste Entscheidung gebunden sind, ergibt sich aus der Begründung der Rückweisung, die sowohl den Rahmen für die neuen Tatsachenfeststellungen als auch jenen für die neue rechtliche Begründung vorgibt. Soweit das Bundesgericht sich nicht ausgesprochen hat, fällt die kantonale Instanz ihre neue Entscheidung frei, ohne an ihren ersten Entscheid gebunden zu sein (Hauser/Schweri, Kommentar zum zürcherischen Gerichtsverfassungsgesetz, Zürich 2002, N. 35 zu § 104a; von Werdt, in: Bundesgerichtsgesetz (BGG), 2007, N. 9 zu Art. 107 BGG; BGE 135 III 334 E. 2 und 2.1).

1.3. Spruchreife des Prozesses

Das Bundesgericht hat vorliegend keine Sachverhaltsergänzung angeordnet. Nach der Rückweisung wird der Streit in jenes Stadium vor der kantonalen Instanz zurückversetzt, in dem er sich vor Erlass des angefochtenen Entscheids befand. Nachdem beide Parteien ausdrücklich auf die Durchführung einer mündlichen Hauptverhandlung verzichtet haben (act. 68; act. 69), erweist sich der Prozess als spruchreif.

2. Materielles

2.1. Unbestrittene Ausgangslage

Die Parteien sind sich einig, dass zwischen ihnen in der Zeit vom 1. Juli 1999 bis zum 30. November 2008 ein gültiger Berufshaftpflichtversicherungsvertrag bestand und die Allgemeinen Vertragsbedingungen (AVB, gültig ab 1. Januar 2001 [act. 3/23] bzw. gültig ab 1. Januar 2005 [act. 3/24]) Vertragsbestandteil geworden sind (act. 1 S. 4 ff.; act. 10 S. 6 ff.; act. 49 S. 3 ff.; act. 53 S. 5 ff.).

Unbestritten ist auch, dass Rechtsanwalt D. _____ bis zum 31. August 2003 Gesellschafter der Klägerin war und in dieser Eigenschaft zum Kreis der

Versicherten gehörte. Rechtsanwalt D._____ hatte eine Klientin, C._____, in Bezug auf eine Vereinbarung beraten, welche diese nach dem Ableben ihres Ehemannes im September 1999 mit ihrem Stiefsohn abgeschlossen hatte. In dieser Vereinbarung verzichtete die Klientin gegen eine Entschädigung von Fr. 36,5 Mio. auf ihre Stellung als Begünstigte und Prolektorin eines Trusts. Nachdem der Stiefsohn der Klientin diesen Trust mit-samt der Offshore-Konstruktion aufgelöst hatte, wurden Nachsteuern erhoben, worauf der Stiefsohn die Hälfte der bezahlten Nachsteuern von der Klientin mit der Begründung forderte, sie habe von der Offshore-Konstruktion ebenfalls profitiert. Der Stiefsohn erhob am 16. Mai 2002 eine Klage vor einem Schiedsgericht, das die Klientin am 23. April 2007 zur Bezahlung von Fr. 5'679'887.50 nebst Zins und Verfahrenskosten verpflichtete, worauf diese am 5. Oktober 2007 Fr. 7'366'894.34 an ihren Stiefsohn zahlte. Die Klientin stellte sich in der Folge auf den Standpunkt, sie sei schlecht beraten worden, denn bei gehöriger Beratung hätte sie eine Saldoklausel in die Vereinbarung mit ihrem Stiefsohn eingefügt, die sie vor den späteren Forderungen bewahrt hätte.

Am 3. Dezember 2009 erhob C._____ beim hiesigen Gericht eine Klage gegen die heutige Klägerin mit dem Begehren, diese habe ihr den Betrag von Fr. 7'139'216.15 zuzüglich Zins zu bezahlen.

2.2. Aktivlegitimation

Die Klägerin war ab 1. Juli 1999 bis 30. November 2008 bei der Beklagten gegen Berufshaftpflichtansprüche versichert (Policen Nr. ...). Diese Versicherung wurde periodisch erneuert und in jeweils neuen Policen der Beklagten dokumentiert (act. 3/9-3/25). Es ist unbestritten, dass die Klägerin zum Kreis der versicherten Personen gehört. Sie ist somit legitimiert, Versicherungsansprüche aus diesen Policen einzuklagen.

Die Policen der Beklagten decken in ihrem Rechtsschutzteil insbesondere auch die Entschädigung begründeter und die Abwehr unbegründeter Ansprüche (Rechtsschutz; Ziffer 2.26 der massgeblichen Allgemeinen Vertragsbedingungen, gültig ab 1. Januar 2001 bzw. ab 1. Januar 2005, act.

3/23; nachfolgend AVB genannt). Die Leistungen umfassen gemäss Ziff. 2.27. AVB "Schadenszinsen, Schadenminderungs-, Expertisen- Anwalts-, Gerichts-, Schiedsgerichts- und Vermittlungskosten, Parteientschädigungen" (...) abzüglich des vereinbarten Selbstbehaltes.

Bei den von der Klägerin im Prozess gegen C._____ aufgewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) handelt es sich um ein Schadenereignis, das grundsätzlich von den in Frage stehenden Policen gedeckt ist.

Selbst wenn C._____ den Prozess zu Unrecht gegen die Klägerin geführt hätte, wären die Abwehrkosten der Klägerin gedeckt, da auch die Abwehr unbegründeter Ansprüche gemäss Ziff. 2.26 und 2.27. AVB versichert sind. Es kann deshalb vorliegend offen bleiben, ob C._____ den Haftpflichtprozess zu Recht oder zu Unrecht gegen die Klägerin geführt hat oder ob sie den Prozess gegen Rechtsanwalt D._____ hätte führen sollen, weil es sich nicht um ein Kanzleimandat, sondern ein Einzelmandat gehandelt habe, wie die Beklagte behauptet.

Die mit der Sache befassten Gerichte haben die Passivlegitimation der heutigen Klägerin im Verfahren von C._____ bejaht. Der heutigen Beklagten war in jenem Prozess der Streit verkündet worden. Auch die Beklagte behauptet nicht in genügender Weise, dass die Klägerin als Beklagte im Haftpflichtprozess unsorgfältig prozessiert und ihre Schadenminderungspflicht verletzt habe. In ihrer Duplik scheint sie selber davon auszugehen, dass die Passivlegitimation gemäss "dem gesellschaftsrechtlichen Haftungskonzept" (act. 53 S. 48) zu Recht bejaht wurde.

Im Zusammenhang mit der Frage der Aktivlegitimation ist es daher nicht relevant, ob es sich um ein Kanzleimandat oder um ein Einzelmandat von Rechtsanwalt D._____ gehandelt hat. Die von der Klägerin im Prozess gegen C._____ aufgewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) sind unabhängig davon gemäss den in Frage stehenden Policen gedeckt.

2.3. Zeitlicher Geltungsbereich

Streitig ist vorliegend vor allem, ob das Schadenereignis unter den zeitlichen Geltungsbereich der Police fällt.

Die einschlägigen Bestimmungen befinden sich in Ziffer 2.22 AVB unter dem Titel "Zeitlicher Geltungsbereich", welche sowohl in der ab 1. Januar 2001 als auch ab 1. Januar 2005 gültigen Fassung denselben Wortlaut haben (vgl. act. 3/23 bzw. act. 3/24) und lauten wie folgt:

2 Haftpflichtversicherung

[...]

Zeitlicher Geltungsbereich

²¹ Die Versicherung ist gültig für Schäden, für welche während der Vertragsdauer Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden.

²² Als Zeitpunkt, in welchem ein Anspruch aus einem Schadenereignis gegen einen Versicherten erhoben wird, gilt derjenige, in welchem

- ein Versicherter erstmals von einem Geschädigten mündlich oder schriftlich die Mitteilung erhält, dass ein unter diese Versicherung fallender Schadenersatzanspruch gestellt werde, oder
- ein Versicherter von Umständen Kenntnis erhält, nach welchen damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben werde.

[...]"

Die Klägerin hat im handelsgerichtlichen Verfahren beide unter AVB Ziffer 2.22 aufgeführten (alternativen) Voraussetzungen als erfüllt erachtet (act. 1 S. 17 ff.; act. 49 S. 7 ff.). Im ersten Verfahren vor dem hiesigen Gericht (HG120182) wurden die Voraussetzungen für einen Versicherungsanspruch sowohl nach der ersten wie auch nach der zweiten Variante von Ziffer 2.22 AVB verneint.

Im Beschwerdeverfahren vor Bundesgericht rügte die Klägerin nur noch, dass die Voraussetzungen des Versicherungsanspruchs nach Ziffer 2/22 zweiter Einzug AVB zu Unrecht verneint worden seien (act. 80 S. 5).

Mithin ist nur noch streitig, ob ein Versicherungsanspruch der Klägerin gestützt auf AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug besteht.

2.4. AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug

2.4.1. Unbestrittener relevanter Sachverhalt

Wie erwähnt sind sich die Parteien einig, dass der zwischen ihnen in der Zeit vom 1. Juli 1999 bis zum 30. November 2008 gültige Berufshaftpflichtversicherungsvertrag bis zum Austritt von Rechtsanwalt D._____ per 31. August 2003 auch für diesen Wirkung entfaltete, und er in dieser Zeit (1. Juli 1999 bis zum 31. August 2003) damit zum Kreis der Versicherten gehörte (act. 1 S. 20; act. 10 S. 22; act. 49 S. 21; act. 53 S. 15).

2.4.2. Parteivorbringen

Die Klägerin liess im Wesentlichen vorbringen, dass sich aus dem "Request of Arbitration" vom 16. Mai 2002 ergebe, dass die im "Principal Agreement" fehlende Saldoklausel eine zentrale Rolle in der Argumentation der Anwälte von C._____ gespielt habe. Aufgrund dessen habe Rechtsanwalt D._____ als Gesellschafter der Klägerin bereits aufgrund der Schreiben des Rechtsanwalts von E._____ vom 12., 17. und 19. Oktober 2001, spätestens aber nach dem Eingang der "Request of Arbitration" im Mai 2002, damit rechnen müssen, dass C._____ bei einem negativen Ausgang des Schiedsgerichtsverfahrens Schadenersatzansprüche gegen den sie beim Abschluss des "Principal Agreement" beratenden bzw. vertretenden Anwalt bzw. gegen die Klägerin als ihre Vertragspartnerin erheben und ihnen in tatsächlicher wie rechtlicher Hinsicht vorwerfen könnte, sie sei durch die Formulierungen im "Principal Agreement" und insbesondere wegen des Verzichts auf eine Saldoklausel nicht vertragsgemäss und in dem von ihr angestrebten Masse geschützt worden. Denn C._____ sei es beim Abschluss des "Principal Agreement" vom 20./23. September 1999 darum gegangen, mit E._____ eine abschliessende Lösung zu treffen. Dass die Schwelle, ab wann mit einer Inanspruchnahme zu rechnen ist, nicht zu hoch anzusetzen sei, sieht die Klägerin auch mit der im Gutachten von Prof. Dr. F._____ ausgeführten deutschen Lehre zur Entstehung sekundärer Hinweispflichten im deutschen Anwaltsrecht bestätigt. Zudem sieht die

Klägerin für ihre Auffassung im Urteil des Bundesgerichts vom 11. Januar 2012 (5C.237/2001), worin das Anspruchserhebungsprinzip zur Beurteilung stand, – angesichts der angeblichen Parallelen zum vorliegenden Fall – die geeignete Stütze. Im Weiteren liess die Klägerin ausführen, dass es bei der Beurteilung nicht darauf ankomme, ob Rechtsanwalt D._____ tatsächlich damit gerechnet habe, dass C._____ als Klientin der Klägerin diesen Vorwurf erheben und daraus Ersatzansprüche ableiten würde. Denn die Parteien seien übereinstimmend und zu Recht davon ausgegangen, dass für die Beurteilung, ob in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der bekannten Umstände mit einer Anspruchserhebung gerechnet werden müsse, ein objektiver Massstab einer vernünftigen und korrekten Person mit den im betreffenden Beruf üblichen Fähigkeiten und Kenntnissen angelegt werden müsse. Es könne daher für die Beurteilung der Wahrscheinlichkeit einer Inanspruchnahme nicht auf das subjektive Empfinden des konkreten Versicherten ankommen (act. 1 S. 21; act. 49 S. 21 ff.).

Die Beklagte dagegen liess im Wesentlichen ausführen, dass das blosses Bewusstsein einer möglichen Pflichtverletzung für eine wirksame Anspruchserhebung nicht genüge. Der Versicherte müsse vielmehr auf irgendeine Weise von aussen Hinweise erhalten, wonach eine Inanspruchnahme ernsthaft zu erwarten sei. Solange eine derartige Kenntnis von Umständen nicht vorliege, liege kein deckungsrelevanter Sachverhalt vor, womit der Versicherte auch keine Veranlassung habe, einen Schadenfall anzumelden. Mit der Formulierung "damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben wird" sei AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug, objektiviert worden. Danach sei zu fragen, ob ein vernünftiger und korrekter Dritter in den Schuhen des Versicherten mit einer Anspruchserhebung habe rechnen müssen. Es werde Gewissheit oder zumindest hohe Wahrscheinlichkeit verlangt, dass mit einer Anspruchserhebung gerechnet werde. Denn für die Formulierung sei bewusst "müssen" und nicht "können" gewählt worden. Die Konsequenz sei, dass die Schwelle für "müssen" weit höher liege als für "können". Weiter liess die Beklagte darauf hinweisen, dass die Frage, ob Rechtsanwalt D._____ in der damaligen Zeitphase mit

einer (späteren) Inanspruchnahme von C._____ habe rechnen müssen, allein auf der Grundlage der damals bekannten Umstände zu beantworten sei. Eine Post-hoc-Betrachtung verbiete sich. Daher dürften all diejenigen Erkenntnisse, die erst im Nachhinein haben gewonnen werden können, bei der Beurteilung nicht berücksichtigt werden. Hinsichtlich den von der Klägerin vorgebrachten sekundären Hinweispflichten nach der deutschen Lehre bestritt die Beklagte deren Anwendung im vorliegenden Fall. Und auch bezüglich des von der Klägerin zitierten Bundesgerichtsentscheid vom 11. Januar 2012 (5C.237/2001) äusserte sich die Beklagte dahingehend, dass der darin zu beurteilende Sachverhalt nicht mit dem vorliegenden Fall zu vergleichen sei (act. 10 S. 9 ff.; act. 53 S. 7 ff.).

2.4.3. Relevante Fragestellung

Da sich die Klägerin auf die Schreiben vom 12., 17. und 19. Oktober 2001 sowie die "Request of Arbitration" im Mai 2002 beschränkt, ist die entscheidende Frage, ob Rechtsanwalt D._____ aufgrund dieser Umstände damit rechnen musste, dass C._____ Schadenersatzansprüche gegen die Klägerin erheben würde.

2.4.4. Verbindliche Erwägungen des Bundesgerichtes

Beide Parteien berufen sich für die Frage, ob Rechtsanwalt D._____ mit einer Anspruchserhebung rechnen musste, auf die einschlägige AVB Ziffer 2.22, zweiter Einzug. Da hinsichtlich der Bedeutung und Tragweite dieser Bestimmung unterschiedliche Auffassungen bestehen, ist die genannte Ziffer einer Auslegung zu unterziehen. Dabei ist die vom Bundesgericht in seinen Erwägungen Ziff. 3.4. bis 3.6. vorgenommene Auslegung für den vorliegenden Entscheid verbindlich. Diese Erwägungen sind daher im Folgenden wiederzugeben:

"3.4. Klauseln in allgemeinen Geschäfts- oder Versicherungsbedingungen sind, wenn sie in Verträge übernommen werden, grundsätzlich nach denselben Prinzipien auszulegen wie andere vertragliche Bestimmungen (BGE 133 III 607 E. 2.2 S. 610, 675 E. 3.3 S. 681). Ziel der Vertragsauslegung ist

es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Wenn dieser wie im vorliegenden Fall unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten (vgl. BGE 138 III 659 E. 4.2.1 S. 666; 136 III 186 E. 3.2.1 S. 188; 133 III 406 E. 2.2 S. 409; 132 III 626 E. 3.1 S. 632, 24 E. 4 S. 27 f.). Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Gerichts über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG). Die Unklarheitenregel gelangt dann zur Anwendung, wenn die übrigen Auslegungsmittel versagen. Danach sind mehrdeutige Klauseln gegen den Verfasser bzw. gegen jene Partei auszulegen, die als branchenkundiger als die andere zu betrachten ist und die Verwendung der vorformulierten Bestimmungen veranlasst hat (BGE 133 III 61 E. 2.2.2.3 S. 69, 607 E. 2 S. 610; 124 III 155 E. 1b S. 158; 122 III 118 E. 2a S. 121).

3.5. Die Parteien sind sich grundsätzlich einig darüber, dass die beiden Alternativen in Ziffer 2/22 AVB den Grundsatz von Ziffer 2/21 AVB konkretisieren, wonach die Versicherung gültig ist für Schäden, für welche während der Versicherungsdauer Ansprüche gegen einen Versicherten erhoben werden (sog. Claims-made-Prinzip). Versichert sind danach Schadenersatzansprüche, welche gegen den Versicherten geltend gemacht bzw. angemeldet werden. Die Vorinstanz leitet aus dem Wortlaut der zweiten Alternative von Ziffer 2/22 zu Unrecht sinngemäss ab, dass danach schon konkrete Ansprüche in Aussicht gestellt werden müssen, wie dies bei einem Begehren um Abgabe einer Verjährungsverzichtserklärung zutrifft. Denn nach dieser zweiten Alternative besteht der Versicherungsschutz (auch) in dem Zeitpunkt, in dem ein Versicherter von Umständen Kenntnis erhält, nach welchen damit gerechnet werden muss, dass ein solcher Anspruch erhoben werde. Mit einer Anspruchserhebung muss "gerechnet werden", wenn eine Sorgfaltswidrigkeit bekannt wird, die einen Schaden verursachen kann. Die zweite Alternative in Ziffer 2/22 AVB kann nach Treu und Glauben nicht als blosse Konkretisierung der ersten Alternative aufgefasst werden, sondern konkretisiert

das Claims-made-Prinzip gemäss Ziffer 2/21 AVB selbständig, wie sich schon aus der Systematik der Bestimmung ergibt. Insofern überzeugt die Erwägung im Minderheitsvotum der Vorinstanz, dass mit der zweiten Alternative grundsätzlich die Fälle erfasst werden, die aufgrund des Verbots der Rückwärtsversicherung (Art. 9 VVG, vgl. dazu etwa BGE 127 III 21 E. 2b/aa S. 23, Urteil 4A_580/2011 vom 2. April 2012 E. 4.2.2 mit Hinweisen) bei einem allfälligen Wechsel der Versicherung nicht mehr versichert werden könnten bzw. welche nach den eigenen AVB von der Versicherung selbst nicht mehr versichert würden. Denn auch wenn (erst) die Erhebung bzw. Anmeldung eines konkreten Anspruchs die Pflicht zur Versicherungsleistung auslöst (Claims-made), ist dieser Anspruch regelmässig Folge früheren Fehlverhaltens. Als versichertes Ereignis gilt denn auch nicht die vom subjektiven Verhalten des geschädigten Dritten abhängige Anspruchsanmeldung selbst; vielmehr ist objektiv massgebend der Zeitpunkt, in dem der Versicherte in der Lage ist, aus den ihm bekannten Umständen abzuleiten, dass er mit Ansprüchen konfrontiert werden wird (Urteil 5C.237/2001 vom 11. Januar 2002 E. 2b). Es kann offenbleiben, ob für Ansprüche, die zwar vom geschädigten Dritten erst nach Abschluss der Versicherung angemeldet werden, mit deren Erhebung der Versicherte aber aufgrund der ihm bekannten Umstände schon vorher rechnen musste, das allgemeine Rückwärtsversicherungsverbot nach Art. 9 VVG Anwendung findet. Denn im vorliegenden Fall lehnt die Beschwerdegegnerin ihre Haftung (in Ziff. 2/23 "Rückwärtsversicherung") für Schäden ab, die vor Beginn des Vertrages entstanden sind, sofern der Versicherungsnehmer nicht nachweist, dass er von haftungsbegründenden Handlungen oder Unterlassungen keine Kenntnis haben musste. Bei folgerichtiger und kohärenter Auslegung der AVB kann die zweite Alternative von Ziffer 2/22 AVB nur so verstanden werden, dass die Versicherung - spiegelbildlich - leistungspflichtig ist für Schadenersatzansprüche, die während der Dauer des Vertrages aufgrund der Umstände objektiv erkennbar sind (mit deren Geltendmachung aufgrund dieser Umstände daher objektiv gerechnet werden muss) und für die sie selbst ihre Haftung ablehnen würde, wenn der Vertrag erst geschlossen worden wäre, nachdem objektiv erkennbar war, dass Schadenersatzansprüche erhoben würden. Der Versicherungsnehmer darf nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass die Beschwerdegegnerin folgerichtig in Ziffer 2/22 zweite Alter-

native AVB die entsprechenden Schäden übernimmt, die während der Geltungsdauer des Vertrages entstanden sind. Die Frage, ob dem Versicherungsnehmer - wie die Beschwerdegegnerin in der Antwort vorbringt - zumutbar ist, eine besondere "Nachhaftpflichtversicherung" abzuschliessen, stellt sich hier nicht.

3.6. Im vorliegenden Fall hatte die Klientin des per 31. August 2003 ausgeschiedenen Gesellschafters der Beschwerdeführerin ihre Schadenersatzansprüche damit begründet, dass ihr damaliger Anwalt bei der Vertragsverhandlung mit ihrem Stiefsohn das Thema einer Saldo- bzw. Enthaltungsklausel nicht angesprochen hatte. Da sich die Diskussion einer solchen Klausel nach den Umständen aufgedrängt hätte, lag darin eine Sorgfaltspflichtverletzung (wie im Urteil 4A_588/2011 vom 3. Mai 2012 und im Handelsgerichtsurteil des Kantons Zürich vom 16. August 2011 festgestellt; inwiefern diese Beurteilung auf Umständen beruhen sollte, welche dem ausgeschiedenen Gesellschafter Ende 2001 bzw. anfangs 2002 nicht bekannt waren, wie die Beschwerdegegnerin in der Antwort behauptet, ist nicht erkennbar). Dass eine Saldoklausel fehle, wurde in den Schreiben vom Oktober 2001 gegenüber dem ausgeschiedenen Gesellschafter der Beschwerdeführerin thematisiert; weil eine solche Klausel fehlte, leitete der Stiefsohn der Klientin denn auch am 16. Mai 2002 ein Schiedsgerichtsverfahren ein, in dem er obsiegte. Die Sorgfaltspflichtverletzung, die schliesslich zur Schadenersatzklage der Klientin gegen die Beschwerdeführerin vom 3. Dezember 2009 führte, war aufgrund der Schreiben vom Oktober 2001 und der Klage des Stiefsohns beim Schiedsgericht objektiv erkennbar. Die Beschwerdeführerin macht zu Recht geltend, dass an dieser objektiven Erkennbarkeit das Verhalten der Klientin des ausgeschiedenen Gesellschafters nichts ändert. Dass sie ihren damaligen Anwalt mit der Wahrung ihrer Interessen im Streit über die Auslegung der Vereinbarung mit ihrem Stiefsohn beauftragte, kann objektiv nicht als Verzicht auf allfällige Schadenersatzansprüche angesehen werden. Spätestens mit der Klage des Stiefsohns gegen die Klientin auf Beteiligung an den Nachsteuern war für den ausgeschiedenen Gesellschafter objektiv erkennbar, dass seine Klientin bei Untertliegen im Schiedsverfahren Schadenersatzansprüche gegen ihn bzw. gegen die Beschwerdeführerin als Vertragspartnerin stellen würde. Die Beschwer-

deführerin bzw. ihr damaliger Gesellschafter mussten daher Ende 2001 bzw. spätestens anfangs Mai 2002 damit rechnen, dass gegen sie Ansprüche erhoben würden (Ziffer 2/22 zweite Alternative AVB). Dass der hier massgebende Vertrag, auf den die Beschwerdeführerin ihre Ansprüche gegen die Beschwerdegegnerin stützt, in diesem Zeitpunkt galt, ist unbestritten."

2.4.5. Fazit

Gestützt auf diese Erwägungen ist ein Versicherungsanspruch der Klägerin für die von ihr im Prozess gegen C._____ aufgewendeten Kosten (zur Abwehr der Klage) gegeben. Der Anspruch von C._____ aus dem Anwaltsmandat wurde gemäss Ziff. 2.22 zweiter Einzug spätestens anfangs Mai 2002 erhoben, als auch Rechtsanwalt D._____ in der Berufshaftpflichtpolice der Klägerin bei der Beklagten mitversichert war, was unbestritten ist. Unter diesen Umständen kann die von der Beklagten aufgeworfenen Frage, ob zwischen C._____ und der Klägerin bzw. Rechtsanwalt D._____ ein Kanzlei- oder Einzelmandat bestand (vgl. act. 10 S. 29 f.; act. 53 S. 35 ff.), offen gelassen werden kann.

3. Höhe des Versicherungsanspruches

3.1. In jenem Prozess hat die Klägerin gemäss ihren Angaben bis zur Einreichung der vorliegenden Klage die folgenden Rechnungen an ihren Prozessvertreter bezahlt:

Rechnungs-Nr.	Zeitraum	Rechnungsdatum	Betrag (inkl. MWST)	Betrag (exkl. MWST)
111001	01.10.-31.12.2009	12.01.2010	CHF 12'991.95	CHF 12'074.30
111237	01.01.-31.03.2010	06.04.2010	CHF 25'981.75	CHF 24'146.60
111680	01.04.-30.06.2010	12.07.2010	CHF 5'025.40	CHF 4'670.45

111902	01.07.-30.09.2010	05.10.2010	CHF 10'473.25	CHF 9'733.50
112044	01.10.-31.10.2010	03.11.2010	CHF 27'129.20	CHF 25'213.00
112099	01.11.-30.11.2010	2.12.2010	CHF 27'424.40	CHF 25'487.35
112301	01.12.-31.12.2010	31.12.2010	CHF 1'241.25	CHF 1'153.60
R2567790	01.01.-31.03.2011	28.04.2011	CHF 5'662.10	CHF 5'242.70
R2597845	01.04.-30.06.2011	18.07.2011	CHF 12'386.55	CHF 11'469.05
R2624507	01.07.-30.09.211	06.10.2011	CHF 3'348.30	CHF 3'100.30
R2661438	01.10.-31.12.2011	31.12.2011	CHF 48'778.75	CHF 45'165.50
R26912	31 01.01.-31.03.12	16.4.2012	CHF 7'163.85	CHF 6'633.20
Total			CHF 187'606.75	CHF 174'089.55

Mit Urteil des Bundesgerichts vom 3. Mai 2012 (Verfahren 4A_588/2011) wurde das die Klage von C._____ abweisende Urteil des Handelsgerichts Zürich vom 16. August 2011 aufgehoben und die Sache vom Bundesgericht zur Neuurteilung an die Vorinstanz zurück gewiesen. Die Klägerin wurde zudem vom Bundesgericht verpflichtet, C._____ eine Parteientschädigung von CHF 35'000 (einschliesslich MWST, d.h. CHF 32'407.40 ohne MWST) zu bezahlen und die Gerichtskosten von CHF 30'000 zu übernehmen.

Damit betragen die bis zur Einleitung der vorliegenden Klage aufgelaufenen, von der Beklagten zu erstattenden eigenen Anwaltskosten und Parteientschädigung insgesamt CHF 206'496.95 (CHF 174'089.55 + 32'407.40, ohne MWST). Da die Klägerin auf den bezahlten Anwaltshonoraren und der Prozessentschädigung die Mehrwertsteuer als Vorsteuer geltend machen kann, verlangt sie im Rahmen dieser Klage von der Beklagten lediglich Ersatz dieses mehrwertsteuerfreien Betrags. Dazu kommen noch die

(mehrwertsteuerfreien) Gerichtskosten des Bundesgerichts im Umfang von CHF 30'000, was zusammen CHF 236'496.95 ergibt. Davon hat die Klägerin gemäss dem mit der Beklagten abgeschlossenen Versicherungsvertrag einen Selbstbehalt von CHF 100'000 selber zu tragen, weshalb sich der eingeklagte Betrag auf CHF136'496.95 beläuft.

Die Beklagte hat nicht bestritten, dass der Klägerin die von ihr behaupteten Kosten zur Abwehr der Ansprüche von C._____ entstanden sind (act. 10 S. 39). Auch das Quantitativ ist nicht bestritten, was auch vom Bundesgericht in seinem Entscheid festgehalten wurde (act. 80 Erw. 3.7. S. 10).

Die Klägerin verlangt Verzugszins von 5% seit der Einreichung dieser Klage (15. August 2012), was ebenfalls unbestritten ist. Die Forderung ist daher ab diesem Zeitpunkt zu verzinsen.

Die eingeklagte Forderung ist somit vollumfänglich gutzuheissen.

3.2. Nachklagevorbehalt

Weitere Abwehrkosten, welche nach Einleitung der vorliegenden Klage angefallen sind, bilden nicht Gegenstand der vorliegenden Klage. Da der Schadenersatzprozess von C._____ gegen die Klägerin nach Einleitung der vorliegenden Klage noch nicht abgeschlossen war, wurde die Klage unter dem ausdrücklichen Vorbehalt der Nachklage von künftig zusätzlich anfallenden Abwehrkosten eingeleitet.

4. Ergebnis

Die vorliegende Klage ist gutzuheissen und die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF136'496.95 zuzüglich 5% Zins seit 15. August 2012 zu bezahlen.

5. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Der Streitwert beträgt CHF 136'496.95. Die Gerichtskosten sind in Anwendung von Art. 96 ZPO i.V.m. § 4 Abs. 1 GebV OG auf CHF 13'000.– festzusetzen. Der Beklagten sind als unterliegende Partei die Gerichtskosten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und aus dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

Ausserdem hat die Beklagte als unterliegende Partei der Klägerin eine Parteientschädigung in der Höhe von CHF 18'000.– zu bezahlen (Art. 106 Abs. 1, Art. 105 Abs. 2 und Art. 96 ZPO i.V.m. §§ 4 Abs. 1 und 11 Abs. 1 und Abs. 2 AnwGebV). Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies aufgrund der Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen (Vgl. Entscheid des Kassationsgerichts des Kantons Zürich vom 19. Juli 2005, ZR 104 [2005] Nr. 76; SJZ 101 [2005] 531 ff.).

Das Handelsgericht erkennt:

1. In Gutheissung der Klage wird die Beklagte verpflichtet, der Klägerin CHF 136'496.95 zuzüglich 5% Zins seit 15. August 2012 zu bezahlen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 13'000.–.
3. Die Kosten werden der Beklagten auferlegt und aus dem von der Klägerin geleisteten Vorschuss gedeckt.
4. Für die der Beklagten auferlegten Kosten wird der Klägerin das Rückgriffsrecht auf die Beklagte eingeräumt.
5. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 18'000.– zu bezahlen.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und an die Eidgenössische Finanzmarktaufsicht.
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 Art. 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 136'496.95.

Zürich, 28. Oktober 2015

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter Peter Helm

Roman Kariya