

Handelsgericht des Kantons Zürich, 2. November 1999,
A. F. AG c. M. S. E. AG

Tatbestand: a) Die Klägerin führte im Oktober des Jahres 1995 eine Verkaufsausstellung mit Werken des Künstlers Yves Klein durch. Anlässlich dieser Ausstellung sollte auch das Werk IBK NY Monochrom blau, 1961, im Format 193 x 140 cm, ausgestellt werden, welches von der F. A. C. AG mit Sitz in G. eingeliefert worden war. Es war mit einer von Yves Klein entwickelten Farbe gemalt worden. Diese besteht aus Pigmenten, welche ohne die üblichen Bindemittel direkt auf die Leinwand aufgetragen werden. Das Bild, dessen Echtheit bestritten ist, wurde am Tage, vor der Eröffnung der Ausstellung, dem 4. Oktober 1995, in den Räumen der Klägerin aufgehängt. Die Beklagte hatte den Auftrag, das Verpackungsmaterial, in dem das Bild geliefert worden war, abzuholen.

b) Die Bildfläche des erwähnten Bildes kann nicht verglast werden, da wegen der dunklen Farbe ein Spiegeleffekt entstehen würde. Beim Abholen des Verpackungsmaterials, welches auf dem Fussboden vor dem aufgehängten Bild lag, bückte sich der Angestellte der Beklagten, St. Th., und berührte mit dem Hinterteil seiner Jeans das Bild. Die Klägerin machte die Beklagte unmittelbar nach dem Ereignis für den Schaden verantwortlich und bestätigte dies in einem Schreiben vom 19. Oktober 1995. Die Beklagte meldete bei ihrer Betriebshaftpflichtversicherung einen Schaden an. Die Klägerin ihrerseits hatte mit der Nordstern Versicherungs-Aktiengesellschaft einen Sachversicherungsvertrag, Versicherungspolice Nr. ..., geschlossen. Aufgrund eines Nachtrags Nr. 4 hiezu waren alle in der Yves Klein Ausstellung vom 5.10. bis 18. 11. 1995 gezeigten Bilder von dieser Versicherung erfasst, wobei das fragliche Gemälde mit einem Wert von US\$ 3 Mio. versichert war.

J.-P. L. erstellte mit Datum vom 20. Dezember 1995 ein Gutachten, in dem er den Wertverlust auf 55% bis 60% des versicherten Wertes des Bildes von US\$ 3 Mio. schätzte, was US\$ 1'650'000.-- bis US\$ 1'800'000.-- entspricht. Die Klägerin, die von ihr als Eigentümerin des Bildes bezeichnete F. A. C. S.A., in G., sowie die A. A. C. GmbH, in D., schlossen am 5. und 26. März 1997 ein mit "Vereinbarung" bezeichnetes Uebereinkommen. Darin sollten alle offenen Ansprüche der an der Vereinbarung beteiligten Parteien "aus den verschiedenen Geschäftsbeziehungen" geregelt werden. Gestützt auf diese Vereinbarung bezahlte die Klägerin der F. A. C. S.A den Betrag von US\$ 1'250'000.- und gab dieser auch das Bild zurück.

Der Vertreter der Klägerin informierte den Vertreter der Beklagten mit Schreiben vom 26. Mai 1997 über den Abschluss der erwähnten Vereinbarung und forderte die Beklagte auf, den Betrag von US\$ 1'250'000.- innert 30 Tagen zu überweisen. Die Beklagte kam dieser Aufforderung nicht nach. Weitere Verhandlungen führten zu keinem Ergebnis. Mit der vorliegenden Klage über US\$ 1,25 Mio. nebst Zins und Kosten fordert die Klägerin die von ihr an die F. A. C. S.A., d.h. gemäss der klägerischen Darstellung an die Geschädigte, bezahlte Vergleichssumme von der Beklagten ein.

Auf die weiteren Ausführungen der Parteien ist nachfolgend so weit als nötig einzugehen.

III.

(Regressproblematik)

Nach beklagtischer Auffassung betrifft die vorliegende Klage ein Regressverhältnis. Es sei nämlich das Innenverhältnis unter mehreren Ersatzpflichtigen betroffen. Aus der Sicht des Eigentümers käme für einen Schadenersatzanspruch einmal der Schädiger Th. in

Frage, wobei zwischen dem Geschädigten und Th. kein Vertrag bestehe. In Frage stehe auch ein Anspruch gegen die Beklagte. Sodann käme ein Vorgehen gegen die Klägerin oder deren Versicherung in Frage. Die Beklagte hafte dabei höchstens aus Art. 55 OR. Gemäss höchstrichterlicher Praxis könne ein Sachversicherer wie die Nordstern Versicherungs-Aktiengesellschaft indessen nur dann auf einen Schadensverursacher regressieren, "wenn letzterer grobfahrlässig gehandelt habe". Eine Grobfahrlässigkeit der Beklagten bzw. ihrer Hilfsperson sei weder behauptet, noch liege sie vor. Das von der Klägerin gewählte Vorgehen, gegen die Beklagte anstatt gegen den Versicherer zu klagen, umgehe insofern die Regressordnung des Art. 51 OR. Die Beklagte habe im Innenverhältnis keinen Anteil am Schaden zu tragen, wozu sie nun aber gerade verurteilt werden solle.

Die Klägerin lässt dazu im wesentlichen ausführen, sie habe primär einen eigenen vertraglichen Anspruch gegenüber der Beklagten aus dem "Rahmenabholvertrag"; erst in zweiter Linie bestehe eine Rechtsbeziehung deshalb, weil beide Parteien gegenüber der F. A. C. S.A. haftpflichtig seien. Gegenüber der Nordstern Versicherungs-Aktiengesellschaft sei die Klägerin gemäss Art. 17 Abs. 2 VVG, zur Geltendmachung des ursprünglich der F. A. C. S.A. zustehenden Anspruchs berechtigt gewesen, weil sie von der F. A. C. S.A. vorbehaltlos zum Abschluss der Versicherung beauftragt worden sei, habe diesen aber nicht wahrgenommen. Der Sachversicherer würde als direkt dem Geschädigten gegenüber ersatzpflichtige Partei ins Recht gefasst, nicht lediglich als interner Regressschuldner. Damit würden sich im Regressverhältnis nur die Klägerin, die Beklagte und St. Th. gegenüberstehen.

Von Praxis und Literatur wird die Rechtsfigur der uneigentlichen Drittschadensliquidation als selbstverständlich anerkannt. Der Gläubiger kann den Schuldner für einen Schaden belangen, der jenem dadurch entstanden ist, dass er vom Geschädigten für einen durch den Schuldner verursachten Schaden in Anspruch genommen wurde (vgl. BGE 111 II 72 ff.; vgl. Christian Armbrüster, Drittschäden und vertragliche Haftung, in: recht 1993 S. 84 ff.; Gauch/Schluop/Schmid/Rey, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 7.A., Zürich 1998, Rz. 2695, m.w.N., Rz. 3311 ff.; Ingeborg Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bern 1998, S. 70 ff.). Die Klägerin will dieses Vorgehen auf den zu beurteilenden Fall angewendet haben. Ginge man auf diese Weise vor, so würde dies bedeuten, dass da die Klägerin von der F. A. C. S.A. als Geschädigte für den von der Beklagten verursachten Schaden in Anspruch genommen wurde, sie anschliessend als Gläubigerin im erwähnten Sinne den erlittenen Schaden von der Beklagten als Schuldnerin wieder erhältlich machen könnte, wie dies nach der zitierten Lehre etwa für den Unternehmer gilt, welcher vom Bauherrn wegen eines vom Subunternehmer verursachten Schadens in Anspruch genommen wurde, und der diesen Schaden beim Subunternehmer wieder eintreiben kann. Ein Anspruch des Zahlenden im Sinne eines Anspruchs auf ein Surrogat wurde vom Bundesgericht in einem Fall von Leistungsunmöglichkeit bejaht, indem es den Schadenersatzanspruch des Unterpächters gegen den Pächter guthiess, da die Voraussetzungen des Schadenersatzanspruchs des zunächst an sich ohne Schaden gebliebenen Pächters gegen seinen Verpächter (und Veräusserer des Pachtgrundstücks) im übrigen gegeben waren, während der Unterpächter seinen Schaden nicht direkt gegen den Verpächter geltend machen konnte (BGE 112 II 235 ff. = Pra. 1986 S. 723 ff.).

Der vorliegend zu beurteilende Fall weicht indessen, wie nachfolgend zu zeigen ist, darin wesentlich von den geschilderten Fällen ab, dass dem Geschädigten eine Mehrheit von aus verschiedenen Rechtsgründen Ersatzpflichtigen gegenübersteht, welche nach einem ungeschriebenen Fundamentalsatz des Haftpflichtrechts dem Geschädigten - wenn auch nur grundsätzlich - solidarisch haften (Oftinger/Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, AT, Zürich 1995, § 10 Rz. 11; Heinz Rey, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2.A., Zürich 1998, Rz. 1403, 1419, 1425f, 1437 ff.). Besteht im Aussenverhältnis ein Anspruch des Eigentümers des beschädigten Werkes gegen den Versicherer, ist dieser Anspruch entgegen der klägerischen Auffassung und mit der Beklagten für die Regressordnung des Art. 51 OR beachtlich; der allfällig bestehende vertragliche Anspruch

der Klägerin gegen die Beklagte ist, da die Klägerin wie erwähnt selbst von einer externen Haftung der Beklagten ausgeht, in die interne Regressordnung einzubetten; vgl. Roland Brehm, Berner Kommentar, Bern 1989, N. 83 zu Art. 51 OR; vgl. Gauch/Schluëp/Schmid/Rey, a.a.O., N. 3380; Oftinger/Stark, § 10 Rz. 89; Rey, a.a.O., Rz. 1526; vgl. Von Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, Zürich 1974, S. 312f., 320).

Ein Versicherungsnehmer (VN) kann sich gegenüber dem Versicherten nicht nur verpflichtet fühlen, die Prämien für eine Versicherung zu bezahlen, sondern darüber hinaus direkt für den Schaden einzustehen, den dieser allfällig erleidet. In einem solchen Falle schliesst der VN eine Versicherung gewöhnlich ab, um seine eigene Fürsorgepflicht im Schadenfall abzudecken. Der Versicherte erhält dann die Versicherungsvergütung durch Vermittlung des VN oder direkt vom Versicherer (VR). Soweit der Schaden durch die Versicherungsvergütung gedeckt ist, bleibt für eine eigene Schadensvergütung des VN an den Versicherten kein Raum. Der VN hat seine eigene Schadenersatzpflicht durch eine Prämie abgelöst und sich damit im Schadenfalle ausgeschaltet. Diese Ausschaltung kann sehr wertvoll sein, da sie die übrigen Beziehungen zwischen VN und Versichertem entlastet. Namentlich ist das eigene Verschulden des VN, das für dessen Schadenersatzpflicht meist massgebend ins Gewicht fällt, irrelevant. Im Schadenfall erhält der Versicherte damit Ersatz, ohne dass er dem VN ein Verschulden vorwerfen und ohne dass der VN ein solches anerkennen muss (vgl. Hans Friedrich Moser, Die Versicherung für fremde Rechnung und die Versicherung zugunsten Dritter, in: ZSR 1938 S. 175). Dieses Vorgehen hat überdies den Vorteil, dass in einem Fall wie dem vorliegenden die Internationalität von Rechtsverhältnissen und die damit verbundene Schwierigkeit der Rechtsverfolgung und Komplexität der Rechtslage im Verhältnis zwischen dem Einlieferer als versichertem Dritten und dem VN ausgemerzt bzw. wesentlich vereinfacht wird. Diese Internationalität bildet namentlich bei Ausstellungen von Werken international bekannter Künstler die Regel. Um seine Käufer von dieser Problematik fernzuhalten, tritt der Galerist gegenüber seinen Käufern regelmässig in eigenem Namen auf. Umgekehrt bietet ihm die Versicherung für fremde Rechnung ein für die Einlieferer massgebliches Argument, einen Vertrag mit einem auf diese Weise versichernden Galeristen in der Schweiz abzuschliessen. Auch die Möglichkeit der Ausgestaltung der Versicherung für fremde Rechnung als Kollektivversicherung kommt nicht nur den Bedürfnissen der Versicherer, sondern auch denjenigen des Kunsthandels entgegen (vgl. Moser, a.a.O., S. 178f.). Dementsprechend stellt der Galerist bei einer Verkaufsausstellung den Einlieferern regelmässig die Prämien nur über seine ihm im Verkaufsfalle geschuldete Kommission in Rechnung. Er trägt die Prämienschuld als Element seines unternehmerischen Risikos beim Misslingen der Verkaufsausstellung jedoch selbst.

So verhielt es sich nach klägerischer Darstellung auch im vorliegenden Falle. Dass die F. A. C. S.A. als Einliefererin ihren Sitz in G. hat, ändert an den dargestellten Grundlagen der genommenen Versicherung nichts.

Wer gegenüber einem andern in Schadenfällen Fürsorgepflichten hat, braucht sich aber nicht unbedingt im dargelegten Sinne auszuschalten, wenn er eine Versicherung nehmen will. Er kann auch den eigenen Schaden aus einer möglichen Inanspruchnahme versichern, den er aus den Beziehungen mit dem anderen - im vorliegenden Zusammenhange einem Einlieferer - erleidet, so dass er eine Versicherung für eigene Rechnung nehmen wird (Moser, a.a.O., S. 176). Die Versicherung für eigene Rechnung berührt sich hier nahe mit derjenigen für fremde Rechnung, weil sich der eigene Schaden aus einem fremden ableitet. Im Gegensatz zur Versicherung für fremde Rechnung muss der VN hier aber seine Beziehungen zum Dritten dem VR gegenüber aufdecken, muss er doch den Tatbestand umschreiben, von dem die Leistungspflicht des VR abhängt. Während bei der Abdeckung der Haftpflicht selbst durch Versicherung von der Haftpflicht nicht die Rede ist, muss sie hier erwähnt werden. Die Versicherung hat nur eine Rückdeckung des VN, nicht eine Abdeckung zur Folge (Moser, a.a.O., S. 176).

Die Versicherung für fremde Rechnung ist eingebettet zwischen der direkten Stellvertretung des Versicherten durch den VN und der Versicherung eines eigenen, abgeleiteten Schadens. Das Eigentümliche der Versicherung für fremde Rechnung, wodurch sie sich scharf von der direkten Stellvertretung des Versicherten und der Versicherung eines abgeleiteten Schadens unterscheidet, besteht darin, dass der VN gegenüber dem VR in keiner Weise auf einen Dritten Bezug nimmt, sich weder als Vertreter eines Dritten ausgibt, noch in dem für die Leistungspflicht des VR entscheidenden Tatbestand auf seine Beziehungen mit einem Dritten abstellt (Moser, a.a.O., S. 177). Dementsprechend sieht Art. 16 VVG vor, dass eine Sachversicherung für fremde Rechnung mit oder ohne Bezeichnung der Person des versicherten Dritten abgeschlossen werden kann. Es genügt Bestimmbarkeit des Dritten (Moser, a.a.O., S. 181, 183; Roelli/Keller, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag, Bern 1968, S. 284). Dieser Dritte ist es bei der Versicherung für fremde Rechnung, welcher an der Versicherung das eigentliche wirtschaftliche Interesse hat (BGE 60 II 369 ff.).

Im von der Klägerin abgeschlossenen Versicherungsvertrag wurde der Personenkreis der Versicherten nicht bezeichnet. Vielmehr wurde eine Vielzahl von bei der Klägerin auszustellenden Gemälden versichert, wie es auch die Klägerin darlegen lässt. In Anwendung von Art. 49 Abs. 2 VVG ist daher davon auszugehen, dass der gemeine Sachschaden des jeweiligen Eigentümers versichert wurde (vgl. Moser, a.a.O., S. 199f.). Die Eigentümer der versicherten Werke sind es, welche das ausschlaggebende wirtschaftliche Interesse an der Versicherung haben. Der Personenkreis der Versicherten wird auf diese Weise hinreichend bestimmbar, ohne dass die Berechtigten im Versicherungsvertrag genannt worden wären oder hätten werden müssen. Die Versicherung wurde von der Klägerin insbesondere nicht genommen, weil sie die Versicherung dann beanspruchen wollte, wenn sie ihrerseits erfolgreich von einem an einem der versicherten Gemälde Berechtigten in Anspruch genommen werden sollte; der Tatbestand der Inanspruchnahme der Klägerin durch einen Einlieferer wurde im Versicherungsvertrag und dem Nachtrag Nr. ... gar nicht erwähnt. Dass es sich beim zu beurteilenden Versicherungsverhältnis um eine Versicherung für fremde Rechnung handelt, ergibt sich weiter auch aus der Unterscheidung in Versicherungsnehmer und Anspruchsberechtigten in Art. 17 Abs. 2 der AVB, wie dies auch die Klägerin ausführen lässt.

Eine Beschädigung des Bildes ruft jedenfalls in erster Linie beim Eigentümer einen Schaden hervor, wie es auch die Beklagte ausführen lässt. Die Klägerin behauptet die Eigentümerstellung der F. A. C. S.A. Die Eigentümerstellung der Klägerin wurde von keiner Partei behauptet. Einen direkten Schaden erlitt die Klägerin zufolge Beschädigung des Bildes durch das Verhalten Th.'s demnach nicht, da der von ihr behauptete Schaden erst nach weiteren Ereignissen eintrat, insbesondere der Inanspruchnahme durch die mit der Klägerin vertraglich verbundene F. A. C. S.A., dem Vergleichsabschluss und der Bezahlung der erwähnten Summe in US\$ durch die Klägerin an die F. A. C. S.A. (vgl. Schwenger, a.a.O., S. 70).

Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird gemäss Art. 51 Abs. 1 OR die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet. Dabei trägt kraft Art. 51 Abs. 2 OR in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist. Auch der Kausalhaftpflichtige steht auf der Stufe des Verschuldenshaftpflichtigen, wenn ihn neben der Kausalhaftung zusätzlich ein Verschulden trifft (vgl. Maurer, a.a.O., S. 416f.; Oftinger/Stark, a.a.O., Rz. 31; Rey, a.a.O., Rz. 1522, 1525). Um das interne Verhältnis mehrerer Schuldner klären zu können, muss daher zunächst festgestellt werden, wer im Aussenverhältnis als Ersatzpflichtiger aus welchen Rechtsgründen in Frage kommt. Ob die von den Parteien diesbezüglich diskutierten Ansprüche im Aussenverhältnis tatsächlich existieren, muss nur geprüft werden, wenn sie aufgrund ihres

Verhältnisses zueinander im Aussenverhältnis angesichts der gesetzlichen Regressordnung überhaupt dazu geeignet sein könnten, der vorliegenden, das Innenverhältnis betreffenden Klage zum Durchbruch zu verhelfen.

St. Th. würde nach der Darstellung beider Parteien einem Geschädigten bei gegebenen Voraussetzungen einzig aus Art. 41 OR haften. Die vorliegend Beklagte haftet dem Geschädigten, wie sie es auch selbst dartun lässt, allenfalls aus Geschäftsherrenhaftung im Sinne des Art. 55 OR für das Verhalten Th.'s. Die Leistungspflicht der Nordstern Versicherungs-Aktiengesellschaft ergäbe sich aus Versicherungsvertrag. Eine Ersatzpflicht der Klägerin gegenüber der F. A. C. S.A. könnte sich aus Vertrag bzw. Art. 101 OR oder unerlaubter Handlung ergeben.

Die Klägerin macht geltend, dass sie im Sinne von Art. 17 Abs. 2 VVG von der F. A. C. S.A. vorbehaltlos zum Versicherungsabschluss beauftragt worden sei. Sie sei daher anstelle dieser Geschädigten direkt gegen die Nordstern anspruchsberechtigt gewesen. Die vorbehaltlose Beauftragung ergebe sich aus den Usanzen des Kunsthandels, welchen folgend auch im vorliegenden Falle zwischen der F. A. C. S.A. und der Klägerin vereinbart worden sei, dass diese für die Versicherung des Bildes zu sorgen habe. Die Geschädigte F. A. C. S.A. habe durch ihre Inanspruchnahme der Klägerin anstelle der Nordstern einer Geltendmachung der Forderung gegen diese durch die Klägerin in eigenem Namen zugestimmt.

Gemäss Art. 17 Abs. 2 VVG ist der VN nur ausnahmsweise befugt, ohne Zustimmung des Versicherten den Ersatzanspruch gegen den VR im eigenen Namen geltend zu machen, nämlich dann, wenn der Versicherte den VN vorbehaltlos zum Vertragsabschluss beauftragt hat oder diesem eine gesetzliche Versicherungspflicht obgelegen hat. Daraus wird via Umkehrschluss gefolgert, dass der versicherte Dritte im Versicherungsfall grundsätzlich Anspruchsberechtigter ist und der VR nur an ihn mit befreiender Wirkung leisten kann (SVA XIV Nr. 27 S. 121; Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3.A., Bern 1995, S. 323 - 325; Moser, a.a.O., S. 163 ff.). Diese grundsätzliche Anspruchsberechtigung des versicherten Dritten ergibt sich auch aus Art. 17 Abs. 3 VVG, wonach dem Versicherten eine Entschädigung geschuldet ist und im Verhältnis zum VR eine Verrechnungslage bestehen kann. Der Grundsatz dient dem Schutz des Versicherten, welcher die Versicherungsvergütung auch tatsächlich erhalten soll (BGE 60 II 369 ff.; Moser, a.a.O., S. 188).

Eine vorbehaltlose Beauftragung im erwähnten Sinne liegt dann vor, wenn der Dritte als Auftraggeber es unterlässt zu vereinbaren, dass er selbst anspruchsberechtigt sein soll (Maurer, a.a.O., S. 323; Roelli/Keller, a.a.O., S. 288). Werden fremde Sachen ohne vertragliche Versicherungsverpflichtung versichert, sei es von Gesetzes wegen, sei es wegen eines eine Geschäftsführung ohne Auftrag begründenden Tatbestandes, so liegt in der Tatsache des Abschlusses einer Versicherung alleine noch keine vorbehaltlose Beauftragung des VN. Im Falle einer gesetzlichen Versicherungspflicht ist nach dem zitierten Artikel dennoch der VN direkt gegen den VR anspruchsberechtigt, nicht aber bei Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag (Maurer, a.a.O., S. 322; Roelli/Keller, a.a.O., S. 289f.).

Eine weitere Ausnahme vom erwähnten Grundsatz besteht schliesslich aufgrund der zitierten ratio legis des Art. 17 Abs. 2 VVG dann wenn eine ausdrückliche Zustimmung des versicherten Dritten zur Inanspruchnahme des VR durch den VN vorliegt (Maurer, a.a.O., S. 324; Roelli/Keller, a.a.O., S. 288f.). Dies wird bei Vorliegen einer Geschäftsführung ohne Auftrag oder einer nicht vorbehaltlosen Auftragserteilung praktisch. Eine ausdrückliche Zustimmung der F. A. C. S.A. zur Inanspruchnahme der Nordstern findet sich indessen weder in der erwähnten "Vereinbarung", noch in den übrigen Akten.

Läge eine vorbehaltlose Beauftragung oder eine ausdrückliche Zustimmung durch die F. A. C. S.A. vor, so würde die Klägerin dennoch als VN gegenüber dem VR wirtschaftlich den Anspruch der versicherten F. A. C. S.A. gegenüber der Nordstern wahrnehmen, da eine Versicherung des VN für fremde Rechnung vorliegt. Davon gehen zutreffenderweise auch die Parteien aus.; BGE 60 II 371). Der VN will sich bei diesem Versicherungstyp hin

sichtlich seiner eigenen Ersatz- oder Haftpflicht gegenüber dem Versicherten auch zu seinem eigenen Vorteil ausschalten und hat kein eigenes Interesse an einem Vorgehen gegen den VR. Der Geschädigte soll die Versicherungsleistung erhalten. Dem entspricht es, dass sich die Klägerin bei einem Vorgehen gegen den VR über ihre Anspruchsberechtigung gegenüber dem VR hätte ausweisen müssen. Sie wäre aber auch berechtigt gewesen, Leistung an den Versicherten zu verlangen (vgl. Roelli/Keller, a.a.O., S. 289). Der Anspruch des Versicherten gegen den VR ist somit auch bei Anspruchsberechtigung des VN dem Aussenverhältnis zuzuordnen.

Bei dieser Ausgangslage und der Wahl einer Versicherung für fremde Rechnung bestünde im Verhältnis zwischen einem versicherten Geschädigten und dem VR bei entstandener Forderung aus Versicherungsvertrag ein Anspruch, welcher zu den allfällig bestehenden übrigen Ansprüchen des Geschädigten gegen die Beklagte bzw. Th. extern im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz bzw. passiven Solidarität stehen würde (vgl. Otfinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 21, 26; § 11 Rz. 3, 14).

Die Klägerin lässt ausführen, das fragliche Gemälde stehe im Eigentum der F. A. C. S.A. mit Sitz in G. Die F. A. C. S.A. sei die "versicherte Dritte" bzw. Versicherte. Sie lässt weiter dartun, dass der F. A. C. S.A. als Geschädigter aufgrund der Versicherungspolice ein Anspruch gegen die Nordstern Versicherungs-Aktiengesellschaft zugestanden habe.

Die Beklagte bestreitet demgegenüber die Eigentümerstellung der F. A. C. S.A. und nennt zunächst die höhere Wahrscheinlichkeit der Eigentümerstellung von Herrn A. bzw. der A. A. C. AG; sie bestreitet anschliessend aber auch die Eigentümerstellung der A.

Gemäss Nachtrag Nr. 4 zum erwähnten Versicherungsvertrag mit der Police Nr. ... wurde spezifisch die Yves Klein - Ausstellung vom 5.10. bis 18.11.1995 versichert. Mit dem Schadensereignis konnte daher an sich aus dem Nachtrag Nr. ... eine Forderung des Eigentümers gegen den VR entstehen, welche auch nach dem Ablauf der erwähnten Ausstellung weiterbestand, obwohl die Sondervereinbarung des Nachtrags Nr. ... dann beendet war (vgl. Maurer, a.a.O., S. 218f).

Rechtsbeziehungen zwischen dem Dritten und dem VR entstehen bei der Versicherung für fremde Rechnung jedoch erst mit der vom geschädigten Eigentümer gegenüber jenem ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Zustimmung zum Versicherungsvertrag; diese kann vor oder nach dem Eintritt des Versicherungsfalles erfolgen (vgl. Maurer, a.a.O., S. 325; Moser, a.a.O., S. 205; Roelli/Keller, a.a.O., S. 285, 291). Erst mit seiner Zustimmung zum Versicherungsvertrag wird der Geschädigte als Versicherter anspruchsberechtigt. Die Zustimmungserklärung ist Ausübung eines Gestaltungsrechts mittels einer Willenserklärung, die auch in direkter Stellvertretung abgegeben werden kann (vgl. BGE 78 II 284f. = Pra. 1952 S. 400f.; Roelli/Keller, a.a.O., S. 291).

Die vorbehaltlose Beauftragung bzw. Ermächtigung zum Abschluss eines Versicherungsvertrags für fremde Rechnung enthält auch die im voraus erteilte Zustimmung zum Vertrag, zu dessen Abschluss der VN ohne weitere Weisungen bevollmächtigt wird. Zwar ist in der Lehre umstritten, ob schon in einer Auftragserteilung des Dritten an den VN zum Abschluss eines Versicherungsvertrags oder in einer Genehmigung des Vertragsabschlusses durch die erwähnten Beteiligten eine derartige Zustimmungserklärung erblickt werden könne. Das Bundesgericht hat indessen die Auftragserteilung in Übereinstimmung mit einem Teil der Lehre ohne Einschränkung und "ohne Zweifel" dafür genügen lassen (BGE 78 II 283 ff. = Pra. 1952 S. 400f.; a.M. Roelli/Keller, a.a.O., S. 291). Umso mehr muss dies gelten, wenn nicht nur eine Beauftragung, sondern eine vorbehaltlose Beauftragung bzw. Ermächtigung hierzu vorliegt. Wer es dem VN überlässt, in eigener Kompetenz einen Versicherungsvertrag zu schliessen, erklärt sich mit dem abgeschlossenen Vertrag im voraus einverstanden. Besteht, wie es der klägerischen Darstellung entspricht, gar eine Usanz zum Abschluss solcher Versicherungen, wird sich der Dritte darauf verlassen und darauf verlassen dürfen, dass eine Versicherung im Bereich des Ueblichen abgeschlossen wird. Für die Fälle, in denen seine Interessen durch das Vorgehen des VN nicht gewahrt werden, stehen ihm die vertraglichen und gesetzlichen Rechtsbehelfe gegen seinen Vertragspartner zu.

Freilich kann eine Zustimmungserklärung anders als eine vorbehaltlose Beauftragung des VN nur die ihr zuge dachte Wirkung entfalten, wenn sie vom Eigentümer der beschädigten Sache oder dessen Stellvertreter erklärt wird, wenn wie vorliegend der gemeine Sachschaden des jeweiligen Eigentümers versichert wurde.

Nun richtete zwar die F. A. C. S.A. nach klägerischer Darstellung ihre Ansprüche direkt gegen die mit ihr vertraglich verbundene Klägerin, welche jener schliesslich aufgrund eines tripartiten Vertrags den erwähnten Betrag bezahlte. Gegen den VR wurde auch seitens der Klägerin kein Anspruch erhoben. Diese führt vielmehr aus, sie habe den Sachversicherer "nicht in Anspruch genommen", erwähnt einen "Entscheid, gegen die Beklagte - und nicht gegen St. Th. oder den Sachversicherer - vorzugehen" und behauptet, "von der Nordstern nicht entschädigt worden" zu sein sowie es hätten "gute Gründe" bestanden, "sich in diesem Fall nicht an den Sachversicherer zu halten". Dies alles würde jedoch an der rechtsgestaltenden Wirkung der einmal abgegebenen Zustimmungserklärung (immer unter Vorbehalt der gesetzlichen Rechtsbehelfe bei Uebervorteilung, etc.) nichts mehr ändern, von deren Vorliegen die Klägerin auszugehen scheint. Die Forderung gegen den VR wäre damit entstanden. Die Parteien behaupteten im übrigen nicht, dass die Forderung des Geschädigten gegen die Nordstern durch Uebereinkunft mit Zustimmung des an der Vereinbarung nicht beteiligten VR später wieder aufgehoben worden wäre. Die Forderung besteht daher auch ihrer Auffassung nach weiter; "sollte die Klägerin den Sachversicherer in Anspruch nehmen, würde sie den Anspruch der F. A. C. S.A. ... geltend machen. Der Sachversicherer würde also als direkt dem Geschädigten ... in Anspruch genommen" ... "damit stehen sich entgegen der Behauptung"). Der zitierte Verzicht auf Geltendmachung der Forderung vermag dieselbe ohne Mitwirkung des VR jedenfalls nicht zum Untergang zu bringen.

Ein Beweisverfahren über die Frage, ob die F. A. C. S.A. im Zeitpunkt vorbehaltloser Auftragserteilung Eigentümerin des IKB NY gewesen sei, erübrigt sich dann, wenn bei Zugrundelegung der klägerischen Sachdarstellung die Klage dennoch abzuweisen wäre, weil der Klägerin aufgrund der Regressproblematik kein Anspruch zustehen würde. Die Beklagte hat im übrigen die von der Klägerin behauptete Uebergabe des Bildes durch die F. A. C. S.A. an die Klägerin nicht bestritten. Für das Eigentum der F. A. C. S.A. mit Sitz in G. am Bild spricht daher vorab die gesetzliche Vermutung des Eigentümers, welche gemäss Art. 930 ZGB an den unmittelbaren Besitz gemäss Art. 919 ZGB anschliesst. Die Klägerin hatte nach ihren diesbezüglich nicht bestrittenen Ausführungen nur unselbständigen Besitz, da sie für sich kein Eigentum in Anspruch nahm bzw. nimmt. Den Beweis des Gegenteils hätte hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse demnach grundsätzlich die Beklagte als Hauptbeweis zu führen (Walther J. Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, 2.A., Basel 1990, Rz. 646; Hans Ulrich Walder-Richli, Zivilprozessrecht, 4.A., Zürich 1996, § 28 Rz. 28f.), so dass es nicht der Klägerin obliegen würde, den Eigentumsnachweis zu erbringen, wie die Beklagte indessen anzunehmen scheint.

Würde das Beweisergebnis dann zeigen, dass die F. A. C. S.A. im fraglichen Zeitpunkt nicht Eigentümerin des IKB NY war, würde, folgt man der klägerischen Darstellung, kein Schaden der F. A. C. S.A. vorliegen, welcher von der Klägerin zu ersetzen war.

Das Versicherungsverhältnis für fremde Rechnung im vorliegenden Lebensbereich schliesst, als Rechtsverhältnis zwischen dem Galeristen als VN, dem VR und - über die Zustimmung - dem versicherten Eigentümer eines Kunstobjektes, eine Anspruchskonkurrenz bzw. passive Solidarität von VN und VR als Ersatzpflichtigen entgegen der Auffassung beider Parteien aus, soweit der Versicherungsvertrag den entstandenen Schaden abdeckt. Die zentrale Funktion der Anspruchskonkurrenz besteht darin, dass die Stellung der Person des Gläubigers, welche dadurch abgeschwächt ist, dass er sich mit einer Mehrheit von Schuldnern konfrontiert sieht, ausbalanciert wird, so dass er grundsätzlich von jedem Solidarschuldner die gesamte Leistung zu fordern berechtigt ist (Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 12, 24; Rey, a.a.O., Rz. 1404). Die von der Regressordnung der Art. 143 ff. OR und Art. 50f. OR hauptsächlich zu regelnde Frage nach dem Ausgleich zwischen

diesen Parteien wurde mit Abschluss des Versicherungsvertrages für fremde Rechnung - durch den VN zu entrichtende Prämie gegen potentielle Versicherungsdeckung an jeden der kollektiv Versicherten - bereits im Sinne einer Besserstellung des Geschädigten als Versichertem abschliessend geregelt (vgl. Maurer, a.a.O., S. 177f. zur Kollektivversicherung, 288f. zur Prämientragung; Moser, a.a.O., S. 200f.; Rey, a.a.O., Rz. 1457 zur passiven Solidarität, 1576 ebenfalls zur Solidarität, 1487 zur Funktion des Regresses, m.w.N.; Roelli/Keller, a.a.O., S. 288, 290). Bei der Versicherung für fremde Rechnung ist, wie bei der Versicherung an sich, wegen des ihr immanenten, aleatorischen Charakters regelmässig unsicher, ob die vom VN geleisteten Prämienbetreffnisse insgesamt dem VN an den VR verloren gehen werden, wenn ein Versicherungsfall nicht eintritt, oder ob gegenteils vom VR eine im Vergleich zu den geleisteten Risikoprämien weitaus höhere Versicherungssumme auszubezahlen sein wird. Letzteres hat dann der VN intern gegenüber dem VR wegen der im Rahmen der Kollektivversicherung bereits geleisteten Risikoprämien nicht mehr als Regressschuldner zu vertreten. Die Zahlung von Schäden ist die vertragliche Gegenleistung zum Einkassieren von Prämien; die beiden Aspekte bilden die essentialia negotii des Versicherungsvertrags (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 68). Von diesem Synallagma würden bei schon entstandener Forderung des Geschädigten gegen den Versicherer der versicherte Dritte und der VN wieder abweichen, nachdem sie beide dem Versicherungsvertrag bereits zugestimmt haben. Die Uebernahme der Prämienschuld durch den VN verlöre den ihr vom Gesetz zugedachten Sinn, wenn der VN die Bezahlung des Schadens übernehmen würde, obwohl die Forderung aus Versicherungsvertrag nach wie vor existiert; vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 68 ff.; vgl. Roelli/Keller, a.a.O., S. 308f.

Eine Anspruchskonkurrenz im Lichte des Art. 51 OR liegt hier nicht vor, weil sich die Herbeiführung einer solchen für die vertragliche Haftung des VN (Schadenersatzanspruch) und die vertragliche des VR (Erfüllungs- bzw. Schadensausgleichsanspruch) über eine analoge Anwendung des Art. 51 OR nicht rechtfertigt; sie würde dem mit der Wahl der Versicherung für fremde Rechnung bekundeten - und vom VVG durch Anerkennung dieses Versicherungstypus in verschiedenen Bestimmungen anerkannten - Willen der Beteiligten widersprechen (vgl. BGE 119 II 127 ff.; 114 II 342 ff. = Pra. 1990 Nr. 168; Pra. 1989 S. 461; Rey, a.a.O., Rz. 1553 ff., 1559); vgl. auch Maurer, a.a.O., S. 420 Fn. 1104). Ein gemeinsames Verschulden des VR und des VN als gegenüber dem Geschädigten Ersatzpflichtigen im Sinne des Art. 50 OR liegt nicht vor, da die Versicherung den Schaden nicht verschuldet. Auch ein vertraglicher Anspruch gegen den VN würde nicht gemäss Art. 72 VVG auf den VR übergehen (Roelli/Jäger, N. 15f. zu Art. 72 VVG). Die Rechtsordnung geht demnach in der zu beurteilenden Konstellation von einem einheitlichen Konzept aus.

Verhält es sich wie dargetan, so bestand ein Anspruch des Geschädigten gegen die Klägerin, der zu einem Anspruch des Geschädigten gegen die Versicherung im Verhältnis der passiven Solidarität stand, nicht. Trat der Versicherungsfall ein, hätte der Versicherer bei Inanspruchnahme Deckung gewähren müssen, und zwar unabhängig davon, ob dem Versicherten ein Haftpflichtanspruch gegen weitere Personen zugestanden hätte (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 70). Dennoch haben sich nach klägerischer Darstellung VN und die Geschädigte in der Vereinbarung vom 5./26. März 1997 über einen Anspruch der Geschädigten gegen die Klägerin aus Vertragsverletzung vergleichsweise geeinigt, und verlangt die Klägerin nun Leistungsübernahme von einem Regressaten.

Ein Vorgehen zwischen Versichertem und Versicherungsnehmer, wie es die Klägerin und die Geschädigte wählten, kann nach der Entstehung der Forderung des Versicherten gegen den VR unabhängig von einem beklaglichen Verschulden gemäss feststehender höchstrichterlicher Praxis nur dann zulässig sein, wenn dadurch die Regressordnung gemäss Art. 51 OR nicht verändert wird. Der Geschädigte hat danach kein Recht, in Abweichung von Art. 51 OR zu entscheiden, welcher von verschiedenen Haftpflichtigen den Schaden letzten Endes tragen soll. Die hier zulässige Parteidisposition bezieht sich nur auf Abmachungen zwischen verschiedenen Ersatzpflichtigen, nicht auf Abmachungen

zwischen dem Geschädigten und einem Ersatzpflichtigen nach dem Schadensereignis. Andernfalls bestünde die Gefahr unlauterer Beeinflussungen. Abmachungen zwischen dem Geschädigten und einem Ersatzpflichtigen, die die Regressordnung beeinflussen sind ungültig (BGE 115 II 27, 80 II 248 ff. = Pra. 1955 S. 69; BGE 45 II 645; Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 92).

Nach der jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts ist die in Art. 51 Abs. 2 OR festgelegte interne Reihenfolge der Schadenstragung vom Gericht in jedem Einzelfall daraufhin zu überprüfen, ob ihre Anwendung angesichts der konkreten Umstände angemessen ist; von der Kaskadenordnung kann abgewichen werden, wenn dies durch die konkreten Umstände gerechtfertigt ist (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Fn. 76, Rz. 66 ff.; Rey, a.a.O., Rz. 1517, m.v.w.N.). Auf Grund dieser neueren Rechtsprechung bildet die Kaskadenordnung keinen gesicherten Ausgangspunkt mehr für die Beurteilung der Frage, ob ein Geschädigter durch sein Verhalten das interne Regressverhältnis veränderte, da das Gericht gemäss Art. 51 Abs. 2 OR davon im Einzelfall nach seinem Ermessen abweichen kann. Daraus kann für den Geschädigten nur der Schluss gezogen werden, dass es ihm obliegt, jedes Verhalten zu unterlassen, durch welches die Regressordnung möglicherweise verändert werden könnte, da er die gerichtliche Beurteilung der Einzelfallgerechtigkeit nicht vorwegnehmen oder durch sein eigenes Ermessen ersetzen kann.

In den Erwägungen wurde bisher stets davon ausgegangen, die versicherte Gefahr habe sich auch tatsächlich verwirklicht. Die Beklagte macht indessen geltend, der IKB NY sei "trotz der äusserst beengten Platzverhältnisse völlig ungeschützt" gewesen. "Es gab keine Abdeckung, keine Abschränkung, nicht einmal ein Hinweis darauf, dass das Bild nicht berührt werden dürfe. Die Mitarbeiter der Beklagten wurden von der Klägerin bzw. ihren Mitarbeitern auch nicht auf die besondere Empfindlichkeit des IKB NY hingewiesen. Dies obwohl ein Mitarbeiter der Klägerin die Tätigkeit von Herrn Th. und I. im Hintergrund unauffällig aber genau beobachtete!" "Er schien vielmehr geradezu darauf zu warten, dass ein Mitarbeiter der Beklagten den IKB berühre". Die Klägerin wendet sich gegen diese Ausführungen. Ob sie zutreffen, kann vorliegend offenbleiben. Im Einklang mit den Ausführungen der Beklagten ist jedoch an die Regelung des Art. 14 VVG zu erinnern. Der Artikel enthält eine Ordnung, die in mehrfacher Hinsicht, als Ganzes, eine gewisse Ausgewogenheit und Billigkeit anstrebt (BGE 117 II 595; 92 II 254; Maurer, a.a.O., S. 349).

Gemäss Art. 14 Abs. 1 bis 3 VVG ist der VR dann gegenüber dem Versicherten nicht oder nur in reduziertem Umfange zur Leistung verpflichtet, wenn das befürchtete Ereignis entweder vom VN, vom versicherten Dritten oder von einer Person absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt worden ist, für deren Handlung der VN oder der Anspruchsberechtigte eintreten müssen. Dies beruht darauf, dass sich in diesen Fällen die versicherte Gefahr im Sinne des Art. 33 VVG gar nicht bzw. nur teilweise verwirklicht hat. Der Versicherer hat für das Verschulden des VN oder des Dritten nicht einzustehen. Ein Anspruch gegen den VR entsteht gar nicht erst bzw. nur im Teilumfange (Maurer, a.a.O., S. 347, 356; Roelli/Keller, a.a.O., S. 246 ff., 252f.). Nur bei lediglich leichter Fahrlässigkeit entsteht der Anspruch gegen den VR kraft Art. 14 Abs. 4 VVG in vollem Umfange, weil die den Abs. 1 bis 3 des Art. 14 VVG zugrundeliegenden Schutzüberlegungen hier nicht notwendig sind, und weil der VN dieses Risiko über seine Prämien mitfinanziert (Pra. 1955 S. 70; Maurer, a.a.O., S. 348 Fn. 876). Der Anspruch des versicherten Dritten gegen den VR soll nach der Lehre auch dann bestehen, wenn lediglich den VN, nicht aber den Dritten selbst ein Verschulden trifft (Maurer, a.a.O., S. 356 ff., m.w.N.).

Nimmt der versicherte Dritte oder der VN den Versicherer (statt direkt andere passiv solidarisch Haftende) in Anspruch, haben jene gegenüber diesem den Nachweis ihrer Anspruchsberechtigung zu erbringen. Für Absicht oder Grobfahrlässigkeit trägt der VR die Beweislast, weshalb er sie zu behaupten und den bezüglichen Beweis zu führen hat, wenn ihm Verdachtsmomente vorliegen (Maurer, a.a.O., S. 356). Gelingt dem VR der Nachweis zumindest groben Verschuldens, so greift insoweit mangels Existenz eines aussenverhältnismässigen mitbegründenden Anspruchs gegen den VR auch kein Regress des VR gegen andere, extern passiv solidarisch Haftende. Damit geht das Gesetz auch in Art. 14

VVG bei der Versicherung für fremde Rechnung davon aus, dass Anspruchsberechtigung und das Verschulden des VN oder des Dritten primär im Prozess gegen den Versicherer, nicht gegen den VN abzuklären sind. Erst wenn feststeht, ob ein Anspruch gegen den VR besteht, ist klar, ob ein Regress des VR auf weitere, extern Haftende überhaupt in Frage kommt. Ein Vorgehen bzw. ein Prozess gegen den VR präjudiziert insofern die Regressordnung (vgl. Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 83, m.w.N.).

Dem Nichtbestehen bzw. der Kürzung der Leistungspflicht des VR wegen Absicht oder Grobfahrlässigkeit des VN oder des Dritten gemäss Art. 14 Abs. 1 bis 3 VVG liegt die Überlegung zugrunde, dass VN und Versicherter die Folgen ihres zumindest grob schuldhaften Verhaltens ganz oder doch teilweise selbst tragen sollen. Angestrebt wird zudem eine gewisse Stärkung des Verantwortungsbewusstseins, indem sich allzu grobe Verstösse gegen Gebote der Vorsicht und Vernunft für die Betroffenen finanziell ungünstig auswirken sollen (Maurer, a.a.O., S. 348). Aehnliche Gedanken berücksichtigt das OR im Recht der vertraglichen Ersatzpflicht, wobei dort für die Bestimmung des Umfangs des Anspruchs nicht wie im Versicherungsrecht nur das Verschulden massgeblich ist, sondern auch die Umstände zu berücksichtigen sind, wie beispielsweise die finanziellen Verhältnisse der Parteien (Art. 99 OR in Verbindung mit Art. 43f. OR; BGE 104 II 188; Gauch/Schlupe/Schmid/Rey, a.a.O., Rz. 2733 ff., 2792 ff.).

Wären diese Verschuldensfragen nicht primär im Verhältnis zum Versicherer zu klären, so könnten - allgemein gesprochen - der VN und der versicherte Dritte Vereinbarungen auch ohne eine eingehende Prüfung ihrer eigenen Absicht und Grobfahrlässigkeit und überdies unter Berücksichtigung weiterer Umstände schliessen, welche gemäss Art. 14 VVG nicht ins Gewicht fallen sollen. Alsdann würde einmal auch der Extremfall möglich, dass ein Dritter und ein VN bei gemeinsamer Absicht oder Grobfahrlässigkeit unter nachträglicher Ausschaltung der Versicherung eine Vereinbarung gerade deshalb treffen, um zu versuchen, von Dritten doch noch Leistungen erhältlich zu machen. Die Versicherung ist demgegenüber im Gegensatz zu einem solchen Versicherungsnehmer in der Abwicklung von Schadensfällen besonders geschäftsgewandt und bei Inanspruchnahme im Aussenverhältnis von einem wirklichen Verlustrisiko bedroht (vgl. Oftinger/Stark, § 11 Rz. 8 Fn. 17, Rz. 21, 65 Fn. 73).

Liesse man das von der F. A. C. S.A. und der Klägerin gewählte Vorgehen generell zu, so könnte dies demnach zur Folge haben, dass im internen Regressverhältnis an weitere Schadensmitverursacher herangetreten werden könnte, welche zufolge einer Inanspruchnahme bzw. eines Prozesses gegen die Versicherung nicht mit einem entsprechenden Regressanspruch des VR hätten konfrontiert werden können. Um zu verhindern, dass allfällige Regressaten an das Ergebnis der Auseinandersetzung zwischen Versichertem bzw. VN und VR nicht gebunden sind, wird man sie in den Streit mit einbeziehen, im Prozess als Nebenparteien via Streitverkündung (Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 77f.). In der Sichtweise des VVG obliegt es nach dem Gesagten gegenüber dem Geschädigten dem VR und nicht allfälligen Regressaten, Absicht oder Grobfahrlässigkeit des Dritten und des VN zu behaupten und zu beweisen. Die Anspruchsberechtigung des Dritten bzw. des VN muss dem VR, nicht dem VN gegenüber nachgewiesen werden. Würde man statt dessen zulassen, dass in diesem ersten, externen Schritt der VR ausgeschaltet werden könnte, würde der Nachweis von Absicht und Grobfahrlässigkeit auf den internen Weg des Regresses verlagert, so dass die möglicherweise Regressverpflichteten - die das Ergebnis der Auseinandersetzung zwischen versichertem Dritten und Versicherungsnehmer mangels Beteiligung daran bzw. mangels Streitverkündungswirkung erneut bestreiten könnten - ohne Beteiligung des VR selbst Absicht oder Grobfahrlässigkeit behaupten und nachweisen müssten (Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 40, 75). Dadurch würden die erwähnten, allgemein zu beachtenden Grundgedanken des Art. 14 VVG verletzt, welche es dem Versicherer überbinden, primär im Aussenverhältnis dafür zu sorgen, dass VN und Versicherter die Folgen ihres zumindest grob schuldhaften Verhaltens ganz oder doch teilweise selbst tragen sollen, womit allgemein ihr Verantwortungsbewusstsein gestärkt werden soll. Liegt, wie es die Klägerin ausführt, bei Verkaufsausstellungen gar eine Usanz zum

Abschluss einer Versicherung vor, spricht dies erst recht dafür, die Grundgedanken des Art. 14 VVG im erwähnten Sinne anzuwenden. Zudem ist zu beachten, dass die Regressanten ohne primäre Einschaltung des Versicherers auch von allfälligen Auswirkungen der Berücksichtigung von Umständen gemäss Art. 43 OR im Aussenverhältnis in sie belastender Weise betroffen werden könnten, mit welchen sie nach der Regelung von Art. 14 VVG, der nur auf das Verschulden abstellt, nicht konfrontiert werden könnten. Das soll aber gerade dann nicht möglich sein, wenn wie vorliegend eine Versicherungsdeckung besteht.

Im direkten Vorgehen gegen die Versicherung anstatt gegen den VN gemäss der Regelung des Art. 14 VVG liegt aber auch ein Schutz des VR. Die Klägerin lässt zur Begründung des Vorgehens des versicherten Dritten gegen den VN Folgendes ausführen: "Gegen eine Inanspruchnahme der Sachversicherung sprachen ebenfalls zahlreiche Ueberlegungen. Die Klägerin wickelt pro Jahr mehrere Verkaufsausstellungen ab und bezahlt dafür jedes Jahr beträchtliche Sachversicherungsprämien.

Das gesamte Brutto-Prämienvolumen der Klägerin bei der Nordstern betrug 1995 Fr. 112'000.--, 1996 Fr. 128'500.-- und 1997 Fr. 141'600.--. Die Belastung der Police mit einem Schaden in Millionenhöhe hätte für die Klägerin gravierende finanzielle Auswirkungen.

So ginge sie z.B. der 20%-igen Gewinnbeteiligung gemäss Ziff. 10 der BVB verlustig. Zudem müsste sie mit einer Kündigung der Versicherung gemäss Ziff. 19 der ABV bzw. mit einer Kündigung und anschliessendem neuen Vertragsschluss mit der Nordstern oder allenfalls mit einem anderen Versicherer, in jedem Fall mit massiv erhöhten Prämien für die kommenden Jahre, rechnen." Die Klägerin geht mithin davon aus, durch ihr Vorgehen gegenüber der Versicherung wirtschaftlich besser gestellt worden zu sein, als wenn der Geschädigte direkt die Versicherung in Anspruch genommen hätte, wie es in Art. 14 VVG vorgezeichnet ist.

Das heisst nichts anderes, als dass die Versicherung nach klägerischer Auffassung durch das gewählte Vorgehen im Vergleich zu einem Vorgehen direkt gegen sie letztlich zu Verlust gekommen ist. Zwar wurde vorliegend ein Regressrecht des Versicherers nicht direkt verkürzt, da er gar nicht leisten musste. Bei direkter Inanspruchnahme des VR statt des VN wären aber Forderungen der Geschädigten gegen die Beklagte und Th. gemäss Art. 72 VVG auf die Nordstern übergegangen. Nach klägerischer Auffassung verhält es sich aber so, dass bei direktem Vorgehen gegen die Nordstern diese die von der Klägerin behaupteten wirtschaftlichen Einbussen nicht hätte erleiden müssen, sondern die Klägerin in massgeblicher Weise hätte belasten können. Ob die Nordstern letztlich bessergestellt worden wäre, wenn sie direkt anstelle der Klägerin in Anspruch genommen worden wäre, könnte nur mit Sicherheit festgestellt werden, wenn das Resultat eines direkten Vorgehens gegen den VR und der Begehung des Regressweges durch denselben schon vorliegen würde. Es zeigt sich hier aber deutlich, dass die von Art. 14 VVG vorgezeichnete Lösung auch mit Wirkung für die Versicherung der Ausgewogenheit und Billigkeit Rechnung zu tragen vermag. Mit dem Gesagten wird im übrigen nicht etwa verkannt, dass der Geschädigte auch die Beklagte oder Th. wegen passiver Solidarität direkt hätte in Anspruch nehmen können, wobei in diesen Aussenverhältnissen Art. 14 VVG nicht zur Anwendung gekommen wäre; diesfalls hätte allenfalls Art. 72 Abs. 2 VVG anwendbar werden können (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 47 ff., 72). Die Argumentation bewegt sich vielmehr ausschliesslich im Rahmen des Art. 14 VVG.

Demnach ist die Klage im Lichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung abzuweisen, da der Anspruch der Geschädigten gegen die Nordstern nach dem Klagefundament der Klägerin gegeben war, der Anspruch der Geschädigten gegen die Klägerin demgegenüber erst in zweiter Linie geltend zu machen war.

Mit der Vereinbarung vom 5./26. März 1997 wurde, wie es die Klägerin ausführt und es sich auch aus der Vereinbarung ergibt, der Schadenfall betreffend den IKB NY zwischen der F. A. C. S.A. und der Klägerin für die Klägerin abschliessend geregelt ohne jegliche Abzüge, (sowie Ziff. 6 ff.; Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 38, 40). Ginge man mit der Klä

gerin davon aus, es habe vor Vergleichsabschluss und Bezahlung neben einem Versicherungsanspruch ein zuzulassender Ersatzanspruch des Geschädigten gegen die Klägerin noch existiert, welcher im Verhältnis zu den Ansprüchen gegen die Beklagte und Th. im Verhältnis der Anspruchskonkurrenz bzw. passiven Solidarität stand, und das Verschulden liege im wesentlichen auf der Seite der Beklagten bzw. Th.'s, so müsste die zu beurteilende Klage einmal dann ohne weitere Prüfung des Vorliegens einer gestützt auf Art. 55 OR bestehenden Haftung der Beklagten im Aussenverhältnis abgewiesen werden, da dieser Rechtsgrund als gesetzliche, einfache Kausalhaftung; (Rey, a.a.O., Rz. 897, 899) aufgrund der erwähnten, höchstrichterlichen Praxis zur Regressordnung des Art. 51 OR im Sinne der beklagten Ausführungen im Innenverhältnis ohnehin nicht zum Zuge kommen würde.

Die Klägerin lässt von ihrem Vertreter wie erwähnt dartun, dem Geschädigten aus Vertrag bzw. Art. 101 OR gehaftet und bezahlt zu haben. Eine Leistungspflicht des VR ist für das Regressverhältnis ebenfalls als vertragliche zu qualifizieren (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 31; vgl. Rey, a.a.O., Rz. 1576). Ein Regress der aus Vertrag Ersatzpflichtigen gegen die Beklagte könnte im Lichte des Art. 51 OR daher nur erfolgen, wenn dieser ebenfalls ein Verschulden vorzuwerfen wäre, was die Klägerin denn auch behauptet. Die Frage, ob auch die Betriebshaftpflichtversicherung der Beklagten hätte in Anspruch genommen werden können, kann hier offenbleiben (vgl. dazu BGE 78 II 284f.).

Die Tatsache, dass eine Versicherung besteht, hat eine erhebliche Aenderung der gesetzlichen Haftpflichtordnung zur Folge. Wenn der Schaden an sich gleichzeitig von einem VR und einer Person zu übernehmen ist, die ohne eigenes Verschulden kraft Gesetzes dafür einzustehen hat, ist diese zweite Person durch die Versicherung gemäss Art. 51 Abs. 2 OR zu entlasten. Dasselbe wie für den VR gilt gemäss Art. 51 Abs. 2 OR hinsichtlich der Kaskadenhaftung aber auch für einen aus einem anderen Vertrag Ersatzpflichtigen (Maurer, a.a.O., S. 417ff.; Moser, a.a.O., S. 200f.). Insoweit besteht mit Art. 51 Abs. 2 OR noch keine Regelung, welche im Falle des Bestehens einer Schuld der Klägerin und bei Bezahlung durch sie anstatt durch den VR die potentielle Regressordnung zu Lasten der Beklagten oder Th.'s hinaus verändern würde.

Bei der unechten Solidarität findet keine Subrogation des rückgriffsberechtigten Schuldners in die Rechtsstellung des befriedigten Gläubigers statt. Die Klägerin hätte daher auch im Falle des Bestehens einer eigenen, vertraglichen Schuld gegenüber der F. A. C. S.A. weder den Anspruch gegen die Versicherung, noch Ansprüche gegen die Beklagte oder Th. durch Legalzession erworben. Mit der Zahlung des erwähnten Schuldners entsteht aber ein Ausgleichsanspruch (Pra. 1989 S. 460, 464; Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 16f.; § 11 Rz. 4). Hinsichtlich seiner Durchsetzung ist zu beachten, dass extern konkurrierende Ansprüche des Gläubigers noch nicht verjährt sein dürfen. Der Ausgleichsanspruch greift nicht, wenn der Regressberechtigte von der Regressmöglichkeit rechtzeitig Kenntnis erhält, und dennoch nichts unternimmt (Pra. 1989 S. 464).

Bei einer Zahlung durch den VR statt den VN wäre demgegenüber kraft Art. 72 Abs. 1 VVG der Anspruch gegen Th. und, das von der Klägerin behauptete Verschulden der Beklagten vorausgesetzt, der Anspruch des Geschädigten gegen die Beklagte auf den VR übergegangen (vgl. BGE 120 II 196; Oftinger/Stark, a.a.O., S 10 Rz. 16f., § 11 Rz. 4, 15 ff.; Rey, a.a.O., Rz. 1574). Die Rechtsstellung des VR wird auch durch Art. 72 Abs. 2 VVG geschützt (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11, Rz. 47 ff.) Der VR hätte diese Ansprüche mit allen Nebenrechten, Einreden, vor allem aber mit laufender Verjährung erworben. Ein Regressrecht stünde dem VR wie dem VN auch als Ausfluss des internen Verhältnisses bei Solidarität zu. Nicht erworben hätte er einen allfällig bestehenden Anspruch des Geschädigten gegen den VN aus Vertrag (Oftinger/Stark, a.a.O., § 11 Rz. 18, 30f., 35f., 65 Fn. 74).

Die Klägerin würde mit vorliegender Klage nach dem Gesagten einmal den wegen mehrtypischer Solidarität auf Art. 51 OR gestützten Regress aus eigenem Recht mit eigener Verjährungsregelung ausüben, wie sie es auch selbst ausführen lässt. Der Schadenseintritt wird von den Parteien übereinstimmend auf den 4. Oktober 1995 festgelegt.

Mit Schreiben vom 23. Oktober 1995 an die Klägerin teilte die Beklagte auf das Schreiben der Klägerin vom 19. ds. hin ausweichend mit, ihre Betriebshaftpflichtversicherung "ohne Präjudiz und Anerkennung einer Schuld" über den Vorfall informiert zu haben, die sich des Schadenfalles annehmen werde. Am 26. März 1997 unterzeichnete die Klägerin die mehrfach erwähnte Vereinbarung mit der F. A. C. S.A. und der A. A. C. GmbH, welche von der F. A. C. S.A. bereits am 5. März 1997 unterzeichnet worden war. Aufgrund derselben ist davon auszugehen, dass der F. A. C. S.A. der Schaden und die Person des Schädigers spätestens am 5. März 1997 bekannt war. Spätestens ab diesem Tage lief demnach die einjährige, relative Frist aus Art. 60 Abs. 1 OR. Mit Schreiben vom 28. Mai 1997 bestritt der Vertreter der Beklagten die Forderung vollumfänglich. Das klägerische Sühnbegehren ging am 4. August 1998 beim Friedensrichteramt Kloten ein.

Die Klägerin beruft sich auch auf einen vertraglichen Anspruch. Ein solcher verjährt auch im Regressverhältnis gemäss Art. 127 OR mit Ablauf von 10 Jahren (Oftinger/Stark a.a.O., § 10 Rz. 82). Ein in die Regressordnung eingebetteter, vertraglicher Anspruch steht dem VR nicht zu.

Die Rechtsstellung der Regressverpflichteten würde daher hinsichtlich der Verjährung durch das vom Geschädigten in Uebereinstimmung mit der Klägerin gewählte Vorgehen einer nachträglichen Ausschaltung des VR verschlechtert, da ein vertraglicher Regressanspruch gegen die Beklagte bestünde (Oftinger/Stark, a.a.O., § 10 Rz. 16; Rey, a.a.O., Rz. 1560). Einmal hätte ein Regress des VR gegen die Beklagte nur bei Verschulden der Beklagten greifen können. Dem vertraglichen Anspruch liegt dagegen eine Vermutung zumindest leichten Verschuldens aus Art. 97 OR zugrunde, welche vorliegend dann anwendbar wäre, wenn die klägerische Behauptung, Th. hätte von der Beklagten gar nicht eingesetzt werden dürfen, da er normalerweise Büroarbeit verrichte, zutreffen würde. In diesem Falle wäre schon der Beizug Th.'s als Vertragsverletzung zu werten. Art. 101 OR lässt den Geschäftsherrn sodann für das Verschulden der Hilfsperson wie für eigenes haften, was bei einem Regressanspruch des VR ebenfalls nicht der Fall wäre. Wären zudem, allgemein gesprochen, die Ansprüche gegen die erwähnten potentiellen Schadensverursacher aus unerlaubter Handlung verjährt, könnte der VR über die Legalzession nicht mehr auf die Beklagte und Th. zurückgreifen. Wäre sein eigener Ausgleichsanspruch verjährt, würde auch dieser nicht mehr Platz greifen. Anders verhält es sich beim vertraglichen Anspruch des VN gegen die Beklagte. Ein Geschädigter könnte daher zusammen mit dem VN bewirken, dass in einem solchen Falle über einen vertraglichen Anspruch nachträglich doch noch auf Schadensverursacher gegriffen werden könnte, welche mangels groben Verschuldens bzw. zufolge Verjährung der Ansprüche aus unerlaubter Handlung bzw. des Ausgleichsanspruchs vom VR nicht mehr hätten belangt werden können. Dadurch wird die Regressordnung d.h. die endgültige Quotenverteilung verschoben. Wer bei Inanspruchnahme der Versicherung durch den Geschädigten nicht mehr gehaftet hätte, haftet. Die Frage, ob in den AGB eine Haftungsbeschränkung vorliegt, welche im internen Verhältnis Wirkung zu zeitigen vermag, kann nach dem Gesagten und unter Zugrundelegung der klagebegründenden, klägerischen Darstellung offenbleiben, welcher zufolge dies nicht der Fall ist. Die Klage ist folglich abzuweisen.

IV.

In Anwendung von § 64 Abs. 2 ZPO sowie § 68 Abs. 1 ZPO wird die Klägerin vollumfänglich kosten- und entschädigungspflichtig.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf

Fr. 29'000.--; die weiteren Kosten betragen:
Fr. 1'187.-- Schreibgebühren
Fr. 120.-- Vorladungen
Fr. 646.-- Zustellungen und Porti

3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 50'000.-- (zuzüglich 6.5% Mehrwertsteuer) zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien und nach Eintritt der Rechtskraft an das Bundesamt für Privatversicherungen, 3003 Bern, je gegen Empfangsschein.

6. Gegen diesen Entscheid kann

a) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, durch eine dem § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne des § 281 ZPO geführt werden;

b) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Handelsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8023 Zürich, wegen Verletzung von Bundesrecht im Sinne des Art. 43 des Bundesgesetzes über die Organisation der Bundesrechtspflege (OG) durch eine dem Art. 55 OG entsprechende Eingabe Berufung an das Schweizerische Bundesgericht erhoben werden.