



Mitwirkend: Oberrichter Dr. Stephan Mazan, Vizepräsident, Oberrichter Roland Schmid, Handelsrichterin Nathalie Lang, Handelsrichter Dr. Alexander Müller und Handelsrichter Dr. Martin Liebi sowie Gerichtsschreiber Lukas Bügler

Urteil vom 12. Februar 2025

in Sachen

A1._____ Insurance Company,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur., LL.M. X2._____,

gegen

B._____ AG,

Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y1._____,

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. Y2._____,

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 3)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von USD 15'000'000 zuzüglich Zins zu 5% seit dem 6. Februar 2018 zu bezahlen.

Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Sachverhalt und Verfahren

A. Sachverhaltsübersicht

a. Parteien und ihre Stellung

Die Klägerin ist eine Versicherungsgesellschaft nach dem Recht des US-Bundesstaats C._____ mit Sitz in D._____, USA. Sie ist nach ihrer Sachdarstellung eine Tochtergesellschaft der heutigen E._____ Limited, die ihren Sitz in Zürich hat.

Die Beklagte ist eine Versicherung mit Sitz in F._____, Fürstentum Liechtenstein.

b. Prozessgegenstand

Die Muttergesellschaft der Klägerin schloss für sich und ihre Tochtergesellschaften mehrere Errors & Omissions Liability-Versicherungen (nachfolgend: E&O-Versicherung) ab, die als sog. Versicherungstower aufgebaut sind. Die Beklagte ist die erste Exzedentenversicherin und versichert den Betrag zwischen USD 30'000'000.– und USD 45'000'000.–. Die Klägerin wurde 2013 vor dem Bezirksgericht des G._____ County, H._____, USA, von einem ihrer Versicherungsnehmer, der I._____ Company (nachfolgend: I._____), für die Deckung von Schäden aus Umweltverschmutzungen eingeklagt. Im Jahr 2017 schlossen die Klägerin sowie weitere beteiligte Versicherungen mit I._____ einen Vergleich. Die Klägerin und die weiteren Versicherungen verpflichteten sich zur Zahlung von USD 175'000'000.–, wovon nach Darstellung der Klägerin USD 100'000'000.– für ausservertragliche Schadenersatzansprüche (sog. punitive damages) bezahlt wurden. Mit der vorliegenden Klage macht die Klägerin Deckung aus der mit der Beklagten abgeschlossenen E&O-Versicherung in der Höhe von USD 15'000'000.– geltend. Die Beklagte schliesst auf Abweisung der Klage.

B. Prozessverlauf

Am 29. November 2019 reichte die Klägerin obgenannte Klage ein (act. 1–3/1–109). Nach Leistung des von der Klägerin mit Verfügung vom 2. Dezember 2019 einverlangten Kostenvorschusses (act. 4; act. 6) sowie Nachreichung von eingeforderten Unterlagen (act. 7–10/1–11) wurde der Beklagten am 20. Januar 2020 Frist zur Erstattung der Klageantwort angesetzt (act. 11). Mit Eingabe vom 29. Januar 2020 stellte die Beklagte Antrag auf Sicherstellung der Parteientschädigung und Abnahme der Klageantwortfrist (act. 13; act. 14/1). In der Folge wurde der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort abgenommen und der Klägerin Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben (act. 15). Nach erfolgter Stellungnahme (act. 17) wurde der Klägerin mit Verfügung vom 10. März 2020 Frist zur Sicherstellung der Parteientschädigung angesetzt (act. 18). Die Klägerin leistete die Sicherheit fristgerecht (act. 21). Mit Verfügung vom 27. März 2020 wurde der Beklagten die Frist zur Erstattung der Klageantwort neu angesetzt (act. 22). Am 10. Juli 2020 reichte die Beklagte ihre Klageantwort ein (act. 24; act. 25/1–89).

Nach Delegation des Verfahrens an den Instruktionsrichter (act. 27) fand am 16. August 2023 eine Vergleichsverhandlung statt, die zu keiner Einigung führte (Prot. S. 13 f.). Danach erstattete die Klägerin am 15. Dezember 2023 innert mit Verfügung vom 18. August 2023 angesetzter und in der Folge erstreckter Frist ihre Replik und leistete einen zusätzlichen Kostenvorschuss (act. 39; act. 41; act. 42; act. 44; act. 45/1–114). Mit Verfügung vom 8. Januar 2024 wurde daraufhin der Beklagten Frist zur Einreichung der Duplik angesetzt (act. 49). Innert erstreckter Frist (act. 51) erstattete die Beklagte mit Eingabe vom 27. Mai 2024 ihre Duplik (act. 54; act. 55/90–103). Mit Verfügung vom 3. Juli 2024 wurde die Duplik der Klägerin zugestellt und festgehalten, dass der Aktenschluss eingetreten ist (act. 57).

Am 4. September 2024 reichte die Klägerin eine ergänzende Stellungnahme ein (act. 62; act. 63/1–5). Die Beklagte liess sich dazu mit Eingabe vom 3. Oktober 2024 vernehmen (act. 65), woraufhin sich die Klägerin mit Eingabe vom 18. November 2024 (act. 68) äusserte. Letztgenannte Eingabe wurde der Beklagten am 19. November 2024 zugestellt (Prot. S. 24).

Mit Verfügung vom 4. Dezember 2024 wurde den Parteien Gelegenheit eingeräumt, auf die Durchführung einer Hauptverhandlung zu verzichten (act. 71). Mit Eingaben vom 11. Dezember 2024 bzw. 16. Dezember 2024 verzichteten die Parteien auf die Durchführung einer Hauptverhandlung (act. 73; act. 75). Das Verfahren erweist sich als spruchreif.

Erwägungen

1. Formelles

1.1. Zuständigkeit

Die internationale, örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 5 IPRG i.V.m. Art. 112 Abs. 2 IPRG; act. 1 Rz. 6 ff.; act. 24 Rz. 170; Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG ZH).

1.2. Eingaben nach Aktenschluss

Im ordentlichen Verfahren haben die Parteien zweimal unbeschränkt die Möglichkeit, sich zur Sache zu äussern und neue Tatsachen sowie Beweismittel in den Prozess einzubringen (BGE 144 III 67 E. 2). Die Klägerin liess sich nach Aktenschluss mit Eingaben vom 4. September 2024 (act. 62) und vom 18. November 2024 vernehmen (act. 68). Die Beklagte reichte am 4. Oktober 2024 ebenfalls eine Eingabe ein (act. 65). Auf die darin enthaltenen Ausführungen sowie die Zulässigkeit der Vorbringen (vgl. dazu statt vieler: ZR 113/2014 Nr. 54 S. 176 f. E. 3; KUKO ZPO-SOGO/NAEGELI, Art. 229 N 11d) wird – soweit für die Entscheidungsfindung erforderlich – im Zusammenhang mit den nachfolgenden Erwägungen einzugehen sein.

1.3. Vorbemerkung: Behauptungs-, Substantiierungs- und Bestreitungslast

In Verfahren, in denen – wie vorliegend – der Verhandlungsgrundsatz gilt, obliegt es den Parteien und nicht dem Gericht, die für die Beurteilung notwendigen Tatsachen zusammen zu tragen (Art. 55 Abs. 1 ZPO; BGE 144 III 519 E. 5.1 = Pra 108 Nr. 87). Entsprechend trifft die Parteien die Behauptungs-, Substantiierungs- und Beweislast sowie die Bestreitungslast. Die Behauptungslast folgt der Beweislast

(BGE 132 III 186 E. 4). Inwieweit Tatsachen zu behaupten und zu substantiieren sind, ergibt sich gemäss ständiger bundesgerichtlicher Rechtsprechung (statt vieler Urteil des Bundesgerichts 4A_350/2020 vom 12. März 2021, E. 6.2) einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b). Eine Tatsachenbehauptung hat nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es genügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2). Ein solchermassen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt. Voraussetzung, dass ein Tatsachenvortrag schlüssig ist, sind dessen Widerspruchsfreiheit und Vollständigkeit. Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbringen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzeltatsachen zergliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 144 III 519 E. 5; BGE 127 III 365 E. 2b).

Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann. Bezüglich unsubstantiiert vorgetragener Sachverhalte besteht kein Anspruch auf Beweisführung. Der nicht substantiiert vorgelegte Sachverhalt ist somit dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGE 129 III 18 E. 2.6 = Pra 92 Nr. 30).

2. Unbestrittener Sachverhalt sowie Überblick über die Parteistandpunkte

2.1. Unbestrittener Sachverhalt

Die Klägerin war nach ihrer eigenen Sachdarstellung bereits 2012 und ist heute immer noch eine Tochtergesellschaft der E._____ Limited. Die heutige E._____ Limited, die bis 2016 unter dem Namen J._____ Limited auftrat, schloss im Jahr

2012 im Rahmen eines sog. Versicherungstowers mehrere E&O-Versicherungen für sich und ihre Tochtergesellschaften ab. Mit diesen wurde das Risiko für Zahlungen aus Berufshaftpflicht versichert, nicht aber jenes aus Zahlungen zufolge Vertragserfüllung. Erstversicherer (sog. Primary) war die K._____ Versicherung. Im Erstversicherungsvertrag wurde ein Selbstbehalt von USD 15'000'000.– und danach ein maximaler Deckungsbetrag von USD 15'000'000.– vereinbart. Die Beklagte ist die erste Exzedentenversicherin. Sie haftet nach dem abgeschlossenen Exzedentenversicherungsvertrag nach Ausschöpfung der Deckungssumme des Primary mit einer Versicherungssumme von USD 15'000'000.–. Der Beklagten sind noch weitere Exzedentenversicherer nachgelagert. Der Versicherungstower präsentiert sich gesamthaft wie folgt (act. 1 Rz. 45 ff. und 294 ff.; act. 24 Rz. 12 ff. und 188 ff.):

Stufe	Versicherer	Versicherungssumme
7	L._____	USD 10 Mio. über USD 85 Mio.
6	M._____	USD 10 Mio. über USD 75 Mio.
5	N._____	USD 10 Mio. über USD 65 Mio.
4	O._____	USD 10 Mio. über USD 55 Mio.
3	P._____	USD 10 Mio. über USD 45 Mio.
2	Beklagte	USD 15 Mio. über USD 30 Mio.
1	K._____ Versicherung	USD 15 Mio. über USD 15 Mio.(SIR)

I._____ war bei der Klägerin mit verschiedenen zwischen 1990 und 2003 abgeschlossenen Dach- und Exzedentenversicherungspolice für allgemeine Betriebshaftpflicht versichert. I._____ ist ein Chemikalienproduzent nach dem Recht von Q._____, USA. I._____ betrieb im US-Bundesstaat H._____ ein Werk zur Herstellung von industriell verwertbarem Russ. I._____ wurde vorgeworfen, bei der Herstellung von Industrie-Russ zwischen 1971 und 2009 die Umwelt mit Emissionen, insbesondere mit Russpartikeln und Schwefelkohlenstoff, verschmutzt zu haben. Gegen I._____ wurden deswegen zwischen 2004 und 2013 mehrere Sammel- und

Individualklagen in den USA eingereicht. Die gegen I._____ eingeleiteten Verfahren wurden nach Sachdarstellung der Klägerin allesamt durch Vergleiche erledigt (act. 1 Rz. 18 f., 27 ff. und 59 ff.; act. 24 Rz. 41 ff., 60, 173 und 195 ff.).

I._____ reichte im November 2008 beim Bezirksgericht des R._____ County in H._____, USA, Klage gegen die Klägerin ein und verlangte damit insbesondere Deckung für die von ihr geleisteten Entschädigungszahlungen (sog. R._____ County Action). Die Klägerin berief sich in diesem Verfahren darauf, dass gestützt auf eine Klausel im Versicherungsvertrag, wonach das Risiko aus Ansprüchen wegen Umweltverschmutzung ausgenommen war (sog. APE-Klausel), keine Deckung bestand und stellte Antrag auf ein summary judgment. In der Folge zog I._____ die R._____ County Action zurück (act. 1 Rz. 103 ff.; act. 24 Rz. 49 ff. und 211 ff.).

Im Zuge des von rund 160 klagenden Parteien am Bezirksgericht des G._____ County gegen I._____ im Jahr 2011 eingeleiteten Verfahrens S._____ reichte I._____ am 8. Februar 2013 eine Third Party Declaration ein (sog. G._____ County Action). Mit einer solchen macht die beklagte Partei nach dem massgebenden US-Prozessrecht die im Hauptverfahren strittigen Ansprüche gegen einen Dritten geltend. I._____ richtete die Third Party Declaration gegen die Klägerin und weitere Versicherungsgesellschaften. I._____ machte mit der gegen die Klägerin gerichteten Klage nebst vertraglichen Ansprüchen auch ausservertragliche Ansprüche aus bad faith geltend.

In der Folge wurde das Third-Party-Verfahren vom Verfahren S._____ abgetrennt und es fanden Discovery statt. Die Klägerin stellte sich auch in der G._____ County Action auf den Standpunkt, dass die APE-Klausel eine Deckung ausschliesse und reichte Ende 2015 eine Motion for summary judgment in dieser Hinsicht ein. Das Bezirksgericht des G._____ County entschied gestützt auf einen entsprechenden Antrag von I._____ Ende März 2016, dass die Motion for partial summary judgment der Klägerin bis zum Abschluss der Discovery zurückgestellt wird. I._____ führte daraufhin Depositions mit Schadenssachbearbeitern der Klägerin durch. Gestützt darauf reichte I._____ am 21. November 2016 eine sog. Estoppel Motion ein und machte darin im Wesentlichen geltend, die Klägerin könne sich nicht auf die APE-Klausel berufen, da sie diese im Rahmen der Schadenssachbearbeitung nicht in-

haltlich geprüft habe. Eine erfolgreiche Estoppel Motion hat nach dem US-Prozessrecht zur Folge, dass eine Partei ihr Recht verwirkt, sich auf einen Tatbestand oder eine Rechtslage zu berufen, weil diese im Widerspruch zu ihrem früheren Verhalten steht. Die Klägerin reichte gleichentags eine konkurrierenden motion for partial summary judgment zur Frage des Vorliegens einer besonderen Schädigungsabsicht (Actual Malice Motion) ein. Das Bezirksgericht verlegte daraufhin eine Verhandlung zur Estoppel Motion auf Anfang Februar 2017 vor, ohne dass an diesem Termin auch über die Actual Malice Motion hätte verhandelt und entschieden werden sollen. Am 9./10. März 2017 schloss die Klägerin sowie die T. _____ Insurance Company und die A2. _____ Insurance Company, eine Schwestergesellschaft der Klägerin, mit I. _____ einen Vergleich ab, worin sich die genannten Parteien zur Zahlung von USD 175'000'000.– verpflichteten (act. 1 Rz. 118 ff.; act. 24 Rz. 61 ff. und 219 ff.).

Nebst der vorliegenden Klage leitete die Klägerin auch eine Schiedsklage gegen den Primary, die K. _____ Versicherung, ein. Diese Klage wurde zwischenzeitlich vom zuständigen Schiedsgericht abgewiesen (act. 44 Rz. 538; act. 54 Rz. 8 und 30).

2.2. Übersicht über die Parteistandpunkte

2.2.1. Klägerin

Die Klägerin verlangt mit der vorliegenden Klage gestützt auf den von ihrer Muttergesellschaft abgeschlossenen Exzedentenversicherungsvertrag Deckung für die im Vergleich mit I. _____ abgegoltenen ausservertraglichen Haftungsansprüche. Sie stellt sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, mit den gegen sie erhobenen ausservertraglichen Ansprüchen der I. _____ sei der Versicherungsfall eingetreten. Sie habe gestützt auf den Vergleich vom 9./10. März 2017 I. _____ USD 175'000'000.– bezahlt, wovon USD 100'000'000.– auf ausservertragliche Schadenersatzansprüche entfielen. Durch diese Zahlung sei der Layer des Primary, der K. _____ Versicherung, ausgeschöpft. Die Beklagte schulde ihr die in der Exzedentenversicherung vorgesehene Versicherungssumme von USD 15'000'000.–. Die von der Beklagten dagegen vorgebrachten Einwände seien

haltlos. Der Anspruch auf die Versicherungsleistung sei fällig, namentlich sei sie ihrer Auskunftspflicht nachgekommen. Weiter liege weder ein Verstoß gegen das Rückwärtsversicherungsverbot vor noch habe sie ihre vorvertragliche Anzeigepflicht verletzt. Zudem sei eine Versicherung von punitive damages zulässig. Schliesslich habe sie auch ihre Schadenminderungspflicht nicht verletzt (act. 1; act. 44).

2.2.2. Beklagte

Die Beklagte hält dem entgegen, die Klägerin sei bereits nicht aktivlegitimiert. Der Vergleich mit I. _____ sei von der Klägerin gemeinsam mit weiteren Gesellschaften abgeschlossen worden. Zur Zahlung verpflichtet sei damit eine Schuldnergemeinschaft. Es bleibe völlig offen und sei nicht belegt, inwiefern die Klägerin heute alleine zur Geltendmachung berechtigt sei. Auch habe die Klägerin nicht wie von ihr behauptet USD 175'000'000.– an I. _____ bezahlt. Zudem fehle es ohnehin an einer vollständigen Ausschöpfung der Versicherungsdeckung der K. _____ Versicherung. Die Klägerin lege keine Belege für eine Leistung der K. _____ Versicherung vor. Die gegen diese gerichtete Schiedsklage sei abgewiesen worden. Weiter falle der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch nicht in den zeitlichen Deckungsbereich der Exzedentenversicherung, da in der R. _____ County Action bereits im Jahr 2008 Ansprüche gegen die Klägerin geltend gemacht worden seien. Eine Schadensdeckung verstosse darüber hinaus gegen das Rückwärtsversicherungsverbot. Zudem habe beim Abschluss des Vergleiches im März 2017 für die Klägerin kein Risiko für eine Verurteilung zu punitive damages bestanden. Solche seien unabhängig davon aber ohnehin nicht versicherbar. Schliesslich sei die Klägerin ihrer Auskunftspflicht und ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen (act. 24; act. 54).

3. Anwendbares Recht

Die Parteien haben im Exzedentenversicherungsvertrag die Anwendbarkeit von Schweizer Recht vereinbart (act. 1 Rz. 284; act. 24 Rz. 362). Es gelangt damit Schweizer Recht zur Anwendung (Art. 116 Abs. 1 IPRG).

Am 1. Januar 2022 trat das revidierte VVG in Kraft. Im vorliegenden Fall ist jedoch noch vollumfänglich die frühere, bis am 31. Dezember 2021 geltende Fassung des aVVG massgebend (Übergangsbestimmungen zur Änderung vom 19. Juni 2020).

4. Ausschöpfung der Versicherungssumme des Primary

Zwischen den Parteien ist namentlich strittig, ob die der Police der Beklagten vorangehende Versicherungssumme der K. _____ Versicherung ausgeschöpft wurde. Dies ist vorab zu prüfen.

4.1. Parteistandpunkte

4.1.1. Klägerin

Die Klägerin stellt sich auf den Standpunkt, der Deckungsanspruch gegen die Beklagte setze voraus, dass die Versicherungssumme der vorangehenden Versicherung ausgeschöpft sei. Wann eine Ausschöpfung anzunehmen sei, könne je nach Versicherungsprogramm unterschiedlich geregelt sein. Eine Ausschöpfungsklausel erfülle grundsätzlich den gleichen Zweck wie ein Selbstbehalt. Nach dem Exzedentenversicherungsvertrag mit der Beklagten sei eine Ausschöpfung auch durch Zahlung von ihr, der Versicherten, möglich. Dies ergebe sich daraus, dass ausser der Beklagten sämtliche Exzedentenversicherer des Versicherungstowers explizit anerkannten, dass die vorangehende Versicherungssumme mittels Zahlung durch die Klägerin ausgeschöpft werden könne. Es handle sich um einen Grundsatz im Versicherungstower.

Dass die gegen den Primary eingeleitete Klage nicht zu einer Zahlung geführt habe, hindere die Ausschöpfung daher nicht. Die Beklagte habe sich im Unterschied zur Mehrheit der Exzedentenversicherer bewusst dazu entschieden, den hier strittigen Vertrag den ordentlichen Gerichten zu unterstellen. Wenn die Klägerin für den Nachweis der Ausschöpfung der Versicherungssumme des Primary ein Schiedsurteil vorlegen müsste, würde dies die vorgesehene Gerichtsstandsvereinbarung aushöhlen und der Versicherten die Möglichkeit entziehen, die Frage der Ausschöpfung gegenüber den einzelnen Exzedentenversicherern individuell gerichtlich beurteilen zu lassen. Es könne nicht Zweck einer Ausschöpfungsklausel sein, dass

eine Verneinung der Deckungspflicht des Primary es jedem anderen im Rahmen des Versicherungstowers zuständigen Gericht verunmögliche, die Deckung selbständig zu beurteilen. Der Versicherungstower funktioniere nur dann seinem Zweck entsprechend, wenn die Funktionsweisen der verschiedenen Policen ineinandergriffen.

Der Wortlaut von Ziff. 1.3 des Exzedentenversicherungsvertrags, wonach eine Ausschöpfung der vorangehenden Versicherungssumme nur durch (i) Zahlung, (ii) Zahlungsverprechen oder (iii) gerichtliche Feststellung der Zahlungspflicht möglich sei, scheine zwar auf den ersten Blick vermeintlich unzweideutig. Die Bestimmung könne jedoch nicht isoliert betrachtet werden, sondern müsse in den Gesamtkontext der Exzedentenversicherung und des Versicherungstowers gesetzt werden. Namentlich relativiere die Bestimmung in Ziff. 1.3. (a) die vorangehenden Voraussetzungen, wonach eine vollständige Ausschöpfung notwendig sei. Gemäss dieser Regelung sei eine Ausschöpfung auch durch Abschluss eines Vergleiches möglich, was selbst dann gelte, wenn die Vergleichssumme weit unter der vorangehenden Versicherungssumme liege. Wenn also die Klägerin mit dem Primary einen Vergleich über USD 1.– schliesse, wäre eine Ausschöpfung der Versicherungssumme in voller Höhe fingiert. Weshalb der ökonomisch praktisch gleichgelagerte Fall der Ausschöpfung durch Zahlung der versicherten Person selbst, bei dem der Primary anstatt USD 1.– nichts dazu beigetragen habe, anders zu behandeln sei, sei nicht ersichtlich. Auch rechtlich unterschieden sich die Situationen in keiner Weise, denn auch bei Vergleichen werde in aller Regel ein Zahlung ohne explizite Anerkennung einer Rechtspflicht geleistet. Zudem werde die Beklagte auch bei einer Ausschöpfung mittels Zahlung durch die Versicherte ökonomisch nicht schlechter gestellt. Funktional komme dies einer Zahlung durch den Primary gleich. Die Beklagte werde durch eine Ausschöpfung mittel Zahlung durch die Versicherte zudem insoweit bessergestellt, als dadurch die Gefahr gebannt werde, dass die Deckungspflicht aufgrund eines vertraglich vorgesehenen Grundes, wie beispielsweise der Insolvenz des vorangehenden Versicherers, herunterfalle, wie dies in Ziff. 4. des Vertrages geregelt sei.

Würde man dem Standpunkt folgen, dass die vorangehende Versicherungssumme ausnahmslos erst dann ausgeschöpft sei, wenn der Primary (i) bezahlt habe, (ii) sich zur Zahlung verpflichtet habe oder (iii) gerichtlich zur Zahlung verpflichtet worden sei, würde es sich dabei um eine Fälligkeitsabrede handeln. Eine solche Verstosse gegen Art. 41 Abs. 2 aVVG. Die genannte Bestimmung müsse sich nach ihrer ratio legis nicht nur auf das Verhalten der Beklagten, sondern auch auf jenes des Erstversicherers beziehen (act. 44 Rz. 531 ff.).

4.1.2. Beklagte

Die Beklagte stellt sich demgegenüber auf den Standpunkt, die oberen Layer eines Versicherungstowers gelangten erst dann zur Deckung, wenn sämtlichen unteren Layer vollständig ausgeschöpft seien. Ziff. 1.3 des Exzedentenversicherungsvertrags halte im Sinne einer Suspensivbedingung fest, dass die Deckung der Beklagten erst einsetze, wenn der Layer des Primary durch Zahlung, Zahlungsverprechen oder durch Urteil vollständig ausgeschöpft sei. Daran ändere auch die im Exzedentenversicherungsvertrag vorgesehene Gerichtsstandsklausel nichts. Zudem bestehe im Versicherungstower auch nicht wie von der Klägerin vorgebracht der Grundsatz, dass die Versicherungssumme durch Zahlung der Versicherten ausgeschöpft werden könne. Die Klägerin müsse daher belegen, dass sie einen Schaden von über USD 30'000'000.– habe und der Layer der K._____ Versicherung durch Zahlung, Zahlungsverprechen oder Urteil über USD 15'000'000.– vollständig ausgeschöpft worden sei. Die Klägerin lege keine dieser Voraussetzungen dar. Vielmehr sei die Schiedsklage gegen die K._____ Versicherung abgewiesen worden. Die weiteren in der Police vorgesehenen Möglichkeiten zur Ausschöpfung bei einem Vergleich mit dem Versicherer des unteren Layers, bei einer Insolvenz des Versicherers des unteren Layers oder bei parallelen Deckungen seien weder gegeben noch behauptet (act. 24 Rz. 25 ff.; act. 54 Rz. 24 ff.).

4.2. Rechtliches zur Vertragsauslegung

Bei der Auslegung vertraglicher Bestimmungen ist in erster Linie der übereinstimmende wirkliche Parteiwillen bei Vertragsschluss massgebend. Wenn ein solcher nicht festgestellt werden kann, sind in zweiter Linie zur Ermittlung des mutmassli-

chen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips auszulegen. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es also nicht bei einer reinen Wortauslegung sein Bewenden haben. Vielmehr sind die Erklärungen der Parteien so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Gericht hat auch den vom Erklärenden verfolgten Regelungszweck zu beachten, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 m.w.H).

Im Versicherungsvertrag regelt Art. 33 aVVG, dass der Versicherer für alle Ereignisse haftet, welche die Merkmale der versicherten Gefahr an sich tragen, es sei denn, dass der Vertrag einzelne Ereignisse in "bestimmter, unzweideutiger Fassung" von der Versicherung ausschliesst. Es ist somit am Versicherer, die Tragweite der Verpflichtung, die er eingehen will, genau zu begrenzen. Die Unklarheitsregel von Art. 33 aVVG kommt jedoch nur subsidiär zur Anwendung, wenn sämtliche übrigen Auslegungsmittel versagen. Es genügt mithin nicht, dass die Parteien über die Bedeutung einer Erklärung streiten, sondern es ist vorausgesetzt, dass die Erklärung nach Treu und Glauben auf verschiedene Weise verstanden werden kann und es nicht möglich ist, den Zweifel mit den übrigen Auslegungsmitteln zu beseitigen (BGE 148 III 57 E. 2.2.2. m.w.H).

4.3. Würdigung

4.3.1. Auslegung des Exzedentenversicherungsvertrags

Ziff. 1.3 des Exzedentenversicherungsvertrags lautet wie folgt (act. 3/3 S. 7 f.; act. 25/18 S. 7 f.):

"1.3. Except as provided specifically to the contrary in this Policy, the Insurers shall have no liability to make payment for any Loss under this Policy until the Underlying Limit has been completely eroded by amounts which the insurers of the Underlying Policy(ies):

- (i) shall have paid; or,

- (ii) shall have agreed to pay; or,
- (iii) shall have had their liability to pay established by judgment, arbitration award or other final binding adjudication;

whichever of (i) to (iii) above as shall occur first. Furthermore, in determining whether and to the extent to which erosion has occurred,

- (a) where, as part of any agreement to pay losses under an Underlying Policy, an insurer agrees to pay an amount which is less than the applicable limit of liability thereunder on terms that such payment shall be treated as or equivalent to payment in full of such limit of liability, the Insurers will pay Loss under this Policy as if such insurer had paid the applicable limit of liability in full. However, in such circumstances, the Insurers shall pay Loss only to the extent that, in the absence of agreement of the kind referred to in the previous sentence, the Loss of the Insured would have exceeded the Underlying Limit.
- (b) where any insurer of an Underlying Policy is or becomes Insolvent with the result that it does not pay, or is unable to agree to pay, or is unable to participate in proceedings by which the liability of other insurers of the Underlying Policy is established, then the relevant insurer(s) will be deemed to have paid or to have agreed to pay or to have had their liability established, but only in the event that either
 - (i) any other insurer participating on the relevant Underlying Policy pays, agrees to pay or has its liability established by judgment, arbitration award or other final binding adjudication (whichever shall occur first); or
 - (ii) the Insured establishes that the Insurers would be liable hereunder but for the Insolvency.
- (c) Insurers will recognise the erosion of the Underlying Limit by any payment made in respect of losses by reason of cover provided by any Underlying Policy whether or not such cover is also provided by this Policy
- (d) where any Underlying Policy (other than the Primary Policy) provides cover which is more restrictive than the cover provided hereunder then, notwithstanding the absence of any liability on the part of the insurers of such Underlying Policy for some or all of any loss, such Underlying Policy shall, for the purposes of the operation of this Policy, be deemed to have been eroded by such loss to the extent that it constitutes Loss
- (e) Insurers will recognise the erosion of the Underlying Limit by the operation of one or more Relevant Provisions."

Zunächst ist festzustellen, dass sich die Parteien nicht auf einen wirklichen übereinstimmenden Willen berufen. Die streitgegenständliche Exzedentenversicherung ist demnach nach dem Vertrauensprinzip auszulegen.

Nach dem klaren Wortlaut von Ziff. 1.3 der Exzedentenversicherung wird die Beklagte nur und erst leistungspflichtig, wenn die vorangehende Police des Primary vollständig entweder (i) durch Zahlung des Primary, (ii) durch Zahlungsverprechen des Primary oder (iii) durch gerichtlich bzw. schiedsgerichtlich festgestellte Zahlungsverpflichtung des Primary ausgeschöpft wurde. Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang, dass eine Leistungspflicht der Beklagten ohne Erfüllung dieser Voraussetzungen einzig besteht, wenn dies explizit im Exzedentenversicherungsvertrag vorgesehen ist ("Except as provided specifically to the contrary in this Policy"). Eine solche Ausnahme findet sich namentlich im zweiten Teil der zu beurteilenden Klausel, worin insbesondere festgehalten wird, dass eine vollständige Ausschöpfung der Deckung des Primary in Fällen (a) eines Vergleichs mit dem Primary unter dessen Deckungslimite und (b) bei Insolvenz des Primary fingiert wird. Dass auch eine Zahlung der Versicherten die Leistungspflicht auslöst, lässt sich daraus nicht entnehmen.

In systematischer Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass in jedem Layer des Versicherungstowers ein selbständiger Versicherungsvertrag abgeschlossen wird. Für die Beurteilung, ob und unter welchen Voraussetzungen Deckung besteht, ist einzig der Versicherungsvertrag des entsprechenden Layers relevant (GROLIMUND, Versicherungsvertragsrecht, SPR Bd. XIII, 1. Aufl. 2023, Rz. 621; vgl. auch KOSICH, die Exzedentenversicherung, S. 77 f. und 81; HENNING, Grundlagen der Exzedentenversicherung, S. 64). Wie die übrigen Exzedentenversicherungsverträge die Leistungspflicht des Versicherers definieren und ob im Rahmen dieser der Grundsatz besteht, dass eine Zahlung des Versicherers für die Ausschöpfung des vorangehenden Layers genügt, ist daher nicht von Bedeutung. Im Übrigen sind die entsprechenden Regelungen ohnehin nicht einheitlich (vgl. act. 44 S. 293 ff.; act. 54 Rz. 35 ff.). Vor diesem Hintergrund lässt sich auch aus der im streitgegenständlichen Exzedentenversicherungsvertrag vorgesehenen Gerichtsstandsklausel zu Gunsten der ordentlichen Gerichts nichts zur Auslegung der strittigen Klausel ablei-

ten. Vielmehr ist es Sache des jeweils befassten Gerichts – sei es ein Schiedsgericht oder ein ordentliches Gericht – nach Massgabe des jeweiligen Vertrages unabhängig zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine Ausschöpfung des bzw. der vorangehenden Layer sowie jene für eine Deckung erfüllt sind oder nicht. Eine selbständige Beurteilung der Leistungspflicht gegenüber sämtlichen Versicherern ist ohne Weiteres möglich. Aus der systematischen Auslegung ergeben sich damit keine Hinweise, dass eine Ausschöpfung der Versicherungssumme des Primary über den Wortlaut hinaus auch durch Zahlung der Klägerin möglich ist.

Charakteristisch für einen Exzedentenversicherungsvertrag sind einerseits sog. Following-form Abreden und andererseits sog. Attachment-point Klauseln. Mit ersteren wird der sachliche Deckungsumfang einer Versicherung geregelt, was regelmässig durch Verweis auf vorangehende Policen erfolgt. Letzteres dient dazu, die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers sowohl in Bezug auf den Betrag, ab welchem er zur Leistung verpflichtet ist, als auch die Bezugnahme und Anforderungen an die Leistung der vorangehenden Versicherer zu konkretisieren (KOSICH, a.a.O., S. 77 ff.).

Bei der zu beurteilenden Ziff. 1.3. des Exzedentenversicherungsvertrags handelt es sich um eine Attachment-point Vereinbarung. Vorliegend zu untersuchen ist die Frage der Ausschöpfung und damit das Verhältnis zum Primary und die mit Blick auf dessen Leistung bestehenden Voraussetzung für den Eintritt der Leistungspflicht der Beklagten. Im Rahmen des Exzedentenversicherungsvertrags kann von den Parteien frei vereinbart werden, ob und gegebenenfalls inwiefern für die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers auf die Leistungen des Primary abzustellen ist, oder, ob auf eine Bezugnahme auf den Erstversicherungsvertrag verzichtet wird und entsprechend die Leistungspflicht des Exzedentenversicherers unabhängig von jener des Primary ist (KOSICH, a.a.O., S. 83 und 95). Wie bereits dargelegt, wurde in Ziff. 1.3 des zu behandelnden Exzedentenversicherungsvertrags explizit an die Leistungspflicht des Primary angeknüpft. Die zwischen den Parteien abgeschlossene Exzedentenversicherung ist damit der Erstversicherung nachgelagert und stellt eine *Ergänzung* zu dieser dar. Gerade nicht Zweck ist es demgegenüber – ausgenommen die speziell in der Vereinbarung geregelten Fälle – einen *Ausfall*

des Primary aufzufangen. Vielmehr ist der vorliegenden Versicherung der Zweck inhärent, dass die Beklagte nur und erst zur Leistung verpflichtet ist, wenn der Erstversicherer seine Leistung erbracht hat resp. dazu verpflichtet wurde. Es genügt nicht, sich für die Ausschöpfung des Primary-Layers darauf zu berufen, dass aus der Erstdeckung keine Leistung verlangt werden konnte (vgl. GROLIMUND, a.a.O., Rz. 622; KOSICH, a.a.O., S. 83 ff.; SCHIMIKOWSKI, Versicherungsvertragsrecht, 7. Aufl., Rz. 502). Der Zweck der streitgegenständlichen Ziff. 1.3 deckt sich folglich mit den nach dem Wortlaut bestehenden Voraussetzungen zum Eintritt der beklag-tischen Leistungspflicht.

Eine davon abweichende Regelung, dass die Leistungspflicht der Beklagten grund-sätzlich unabhängig von jener des Primary ist, fehlt im strittigen Exzedentenversi-cherungsvertrag. Dieser sieht lediglich gewisse Fälle vor, in denen im Sinne einer Ausnahme eine Ausschöpfung anzunehmen ist. Dass darin der Fall eines Ver-gleichs mit dem Erstversicherer erwähnt wird und entsprechend – streng nach dem Wortlaut der Ausnahmebestimmung – bei einem Vergleich über USD 1.– von einer genügenden Ausschöpfung auszugehen wäre, ändert daran nichts. Grundprinzip des Exzedentenversicherungsvertrags ist, dass die Leistung der Beklagten erst ge-schuldet ist, wenn der Primary seine Leistung erbracht hat. Dies kann nicht übergan-gen werden.

Nach dem Gesagten ist Ziff. 1.3 des Exzedentenversicherungsvertrags nach Treu und Glauben so zu verstehen, dass die Versicherungssumme des Primary – aus-genommen die hier nicht relevanten Ausnahmefälle – nur durch (i) Zahlung des Primary, (ii) Zahlungsverprechen des Primary oder (iii) Gerichts- oder Schiedsge-richtsurteil, das den Primary zur Zahlung verpflichtet, ausgeschöpft werden kann. Bei diesem Auslegungsergebnis besteht kein Raum für eine Anwendung von Art. 33 aVVG.

4.3.2. Kein Verstoss gegen Art. 41 aVVG

Nach Art. 41 Abs. 2 aVVG ist eine Vertragsabrede, dass ein Versicherungsan-spruch erst nach Anerkennung durch das Versicherungsunternehmen oder nach rechtskräftiger Verurteilung des Versicherungsunternehmens fällig wird, ungültig.

Diese Bestimmung verbietet nur Abreden, wonach die Fälligkeit der Versicherungsleistung von der Anerkennung durch resp. der Verurteilung *des Versicherers* abhängig ist. Mit dem vorliegenden Exzedentenversicherungsvertrag wird die Leistungspflicht der Beklagten von der Zahlung durch den Erstversicherer resp. dessen Zahlungsverpflichtung durch Urteil und damit von *einem Dritten* abhängig gemacht. Dies wird von Art. 41 Abs. 2 VVG nicht ausgeschlossen. In Fällen, in denen die Leistungspflicht des Versicherers wie im Rahmen der vorliegenden Exzedentenversicherung bis zur Zahlung oder Zahlungsverpflichtung des Erstversicherers in Zweifel steht, darf die Leistungspflicht aufgeschoben werden (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_196/2019 vom 10. Juli 2019, E. 2.2. zum Fall, bei dem die Fälligkeit von der rechtskräftigen Erledigung eines Strafverfahrens abhängig war). Bei dieser Sachlage erübrigt es sich, zu klären, ob Ziff. 1.3 des Exzedentenversicherungsvertrags überhaupt eine Fälligkeitsabrede im Sinne von Art. 41 Abs. 2 aVVG darstellt.

4.3.3. Anwendung auf den zu beurteilenden Fall

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass eine Leistungspflicht der Beklagten einzig besteht, wenn der Primary, die K._____ Versicherung, die im Grundversicherungsvertrag vorgesehene Versicherungssumme von USD 15'000'000.– (i) vollständig bezahlt hat, (ii) sich zur Zahlung der gesamten Summe verpflichtet hat oder (iii) durch Gerichts- oder Schiedsgerichtsurteil zur Zahlung der kompletten Versicherungssumme verurteilt wurde.

Es ist unbestritten, dass die von der Klägerin gegen die K._____ Versicherung eingereichte Schiedsklage abgewiesen wurde und letztere weder eine Zahlung geleistet noch ein Zahlungsverprechen abgegeben hat. Damit fehlt es an einer Ausschöpfung der Versicherungssumme des Primary. Die Beklagte schuldet daher bereits aus diesem Grund die Versicherungssumme nicht. Die Klage ist entsprechend abzuweisen.

4.4. Zahlung der Vergleichssumme nicht belegt

Selbst wenn dem Verständnis der Klägerin zu folgen wäre, dass eine Ausschöpfung der Versicherungssumme des Primary (auch) durch klägerische Zahlung möglich ist, gelingt es der Klägerin ohnehin nicht, aufzuzeigen, dass eine entsprechende Zahlung von mindestens USD 30'000'000.– für ausservertragliche Ansprüche erfolgt ist:

4.4.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht geltend, die im Vergleich vorgesehene Zahlung von USD 175'000'000.–, wovon USD 100'000'000.– auf ausservertragliche Ansprüche entfielen, sei am 31. März 2017 durch die J. _____ Insurance Company geleistet worden. Diese Gesellschaft der E. _____-Gruppe tätige Zahlungen auf Rechnung verschiedener Gruppengesellschaften. Die Forderung sei ihr danach konzernintern als Verbindlichkeit belastet worden und bei ihr als Verlust verbucht worden. Daran ändere nichts, dass im Jahresabschluss 2017 "nur" ein Verlust von USD 20'000'000.– für "Claims related extra contractual obligations and bad faith losses stemming from lawsuits" ausgewiesen worden sei. Es handle sich dabei ganz einfach um die Höhe des gesamten ausservertraglichen Schadens von USD 100'000'000.– abzüglich der erwarteten Versicherungsdeckung der E&O-Versicherer (act. 44 Rz. 372 ff.).

Die Beklagte bestreitet, dass eine Zahlung von USD 175'000'000.– durch die Klägerin erfolgt ist. Aus dem eingereichten E-Mail der U. _____ Holdings über die Zahlungsauslösung gehe nicht hervor, durch wen, in wessen Auftrag und auf welcher Grundlage die Zahlung erfolgt sei. Auch aus dem eingereichten Detailreport ergebe sich kaum, dass die Zahlung wie behauptet von der J. _____ Insurance Company ausgelöst und der Klägerin belastet worden sei. Das Blatt weise zudem Schwärzungen auf. Völlig offen bleibe zum Beispiel, ob die Klägerin den Betrag von USD 175'000'000.– bei sich am Schluss fix verbucht habe, oder ob eine andere Partei sie für den Betrag ganz oder teilweise entschädigt habe. Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass der gesamte bezahlte Betrag auf ein Konto "Direct Paid Loss - Production" einbezahlt worden sei. Die Klägerin habe in ihrem Jahresabschluss 2017 aber lediglich einen Verlust von USD 20'000'000.– für "Claims related extra contractual obligations and bad faith losses stemming from

lawsutis" deklariert. Sie bestreite mit Nichtwissen, dass die Klägerin davon die Versicherungsleistungen in Abzug gebracht habe (act. 24 Rz. 165 f. und 312; act. 54 Rz. 43 und 183 ff.).

4.4.2. Würdigung

Die Ausschöpfung der Versicherungssumme ist eine anspruchbegründende Tatsache, für welche die Beweislast der Klägerin obliegt (Art. 8 ZGB). Anwendbar ist das Regelbeweismass, zumal in Bezug auf den Nachweis der erfolgten Zahlung bzw. der im Zuge dessen entstandenen konzerninternen Schuld keine Beweisnot besteht. Die Klägerin offeriert zum Beweis ein E-Mail von V. _____ von der U. _____ Holding (act. 45/61) sowie einen Detailreport zum Journaleintrag vom 30. März 2017 (act. 45/62; act. 44 Rz. 373 f.).

Im E-Mail von V. _____ wird festgehalten, dass die E. _____ Treasury Operations bestätige, dass eine Zahlung von USD 175'000'000.– zugunsten von I. _____ ausgelöst worden sei (act. 45/61). Aus dem weiter eingereichten Detailreport ist ersichtlich, dass der J. _____ Insurance Company eine Zahlung von USD 175'000'000.– belastet und ihr im Gegenzug eine Forderung gegen die Klägerin in dieser Höhe als Aktivum eingebucht wurde. Bei der Klägerin wurde eine Schuld gegen die J. _____ Insurance Company in der erwähnten Höhe verbucht und diese dem Konto "Direct Paid Loss - Production" belastet (act. 45/62).

Aufgrund dessen ist erstellt, dass die J. _____ Insurance Company eine Zahlung von USD 175'000'000.– an I. _____ geleistet hat. Nicht belegt ist durch die von der Klägerin offerierten Beweismittel demgegenüber, dass die gesamte Zahlung letztlich auch der Klägerin belastet wurde. Zwar hält der Detailreport fest, dass bei der Klägerin eine Verbindlichkeit in der Höhe von USD 175'000'000.– begründet und dies als Verlust verbucht wurde. Dies steht aber – wie die Beklagte zutreffend vorbringt – im Widerspruch zur von der Klägerin in ihrem Jahresabschluss 2017 gemachten Angabe, dass sie in diesem Jahr einen Verlust für "Claims related extra contractual obligations and bad faith losses stemming from lawsuits" von lediglich USD 20'000'000.– erlitten hat und nicht wie von ihr im vorliegenden Verfahren geltend gemacht in der Höhe von USD 100'000'000.– (act. 24 Rz. 166; act. 44 Rz. 375;

act. 54 Rz. 184; act. 25/77). Die klägerische Behauptung, dass sich letztere Zahl nach Abzug der beantragten und zu erwartenden Versicherungsdeckung von USD 80'000'000.– vom gesamten ausservertraglichen Schaden ergebe (act. 44 Rz. 376), wird von der Beklagten bestritten (act. 54 Rz. 184). Die Klägerin offeriert keinerlei Beweismittel zum Nachweis der entsprechenden Buchungen resp. Vorgänge. Hinzu kommt, dass im Detailreport zur Zahlung der J._____ Insurance Company sechs von insgesamt zehn Buchungen geschwärzt sind. Es kann daher gestützt auf diesen nicht beurteilt werden, ob die Klägerin zur Abgeltung der Schuld gegenüber der J._____ Insurance Company Zahlungen von anderen Gesellschaften erhalten hat bzw. diese Schuld weiterverbucht hat. Gesamthaft lässt sich aufgrund der von der Klägerin selbst in ihrem Jahresreport gemachten Aussage sowie des nicht abschliessend bekannten Detailreports nicht ausschliessen, dass sich die Schuld der Klägerin nach der Verbuchung der Verbindlichkeit von USD 175'000'000.– resp. der hier relevante von der Klägerin behauptete ausservertragliche Anteil von USD 100'000'000.– zufolge Zahlungen von anderen Gesellschaften oder Weiterverbuchungen auf USD 20'000'000.– reduziert hat. Der Klägerin gelingt daher der Nachweis nicht, dass sie I._____ mindestens USD 30'000'000.– für ausservertragliche Schadenersatzansprüche bezahlt hat. Die Klage ist auch aus diesem Grund abzuweisen.

5. Versicherungsdeckung

Die Klage dringt auch aus einem weiteren Grund nicht durch: Die Parteien sind sich einig, dass unter der streitgegenständlichen Exzedentenversicherung Deckung besteht für Schäden, die bei der Klägerin aufgrund eines abgeschlossenen Vergleichs eingetreten sind, nachdem gegen sie ausservertragliche Ansprüche von Dritten erhoben wurden (act. 1 Rz. 310 ff.; act. 24 Rz. 33). Die Klägerin stützt sich dafür auf den mit I._____ abgeschlossenen Vergleich über USD 175'000'000.–. Strittig ist dabei insbesondere, ob die Klägerin die gesamte Vergleichssumme und damit auch den von ihr behaupteten Anteil von USD 100'000'000.– für ausservertragliche Schadenersatzansprüche alleine zu tragen hat oder ob die Vergleichssumme auch von weiteren involvierten Parteien zu leisten ist.

5.1. Parteistandpunkte

Die Klägerin macht geltend, neben ihr seien auch die T.____ Insurance Company und die A2.____ Insurance Company, eine Schwestergesellschaft von ihr, Parteien des Vergleichs mit I.____. Es sei davon auszugehen, dass I.____ im Prozess gegen die Klägerin die Wahl zugestanden hätte, welche Police sie dem Anspruch zugrunde legen wolle (sog. all summ Zuweisung). Im Vergleich sei vorgeesehen gewesen, dass die Klägerin den Vergleichsbetrag nach ihrem eigenen Ermessen aufteilen könne. Der Vergleichsbetrag sei dabei vollständig den von den Klägerin ausgestellten oder von ihr übernommenen Policen belastet worden. Bei den Policen der A2.____ handle es sich um Exzedentenversicherungen. Diese seien nicht betroffen gewesen, da die diesen Versicherungsjahren zugewiesenen Beträge die jeweiligen Anknüpfungspunkte nicht erreicht hätten. Die A2.____ habe zudem zur Ausräumung letzter Zweifel allfällige Deckungsansprüche an die Klägerin abgetreten. Die Police der T.____ Company sei im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung von ihr am 1. Januar 1993 übernommen worden. Auf diese sei aber ohnehin kein Deckungsbetrag entfallen. Die Versicherer seien mit E-Mail vom 24. März 2017 über die Allokation auf die verschiedenen Policen informiert worden (act. 1 Rz. 162 ff.; act. 44 Rz. 377 ff. und S. 286 ff.).

Die Beklagte bestreitet, dass der gesamte Vergleichsbetrag den Policen der Klägerin zugewiesen worden sei. Wie die Klägerin selber vorbringe, seien nebst ihr insbesondere auch die A2.____ und die T.____ Insurance Company beteiligt gewesen. Welche Rolle diese beim Vergleich gespielt hätten, bleibe völlig unklar. Sie bestreite auch mit Nichtwissen, dass I.____ im Prozess die anwendbaren Policen hätte auswählen können. Nach dem Vergleich habe "A.____" die Aufteilung vornehmen können, was gemäss der dortigen Definition nebst der Beklagten auch die A2.____ und die T.____ Insurance Company umfasse. Die Klägerin sei daher nicht berechtigt, alleine eine Zuteilung vorzunehmen. Die Klägerin verweise zum Nachweis auf eine selbstproduzierte Excelliste, bei der es sich um eine blosser Parteibehauptung handle. Auch wenn die A2.____ allfällige Ansprüche an die Klägerin abgetreten habe, bleibe es dabei, dass mit der T.____ Insurance Company

mindestens eine weitere Partei am Vergleich beteiligt gewesen sei (act. 24 Rz. 248 ff.; act. 54 Rz. 186 ff.).

5.2. Würdigung

Unbestritten ist, dass am Vergleich mit I._____ nebst der Klägerin insbesondere auch die A2._____ Insurance Company sowie die T._____ Insurance Company beteiligt waren. Entgegen der Sachdarstellung der Klägerin sieht der mit I._____ abgeschlossene Vergleich nicht vor, dass die Klägerin alleine über die Zuteilung der Vergleichssumme entscheiden kann. Vielmehr wird dieses Recht in Ziff. III. 3.5 "A._____" eingeräumt, was nach der im Vergleich in Ziff. I. B. enthaltenen Definition nebst der Klägerin namentlich auch die A2._____ Insurance Company und die T._____ Insurance Company beinhaltet (act. 3/9 S. 1 und 8). Eine Aufteilung im Innenverhältnis der im Vergleich kollektiv als "A._____" bezeichneten Parteien hat damit nach Ermessen *sämtlicher verpflichteter Parteien* zu erfolgen ("I._____ and W._____ agree that A._____ shall allocate the Settlement Amount in the manner A._____ deems appropriate"; act. 3/9 S. 8).

Zur Aufteilung der Vergleichssumme im Innenverhältnis der aus dem Vergleich verpflichteten Parteien kann die Klägerin entsprechend entweder eine tatsächlich erfolgte Zuweisung aufzeigen oder behaupten und gegebenenfalls beweisen, weshalb die gesamte auf die ausservertraglichen Ansprüche entfallende Vergleichssumme ihr bzw. von ihr übernommene Policen zuzuordnen ist.

5.2.1. Erfolgte Zuweisung auf die Policen der Klägerin

Zur Zuweisung im Innenverhältnis der erwähnten Parteien macht die Klägerin geltend, der volle Vergleichsbetrag sei ihren bzw. von ihr übernommene Policen zugewiesen worden. Die Klägerin stützt sich damit hauptsächlich auf eine bereits erfolgte Zuteilung der Vergleichssumme. Dies wird von der Beklagten bestritten.

Die Klägerin gründet ihre Behauptung im Kern auf eine den Versicherern mit E-Mail vom 24. März 2017 über ihren Broker zugestellte Auflistung zur Aufteilung auf die unterschiedlichen Policen (act. 1 Rz. 164 ff.; act. 44 S. 286 f.; act. 3/78; act. 3/79). Damit sowie mit den weiteren von ihr angebotenen Beweismittel kann sie die von

ihr vorgebrachte Zuweisung nicht beweisen, selbst wenn von einem reduzierten Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit (vgl. act. 1 Rz. 298 ff.; act. 44 Rz. 632 ff.) auszugehen wäre:

Aus der von der Klägerin erwähnten E-Mail Nachricht von AA._____, einem Mitarbeiter ihres Brokers, geht einerseits hervor, dass es sich bei der Auflistung um ein von E._____ und damit vom klägerischen Konzern erstelltes Dokument handelt (act. 3/78 S. 1). Andererseits ist hervorzuheben, dass die klägerische Auflistung gemäss der dem E-Mail von AA._____ vorangehenden Nachricht der E._____ - Gruppe lediglich ein "Worksheet" ist (act. 78 S. 2). Auch aus der angehängten Übersicht zur Aufteilung auf die unterschiedlichen Policen zeigt sich, dass es sich um eine bloss vorläufige Aufteilung handelt, zumal diese den Titel "Draft Allocation" trägt und der Dateiname "AB._____ Draft Allocation 20170320 – *In progress* [Hervorhebung durch das Gericht]" lautet (act. 3/79). Die vorgelegten Urkunden weisen damit höchstens eine provisorische Zuweisung der Vergleichssumme auf die unterschiedlichen Versicherer aus. Ob und inwiefern diese Zuweisung definitiv wurde, ist weder behauptet noch belegt. Hinzu kommt sodann, dass sich darin in keiner Weise zeigt, dass auch die T._____ Insurance Company, deren Mitwirkung für eine Aufteilung unter den verpflichteten Parteien des Vergleichs zwingend wäre, an dieser Aufteilung beteiligt war bzw. sich damit einverstanden erklärte. Die Prozessrisikoanalyse der Klägerin vom 20. März 2017 enthält im Übrigen dieselben Zahlen zur Aufteilung der Vergleichssumme (act. 3/80 S. 5), was deutlich macht, dass es sich bei der von der Klägerin behaupteten Aufteilung um eine einseitige Handlung ihrerseits ohne den Einbezug insbesondere der T._____ Insurance Company handelt.

Die weiteren von der Klägerin offerierten Beweismittel (Third Party Complaint von I._____ vom 8. Februar 2013 act. 3/25; Schreiben der E._____ vom 24. März 2017 act. 3/71; diverse eingereichte Policen und Notice and Certificate of Assumption act. 45/63–65, act. 45/67–72 und act. 45/74; Second Amended Answer zu I._____s Second Amended Third-Party Complaint vom 22. Mai 2014 act. 45/66; Schreiben der A._____ Speciality Group vom 22. November 1993 act. 45/73) äussern sich überhaupt nicht zur Aufteilung der Vergleichssumme und können die klägerische

Behauptung damit auch nicht belegen. Es bestehen damit keine Anhaltspunkte, dass die Vergleichssumme unter Mitwirkung aller verpflichteter Parteien im Innenverhältnis vollständig der Klägerin zugewiesen wurde. Eine bloss einseitige Aufteilung der Vergleichssumme durch die Klägerin kann nicht genügend, um einen bei der Klägerin alleine entstandenen Schaden aus dem Vergleich zufolge aussergerichtlicher Haftung in der Höhe von USD 100'000'000.– zu beweisen. Daran ändert auch die Abtretung allfälliger Ansprüche durch die A2. _____ an die Klägerin nichts, denn mit der T. _____ Insurance Company verbleibt auch dann noch eine aus dem Vergleich verpflichtete Drittpartei. Bei diesem Beweisergebnis kann offen bleiben, ob das Regelbeweismass oder bloss jenes der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erfüllt ist.

5.2.2. Aufteilung auf die im Vergleich verpflichteten Parteien

Die Beklagte hat die von der Klägerin vorgenommene Aufteilung der behaupteten Zahlung für ausservertragliche Ansprüche auf ihre resp. die von ihr übernommenen Policen bestritten (act. 24 Rz. 248 ff.; act. 54 Rz. 186 ff.). Es obliegt damit der Klägerin, die von ihr behauptete Aufteilung so detailliert zu behaupten, dass darüber Beweis abgenommen werden kann.

Die Klägerin bringt zur Begründung der Aufteilung vor, I. _____ hätte im Prozess auswählen können, welche Policen auf ihre Forderungen Anwendung finden sollten. Sie sei davon ausgegangen, dass I. _____ einige oder alle Policen der letzten vier Versicherungsjahre wählen würde, da diese die höchsten jährlichen Versicherungssummen von je USD 50'000'000.– vorsähen. Sie habe daher den Hauptteil des Vergleichsbetrags angemessenerweise gleichmässig auf diese letzten vier Versicherungsjahre aufgeteilt. Den Policen der A2. _____ sowie der T. _____ Insurance Company sei nichts zugeteilt worden, da die jeweiligen Anknüpfungspunkte nicht erreicht gewesen seien (act. 44 S. 287 f.).

Damit stellt die Klägerin keine genügenden Behauptungen zur Aufteilung der Vergleichssumme auf. Sie begründet die Aufteilung der Vergleichssumme gänzlich mit Überlegungen zur Zuordnung der vertraglichen Deckungspflicht gegenüber I. _____, bezieht sie sich doch einzig auf die vertraglichen Deckungssumme der

jeweiligen Policenjahre sowie die Anknüpfungspunkte der vertraglichen Deckung. Die von der Klägerin tabellarisch vorgebrachte Aufteilung auf die unterschiedlichen Parteien und Policen zeigt, dass dem jeweiligen Jahr und der jeweiligen Police sowohl für die vertraglichen als auch für die ausservertraglichen Schäden durchwegs derselbe Prozentsatz der – nach den klägerischen Behauptungen – zugehörigen Teilsumme des Vergleichs zugewiesen wurde (act. 44 S. 287; z.B. Nrn. 168, 170, 172 und 175 je 24.48784%). Es wird von der Klägerin nicht dargelegt, dass bzw. inwiefern die von ihr vorgebrachte Aufteilung der vertraglichen Deckungssumme auch für den hier relevanten ausservertraglichen Schadenersatzanspruch massgebend sein soll. Dies ist auch nicht ersichtlich, zumal ausservertragliche Schadenersatzansprüche andere Tatbestandsvoraussetzungen aufweisen und von den vertraglichen Deckungsansprüchen unabhängig sind. Es greift zu kurz, die behauptete Aufteilung der vertraglichen Deckungsansprüche unbesehen auf die ausservertraglichen Ansprüche zu übertragen. Im Übrigen bleibt ohnehin auch bei der Aufteilung der vertraglichen Deckungsansprüche unklar, weshalb bei den Policen der A2._____ und der T._____ Company der Anknüpfungspunkt nicht erreicht sein soll. Die Klägerin behauptet in dieser Hinsicht namentlich den konkreten Betrag des Anknüpfungspunktes nicht.

5.2.3. Fazit

Der Klägerin gelingt es weder eine im Einverständnis aller verpflichteter Personen erfolgte Zuweisung nachzuweisen noch darzulegen, weshalb der gesamte Vergleichsbetrag auf ihre bzw. von ihr übernommene Policen entfallen ist.

6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen

Die Beklagte ist aus dem Exzedentenversicherungsvertrag nur leistungspflichtig, wenn die Versicherungssumme des Erstversicherers ausgeschöpft wurde. Eine Ausschöpfung ist durch Zahlung, Zahlungsverprechen oder gerichtliche- bzw. schiedsgerichtliche Verpflichtung des Erstversicherers möglich. Da die Klage der Klägerin gegen den Erstversicherer von einem Schiedsgericht abgewiesen wurde und weder eine Zahlung noch ein Zahlungsverprechen des Primary vorliegt, fehlt es an einer Ausschöpfung der Versicherungssumme des Erstversicherers. Zudem

ist weder die Zahlung der Vergleichssumme von USD 175'000'000.– durch die Klägerin noch die von der Klägerin behauptete vollständige Zuweisung der Vergleichssumme an sie belegt. Die Klage ist abzuweisen.

7. Kosten- und Entschädigungsfolgen

7.1. Streitwert und Gerichtskosten

Nach Art. 91 Abs. 1 ZPO bestimmt sich der Streitwert nach dem Rechtsbegehren. Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 15'000'000.– (entsprechend USD 15'000'000.– im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit).

Ausgangsgemäss sind die Kosten der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Die auf Basis des Streitwerts errechnete Grundgebühr beträgt rund CHF 145'750.– (§ 2 Abs. 1 lit. a und § 4 Abs. 1 GebV OG). Unter Berücksichtigung des Umfangs sowie der Komplexität des Falles rechtfertigt es sich, die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 GebV OG um einen Drittel auf Fr. 194'350.– zu erhöhen. Entsprechend ist die Gerichtsgebühr auf CHF 194'350.– festzusetzen und aus den von der Klägerin geleisteten Kostenvorschüssen zu beziehen (Art. 111 ZPO).

7.2. Parteientschädigungen

Die Höhe der Parteientschädigung wird nach der Anwaltsgebührenverordnung vom 8. September 2010 (AnwGebV) bestimmt. Sie setzt sich aus der Gebühr und den notwendigen Auslagen zusammen (§ 1 Abs. 2 AnwGebV). Die Grundgebühr ist mit der Begründung oder Beantwortung der Klage verdient; für jede weitere Rechtschrift oder Verhandlung ist ein Zuschlag zu gewähren (§ 11 Abs. 1 und 2 AnwGebV).

Gestützt auf den Streitwert beträgt die Grundgebühr rund CHF 131'400.–. Aufgrund der Schwierigkeit und Komplexität des Falles mit Auslandbezug ist die Grundgebühr in Anwendung von § 4 Abs. 2 AnwGebV um einen Drittel zu erhöhen. Die Be-

klagte hat nebst der Klageantwort eine Duplik eingereicht. Zudem fand eine Vergleichsverhandlung statt. Hierfür sind Zuschläge auf der erhöhten Grundgebühr von rund 40 % zu gewähren. Die Grundgebühr ist daher auf insgesamt CHF 244'500.– zu erhöhen. Mangels Darlegung der fehlenden Berechtigung zum Vorsteuerabzug ist die Parteientschädigung praxisgemäss ohne Mehrwertsteuerzuschlag zuzusprechen (vgl. Urteil des Bundesgerichts 4A_552/2015 vom 25. Mai 2016, E. 4.5). Die Parteientschädigung ist nach Ablauf der Rechtsmittelfrist direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin dafür geleisteten Sicherheit auszubezahlen, vorbehältlich der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 BGG).

Das Handelsgericht erkennt:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 194'350.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und aus den von ihr geleisteten Kostenvorschüssen bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 244'500.– zu bezahlen. Die von der Klägerin geschuldete Parteientschädigung wird der Beklagten nach Ablauf der Rechtsmittelfrist direkt von der Obergerichtskasse aus der von der Klägerin dafür geleisteten Sicherheit ausbezahlt, vorbehaltlich der Erteilung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde durch das Bundesgericht (Art. 103 Abs. 2 lit. a und Abs. 3 BGG).
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien sowie an die Obergerichtskasse.
6. Eine bundesrechtliche **Beschwerde** gegen diesen Entscheid ist innerhalb von **30 Tagen** von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 und 90 ff. des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG). Der Streitwert beträgt CHF 15'000'000.–.

Zürich, 12. Februar 2025

Handelsgericht des Kantons Zürich

Der Vorsitzende:

Der Gerichtsschreiber:

Dr. Stephan Mazan

Lukas Bügler