

Handelsgericht des Kantons Zürich, 22. Mai 2000,  
E. c. Winterthur Schweiz. Versicherungs-Gesellschaft, Winterthur

**Tatbestand/Gründe:** Am 17. September 1998 gingen Weisung und Klageschrift mit vorstehend aufgeführtem Rechtsbegehren beim Handelsgericht ein. Nach Eingang der Klageantwortschrift fand am 24. Februar 1999 eine Referentenaudienz statt, anlässlich welcher die Parteien einen Teilvergleich hinsichtlich der Beschränkung des Prozessthemas auf die Haftungsgrundlage sowie der Festsetzung des Quantitativs schlossen. Daraufhin wurde das Verfahren mit Verfügung vom 25. Februar 1999 schriftlich fortgesetzt. Nach Eingang der Replik am 12. Mai 1999 und der Duplik am 26. August 1999, wurde das Hauptverfahren mit Verfügung vom 26. August 1999 als geschlossen erklärt. Auf entsprechende Verfügung vom 25. Februar 2000 nahm die Klägerin mit Eingabe vom 15. März 2000 zu den Noven in der Duplik Stellung.

Die Klägerin ist eine mit eigener Partei- und Prozessfähigkeit ausgestattete Sozialversicherung (BGE 112 II 90), die Beklagte eine im Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in Winterthur. Die im Streite liegende Forderung basiert auf dem von den Parteien betriebenen Gewerbe und der Streitwert erreicht die für die Berufung an das Bundesgericht vorausgesetzte Höhe. Die örtliche, sachliche und funktionelle Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ist somit gegeben.

In tatsächlicher Hinsicht ist zunächst von folgendem, unbestrittenem Sachverhalt auszugehen:

a) Am 29. August 1990 befanden sich T. Bu., H. U. Z. und S. E. an Bord des Flugzeuges Cessna FR .., Immatrikulation .., zugelassen im nichtgewerbsmässigen Einsatz, welches von R. B. pilotiert wurde, um einen einstündigen Rundflug über die Wohnregion der Passagiere zu machen. Die Organisation des Rundflugs - Miete des Flugzeugs bei der Haltergemeinschaft Belpmoos und Betankung mit 80 Litern Treibstoff - war vom Piloten B. besorgt worden. R. B. führte des öfteren Passagier-Rundflüge durch; das Fliegen war sein Hobby. Es ist unbestritten, dass der Pilot B. nach dem Flug von den Passagieren jeweils Fr. 80.-- erhalten hat, und dass er auch anzunehmenderweise für den vorliegend interessierenden Flug so verfahren ist. Gemäss dem Schlussbericht der Eidgenössischen Flugunfall-Untersuchungskommission vom 20. Juni 1991 kollidierte die Oberseite des Flugzeugs in R., in einer Höhe von ca. 75 Metern, mit dem zuoberst auf den Masten montierten Erdseil einer das Tal überspannenden Starkstromleitung. Die dadurch bewirkte abrupte Verzögerung und Richtungsänderung führte zum Absturz des Flugzeugs am östlichen Dorfrand von R. Alle vier Insassen fanden den Tod. Es wurden keine Beförderungsscheine aufgefunden.

b) T. Bu., geboren am 24. August 1963, war mit G. Bu.-L., geboren am 11. Juli 1965, verheiratet und Vater der Kinder Mi., geboren am 17. Juli 1985, und Ma., geboren am 6. April 1987. Zu seinen Lebzeiten arbeitete T. Bu. als Gärtner und erzielte im Unfallzeitpunkt ein Jahreseinkommen von Fr. 47'200.- (brutto, inklusive 13. Monatsgehalt und Kinderzulagen von je Fr. 125.- pro Monat). Die Klägerin richtet den Hinterbliebenen die gesetzlichen AHV-Leistungen, mithin eine Witwen- und zwei Waisenrenten, aus.

c) Zwischen der Beklagten und der Haltergemeinschaft Belpmoos bestand hinsichtlich des erwähnten Flugzeuges ein Luftfahrzeugversicherungs-Vertrag mit der Police Nr. .. und dazugehörigen Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB). Eingeschlossen war eine Passagierhaftpflichtversicherung, welche den Piloten B. gegen Ansprüche der Passagiere versicherte. Dieser Vertrag und die dazugehörigen AVB der Beklagten umschreiben den

Rahmen, in welchem die Beklagte für die gegen den Piloten B., resp. nunmehr dessen Erben erhobenen Haftpflichtansprüchen aufkommen muss. Die Erben des verstorbenen Piloten traten - nach bestrittener Darstellung der Klägerin rechtsgenügend - die Deckungsansprüche aus der Police der Klägerin ab, weil sie nicht in den Prozess um die Regressansprüche einbezogen werden wollten. Die Klägerin machte gegen die Beklagte zunächst mittels Rückgriffsankündigung vom 5. Dezember 1990 und anschliessend mittels Leistungsbekanntgabe vom 24. Januar 1991 Ersatzansprüche geltend. Eine Leistung der Beklagten blieb bislang aus.

Die Klägerin leitet ihre Aktivlegitimation zu Recht aus Art. 48ter AHVG ab, wonach sie im Umfang der an die Hinterbliebenen ausgeschütteten Renten in deren Ansprüche gegenüber dem Unfallverursacher eintritt. Ihren Anspruch gegenüber der Beklagten stützt sie auf die behauptete rechtsgültige Zession der Ersatzansprüche des ebenfalls verunglückten Piloten resp. dessen Erben an sie. Die Beklagte hafte auf der Grundlage von Art. 41ff OR uneingeschränkt, da das Unterschreiten der Mindestflughöhe ein unfallkausales Verschulden des Piloten darstelle.

Die Beklagte schliesst demgegenüber auf Abweisung der Klage. Sie bestreitet eine rechtsgenügende Zession des Deckungsanspruchs an die Klägerin. Sodann sei der klägerische Anspruch aufgrund der Anwendbarkeit des Lufttransportreglements sowie des Warschauer Abkommens auf Fr. 72'500.-- beschränkt und überdies verwirkt. Im übrigen seien tatsächlich bestehende Ansprüche gegenüber den Hinterbliebenen abgegolten und mit einer Saldo-Klausel definitiv erledigt worden. Für die vorliegende Klage bestehe daher keinerlei Grundlage.

Anlässlich der erwähnten Referentenaudienz einigten sich die Parteien darauf, das Prozessthema auf die Frage der Haftbarkeit der Beklagten, mithin auf die Haftungsgrundlage des eingeklagten Regressanspruches zu beschränken. Hinsichtlich des Quantitatives verglichen sich die Parteien unter dem Vorbehalt der Bejahung des klägerischen Anspruchs auf eine Regressforderung von Fr. 650'000.--. Es sind demnach nachstehend lediglich die Fragen der Haftung zu erörtern.

#### IV.

##### A. HAFTUNGSGRUNDLAGEN

Die Versicherungspolice Nummer .. verweist auf die "beigelegten Allgemeinen Vertragsbestimmungen und allfällige Ergänzungen und/oder Besondere Vertragsbestimmungen". Die Anwendbarkeit der Allgemeinen Vertragsbestimmungen (AVB), Ausgabe 05.87, 1.069.971, im Verhältnis zwischen der Haltergemeinschaft Belpmoos als Versicherungsnehmerin und der Beklagten ist von den Parteien nicht bestritten. Gemäss Ziff. 3.1. sind unter anderem zivilrechtliche Ansprüche versichert, die aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen infolge Tötung von Passagieren bei Benützung des versicherten Luftfahrzeuges gegen die Versicherten erhoben werden. Versichert sind gemäss Ziff. 3.2 AVB sowohl der Luftfrachtführer, welcher gegen Entgelt die Beförderung von Personen etc. übernimmt, als auch Besatzungsmitglieder, mithin Personen, welche u.a. zur Führung des Luftfahrzeuges vom Verfügungsberechtigten ermächtigt sind und die vorgeschriebenen Ausweise und Bewilligungen besitzen. Es ist denn auch unbestritten, dass der Pilot B. Versicherter im Sinne dieser Bestimmung war. Ist dessen Haftpflicht nachfolgend zu bejahen, liegt demnach mit dem Unfallereignis vom 29. August 1990, bei welchem der Flugzeuginsasse T. Bu. getötet wurde, ein Versicherungsfall im Sinne der Bestimmungen des vorliegenden Versicherungsvertrages vor.

Die Haftpflicht gegenüber Flugreisenden auf Inlandflügen wird u.a. durch das Lufttransportreglement (LTR) geregelt, welches seinerseits auf das Abkommen zur Vereinheitlichung von Regeln über die Beförderung im internationalen Luftverkehr vom 12. Oktober 1929 (Warschauer Abkommen (WA)) verweist, dieses ergänzt und seine Ordnung auch für Inlandflüge übernimmt. Das Warschauer Abkommen erfuhr seinerseits Anpassungen

durch das Haager Protokoll von 1955 (HP) (AS 1963 655; vgl. Heinrich Honsell, Schweizerisches Haftpflichtrecht, 2.A., Zürich 1996, S. 171f).

Gemäss Art. 2 Abs. 1 LTR gilt ebendieses für alle Inlandbeförderungen von Personen, die durch Luftfahrzeuge gegen Entgelt erfolgen. Für unentgeltliche Beförderungen gilt es gemäss Art. 2 Abs. 2 LTR nur, wenn sie von einem Luftfahrtunternehmen ausgeführt werden, also von einer Einzelfirma oder Gesellschaft, die gewerbsmässig Luftbeförderungen ausführt (Dettling-Ott, Internationales und schweizerisches Lufttransportrecht, Zürich 1993, S. 16). Unter denselben Voraussetzungen ist auch das Warschauer Abkommen (WA) anwendbar (Art. 1 Abs. 1 WA). Bei Unentgeltlichkeit der Beförderung sind die Haftungsnormen des Lufttransportreglements sodann ebenfalls anwendbar, wenn sie zwischen Lufttransportführer und Passagier vereinbart werden.

Ist das Lufttransportreglement anwendbar, haftet der Luftfrachtführer bei Inlandbeförderungen nach den Regeln des Warschauer Abkommens und nach den ergänzenden Bestimmungen dieses Reglementes (Art. 8 LTR). Danach hat der Luftfrachtführer u.a. den Schaden zu ersetzen, der durch die Tötung eines Reisenden entsteht (Art. 17 WA). Ist vertraglich keine höhere Haftungssumme vereinbart, so haftet der Luftfrachtführer gegenüber jedem Reisenden höchstens mit Fr. 72'500.-- (Art. 9 LTR). Unbeschränkte Haftung greift hingegen, wenn Absicht, Leichtfertigkeit oder ein Bewusstsein, wonach der Schaden mit Wahrscheinlichkeit eintreten werde, nachgewiesen werden kann (Art. 10 LTR).

Alleine nach dem Obligationenrecht zu beurteilen sind demgegenüber Schäden, die bei Beförderungen entstehen, welche aa) nicht von einem Flugunternehmen durchgeführt werden und bb) unentgeltlich erfolgen und cc) nicht vertraglich dem Lufttransportreglement unterstellt wurden (vgl. insgesamt Honsell, a.a.O., S. 171f). Diesfalls ist eine Haftung unbeschränkt.

Der vorliegend interessierende Flug vom 29. August 1990 wurde unbestrittenermassen durch einen privaten Piloten und somit nicht durch ein Luftfahrtunternehmen ausgeführt. Sodann wurde nicht behauptet, der Pilot habe mit den Passagieren die Anwendbarkeit der Haftungsnormen des Lufttransportreglements explizit vereinbart. Entsprechendes geht auch nicht aus den Akten hervor. Für die Anwendbarkeit der lufttransportrechtlichen Spezialgesetze einerseits oder der allgemeinen Haftungsregeln des Obligationenrechts andererseits ist somit einzig die Frage der Entgeltlichkeit des Fluges entscheidend.

## B. ENTGELTLICHKEIT

Die Klägerin liess in diesem Zusammenhang vorbringen, alle vier Insassen des Flugzeugs seien Jagdkameraden gewesen und hätten sich persönlich gekannt. Der Pilot B. habe das Flugzeug für Fr. 240.-- zuzüglich einer Taxe von Fr. 25.-- gemietet. Vor dem Flug habe er das Flugzeug mit 80 Litern Treibstoff betankt. Da es um einen unentgeltlichen Rundflug mit Jagdkollegen gegangen sei, habe der Pilot offenbar keine Beförderungsscheine ausgestellt. Da er bei anderer Gelegenheit seinen Passagieren jeweils einen Unkostenbeitrag von Fr. 80.-- verrechnet habe, sei davon auszugehen, dass der Pilot auch für den vorliegend interessierenden Flug so verfahren sei. Es spreche nichts dafür, dass der Privatpilot, bei dessen fliegerischen Aktivität es sich nur um ein Hobby handle, in der Absicht gehandelt habe, einen Gewinn zu erzielen, sein Handeln gewinnorientiert gewesen sei bzw. im Rahmen einer wirtschaftlichen oder gewerbsmässigen Tätigkeit erfolgt sei, wie dies das Bundesgericht für die Anwendung der luftrechtlichen Spezialbestimmungen fordere (BGE vom 6. Juni 1995, act. 15/1+2; 1 S. 5f; 17 S. 3). Der erwähnte Flug sei daher nicht als entgeltlich im Sinne des Luftrechts zu qualifizieren. Daher hafte der Pilot im vollen Umfange für den von ihm angerichteten Schaden.

Seitens der Beklagten wird nicht bestritten, dass die vier Insassen des Unglückflugzeuges Jagdkameraden gewesen seien. Sie führt jedoch an, der Pilot B. habe des öfters Passagier-Rundflüge gegen Entgelt durchgeführt. Nur so habe er sich sein relativ teures Hobby finanzieren können. In der Regel habe er deshalb für die Passagiere Flugscheine ausgestellt. Auch am Unfalltag habe R. B. mehrere Flüge unternommen, für welche er

nachweisbar jeweils ein Entgelt von Fr. 80.-- verlangt habe. Zwar seien für den vorliegend interessierenden Flug keine Flugscheine gefunden worden. Es handle sich jedoch in rechtlicher Hinsicht um einen entgeltlichen Flug im Sinne des Lufttransportreglementes. Als Entgelt seien nach dem allgemeinen Sprachgebrauch auch Naturalabgaben, wie z.B. Übernahme von Kost und Logis am Anflugsort, Übernahme der Benzinkosten oder Verrechnung mit anderen Leistungen zu qualifizieren. Die Höhe der Entschädigung sei absolut belanglos; ob ein Gewinn erwirtschaftet werde, sei unerheblich. Auch eine Beteiligung der Passagiere an den Selbstkosten eines Fluges gelte als Entgelt. Für die Nichtausstellung von Flugscheinen könne die Beklagte nicht behaftet werden, ansonsten der Versicherung durch pflichtwidrige Nichtausstellung eines Flugscheins die volle Haftung der Versicherung bewirken könnte. Da ein entgeltlicher Flug vorliege, und da eine Pflicht des Piloten zum Ausstellen von Flugscheinen bestanden habe (Art. 3 Abs. 1 WA i.V.m. 1 Abs. 1 WA und Art. 2 LTR), bestehe unabhängig vom tatsächlichen Ausstellen eines Flugscheins nur eine limitierte Haftung der Beklagten.

Art. 2 Abs. 1 LTR, wonach das Reglement für alle Inlandbeförderungen etc. gegen Entgelt anwendbar sei, wurde aus dem Warschauer Abkommen übernommen (vgl. Art. 1 Abs. 1 WA). Die Auslegung der entsprechenden Bestimmung, insbesondere des unbestimmten Rechtsbegriffes "Entgelt", hat daher unter Beizug des französischen Originaltextes des Warschauer Abkommens sowie der entsprechenden Lehre und Judikatur zu erfolgen (vgl. hierzu auch Dettling-Ott, a.a.O., S. 48, 55, 77).

In der Literatur ist die Frage der Entgeltlichkeit der Beförderung umstritten. So soll etwa ein gemeinsamer Urlaubsflug von Bekannten mit einem Sportflugzeug, den ein Privatpilot gegen blosse Kostenbeteiligung durchführt, nicht "entgeltlich" sein (Giemulla in: Giemulla/Schmid, Warschauer Abkommen, Art. 1 WA Rdn. 31 mit Hinweis auf Kuhn, Entgeltlichkeit im Sinne des Art. 1 WA, ZLW 1988, 24). Andererseits wird postuliert, dass bereits durch die Beteiligung an den Selbstkosten des Luftfrachtführers dem Vertrag der Charakter der Unentgeltlichkeit genommen wird (Giemulla in: Giemulla/Schmid, a.a.O., Art. 1 WA Rdn. 32).

Festgehalten werden kann auf jeden Fall, dass eine schematische Beurteilung der Entgeltlichkeit des Fluges abzulehnen ist. Entscheidend sind vielmehr die Umstände des Einzelfalles, vor allem die bei Übernahme der Beförderung erklärten Absichten der Parteien.

Während das Bundesgericht im Jahre 1995 bei der Beurteilung der Entgeltlichkeit ein Handeln im Rahmen wirtschaftlicher oder gewerbsmässiger Tätigkeit des Piloten in den Vordergrund stellte (BGE vom 6. Juni 1995, 4C.271/1994, E. 4.a., act. 15/1), verdeutlicht es seine neuere Rechtsprechung dahingehend, dass nicht entscheidend sei, ob der Pilot mit dem erhaltenen Entgelt einen Gewinn erwirtschaftet hätte. Auch kommerziell tätige Unternehmen würden mitunter Luftbeförderungen zu Preisen anbieten, die nicht einmal kostendeckend, geschweige denn gewinnbringend seien. Entsprechend seien auch vom Privatpiloten angebotene, preislich den Kostendeckungspunkt nicht erreichende Luftbeförderungen nicht ohne weiteres unentgeltlich. Massgebend sei, was der Lufttransportführer mit seinen Passagieren im Einzelfall vereinbart habe, mithin die erklärte oder erkennbare Absicht der Parteien. Stehen die Parteien im Interessengegensatz und ihre Leistungen in einem eigentlichen Austauschverhältnis - Flugpreis gegen Luftbeförderung -, sei eher Entgeltlichkeit anzunehmen. Hierin liegt wohl auch das bisher von der Praxis vertretene Kriterium der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen. Verfolgten die Parteien demgegenüber die Absicht, i.S. einer Interessengemeinschaft einen Flug durchzuführen und übernehme dabei der Lufttransportführer mit der Pilotierung des Flugzeuges eine mit Blick auf das gemeinsame Ziel notwendige Teilaufgabe, die Passagiere mit der Übernahme der tatsächlich anfallenden Kosten eine andere, so habe der Kostenersatz nicht die Abgeltung der Leistung des Lufttransportführers zum Ziel, sondern diene letztlich der Verwirklichung des gemeinsamen Zwecks. Ebenso sei, - mit der bereits zitierten Lehre - eher Unentgeltlichkeit anzunehmen, wenn Bekannte gemeinsam einen Urlaubsflug antreten würden, die Maschine von einem Mitglied der Gruppe pilotiert werde und vereinbart sei, die tatsächlich anfallenden Kosten unter den Passagieren aufzuteilen. Chartere hingegen jemand ein

Flugzeug samt zugehörigem Piloten und vereinbare mit ihm - im Austausch mit der Luftbeförderung - einen Flugpreis, werde eher Entgeltlichkeit anzunehmen sein (BGE vom 1. Juni 1999, 4C.346/1994, E.2.c., act. 21 S. 8f).

Ob die Passagiere mit dem Piloten B. hinsichtlich des vereinbarten Rundfluges ein eigentliches Austauschverhältnis - Flugpreis gegen Luftbeförderung - vereinbart haben oder ob der Flug vielmehr im Sinne einer Interessengemeinschaft durchgeführt wurde und der Pilot B. mit Blick auf das gemeinsame Ziel die notwendige Teilaufgabe des Pilotierens, die Passagiere diejenige der Tragung der tatsächlich anfallenden Kosten übernommen haben, ist mittels Würdigung der gesamten konkreten Umstände zu prüfen.

Dabei gilt zu beachten, dass grundsätzlich diejenige Person, die gegenüber dem Versicherer einen Versicherungsanspruch erhebt, nach der allgemeinen Beweisregel von Art. 8 ZGB behauptungs- und beweispflichtig ist. Die Klägerin hat demnach in tatbeständlicher Hinsicht den Eintritt des Versicherungsfalles, aufgrund der vorliegenden Rechtslage namentlich auch die Umstände, welche für die Unentgeltlichkeit des Fluges sprechen, zu behaupten und zu beweisen (vgl. hiezu Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. A., Bern 1995, S. 381; - vgl. auch S. 333). Angesichts der vorliegenden Behauptungs- und Beweisschwierigkeiten insbesondere hinsichtlich der gegenseitig geäußerten Willenserklärungen der verstorbenen Flugteilnehmer ist ein absoluter Beweis der Natur der Sache nach nicht möglich. Es ist daher nach der allgemein gültigen Regel zu verfahren, wonach der Richter in diesen Fällen seine Überzeugung mit einer auf der Lebenserfahrung beruhenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit begründen darf. Es genügt daher, wenn aufgrund der Vorbringen der Parteien die Überzeugung gewonnen werden kann, dass die überwiegende Wahrscheinlichkeit für einen behaupteten Sachverhalt spricht. Anders verhält es sich hingegen, wenn nach den besonderen Umständen des Falles weitere Möglichkeiten bestünden, die neben dem behaupteten Sachverhalt ebenso ernsthaft in Frage kämen oder gar näher liegen (vgl. Praxis 80 (1991) Nr. 230 mit weiteren Hinweisen).

Beide Parteien gehen davon aus, dass die Teilnehmer des Unglückfluges dem Piloten B. einen Beitrag von Fr. 80.-- bezahlt hätten.

Beim vorliegend interessierenden Beförderungsvertrag wurden keine Flugscheine für die Passagiere vorgefunden. Der Pilot wäre nun bei Entgeltlichkeit des Fluges im Sinne von Art. 5 LTR zur Ausstellung von Beförderungsscheinen verpflichtet gewesen. In anderen Fällen hat er denn auch solche ausgefüllt, was unbestritten ist. Dass er dies beim vorliegenden Rundflug unterlassen hat, spricht demnach für die Absicht der Parteien, einen unentgeltlichen Flug unter Kollegen zu unternehmen. Allerdings kann nicht ausgeschlossen werden, dass der entsprechende Schein vom Piloten nach der Landung - z.B. bei Entgegennahme der Fr. 80.-- von den Flugpassagieren - ausgestellt worden wäre.

Für eine Interessengemeinschaft der Passagiere und des Piloten spricht weiter der Umstand, dass sich diese unbestrittenermassen persönlich gekannt haben und Jagdkollegen waren. Die persönliche Beziehung der Teilnehmer und des Piloten lässt es als möglich erscheinen, dass sich die Jagdkollegen zusammenfanden, um den gemeinsamen Zweck - einen Rundflug über das Wohngebiet der Passagiere - zu verwirklichen und B. dabei die Pilotierung übernahm, da er allein dieser mächtig war.

Der Pilot B. unternahm jedoch diese Art von Rundflügen des Öfters und hatte auch am massgeblichen Tag insgesamt drei Rundflüge zu absolvieren, wobei einer davon wie der Unfallflug über das Emmental erfolgen sollte. Unbestritten ist nun, dass B. nicht nur seinen Jagdkollegen, sondern auch anderen Passagieren je Fr. 80.-- für einen einstündigen Flug zu verrechnen pflegte. So hatte M. L., welcher am selben Tag einen früheren Flug mit dem Piloten unternahm, Fr. 80.-- mittels Geschenkgutschein zu bezahlen. Dieselbe Entschädigung leisteten auch seine Mitpassagiere. Die Passagiere dieses Fluges kannten sich jedoch nicht persönlich, weshalb hier nicht von einem Flug gemeinsamer Bekannten mit einem in der Gruppe integrierten Piloten auszugehen ist. Die Passagiere des Unglückfluges erfuhren nun gegenüber jenen Passagieren zumindest hinsichtlich der Kostenbetei

ligung keine Sonderbehandlung, sondern hatten genau denselben Beitrag zu bezahlen. Gerade eine Senkung des Beitrages wäre doch aber bei einem Flug unter Kollegen ein starkes Indiz dafür gewesen, dass eine Interessengemeinschaft mit dem Zweck, gemeinsam einen Flug zu unternehmen, vorgelegen hat. Dies ist nun vorliegend nicht der Fall.

Der ebenfalls verunglückte H. U. Z. sei gemäss der Aussage seiner Witwe gegenüber dem Eidgenössischen Büro für Flugunfalluntersuchungen bereits dreimal mit dem Piloten B. geflogen und habe stets Fr. 80.-- bezahlt. Der Flugpreis war damit bereits im voraus bekannt und wurde pauschal vereinbart. Dies spricht gemäss neuester bundesgerichtlicher Rechtsprechung ebenfalls für ein Austauschverhältnis der Parteien.

Nichts zugunsten der klägerischen Darstellung lässt sich aus der unbestrittenen Tatsache ableiten, dass es sich bei der Fliegerei des Piloten B. um ein Hobby gehandelt habe, ist doch dadurch keineswegs ausgeschlossen, dass er dieses auch gegen Entgelt ausübte.

Wenig zur Klärung trägt sodann das Vorbringen der Beklagten bei, wonach der verunglückte Pilot ein wirtschaftliches Interesse an Passagierflügen und am Flugzeug selbst gehabt habe, da er dem A.-Club B. ein Darlehen zur Finanzierung des Flugzeuges gewährt habe. Vorliegend ist allein der Unglücksflug vom 29. August 1990 relevant. Selbst wenn der Pilot in der Regel entgeltliche Flüge durchgeführt hätte, ist dies noch kein Indiz, dass er dies auch hinsichtlich des massgeblichen Fluges mit seinen Jagdkollegen vereinbart hat. Mit der Klägerin ist zudem festzuhalten, dass in diesem Zusammenhang unbedeutend ist, wieviel die Passagiere an die Flugzeugmiete beigesteuert haben, da die dem A.-Club zukommende Miete unabhängig von diesem Beitrag fest vereinbart war.

Duplicando lässt die Beklagte nun dartun, anlässlich der Vorstandssitzung des A.-Clubs B. vom 26. April 1989 seien für das Jahr 1990 ein Flugstundenpreis für die verunglückte Cessna .. von Fr. 168.-- mit Jahrespauschale, bzw. Fr. 210.-- ohne Jahrespauschale beschlossen worden. Der Pilot B. habe seine Jahrespauschale durch Gewährung eines Darlehens über Fr. 5'000.-- erbracht. Es sei deshalb davon auszugehen, dass er lediglich einen pauschalen Stundenpreis von Fr. 168.-- zu bezahlen gehabt habe und zwar inkl. Benzin. Die Landegebühren für die Cessna .. auf dem Flugplatz B. hätten sich im damaligen Zeitpunkt auf Fr. 22.30 belaufen. Tatsächlich habe der Pilot B. gegenüber dem A.-Club B. demnach lediglich Fr. 190.30 (Fr. 168.-- zuzüglich Fr. 22.30) zu bezahlen gehabt. Wenn der verunglückte Pilot von seinen Passagieren unbestreitbar je Fr. 80.-- vereinnahmt habe, so habe dies die anfallenden Selbstkosten überstiegen. Dies selbst dann, wenn er keine Jahrespauschale geleistet habe und für den Flug somit Fr. 232.30 zu zahlen gehabt hätte. Der verunglückte Pilot H.-R. B. habe demzufolge mit einer Flugpauschale von je Fr. 80.-- für einen einstündigen Flug letztlich einen kleinen Gewinn erzielt. Damit habe er die hohen Kosten für die Aufrechterhaltung seiner Lizenz finanzieren können.

Die Klägerin bestreitet die neuen Vorbringen betreffend die Mietkosten zunächst mit dem Einwand, sie seien verspätet erfolgt, da die Beklagte im Rahmen des vorliegenden Prozesses bereits die Mietkosten von Fr. 240.-- zugestanden habe. Im weiteren bestreitet sie, dass die sich aus dem Protokoll der Vorstandssitzung des A.-Clubs vom 26. April 1989 ergebenden Preise im Unfallzeitpunkt (29. August 1990) noch massgebend gewesen seien. Dem Protokoll sei lediglich zu entnehmen, dass die neuen Flugstundenpreise ab 1. Juli 1989 gelten würden. Ferner bleibe die Beklagte für die Behauptung, der verunglückte Pilot habe für das Flugzeug nur den tieferen Ansatz "mit Jahrespauschale" von Fr. 168.-- zu entrichten gehabt, jeden Beweis schuldig. Dies werde daher ebenfalls bestritten. Ohnehin komme den vereinbarten Flugpreisen und den Unkosten nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts gemäss Urteil vom 1. Juni 1999 bloss noch untergeordnete Bedeutung zu, da für die Frage des anwendbaren Rechtes primär die Absicht der Parteien, ein Austauschverhältnis oder eine Interessengemeinschaft zu vereinbaren, massgebend sei.

Zur Rechtzeitigkeit der Behauptungen der Beklagten gilt festzuhalten, dass die Parteien mit Tatsachenbehauptungen ausgeschlossen sind, die sie mit ihrer letzten Rechtsschrift

nicht vorgebracht haben (vgl. §§ 113 und 114 ZPO). Bis zum Abschluss des Hauptverfahrens kann eine Partei jedoch eine tatsächliche Behauptung zurückziehen und durch eine andere widersprechende Angabe ersetzen. Widerruft eine Partei ihr früheres Zugeständnis, so kann jedoch die Beweislast zu ihren Ungunsten umgekehrt werden (Frank et al., Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3.A., Zürich 1997, N 17 zu § 113 ZPO). Die Beklagte behauptet in ihrer Duplik, sie habe aufgrund der Referentenaudienz nähere Abklärungen hinsichtlich der zusätzlichen Kosten für Treibstoff und Landegebühren getroffen und macht gestützt auf diese Abklärungen neue Mietkosten geltend. Dies ist unter Berücksichtigung der vorstehenden Erwägungen zulässig, zumal einer Partei zugestanden werden muss, im Rahmen des Hauptverfahrens weitere Abklärungen zum Sachverhalt zu treffen. Die neuen Behauptungen der Beklagten sind daher zuzulassen. Eine Umkehr der Beweislast rechtfertigt sich unter den gegebenen Umständen nicht.

Mit der Klägerin ist sodann festzuhalten, dass nach neuester Bundesgerichtsrechtsprechung für die Beurteilung der Entgeltlichkeit die Erarbeitung eines Gewinns nicht allein entscheidend ist. Dies deshalb, weil die Leistungen der Passagiere an den Piloten, welche insgesamt nicht kostendeckend seien, nicht ohne weiteres für die Unentgeltlichkeit des Fluges sprechen, da selbst kommerziell tätige Unternehmen mitunter Luftbeförderungen zu nicht kostendeckenden Preisen anbieten würden. Folgte man somit der klägerischen Darstellung, wonach die Selbstkosten des Piloten durch die Beiträge von je Fr. 80.-- der Passagiere nicht gedeckt wären, liesse sich aus diesem Umstand nichts zugunsten der klägerischen Sachdarstellung ableiten.

Unterstellte man hingegen die Sachdarstellung der Beklagten als erwiesen, wonach der Pilot einen kleinen Gewinn erwirtschaftet habe, da die Beiträge der Passagiere die Selbstkosten des Piloten überstiegen haben, liesse dies die Interessengemeinschaft der Passagiere mit dem Piloten äusserst fragwürdig erscheinen. Ist doch nicht nachvollziehbar, dass einem Mitglied einer Interessengemeinschaft, gebildet zum gemeinsamen Zweck, einen Rundflug zu unternehmen, ein wirtschaftlicher Vorteil erwachsen soll, während die anderen Mitglieder eine wirtschaftliche Einbusse erleiden. Wird der tatsächliche Aufwand allein von den drei Passagieren getragen und übersteigt deren Beitrag gar die Kosten des Fluges, so kann wohl nicht mehr von gleichgerichteten Interessen der Passagiere und des Piloten gesprochen werden. Vielmehr würde dieser Umstand in hohem Masse für ein Austauschverhältnis zwischen den Parteien sprechen.

Da aus den in diesem Zusammenhang geltend gemachten Mietkosten demnach nichts zugunsten der klägerischen Sachdarstellung abzuleiten ist, kann aus Gründen, welche nachstehend aufzuzeigen sind, die Frage der Höhe der Mietkosten offengelassen werden.

Gemäss dem Merkblatt des Bundesamtes für Zivilluftfahrt (BZL) vom Mai 1985 ist Entgeltlichkeit dann gegeben, wenn sich ein Passagier "angemessen an den Flugkosten beteiligt". Auch hier bleibt eine Ermessenfrage, was unter "angemessen" zu verstehen ist. Die vertretene Auffassung des BZL schliesst nicht aus, im Einzelfall die pekuniären und die kollegialen Interessen gegeneinander abzuwägen. Der entsprechende Hinweis der Beklagten hilft daher für die vorliegende Frage, insbesondere für die hier relevanten Umstände des Einzelfalles, nicht weiter.

Nichts gewinnen lässt sich ferner mit dem Hinweis der Beklagten auf Art. 100 der per 15.11.98 geänderte Luftfahrtverordnung (LFV) (SR 748.01; act. 8 S. 9f). Selbst wenn die neue Bestimmung auf den zuvor abgeschlossenen Unfallsachverhalt heranzuziehen wäre, kann aus ihr allenfalls geschlossen werden, dass Entgeltlichkeit auch bei einem Entgelt unter den Selbstkosten angenommen werden kann. Dies deckt sich mit der hier übernommenen neuen Bundesgerichtsrechtsprechung, ist demnach nichts Neues und vermag insbesondere nichts darüber zu besagen, ob im einzelnen Fall Entgeltlichkeit anzunehmen ist oder nicht.

In ihrer Stellungnahme zu den Dupliknoten behauptet die Klägerin, der gemeinsame Flug habe der Erkundung des Jagdgebietes der Passagiere und des Piloten gedient. Mit Verfügung vom 25. Februar 2000 wurde der Klägerin ausdrücklich Gelegenheit zur Stellungnahme zu den Dupliknoten gegeben, wobei diese im einzelnen wiedergegeben wur

den. Mit Behauptungen zu anderen Sachverhalten war die Klägerin nicht zugelassen. Bei der vorstehenden Behauptung handelt es sich überdies entgegen der Darstellung der Klägerin um gänzlich neue Vorbringen, hat sie doch bis dahin behauptet, die Jagdkollegen hätten einen Rundflug in die Wohnregion der Passagiere unternommen. Neue Behauptungen nach Abschluss des Hauptverfahrens sind nicht zu hören (vgl. § 114 ZPO). Ausnahmen im Sinne von § 115 ZPO liegen nicht vor.

Selbst wenn jedoch die neue Behauptung der Klägerin, die Jagdkollegen hätten den gemeinsamen Flug zur Erkundung des Jagdgebietes unternommen, berücksichtigt werden könnte, findet sie entgegen ihrer Darstellung in den Akten, namentlich in der von ihr angerufenen Urkunde, keine Stütze. So sagte die Zeugin Z., Ehefrau des ebenfalls verunglückten Mitpassagiers H. U. Z., anlässlich der Einvernahme des Eidgenössischen Büros für Flugunfalluntersuchungen lediglich aus, dass die Flüge "jeweils im Zusammenhang mit der Jagdtätigkeit abgemacht" worden seien. Aus dieser allgemeinen Aussage wird keine für den konkreten Flug massgebliche gemeinsame Zweckverfolgung ersichtlich, zumal sie eher die Auslegung zulässt, es sei jeweils bei der Jagdtätigkeit ein Flug vereinbart worden.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass sich aus den vorstehenden Umständen nicht die Überzeugung gewinnen lässt, es habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit eine Interessensgemeinschaft des Piloten und der Passagiere der massgeblichen Unglücksmaschine vorgelegen. Namentlich der Umstand, wonach B. sowohl von seinen Jagdkollegen beim fraglichen Flug als auch von anderen Flugteilnehmern, welche keine Interessensgemeinschaft bildeten, den gleichen Beitrag einforderte, weist auf eine fehlende Sonderbehandlung der Jagdkollegen hin. Die unstrittige Tatsache, wonach keine Flugbeförderungsscheine gefunden wurden, reicht für eine überwiegende Wahrscheinlichkeit der Darstellung einer gemeinsamen Zweckverfolgung nicht aus. Weitere Hinweise, die auf einen gemeinsamen Ausflug unter Kollegen schliessen liessen, liegen nicht vor. Insbesondere fehlt es an überzeugenden Hinweisen auf ein gleichgerichtetes Interesse des Piloten B. und seiner Kollegen am fraglichen Flug, zumal dieser ähnliche Rundflüge des öftern tätigte. Der Klägerin ist es damit nicht gelungen, diejenigen Umstände darzutun, welche eine gemeinsame Zweckverfolgung des Piloten B. und seiner Jagdkollegen anlässlich des fraglichen Rundfluges wahrscheinlich zu machen vermögen. Gestützt auf die vorstehenden Umstände ist daher von einem Austauschverhältnis und damit von der Entgeltlichkeit des Unfallfluges auszugehen.

Aufgrund der Entgeltlichkeit des vorliegend zu beurteilenden Rundfluges sind die lufttransportrechtlichen Spezialgesetze, namentlich das Lufttransportreglement und das Warschauer Abkommen auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar.

### C. VERWIRKUNG

Die Beklagte beruft sich auf die Verwirkung des klägerischen Anspruches und stützt sich dabei auf die zweijährige Ausschlussfrist von Art. 29 WA.

Mangels entsprechender Regelung im Lufttransportreglement ist gestützt auf Art. 3 LTR das Warschauer Abkommen auf die Frage der Verwirkung anwendbar. Gemäss Art. 29 WA kann die Klage auf Schadenersatz nur binnen einer Ausschlussfrist von zwei Jahren, beginnend am Tage, an dem das Luftfahrzeug am Bestimmungsort hätte ankommen sollen resp. an dem die Beförderung abgebrochen worden ist, angehoben werden.

Der Flugunfall ereignete sich am 29. August 1990. Die Klage wurde im Jahre 1998 angehoben. Die Klägerin hat denn auch anlässlich der Referentenaudienz für den Fall der Anwendbarkeit des Lufttransportreglementes die Verwirkung ihres Anspruches anerkannt.

Aufgrund der Verwirkung des klägerischen Anspruches erübrigen sich weitere Ausführungen zur Frage der Aktivlegitimation der Klägerin im Zusammenhang mit der Zession des Deckungsanspruches sowie die vertraglichen oder gesetzlichen Haftungsbeschränkungen der Beklagten. Die Klage ist vollumfänglich abzuweisen.

Die Klägerin verliert den Prozess. Sie wird kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 ZPO und § 68 Abs. 1 ZPO).

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.

2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf  
Fr. 18'000.--; die weiteren Kosten betragen:  
Fr. 889.-- Schreibgebühren  
Fr. 120.-- Vorladungen  
Fr. 589.-- Zustellungen und Porti

3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.

4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von Fr. 32'000.--, zuzüglich 6.5% Mehrwertsteuer auf Fr. 23'000.-- und 7.5% Mehrwertsteuer auf 9'000.--, zu bezahlen.

5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, an die Beklagte unter Beilage eines Doppels von act. 27 sowie nach Eintritt der Rechtskraft an das Bundesamt für Privatversicherungen, je gegen Empfangsschein.

6. Gegen diesen Entscheid kann

a) innert 30 Tagen nach dessen Empfang beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 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.