



Kass.-Nr. AA090066/U/ys

Mitwirkende: die Kassationsrichter Herbert Heeb, Vizepräsident, Andreas Donatsch, die Kassationsrichterin Sylvia Frei, die Kassationsrichter Paul Baumgartner und Reinhard Oertli sowie der juristische Sekretär Jürg-Christian Hürlimann

Zirkulationsbeschluss vom 29. Mai 2010

in Sachen

E AG,

Niederlassung Schweiz,

....,

Beklagte und Beschwerdeführerin

vertreten durch Rechtsanwalt ...

gegen

K AG,

....,

Klägerin und Beschwerdegegnerin

vertreten durch Rechtsanwalt

betreffend

Versicherungsvertrag

Nichtigkeitsbeschwerde gegen ein Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 20. März 2009 (HG050085/U/ei)

Das Gericht hat in Erwägung gezogen:

I.

1. a) Die Klägerin führt ein Ingenieurbüro in C. Die Beklagte ist eine deutsche Versicherungsgesellschaft mit einer Zweigniederlassung in T. Die Parteien schlossen am 17. Januar / 4. Februar 1997 einen Grundvertrag (Police Nr. 49/62'670/01) betreffend Anlagen-, Betriebs-, Berufs- und Produkte-Haftpflicht-Versicherung (HG act. 4/2). Sodann galt gemäss Nachtrag Nr. 3 der Beklagten vom 14. Januar 1997 (HG act. 4/14) die Klägerin mit Wirkung ab 1. Januar 1997 im Umbrellavertrag (Police Nr. 49/62397/01) der Beklagten vom 23. Februar / 5. März / 13. März 1996 betreffend Anlagen-, Betriebs-, Berufs- und Produkte-Haftpflicht-Versicherung für die V AG (HG act. 4/3) als mitversichert.

Am 24. November 1993 hatte die Stadt C der IG KW S-Grund C, für welche die Klägerin federführend war, den Auftrag für die erste Planungsphase für das Kraftwerk S-Grund C erteilt (HG act. 4/10). Am 26./31. Januar 1995 schloss die Klägerin in Absprache mit der Stadt C mit der R AG [eine Ingenieur-Unternehmung] in Q einen Vertrag zur Erbringung von bestimmten Teilleistungen für die Projektierung des Bauprojekts Kraftwerk S-Grund (HG act. 4/11). Nachdem die Stimmberechtigten der Stadt C der Erstellung des Kraftwerks S-Grund zugestimmt hatten, schloss die Stadt C am 29. April 1996 betreffend Neubau des Kraftwerks S-Grund C, baulicher und elektromechanischer Teil, mit der Klägerin einen Vertrag für Bauingenieursleistungen (HG act. 4/13).

Im Frühjahr 1998 wurde das Kraftwerk fertig gestellt. Es zeigte sich, dass dieses nicht die erwarteten Leistungen erbrachte. Im Winter 1999/2000 wurde es durch eine Sohlenabsenkung im Unterwasserbereich saniert. Bereits im Frühling 1998 machte die Stadt C Schadenersatzansprüche gegenüber der Klägerin geltend, worauf diese den Schaden der Beklagten zuerst mündlich und sodann schriftlich am 15. Juli 1998 meldete (HG act. 4/18). Die Beklagte eröffnete eine Schadenakte und trat mit der Stadt C in Verhandlungen zur Erledigung des Schadenfalls ein (HG act. 4/23). Am 17. September 2004 zeigte die Beklagte der Klägerin an, dass

die Vergleichsverhandlungen mit der Stadt C endgültig gescheitert seien; sodann beschied sie der Klägerin, dass sie wegen Nichtbegleichung einer Versicherungsprämie die Versicherungsdeckung bestreite (HG act. 4/70).

b) Mit Eingabe vom 17. März 2005 erhob die Klägerin beim Handelsgericht Klage mit folgendem Rechtsbegehren (HG act. 1 S. 2):

1. Die Beklagte habe aus den Policen Nr. 49/62'670/01 (Grundvertrag) und Nr. 49/62'834/01 bzw. 49/62'397/01 (Umbrella-Vertrag) die begründeten Schadenersatzansprüche der Stadt C gegenüber der Klägerin im Zusammenhang mit dem Bau des Kraftwerks S-Grund inklusive Schadenersatzansprüche für den der Stadt infolge Minderleistung des Kraftwerks entgangenen Gewinn zu decken und die unbegründeten Ansprüche abzuwehren.
2. Eventuell sei festzustellen, dass die Beklagte aus den Policen Nr. 49/62'670/01 (Grundvertrag) und Nr. 49/62'834/01 bzw. 49/62'397/01 (Umbrella-Vertrag) verpflichtet ist, begründete Schadenersatzansprüche der Stadt C gegenüber der Klägerin im Zusammenhang mit dem Bau des Kraftwerks S-Grund inklusive Schadenersatzansprüche für den der Stadt infolge Minderleistung des Kraftwerks entgangenen Gewinn zu decken und die unbegründeten Ansprüche abzuwehren.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten.

Während einer einvernehmlichen Prozesssistierung führte die Beklagte ihre Schadenregulierungsbemühungen ohne Erfolg weiter.

Mit Urteil vom 20. März 2009 hiess das Handelsgericht die Klage im Sinne des Eventualbegehrens (Feststellungsbegehren) gut und wies im Übrigen die Klage ab, soweit es auf diese eintrat (HG act. 32 = KG act. 2).

2. Mit rechtzeitig erhobener Nichtigkeitsbeschwerde beantragt die Beklagte, es sei das angefochtene Urteil vom 20. März 2009 aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an das Handelsgericht zurückzuweisen (KG act. 1). Die Klägerin beantragt Abweisung der Nichtigkeitsbeschwerde (KG act. 10). Das Obergericht verzichtet auf eine Vernehmlassung (KG act. 9).

Der Präsident des Kassationsgerichts verlieh der Nichtigkeitsbeschwerde mit Verfügung vom 28. April 2009 aufschiebende Wirkung (KG act. 4). Der Vizepräsident des Kassationsgerichts wies mit Verfügung vom 5. Juni 2009 ein von der Klägerin mit der Beschwerdeantwort gestelltes Gesuch um Entzug der aufschiebenden Wirkung ab (KG act. 12).

Die Klägerin leistete die ihr mit Präsidialverfügung vom 28. April 2009 auferlegte Prozesskaution für das Kassationsverfahren rechtzeitig (KG act. 8).

II.

1. a) Das Handelsgericht hält fest, die Beschwerdegegnerin wolle gemäss ihrem Rechtsbegehren 2 (Eventualbegehren) insbesondere festgestellt haben, dass die Beschwerdeführerin verpflichtet sei, auch Schadenersatzansprüche für den der Stadt C infolge Minderleistung des Kraftwerks entgangenen Gewinn zu decken. Nach übereinstimmender Parteidarstellung beruhe die Minderleistung nach Auffassung der Stadt C auf einem falschen wasserbautechnischen Konzept (falsche hydraulische Berechnungen). Die Beschwerdeführerin mache geltend, dass gemäss Ziffer 7.3 lit. e und f AVB des Grund- und des Umbrellavertrags (HG act. 4/2 S. 22 bzw. HG act. 4/3 S. 23, beide im grünen Ordner) keine Versicherungsdeckung bestehe, soweit es um Haftungsansprüche wegen Fehlleistungen im Bereich der technischen Planung gehe (KG act. 2 S. 17 Erw. IV/C/7.1). Gemäss Ziffer 7.3 lit. e und f AVB sowohl des Grund- als auch des Umbrellavertrags, so das Handelsgericht, seien für die Tätigkeit der Kategorie 1 der Police von der Versicherung ausgeschlossen die Haftpflicht aus Mehrkosten, die notwendig werden, geforderte Leistungskapazitäten, Qualitäten etc. zu erreichen sowie die Haftpflicht aus Schäden, die über den unmittelbaren Schaden an Anlagen hinausgingen, z.B. Produktionsausfall jeder Art, Stillstand, Minderleistungen, unzureichende Qualität, unzureichende Rentabilität, entgangener Gewinn etc. Gemäss Ziffer 5 des Grundvertrags (HG act. 4/2 S. 3) bzw. Ziffer 6 des Umbrellavertrags (HG act. 4/3 S. 4) fielen unter Kategorie 1 technische Planer wie Maschineningenieure für An-

lagebau, Kehrlichtverbrennungsanlagen etc. Damit sei jede Planung von Apparaten und Anlagen unter Kategorie 3, letzter Einzug, beschriebenen Bereichs gemeint. Unter Kategorie 3 letzter Einzug seien Elektro-, Heizungs-, Lüftungs-, Klima- und Sanitäringenieure genannt. Das Handelsgericht gibt in der Folge den Standpunkt der Parteien wieder und hält fest, diese seien uneins darüber, wie die beiden Betriebscharakter-Kategorien zu verstehen seien bzw. welche Arbeiten darunter fallen sollten. Da keine der Parteien diesbezüglich ein übereinstimmendes Verständnis bzw. einen übereinstimmenden Willen behauptete, sei durch eine objektivierte Auslegung der Vertragswille zu ermitteln, den die Parteien mutmasslich gehabt hätten (KG act. 2 S. 17 - 19, Erw. IV/C/7.2./7.2.1 - 7.2.3.1). Es nimmt eine Auslegung der betreffenden Bestimmungen vor (S. 19 f., Erw. IV/C/7.2.3.2 - 7.2.4.1) und kommt zum Schluss, die Versicherungsdeckung für Mehrkosten und insbesondere entgangenen Gewinn gestützt auf Ziff. 7.3 lit. e und f AVB des Grund- und des Umbrellavertrags sei nicht ausgeschlossen. Der betreffende Einwand der Beschwerdeführerin stehe dem Feststellungsbegehren der Beschwerdegegnerin bezüglich entgangenen Gewinns nicht entgegen (S. 21 Erw. IV/C/7.2.4.2).

b) Die Beschwerdeführerin rügt, das Handelsgericht treffe eine willkürliche tatsächliche Annahme, indem es aufgrund eines aktenwidrigen Vergleichs zum Schluss komme, dass sich der Betriebscharakter Kategorie 3 "auf Arbeiten für Bauten und auch für damit zusammenhängende technische Anlagen", der Betriebscharakter Kategorie 1 hingegen "auf Arbeiten für Anlagen, die nicht mit Bauten zusammenhängen" (vgl. KG act. 2 S. 19 Erw. IV/C/7.2.3.2) beziehe. Ausgangspunkt sei ein Vergleich, den das Handelsgericht aktenwidrig anstelle, indem es den Wortlaut der versicherungsvertraglichen Bestimmung nicht in seiner wahren Gestalt einbeziehe und würdige. Gemäss Ziffer 5 des Grund- bzw. Ziffer 6 des Umbrellavertrags fielen unten den Betriebscharakter 1 "technische Planer wie Maschineningenieure für Anlagebau, Kehrlicht-Verbrennungsanlagen etc. (damit ist jede Planung von Apparaten und Anlagen, mit Ausnahme des in Kategorie 3 letzter Einzug beschriebenen Bereichs gemeint)". Daraus ergebe sich, so die Beschwerdeführerin, ohne weiteres klar, dass unter Kategorie 1 jegliche technische Prüfung von Anlagen, so z.B. Kehrlicht-Verbrennungsanlagen oder wie vorliegend

Wasserkraftwerke fielen. Werde der vollständige Wortlaut der Bestimmung betreffend Kategorie 1 korrekt einer Beweiswürdigung zugrunde gelegt, so umfasse der Betriebscharakter Kategorie 1 die technische Planung z.B. für Kehrlichtverbrennungsanlagen. Indem das Handelsgericht den Betriebscharakter Kategorie 1 lediglich die technische Prüfung von Apparaten und Anlagen zuschreibe, jedoch Kehrlichtverbrennungsanlagen tunlichst aus der Definition ausblende, ergebe sich ein klar aktenwidriges Vorgehen. Kehrlichtverbrennungsanlagen seien technische Grossanlagen und umfassten definitionsgemäss eine Vielzahl von Bauten, Hilfsbauten, baulichen Einrichtungen, welche Bestandteil auch der technischen Planung sein müssten. Aufgrund des aktenwidrig angestellten Vergleichs der beiden Kategorien komme das Handelsgericht zur willkürlichen tatsächlichen Annahme, dass sich Betriebscharakter Kategorie 1 lediglich auf Arbeiten für Anlagen, die nicht mit Bauten zusammenhängen, beziehen könne. Ebenso willkürlich sei sodann die Feststellung des Handelsgerichts, dass sich Betriebscharakter Kategorie 3 auf Arbeiten für Bauten und auch für damit zusammenhängende technische Anlagen beziehe. Dies gehe in keiner Weise aus dem Wortlaut der Bestimmung hervor. Des weiteren sei auch die Annahme des Handelsgerichts, dass "technische Arbeiten an Anlagen, die im Zusammenhang mit Bauten stehen", in Kategorie 3 fielen, willkürlich. Aufgrund der als aktenwidrig und willkürlich gerügten Vertragsauslegung der Bestimmungen des Versicherungsvertrags zum Betriebscharakter komme das Handelsgericht zur weiteren willkürlichen tatsächlichen Annahme, dass die vom Handelsgericht selbst als Projektierungs- bzw. Konzeptarbeiten qualifizierten Tätigkeiten der Beschwerdegegnerin "eher der Kategorie 3 und jedenfalls nicht eindeutig der Kategorie 1 zuzuordnen" seien. Hätte das Handelsgericht seine anfänglich korrekte Feststellung, wonach die Beschwerdegegnerin für das gesamte hydraulische Kraftwerkkonzept samt dazugehörigen hydraulischen Berechnungen zuständig sei, aufgrund einer zutreffenden Auslegung der versicherungsvertraglichen Bestimmungen subsumiert, wäre es zum richtigen Schluss gelangt, dass die vorliegend relevante Tätigkeit der Beschwerdegegnerin im Zusammenhang mit dem Bau des Kraftwerks S-Grund eindeutig der technischen Planung einer Grossanlage und mithin dem Betriebscharakter Kategorie 1 zuzuordnen sei (KG act. 1 S. 6 -8, Ziffern 14 - 22).

c) Vertragsbestimmungen sind Willenserklärungen. Tatfrage ist, ob und welche Worte gefallen sind und welche Vorstellungen der Erklärende und der Adressat mit den gefallenen Worten verbunden haben, insbesondere ob sie den Worten übereinstimmend eine bestimmte Bedeutung beigelegt haben. Lassen sich darüber keine zuverlässigen Feststellungen treffen, sind die Rechtsgrundsätze über die Auslegung von Willenserklärungen zur Anwendung zu bringen. Welche rechtliche Bedeutung einer Erklärung oder Willensäußerung nach diesen Grundsätzen zukommt, ist Rechtsfrage. Geht man davon aus, massgebend sei der Sinn, den der Adressat nach Treu und Glauben der Erklärung beilegen durfte, so hat der Richter die Erklärung nach rechtlichen Gesichtspunkten zu qualifizieren, ein Urteil nach Rechtsnormen zu fällen und nicht einen Tatbestand festzustellen. Es ist daher eine Rechtsfrage, welche Bedeutung einer Willenserklärung beizumessen sei (Max Guldener, Schweizerische Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979, S. 481).

Der von den Parteien geschlossene Grundvertrag umschreibt in Ziffer 5 drei Kategorien 1 - 3 von Betriebscharakteren (HG act. 4/2 S. 3). Dieselben drei Kategorien finden sich auch in Ziffer 6 des zwischen der Beschwerdeführerin und der V AG geschlossenen Umbrellavertrags, welcher in Ziffer 5 die Beschwerdegegnerin als mitversichert bezeichnet (HG act. 4/3 S. 4). Der Wortlaut der Umschreibung der drei Kategorien und damit der entsprechenden Willenserklärung liegt also vor. Ob die Beschwerdegegnerin im Hinblick auf den vorliegenden Rechtsstreit unter eine der drei Kategorien fällt und gegebenenfalls unter welche, ist eine Frage der Auslegung und damit eine Rechtsfrage. Der vorliegende Rechtsstreit betrifft nicht den Bau und die Projektierung einer unter Kategorie 1 ausdrücklich genannten Kehrlichtverbrennungsanlage, sondern eines Kraftwerks. Eine Aktenwidrigkeit in dem Sinn, als das Handelsgericht seiner Auslegung nicht den richtigen Wortlaut zugrunde legt, womit sich eine tatsächliche Feststellung über den Inhalt der Willenserklärung als blanker Irrtum erweisen würde (vgl. Diether von Rechenberg, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivil- und Strafsachen nach zürcherischem Recht, 2. Aufl., Zürich 1986, S. 27), liegt damit nicht vor. Ob ein Kraftwerk einer Kehrlichtverbrennungsanlage gemäss Kategorie 1 gleichzusetzen sei, ist wiederum eine Frage der Auslegung der betreffenden Vertragsbestimmung und damit eine Rechtsfrage.

Gemäss Feststellung des Handelsgerichts, welche im Kassationsverfahren weder bestritten noch zu überprüfen ist, findet auf den vorliegenden Rechtsstreit schweizerisches Recht Anwendung (KG act. 2 S. 5 f. Erw. IV/A). Folglich richtet sich auch nach schweizerischem Bundesrecht, nach welchen Grundsätzen die Bestimmungen des Grundvertrags und des Umbrellavertrags auszulegen seien, ob das Handelsgericht diese Grundsätze richtig angewandt habe und damit, ob das Handelsgericht die Beschwerdegegnerin und deren Tätigkeit im Zusammenhang mit der Projektierung und dem Bau des Kraftwerks S-Grund in C unter die richtige Kategorie subsumiert habe. Die Rüge der Verletzung von Bundesrecht kann mit Beschwerde beim Bundesgericht vorgebracht werden (Art. 95 lit. a BGG). Diesbezüglich ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde ausgeschlossen (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Auf die entsprechenden Rügen ist nicht einzutreten.

2. a) Gemäss Ziffer 3.14.3 lit. g AVB des Grundvertrags (HG act. 4/2) und Ziffer 3.13.3 lit. g AVB des Umbrellavertrags (HG act. 4/3) sind vom Versicherungsschutz für Vermögensschäden Ansprüche ausgeschlossen, die durch Aktivitäten verursacht werden, welche nicht zum üblichen Tätigkeitsbereich der Berufsgruppe des Versicherungsnehmers gehören. Das Handelsgericht hält hierzu fest, es lasse sich nicht klar bestimmen, was der "übliche Tätigkeitsbereich der Berufsgruppe des Versicherungsnehmers" sei, und zwar weder allgemein, noch aus dem Versicherungsvertrag heraus. Dies zeige sich gerade im vorliegenden Fall, wo die Parteien darüber stritten, welches der übliche Tätigkeitsbereich eines Ingenieurbüros sei, ohne dass sie die Kriterien auch nur aufführten, nach denen dies bestimmt werden solle. Die Beschwerdeführerin stelle auf den im Handelsregister eingetragenen Zweck der Beschwerdegegnerin ab, ohne allerdings zu sagen, inwiefern sich dieses Vorgehen aus dem Versicherungsvertrag bestimme und unzweideutig im Sinne von Art. 33 VVG ergebe. Dies zu tun überzeuge aber ohnehin nicht, weil allgemein nicht davon ausgegangen werden könne, dass ein individueller Zweckeintrag einer einzelnen Gesellschaft im Handelsregister zwingend dem üblichen Tätigkeitsbereich einer Berufsgruppe entsprechen müsse. Selbst wenn aber auf den Handelsregistereintrag abzustellen wäre, wäre der Beschwerdeführerin nicht geholfen. Die Stadt C wolle die Beschwerdegegnerin offenbar für ein falsches wasserbautechnisches Projekt und falsche hydraulische Berechnungen für ent-

gangenen Gewinn belangen. Diese Leistungen hätten teils bauliche, teils mit Baulichem zusammenhängenden technischen Charakter. Solche Arbeiten aber könnten ohne Zwang dem im Handelsregister eingetragenen Zweck der Beschwerdegegnerin zugeordnet werden, nämlich: Führung eines Ingenieurbüros, insbesondere Übernahme von Projektierungsarbeiten sowie von Bau- und Montageleitungen im Tunnel-, Hoch- und Tiefbau und im maschinen- und Elektroingenieurwesen (vgl. Handelsregisterauszug, HG act. 25/6).

Jedenfalls, so das Handelsgericht, liege kein bestimmter und unzweideutiger Versicherungsausschluss im Sinne von Art. 33 VVG vor, auf den die Beschwerdeführerin sich berufen könnte. Somit sei dieser Einwand einer Einschränkung des Deckungsumfangs für Vermögensschäden unberechtigt und stehe dem Feststellungsbegehren nicht entgegen (KG act. 2 S. 22 f. Erw. IV/C/8.2).

b) Die Beschwerdeführerin bringt vor, die Beschwerdegegnerin halte dafür, sie habe für den Bau des Wasserkraftwerks typische Bauingenieurleistungen erbracht und wohl im üblichen Tätigkeitsbereich der Berufsgruppe gewirkt. Die Beschwerdeführerin habe dies verneint mit dem Hinweis auf generalplanerische und generalunternehmerische Tätigkeit der Beschwerdegegnerin. Mithin liege eine erhebliche streitige Tatsache vor. Anstelle eines erforderlichen Beweisverfahrens betreffend die Frage nach der Definition des üblichen Tätigkeitsbereichs der Berufsgruppe der Versicherungsnehmerin, ob nämlich die unbestrittenermassen von der Beschwerdegegnerin vorgenommene Projektierung und nachträgliche Umsetzung als Generalplanungsbeauftragte und als Generalunternehmerin für den Bau eines Wasserkraftwerks dem üblichen Tätigkeitsbereich ihrer Berufsgruppe zugehörig sei, komme das Handelsgericht aufgrund einer willkürlichen Beweiswürdigung zum Schluss, dass solche Arbeiten wohl dem im Handelsregister eingetragenen Zweck der Beschwerdeführerin zugeordnet werden könnten, obwohl auf den individuellen Zweckeintrag einer einzelnen Gesellschaft im Handelsregister bezüglich des üblichen Tätigkeitsbereichs einer Berufsgruppe nicht abgestellt werden könne.

Gestützt auf diese willkürliche tatsächliche Annahme treffe das Handelsgericht eine weitere willkürliche Annahme. Insbesondere stelle es den angeblich unbe-

stimmten und zweideutigen Charakter der Bestimmung von Ziffer 3.14.3 lit. g AVB des Grundvertrags und Ziffer 3.13.3 lit. g AVB des Umbrellavertrags gemäss Art. 33 VVG fest (KG act. 1 S. 9 f., Ziffern 24 - 27).

c) Wie ausgeführt, hält das Handelsgericht dafür, dass es nicht überzeuge, zur Feststellung des üblichen Tätigkeitsbereichs der betreffenden Berufsgruppe auf den im Handelsregister eingetragenen Zweck der Beschwerdegegnerin abzustellen. Nachdem aber die Beschwerdeführerin sich auf eben diesen eingetragenen Zweck beruft, hält das Handelsgericht fest, selbst wenn darauf abgestellt werde, helfe dies der Beschwerdeführerin nicht, und begründet dies. Damit stellt das Handelsgericht neben die Hauptbegründung (auf den im Handelsregister eingetragenen Zweck ist nicht abzustellen) eine Eventualbegründung (die von der Beschwerdegegnerin erbrachten Leistungen lassen sich dem eingetragenen Zweck zuordnen). Inwiefern das Handelsgericht in diesem Zusammenhang eine willkürliche tatsächliche Annahme treffen soll, zeigt die Beschwerdeführerin nicht auf.

Wie die Beschwerdeführerin selbst ausführt (KG act. 1 S. 9 Ziff. 25), ist unbestritten, dass die Beschwerdegegnerin die Projektierung und nachträgliche Umsetzung als Generalplanungsbeauftragte und als Generalunternehmung ausübte. Die Art der Leistungen der Beschwerdeführerin ist also unbestritten; jedenfalls bringt die Beschwerdeführerin im Kassationsverfahren nicht das Gegenteil vor. Streitig ist, ob diese Leistungen unter den Begriff der "Aktivitäten [...], welche nicht zum üblichen Tätigkeitsbereich der Berufsgruppe des Versicherungsnehmers gehören" (Ziffer 3.14.3 lit. g AVB des Grundvertrags und Ziffer 3.13.3 lit. g AVB des Umbrellavertrags), zu subsumieren seien. Wie diese Vertragsbestimmungen auszulegen seien, insbesondere was üblich sei, also über den Einzelfall hinausgeht und damit normativen Charakter hat, ist Rechtsfrage. Dies betrifft auch die Frage, wie allenfalls die betreffende Üblichkeit festzustellen sei. Da auf den vorliegenden Rechtsstreit schweizerisches Bundesrecht anwendbar ist, sind entsprechende Rügen mit Beschwerde beim Bundesgericht anzubringen (Art. 95 lit. a BGG) und im kantonalen Kassationsverfahren nicht zulässig (§ 285 Abs. 1 und 2 ZPO). Auch diesbezüglich ist auf die Nichtigkeitsbeschwerde nicht einzutreten.

3. a) Das Handelsgericht stellt fest, dass die Beschwerdegegnerin mit ihrem Leistungsbegehren und die Beschwerdeführerin bezüglich des Feststellungsbegehrens unterliege. Beiden Begehren läge aber dieselbe materielle Frage nach der vertraglichen Leistungspflicht der Beschwerdeführerin zugrunde. Da diese Frage zugunsten der Beschwerdegegnerin entschieden werde, erscheine die Beschwerdeführerin als insgesamt unterliegende Partei. Gemäss der Regel von § 64 Abs. 2 ZPO, von der abzuweichen kein begründeter Anlass bestehe, seien somit die Gerichtskosten der Beschwerdeführerin aufzuerlegen. Demzufolge sei der Beschwerdegegnerin auch eine Prozessentschädigung zuzusprechen (§ 68 Abs. 1 ZPO) (KG act. 2 S. 24 f. Erw. V/1).

Die Beschwerdeführerin bringt vor, das Handelsgericht habe zu Recht festgestellt, dass die Beschwerdeführerin bei Feststellungsbegehren und die Beschwerdegegnerin mit ihren Leistungsbegehren unterlegen seien. Damit stehe ein hälftiges Obsiegen und Unterliegen jeder Partei fest. Die nicht rechtsgenügende Substantiierung und der mangelnde Nachweis einer Haftung der Beschwerdegegnerin gegenüber der Stadt C habe zur Abweisung des im Rahmen der Leistungsklage geltend gemachten Befreiungsanspruchs geführt. Sodann habe wiederum der nicht substantiierte Nachweis bzw. die mangelnde Existenz einer Verpflichtung zur Abwehr unberechtigter Ansprüche konsequenterweise zur Abweisung des zweiten teils der Leistungsklage, nämlich des Rechtsschutzanspruchs. Demgegenüber stütze sich die zugunsten der Beschwerdegegnerin entschiedene Feststellungsklage auf versicherungsvertragliche Deckung zugunsten der Beschwerdegegnerin. Dabei von der identischen materiellen Frage nach der fraglichen Leistungspflicht der Beschwerdegegnerin auszugehen, sei haltlos, undifferenziert und daher unzutreffend. Das Handelsgericht weiche damit von der gesetzlichen Regel betreffend Auferlegung von Kosten- und Entschädigungsfolgen ab. Aufgrund dieser Rüge erweise sich auch die Feststellung des Handelsgerichts, wonach von der Regel von § 64 Abs. 2 ZPO abzuweichen kein Anlass bestehe, als falsch. Zudem verletze das Handelsgericht auch seine gesetzliche Verpflichtung, bei Abweichen von der Regel dieses Vorgehen zu begründen. Demzufolge habe das Handelsgericht mit der getroffenen Kosten- und Entschädigungsregelung klar gegen materielles Recht verstossen (KG act. 1 S. 10 f. Ziffern 28 - 31).

b) Die Kosten- und Entschädigungsregeln der Zivilprozessordnung (§§ 64 ff. ZPO) stellen materielles Recht dar (Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar zur zürcherischen ZPO, 3. Auflage, Zürich 1997, N 16 zu § 64 und N 47a zu § 281; vgl. schon Guldener, Die Nichtigkeitsbeschwerde in Zivilsachen nach Zürcherischem Recht, Zürich 1942, S. 144). Bei der Beurteilung von Entscheidungen über die Kosten- und Entschädigungsfolgen steht der Kassationsinstanz daher nach § 281 Ziff. 3 ZPO lediglich eine beschränkte Überprüfungsbefugnis zu (von Rechenberg, S. 28). Dies muss namentlich auch dann gelten, wenn die Bemessung der Prozessentschädigung u.a. im Zusammenhang mit der Berechnung der streitigen vermögensrechtlichen Ansprüche angefochten wird. Mithin kommt im Zusammenhang mit der Regelung der Nebenfolgen der Kassationsinstanz auch hinsichtlich der Berechnung des Streitwertes nur eine (auf die Verletzung klaren Rechts) beschränkte Kognition zu (RB 1988 Nr. 40).

Die Rechtsbegehren 1 (Leistungsbegehren) und 2 (Feststellungsbegehren) stehen im Verhältnis von Haupt- und Eventualbegehren. Stellt eine Partei in einem Prozess zwei Begehren, die zueinander im Verhältnis von Haupt- und Eventualbegehren stehen, ist eine Gutheissung beider Begehren zum vornherein ausgeschlossen und von der betreffenden Partei auch nicht angestrebt. Die antragstellende Partei obsiegt im Prozess, wenn das eine oder das andere Begehren gutgeheissen wird. Das Hauptbegehren und das Eventualbegehren sind daher im Hinblick auf die Kosten- und Entschädigungsregelung nicht getrennt zu behandeln, und es ist nicht eine entsprechende Aufteilung der Kosten vorzunehmen (RB 1992 Nr. 54). Die Beschwerdegegnerin obsiegt mit ihrem Eventualbegehren und damit im handelgerichtlichen Prozess. Daran ändert nichts, dass einzelne Voraussetzungen zur Gutheissung der Klage im Sinne des Hauptbegehrens nicht erfüllt sind. Es ist deshalb nicht zu beanstanden und verletzt kein klares materielles Recht, dass das Handelsgericht die Kosten vollumfänglich der unterliegenden Beschwerdeführerin auferlegt. Die Verpflichtung der Beschwerdeführerin, der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung auszurichten, ist Folge der Kostenregelung. Hinsichtlich der Kosten- und Entschädigungsregelung des angefochtenen Entscheids ist die Nichtigkeitsbeschwerde abzuweisen.

III.

Ausgangsgemäss hat die Beschwerdeführerin die Kosten des Kassationsverfahrens zu tragen (§ 64 Abs. 2 ZPO) und der Beschwerdegegnerin eine Prozessentschädigung zu bezahlen (§ 68 Abs. 1 ZPO).

Das Gericht beschliesst:

1. Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf eingetreten werden kann. Damit entfällt die der Beschwerde verliehene aufschiebende Wirkung.
2. Die Gerichtsgebühr für das Kassationsverfahren wird festgesetzt auf Fr. 30'000.--.
3. Die Kosten des Kassationsverfahrens werden der Beschwerdeführerin auferlegt.
4. Die Beschwerdeführerin wird verpflichtet, der Beschwerdegegnerin für das Kassationsverfahren eine Prozessentschädigung von Fr. 20'000.-- zu entrichten.
5. Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 90 ff. BGG innert 30 Tagen nach dessen Empfang schriftlich durch eine Art. 42 BGG entsprechende Eingabe Beschwerde gemäss Art. 72 ff. BGG an das Schweizerische Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, erhoben werden. Der Streitwert beträgt Fr. 1'250'000.--.

Sodann läuft die Frist von 30 Tagen zur Anfechtung des Urteils des Handelsgerichtes vom 20. März 2009 mit Beschwerde an das Bundesgericht

neu ab Empfang des vorliegenden Entscheides (Art. 100 Abs. 1 und 6 BGG).

Hinsichtlich des Fristenlaufes gelten die Art. 44 ff. BGG.

6. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, das Handelsgericht des Kantons Zürich und an die FINMA, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

KASSATIONSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der juristische Sekretär: