



---

Geschäfts-Nr. HG100147-O/U01/dz

Mitwirkend: Obergerichter Thomas Seeger, Präsident, und Obergerichterin  
Dr. Franziska Grob, die Handelsrichter Dr. Thomas Lörtscher,  
Dr. Stephan Weber und Martin Hablützel sowie der Gerichtsschreiber  
Enrico Moretti

**Vorurteil vom 1. März 2012**

in Sachen

**Z.**\_\_\_\_\_,  
Klägerin

sowie

**A.**\_\_\_\_\_,  
Streitberufener

gegen

**B.**\_\_\_\_ AG,  
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. X.\_\_\_\_\_,

betreffend **Forderung**

**Rechtsbegehren:**

(act. 1 S. 1)

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

**Erwägungen:**

1. Einleitung

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

2. Gegenstand des Verfahrens

Die Klägerin macht eine Regressforderung geltend für von ihr geleistete Zahlungen an den Eigentümer eines durch einen vom Streitberufenen verursachten Brand geschädigten Gebäudes. Die Forderung richtet sich gegen die Beklagte als Haftpflichtversicherer des Streitberufenen. Die Klägerin stützt ihre Aktivlegitimation auf eine ihr vom Streitberufenen unterzeichnete Abtretungserklärung betreffend seine Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag mit der Beklagten. Diese bestreitet die Aktivlegitimation der Klägerin unter Hinweis auf ein vertragliches Abtretungsverbot. Des Weiteren bestreitet sie die Versicherungsdeckung und erhebt die Einrede der Verjährung.

### 3. Prozessverlauf

Am 21. Mai 2010 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und 2). Nach Eingang der Klageantwortschrift vom 30. Juni 2010 (act. 8) fand am 8. März 2011 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an der die Parteien einen Vergleich mit Widerrufsvorbehalt schlossen (Prot. S. 6 f.). Dieser wurde von der Klägerin mit Eingabe vom 18. März 2011 (act. 13) innert Frist widerrufen. In der gleichen Eingabe stellte die Klägerin den Antrag, das Prozessthema sei auf die Frage der Aktivlegitimation zu beschränken. Zudem verkündete sie A. \_\_\_\_\_ den Streit und wies auf weitere Unterlagen zu Beweis Zwecken hin (act. 13 S. 2). Die Beklagte erhob keine Einwände gegen eine Beschränkung des Prozessthemas (act. 15). Mit Verfügung vom 24. März 2011 wurde das Prozessthema einstweilen auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkt (Prot. S. 10). Am 9. Mai 2011 erstattete die Klägerin Replik (act. 20) mit folgenden Anträgen:

- "1. Es sei die Aktivlegitimation der Klägerin zu der mit Eingabe von 21. Mai 2011 eingereichten Klage zu bejahen.
2. Eventualiter sei der Klägerin zu bewilligen das Rechtsbegehren gemäss Klagebegründung vom 21. Mai 2010 wie folgt zu beschränken:  
Es sei festzustellen, dass die Beklagte aus dem mit dem Streitberufenen am 15. Januar 2005 bestehenden Versicherungsvertrag (Betriebshaftpflichtversicherung, Police ...) für Schäden an gemieteten Betriebsgebäuden und -räumlichkeiten Deckung schuldet, und es sei die Aktivlegitimation der Klägerin zu dieser Klage zu bejahen."

Die auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkte Duplik datiert vom 4. Juli 2011 (act. 24). Eine Ausfertigung derselben samt Beilage wurde der Klägerin mit Verfügung vom 5. Juli 2011 (Prot. S. 13) zugestellt.

### 4. Prozessuales

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

Entscheides in Kraft ist, mithin nach dem neuen Prozessrecht (Art. 405 Abs. 1 ZPO).

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

4.3. Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ergibt sich aus § 62 GVG. Der Streitwert beträgt CHF 42'910.– (§ 18 ff. ZPO/ZH). Die Klage wurde gehörig eingeleitet (§ 102 ZPO/ZH). Auch die übrigen Prozessvoraussetzungen sind erfüllt (§ 108 ZPO/ZH).

## 5. Sachverhalt

Der weitgehend unbestrittene Sachverhalt stellt sich nach Klagebegründung und -antwort sowie nach auf die Frage der Aktivlegitimation beschränkter Replik und Duplik wie folgt dar:

Der Streitberufene ist Versicherungsnehmer der Beklagten. Der Versicherungsvertrag datiert vom 4. Februar 2004 (act. 3/7). Es handelt sich um eine Betriebshaftpflichtversicherung. Die Parteien sind sich einig, dass auf den Versicherungsvertrag die Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten (AVB; act. 3/10) grundsätzlich anwendbar sind. Die Tragweite der sogenannten Obhutsklausel in Art. 7 lit. k AVB ist umstritten (act. 1 S. 3 f.; act. 8 S. 3 und S. 5).

Am tt.mm.2005 verursachte der Streitberufene durch Unachtsamkeit einen Brand (act. 3/6). Dadurch wurde einerseits ein Geschäfts- und Wohnhaus sowie ande-

rerseits ein vom Streitberufenen gemieteter Lageranbau beschädigt. Den entstandenen Gebäudeschaden im Betrag von insgesamt CHF 160'599.– hat die Klägerin dem geschädigten Gebäudeeigentümer in drei Teilzahlungen vergütet (act. 3/8). Für die Schäden am Geschäfts- und Wohnhausteil hat die Beklagte der Klägerin zugunsten des versicherten Streitberufenen auf der Grundlage des Versicherungsvertrages Zahlung geleistet. In Bezug auf den Schaden am vom Streitberufenen gemieteten und durch den verursachten Brand völlig zerstörten Lageranbau bestreitet die Beklagte jede Leistungspflicht. Dabei beruft sie sich insbesondere auf die obgenannte Obhutsklausel (act. 1 S. 3; act. 8 S. 3).

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

Der Streitberufene unterzeichnete am 9. Juni 2007 eine "Abtretungserklärung" (act. 3/5) mit folgendem Inhalt:

"Die Ansprüche aus dem Versicherungsvertrag von Herrn A.\_\_\_\_\_, Garagist (Versicherungsnehmer), mit der "B.\_\_\_\_\_" Versicherungsgesellschaft (Betriebshaft-Police Nr. ...) betreffend das Brandereignis vom tt.mm.2005 im Lageranbau an der ... [Adresse] in D.\_\_\_\_ (Ref. "B.\_\_\_\_\_" Versicherungsgesellschaft: Schaden ...; Ref. Z.\_\_\_\_\_: Schaden Nr. ..., Gebäude Nr. ... D.\_\_\_\_\_) werden mit allen Nebenrechten der Z.\_\_\_\_ (Z.\_\_\_\_), ... [Adresse] abgetreten, soweit diese gemäss Gesetz über die Gebäudeversicherung dem Gebäudeeigentümer Entschädigung geleistet hat."

Mit Schreiben vom 21. Juni 2007 (act. 21/1) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass ihr der Streitberufene sämtliche Ansprüche gegenüber der Beklagten mit allen Nebenrechten abgetreten habe und stellte formell das Gesuch um Erfüllung der vertraglichen Pflichten durch die Beklagte. Die Klägerin führte im Schreiben weiter aus, die Obhutsklausel in den AVB sei ihrer Meinung nach nur auf Mobilien anwendbar. Weiter bat sie die Beklagte, im Falle einer Ablehnung der Deckungspflicht mitzuteilen, wo nach Ansicht der Beklagten weitere Schritte einzuleiten seien. Die Beklagte teilte der Klägerin mit Schreiben vom 27. Juni 2007 (act. 21/2)

mit, ohne Vorlage der Abtretungserklärung sei sie nicht berechtigt, mit der Klägerin die Deckungsfrage zu diskutieren. Die Beklagte wies des Weiteren darauf hin, bezüglich der Auslegung der Obhuts Klausel gebe es keine Unklarheiten.

Mit Schreiben vom 3. Juli 2007 (act. 21/3) liess die Klägerin der Beklagten die Abtretungserklärung zukommen. Im Schreiben führte sie aus, sie gehe davon aus, die Beklagte werde das Gesuch der Klägerin eingehend prüfen. Sie würde einen Zivilprozess gegen die Beklagte ernsthaft in Betracht ziehen. Es sei nicht nachvollziehbar, wenn gemietete Räumlichkeiten von der Versicherungsdeckung ausgeschlossen seien. Im Antwortschreiben vom 9. Juli 2007 (act. 21/4) führte die Beklagte aus, Art. 7 lit. k AVB sei eindeutig und klar und finde sowohl auf bewegliche als auch auf unbewegliche Sachen Anwendung. Es werde der Klägerin überlassen, ob sie die Frage gerichtlich klären lassen wolle.

Mit Schreiben vom 18. Juni 2009 (act. 21/5) legte die Klägerin der Beklagten das Rechtsgutachten von Prof. Dr. iur. E. \_\_\_\_\_ vor und stellte ihre Forderung gegenüber der Beklagten erneut. Im Antwortschreiben vom 20. November 2009 (act. 21/6) erklärte die Beklagte, dass sie die im Gutachten vertretene Auffassung nicht teile. Die Obhuts Klausel sei auf den gemieteten Lageranbau anwendbar. Deshalb könne auf die Forderung der Klägerin nicht eingetreten werden. Es sei der Klägerin überlassen, das Gericht zu bemühen.

In der Folge fand am 24. Februar 2010 (act. 2) das Sühneverfahren vor dem Friedensrichter statt. Am 10. März 2011 (act. 21/7) stellte die Beklagte der Klägerin das gesamte Policendossier in Kopie zu. Am 29. April 2010 (act. 21/8) teilte die Klägerin der Beklagten mit, dass sie Klage einreichen werde.

## 6. Aktivlegitimation

6.1. Einleitend ist festzustellen, dass der Klägerin aufgrund der geleisteten Zahlungen an den geschädigten Gebäudeeigentümer gegenüber dem Streitberufenen unstreitig ein Rückgriffsrecht nach den Bestimmungen des Obligationenrechts zusteht (§ 72 Abs. 1 GebVG). Gegenüber der Beklagten besteht dagegen kein direktes Forderungsrecht. Der Streitberufene seinerseits ist Versicherungsnehmer

der Beklagten. Aus diesem Versicherungsvertrag (act. 3/7) hat er gegenüber der Beklagten (grundsätzlich) einen Befreiungsanspruch (Art. 9 lit. a AVB). Diesen Anspruch soll er der Klägerin mit Erklärung vom 9. Juni 2007 (act. 3/5) abgetreten haben. Auf diese Zession stützt die Klägerin ihre Aktivlegitimation. In Art. 23 Abs. 3 AVB findet sich das von der Beklagten hiergegen geltend gemachte und von der Klägerin inhaltlich unbestritten gebliebene Zessionsverbot mit folgendem Wortlaut:

"Ohne vorgängige Zustimmung der [Beklagten] ist der Versicherte nicht berechtigt, Entschädigungsansprüche anzuerkennen oder abzufinden und den Befreiungsanspruch aus dieser Versicherung an den Geschädigten oder an Dritte abzutreten."

Die Beklagte führt aus, einer Abtretung habe sie nie zugestimmt. Folglich sei die Zession nicht wirksam und die Klägerin nicht aktivlegitimiert (act. 8 S. 3).

Zufolge Beschränkung des Prozessthemas ist nachfolgend lediglich die Aktivlegitimation zu prüfen. Zentraler Punkt ist dabei die Gültigkeit der Zession vor dem Hintergrund obgenannter Klausel. Bezüglich Aktivlegitimation erweist sich der Prozess als spruchreif (§ 188 Abs. 1 ZPO/ZH).

6.2. Zur Klage aktiv legitimiert ist der materielle Rechtsinhaber, d.h. diejenige Partei, der das eingeklagte Recht zusteht. Die Sachlegitimation als Ausdruck der materiellen Berechtigung und Verpflichtung, im Prozess als Kläger bzw. als Beklagter aufzutreten, ist Gegenstand der Beurteilung durch Sachurteil. Ist der Kläger nicht der Rechtsinhaber, so ist die Klage von vornherein unbegründet (Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2. A., Basel 1990, Rz 270). Aus einem Versicherungsvertrag anspruchsberechtigt ist jede Person, welcher der Versicherungsanspruch zusteht, die Berechtigung also, die Versicherungsleistung geltend zu machen, mit dem Recht der gerichtlichen Durchsetzung. Dies kann der Versicherungsnehmer sein oder aber bei Abtretung des Versicherungsanspruchs der Zessionar (Nef, Basler Kommentar zum VVG, Basel 2001, N 3 zu Art. 38 und N 4 zu Art. 41, m.w.H.; Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, S. 380; Kuhn, Privatversicherungsrecht, 3. A., Zürich 2010, Rz 633). Die Abtretung von Versicherungsansprüchen ist nach VVG zulässig (Maurer, a.a.O., S. 391; Fuhrer, Schweizerisches Privat-

versicherungsrecht, Zürich 2011, Rz 13.53). Insbesondere kann der Befreiungsanspruch des Versicherten abgetreten werden (BGE 115 II 264). Das VVG enthält keine allgemeinen Bestimmungen zur Abtretung von Versicherungsansprüchen und es bestehen auch keine Vorschriften, die einem Abtretungsverbot entgegenstehen. Das VVG kennt lediglich besondere Formvorschriften betreffend die Abtretung von Ansprüchen aus einer Personenversicherung (Art. 73 VVG). Soweit das VVG keine Vorschriften enthält, finden auf den Versicherungsvertrag die Bestimmungen des Obligationenrechts Anwendung (Art. 100 Abs. 1 VVG; vgl. Kuhn, Basler Kommentar zum VVG, a.a.O., N 2 zu Art. 73 VVG).

Nach Art. 164 Abs. 1 OR kann der Gläubiger eine ihm zustehende Forderung ohne Einwilligung des Schuldners an einen anderen abtreten, soweit nicht Gesetz, Vereinbarung oder Natur des Rechtsverhältnisses entgegenstehen. Voraussetzungen sind Verfügungsmacht des Zedenten über die abzutretende Forderung, Einhaltung der Formvorschrift, Abtretbarkeit der Forderung und Bestimmbarkeit der Forderung (Huguenin, OR AT, 3. A., Zürich 2008, N 1294). Der Gläubiger und sein Schuldner sind befugt, die Abtretbarkeit einer Forderung vertraglich auszuschliessen. Dieses sogenannte pactum de non cedendo kann in Form eines besonderen Vertrages oder als Klausel eines Vertrages, ausdrücklich oder stillschweigend, ganz oder teilweise vereinbart werden und ist Dritten gegenüber grundsätzlich wirksam (Girsberger, Basler Kommentar, 4. A., Basel 2007, N 32 zu Art. 164 OR; Spirig, Zürcher Kommentar, Zürich 1993, N 146 ff. zu Art. 164 OR). Im Einzelfall ist zu prüfen, ob das Abtretungsverbot nicht gegen die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit des Gläubigers und damit gegen Art. 27 Abs. 2 ZGB verstösst (Schwenzer, OR AT, 4. A., Bern 2006, N 90.24). Das vertragliche Abtretungsverbot bewirkt die Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit einer trotzdem erfolgten Zession. Ausnahmsweise wird die Abtretung doch wirksam, wenn der Schuldner dieser (ausdrücklich oder stillschweigend) zustimmt oder sie genehmigt (Huguenin, a.a.O., N 1315; Girsberger, a.a.O., N 50 und N 52 zu Art. 164 OR; Spirig, a.a.O., N 185 zu Art. 164). Das Zessionsrecht selbst kennt nur eine Ausnahme von der Folge der Ungültigkeit des Verbotsverstosses in Art. 164 Abs. 2 OR. Im Einzelfall kann ausserdem ein grundsätzlich wirksames Abtretungsverbot infolge Rechtsmissbrauchs gegenüber der sich rechtsmissbräuchlich verhaltenden Partei als

unwirksam anzusehen sein (BGE 4C.129/2002 vom 3. September 2002). Schliesslich bedarf die Abtretung zu ihrer Gültigkeit der schriftlichen Form (Art. 165 Abs. 1 OR).

Als Versicherungsnehmer besass der Streitberufene Verfügungsmacht über den Befreiungsanspruch aus Art. 9 lit. a AVB. Die Formvorschrift von Art. 165 Abs. 1 OR betreffend die Abtretung des Versicherungsanspruchs wurde mit der schriftlichen Abtretungserklärung vom 9. Juni 2007 (act. 3/5) eingehalten; Art. 73 VVG findet hier keine Anwendung. Zudem war die Forderung im Zeitpunkt der Abtretung hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar. Diese Voraussetzungen sind denn auch unbestritten. Fraglich ist die Abtretbarkeit des Anspruches. Dieser stehen zwar weder gesetzliche Vorschriften noch die Natur des Rechtsverhältnisses entgegen. Doch besteht auf der Grundlage der (inhaltlich unbestritten gebliebenen) Klausel in Art. 23 Abs. 3 AVB ein vertragliches Abtretungsverbot. Dieses beinhaltet keine übermässige Beschränkung der wirtschaftlichen Dispositionsfreiheit des Gläubigers und hält so vor Art. 27 Abs. 2 ZGB stand. Entsprechend führt das pactum de non cedendo grundsätzlich zur Ungültigkeit bzw. Nichtigkeit der trotzdem erfolgten Zession. Die Abtretung wäre dann ausnahmsweise als wirksam anzusehen, wenn die Beklagte der Zession zugestimmt bzw. diese genehmigt hätte. Eine solche Erklärung hat die Beklagte nicht ausdrücklich abgegeben. Dagegen ist nachfolgend zu prüfen, ob im Verhalten der Beklagten im Zuge der Abtretungsanzeige vom 21. Juni 2007 (act. 21/1) eine stillschweigende Genehmigung erblickt werden kann, wie dies von der Klägerin geltend gemacht wird.

6.3. Unter stillschweigender Willensäusserung ist eine konkludente, d.h. schlüssige Willenserklärung zu verstehen. Eine solche kann nur bei Vorliegen eines eindeutigen Verhaltens angenommen werden, dessen Auslegung keine vernünftigen Zweifel hervorruft (BGE 123 III 53 E. 5a = Pra 86 Nr. 87; vgl. Kramer/Schmidlin, Berner Kommentar, Bern 1986, N 9-11 zu Art. 1 OR; kurz und prägnant: Bucher, Basler Kommentar, a.a.O., N 17 zu Art. 1 OR).

6.3.1. Die Klägerin macht hiezuh geltend, das im Sachverhalt geschilderte Verhalten der Beklagten sei als konkludente Zustimmung zur Zession zu werten, insbesondere die von der Beklagten verlangte Vorlage der Abtretungserklärung, der

folgende Briefwechsel und der darin unterlassene Hinweis, dass sie der erfolgten Abtretung nicht zustimme und diese gemäss AVB als ungültig erachte. Das Bestreiten der Aktivlegitimation sei zudem rechtsmissbräuchlich (act. 20 S. 3 f.).

Die Beklagte bringt dagegen vor, die Klägerin könne aus der "Zession auf Anfrage der Beklagten" nichts ableiten. Die Klägerin selbst habe im Schreiben vom 1. Februar 2007 (act. 25/1) mitgeteilt, dass sie den strittigen Betrag beim Streitberufenen geltend machen wolle. Alle weitere Korrespondenz der Parteien stehe unter dieser Prämisse. Von einer konkludenten Zustimmung könne keine Rede sein. Das Schreiben vom 27. Juni 2011 (act. 21/2) betreffe denn auch nur die Verhandlungen über die Deckungsfrage an sich und überlasse es der Klägerin ausdrücklich, ob und wie sie diese weiteren Schritte einleiten wolle. Die Klägerin räume selbst ein, die Beklagte habe die zuerst von der Klägerin erwähnte Zession nur verlangt, damit sie berechtigt sei, mit ihr die Deckungsfrage zu diskutieren. Gestützt auf diese Abtretung habe die Beklagte der Klägerin das gesamte Policendossier zugesandt. Auch nach Erhalt des Gutachtens habe die Beklagte die Zulässigkeit oder materielle Wirksamkeit der erwähnten Zession nie anerkannt. Der blosser Hinweis, man überlasse das weitere Vorgehen der Klägerin, bedeute keinen Verzicht auf die Einrede des vertraglichen Zessionsverbots. Dies zeige sich auch daran, dass die Klägerin im massgeblichen Zeitraum der Beklagten mitgeteilt habe, sie werde den Streitberufenen und nicht die Beklagte ins Recht fassen. Die Beklagte sei gemäss AVB zu Verhandlungen mit dem Geschädigten berechtigt, auch wenn dieser kein direktes Forderungsrecht habe. Da die Klägerin aber nicht Geschädigte im rechtlichen Sinne sei, sei eine Ermächtigung des Streitberufenen nötig gewesen. Mit der Zessionserklärung sei die Beklagte entsprechend abgesichert gewesen, denn auch wenn sie gemäss Vertrag die Zession nicht anerkennen müsse, bedeute diese immerhin eine Ermächtigung des Zedenten an die Beklagte, der Zessionarin Auskünfte zur zedierten (bestrittenen) Forderung zu erteilen und die darauf bezüglichen Unterlagen auszuhändigen. Die Klägerin mache letztlich einen Einredevorzicht geltend. Ein solcher werde nur einschränkend angenommen. Die Beklagte beruft sich auf das Schreiben vom 1. Februar 2007 (act. 25/1) und führt aus, dass die Deckungsfrage für die Klägerin im Übrigen auch nach einem Prozess gegen den Streitberufenen we-

sentlich gewesen wäre. Insbesondere weil sie sich dann bei der Vollstreckung gegen die Beklagte hätte die fehlende Deckung entgegenhalten lassen müssen (act. 24 S. 2 ff.).

6.3.2. Aus dem mit der Duplik als neue Beilage eingereichten Schreiben vom 1. Februar 2007 (act. 25/1) kann die Beklagte im Zusammenhang mit den darauf folgenden und von der Klägerin ins Recht gelegten Schreiben (act. 21/1-8) nichts zu ihren Gunsten ableiten. Zwar ergibt sich daraus tatsächlich, dass die Klägerin den Regressbetrag zu diesem Zeitpunkt nach eigenen Angaben noch direkt beim Streitberufenen geltend machen wollte. Doch bereits mit der Abtretungsanzeige vom 21. Juni 2007 (act. 21/1) und dem Schreiben vom 4. Juli 2007 (act. 21/3) sowie der vorgelegten Abtretungserklärung (act. 3/5) gab die Klägerin klar zu erkennen, dass sie nun die Beklagte ins Recht fassen will und sich die Forderung der Klägerin gegen die Beklagte richtet. Schon der Titel der an die Beklagte gerichteten Schreiben lautet "Gesuch um Erbringung von Versicherungsleistungen aus der Betriebshaft-Police". Die Beklagte wird um "Erfüllung der vertraglichen Pflichten" und eine "Vergütung von CHF 42'910.-" gebeten. Ein "Zivilprozess in dieser Angelegenheit gegen die [Beklagte]" wird sodann "ernsthaft in Betracht" gezogen (act. 21/3). Die Beklagte selbst gab im Schreiben vom 20. November 2009 (act. 21/6) an, dass sie auf die Forderung der Klägerin nicht eintreten könne (S. 2 in fine). Von einer "Prämisse", unter welcher "alle weitere Korrespondenz der Parteien steht", wie die Beklagte betreffend dem genannten Schreiben vom 1. Februar 2007 geltend macht (act. 24 S. 2), kann deshalb keine Rede sein. Die sich um das Schreiben vom 1. Februar 2007 (act. 25/1) drehenden Argumente der Beklagten laufen ins Leere. Dementsprechend braucht der Klägerin auch nicht mehr Frist angesetzt zu werden, um sich zu dieser erst mit der Duplik eingereichten Beilage zu äussern.

Gleiches gilt für die in diesem Zusammenhang vorgebrachten Argumente der Beklagten, das Schreiben vom 27. Juni 2007 betreffe "nur die Verhandlungen über die Deckungsfrage an sich" und die Klägerin habe selber eingeräumt, die Zession sei nur verlangt worden, "damit [die Beklagte] berechtigt sei, mit ihr die Deckungsfrage zu diskutieren" (act. 24 S. 2). Zweifellos ging es der Klägerin im Briefwech-

sel um die Frage, ob die von ihr geleistete Zahlung durch den Versicherungsvertrag gedeckt wird. Dabei war die Klägerin der Meinung, dass dem so sei. Aus diesem Grund verlangte sie von der Beklagten die Bezahlung der CHF 42'910.–. Zugleich wurde der Beklagten (für den Fall der Nichtbezahlung) wie erwähnt ein Deckungsprozess angedroht. Die Ausführung, der Beklagten sei es nur um die Deckungsfrage vor dem Hintergrund gegangen, einen Prozess der Klägerin gegen den Streitberufenen bzw. die spätere unnütze Vollstreckung gegen die Beklagte zu vermeiden (act. 24 S. 4), erweist sich damit und unter Hinweis auf obige Ausführungen als blosser Schutzbehauptung. Zudem wäre, soweit eine Abtretung verboten war, wohl auch jede Diskussion über den Anspruch unstatthaft gewesen. Im Übrigen wird die Frage der Deckung das Gericht - sollte die Aktivlegitimation bejaht werden - auch im vorliegenden Verfahren beschäftigen. Die Haftpflicht des Streitberufenen ist demgegenüber soweit ersichtlich nicht umstritten.

Auch das Argument, die Beklagte sei gemäss AVB zu Verhandlungen mit der Geschädigten berechtigt, die Klägerin sei aber nicht Geschädigte im rechtlichen Sinn, weshalb eine Ermächtigung von Seiten des Streitberufenen nötig gewesen sei, um der Klägerin Auskünfte zur zedierten Forderung zu erteilen und darauf bezügliche Unterlagen auszuhändigen, besticht vor dem Hintergrund obiger Ausführungen nicht. Zudem hat doch die Beklagte im Nachgang der Abtretungsanzeige nicht nur Auskünfte erteilt und Unterlagen ausgehändigt, sondern sich mit der Klägerin um die Deckungsfrage gestritten. Dies ginge aber über eine solche von der Beklagten vorgebrachte Ermächtigung hinaus.

Weiter ist es tatsächlich so, dass die Beklagte in dem der Abtretungsanzeige vom 21. Juni 2007 (act. 21/1) folgenden Schreiben vom 27. Juni 2007 (act. 21/2) erklärte, dass sie ohne die Abtretungserklärung, die dem Schreiben der Klägerin nicht beilag, "nicht berechtigt [sei], mit [der Klägerin] die Deckungsfrage zu diskutieren". Für die Zustellung der Abtretungserklärung bedankte sich die Beklagte mit Schreiben vom 9. Juli 2007 (act. 21/4) und sowohl in diesem als auch im Schreiben vom 20. November 2009 (act. 21/6) machte sie dann zwar jeweils Ausführungen zu Art. 7 lit. k AVB, unterliess es aber, in irgendeiner Art auf das Zessionsverbot oder eine Nichtgenehmigung der Zession hinzuweisen. Da die AVB der

Klägerin bereits bekannt waren - was auch die Beklagte wissen musste, stritten sich die Parteien doch um eine der Klauseln - und sie demnach zu diesem Zeitpunkt um das Zessionsverbot in den ABV Bescheid wusste, durfte und musste sie aufgrund der Schreiben davon ausgehen, die Beklagte werde sich nicht auf das Abtretungsverbot berufen bzw. sie stimme der Abtretung (stillschweigend) zu. Die Beklagte gab der Klägerin mit den Schreiben zu verstehen, sie anerkenne diese als vollwertige Diskussionspartnerin bzw. Gegenpartei. Lediglich die Tragweite der Obhutsklausel im Rahmen der Deckungsfrage war das strittige Diskussions-thema. Nicht jedoch die Abtretung des Anspruchs bzw. die Aktivlegitimation der Klägerin.

6.3.3. Im Ergebnis lässt das Verhalten der Beklagten objektiv betrachtet keine vernünftigen Zweifel darüber aufkommen, dass sie die Abtretung des Versicherungsanspruchs vom Streitberufenen auf die Klägerin genehmigte. So liegt denn eine gültige Abtretung vor.

Damit kann offen bleiben, ob die Berufung der Beklagten auf das Zessionsverbot rechtsmissbräuchlich ist. Hierzu trotzdem folgendes: Wollte sich die Beklagte auf die fehlende Zustimmung zur Zession berufen, so hätte sie dies spätestens im Zeitpunkt tun müssen, als ihr die Abtretungserklärung vorlag und es ihr klar sein musste, dass die Klägerin sie in Anspruch nehmen will und einen Prozess gegen sie anstrebt. Dies war obigen Ausführungen folgend spätestens mit Schreiben der Klägerin vom 3. Juli 2007 (act. 21/3) der Fall. Auch berief sich die Beklagte in ihren Schreiben jeweils nur auf die Obhutsklausel und verweigerte die Leistung auf deren Grundlage. So liess die Klägerin zur Frage der Obhutsklausel in den AVB ein Gutachten erstellen und versuchte, mit der Beklagten diesbezüglich eine Einigung zu finden. Eine Ablehnung der Abtretung war indes nie Thema. Es war denn auch die Frage betreffend Obhutsklausel, deren gerichtliche Klärung die Beklagte der Klägerin überliess. Die von Seiten der Klägerin vorgenommenen prozessrelevanten und tatsächlichen Handlungen erscheinen vor diesem Hintergrund betrachtet als verständlich und es kann davon ausgegangen werden, die Klägerin hätte sie ohne den von der Beklagten geschaffenen Vertrauenstatbestand nicht vorgenommen. In diesem Sinne ist das Verhalten der Beklagten widersprüchlich

(venire contra factum proprium) und demnach die Berufung auf das Zessionsverbot rechtsmissbräuchlich (BGE 125 III 257 E. 2a).

#### 7. Ergebnis

Die Abtretung des Befreiungsanspruchs ist gültig. Damit ist die Aktivlegitimation der Klägerin bezüglich der von ihr geltend gemachten Forderung zu bejahen. Darüber ist ein Vorurteil zu erlassen (§ 189 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 188 Abs. 2 ZPO/ZH; vgl. Frank/Sträuli/Messmer, Kommentar ZPO, 3. A., Zürich 1997, N 9a zu § 189). Dagegen ist grundsätzlich das Rechtsmittel der bundesrechtlichen Beschwerde gegeben (Art. 405 Abs. 1 ZPO i.V.m. Art. 93 Abs. 1 lit. b BGG). Der Eventualantrag der Klägerin ist hinfällig.

#### 8. Kosten und Entschädigungsfolgen

In Vorentscheiden wird in der Regel über den entsprechenden Anteil an Kosten und Entschädigungen bestimmt (§ 71 Satz 2 ZPO/ZH). Die Beklagte unterliegt im Vorurteil. Der Anteil der Frage der Aktivlegitimation ist auf einen Viertel festzusetzen. In diesem Umfang wird die Beklagte kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Der Streitwert für das Bundesgericht beträgt CHF 42'910.– (Art. 51 Abs. 1 lit. c BGG).

#### **Das Gericht erkennt:**

1. Die Klägerin ist aktivlegitimiert.
2. Die Gerichtsgebühr für dieses Vorurteil wird festgesetzt auf CHF 1'250.–.
3. Die Kosten für dieses Vorurteil werden der Beklagten auferlegt.
4. Die Beklagte wird verpflichtet, der Klägerin für dieses Vorurteil eine Prozessentschädigung von CHF 1'600.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung, und in elektronischer Form an die Finanzmarktaufsicht FINMA.

6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, nach Massgabe von Art. 72 ff. sowie Art. 90 ff. des Bundesgerichtsgesetzes (BGG) Beschwerde, allenfalls nach Massgabe von Art. 113 ff. BGG subsidiäre Verfassungsbeschwerde erhoben werden.

---

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Enrico Moretti