



Geschäfts-Nr. HG080089/U/dz

Mitwirkend: die Oberrichter Thomas Seeger, Präsident, und Dr. George Daetwyler, die Handelsrichter Mathias C. Berger, Hans-Rudolf Müller und Peter Hartmann sowie die juristische Sekretärin Patricia Tschudi

Urteil vom 10. Mai 2010

in Sachen

A._____,
Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

gegen

B._____,
Beklagte

vertreten durch Rechtsanwalt Dr. iur. Y._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren (act. 1 S. 2):

- "1. Es sei die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin CHF 32'280.– zu bezahlen.
2. Es sei davon Vormerk zu nehmen, dass sich die Klägerin die Geltendmachung weiteren Schadens ausdrücklich vorbehält.
3. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Einleitung

Dem vorliegenden Rechtsstreit liegt die (mangelhafte) Planungstätigkeit der Klägerin für das von ihr im Auftrage der C._____ AG zu erstellende Biomassenkraftwerk zu Grunde. Zwischen der Klägerin und der C._____ AG wurde am 5. Juli 2004 der Vertrag "Totalunternehmer-Planung / Ausführung / Inbetriebnahme" abgeschlossen (act. 4/6), gemäss welchem die Klägerin der C._____ AG eine "funktionsfähige, durch die Behörden abgenommene Anlage" garantierte. Sie war zudem verpflichtet, eine Haftpflichtversicherung abzuschliessen. In der Folge kam zwischen den Parteien des vorliegenden Prozesses der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung (Police Nr. ...) zu Stande (act. 4/8). Aus dieser Versicherungspolice fordert nun die Klägerin den Betrag von CHF 32'280.–, welcher ihr gegenüber von der C._____ AG als Schadenersatzforderung wegen der Falschdimensionierung der Wasseraufbereitungsanlage geltend gemacht werde (act. 1 Rz. 25 ff.).

II. Prozessverlauf

Am 7. April 2008 (Datum Poststempel) reichte die Klägerin die Klageschrift und Weisung ein (act. 1 und act. 3). Mit Verfügung vom 9. April 2008 wurde ihr ge-

stützt auf § 73 Ziffer 1 ZPO eine Prozesskaution für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung in der Höhe von CHF 13'400.– auferlegt (Prot. S. 2). Die Klägerin leistete diese Kautio n fristgerecht (act. 6). Die Klageantwort ging am 26. August 2008 ein (act. 10). Mit dieser beantragt die Beklagte die Klageabweisung unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin. Am 5. Februar 2009 fand die Referentenaudienz/Vergleichsverhandlung statt, anlässlich welcher ein Vergleich mit Widerrufsvorbehalt abgeschlossen wurde (Prot. S. 6 f.). Mit Schreiben vom 9. Februar 2009 widerrief die Klägerin den Vergleich aber fristgerecht (act. 13). Mit Beschluss vom 31. März 2009 wurde das von der Klägerin mit Eingabe vom 7. März 2009 gestellte Sistierungsgesuch (act. 15) abgewiesen (act. 20). Zudem wurde ihr Frist angesetzt, um für die Gerichtskosten und die Prozessentschädigung eine weitere Kautio n von CHF 159'700.– zu leisten (act. 20). Auch diese Kautio n ging fristgerecht ein (act. 23). Die Replik datiert vom 8. Juni 2009 (act. 25), die Duplik vom 17. September 2009 (act. 31) und die Stellungnahme zur Duplik vom 2. November 2009 (act. 35). Der Prozess erweist sich als spruchreif.

III. Prozessuales

1. Zuständigkeit

Die Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben und wird von der Beklagten auch nicht bestritten (act. 4/2, Art. 9 GestG, § 62 GVG, act. 10 S. 5).

2. Prozessbeschränkung

Die Beklagte beantragt die Beschränkung des Prozessthemas auf die Feststellung, dass kein Versicherungsschutz aus Police Nr. ..., datierend vom 14. Juni 2004, hinsichtlich der von der Klägerin vorgetragene n Fragestellung bestehe. Der Prozess sei mithin auf die Deckungsfrage zu beschränken. Es sei zu vermuten, dass es an den erforderlichen Haftungsvoraussetzungen fehle (act. 10 S. 2 und S. 6 ff.). Die Klägerin lehnt den Antrag der Beklagten ab, da sie bei Verneinung des

Versicherungsschutzes einen Beratungsfehler sowie eine daraus resultierende Haftung aus positiver Vertragsverletzung bzw. culpa in contrahendo geltend mache (act. 25 Rz. 15 ff.).

Im Sinne der nachfolgenden Ausführungen unter Ziff. IV. (Materielles) erübrigt sich die Beschränkung des Prozessthemas.

IV. Materielles

1. Versicherungsdeckung

1.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin beruft sich auf die zwischen den Parteien abgeschlossene Betriebs-/Berufshaftpflichtversicherung, welche auch das Risiko "Schäden an Anlagen und Vermögensschäden" abdecke. Ein solcher Versicherungsfall sei beim von ihr für die C._____ AG geplanten und erstellten Biomassekraftwerk eingetreten. Als dieses Biomassekraftwerk im September 2005 fertig gestellt gewesen sei, habe sich herausgestellt, dass diverse Leistungswerte und Normen der Luftreinhalteverordnung nicht eingehalten worden seien. Die Gründe dafür seien vielschichtig, u.a. seien seitens der C._____ AG ihr gegenüber Planungsfehler für die Betriebsmängel geltend gemacht worden. Die Anlage erbringe auch heute nur massiv reduzierte Leistungen und es seien an dieser immer noch gewisse Anpassungen und Veränderungen vorzunehmen (act. 1 Rz. 21 f. und Rz. 30). Eine Ursache für die mangelnden Leistungswerte sei die Tatsache, dass die Turbine wegen der mangelnden Kühlkapazität nicht mit Volllast habe betrieben werden können. Grund für die mangelnde Kühlkapazität sei ausschliesslich die zu tiefe Kapazität der Wasseraufbereitungsanlage (act. 25 Rz. 58). Nachdem die C._____ AG sie, die Klägerin, mit ihren Schadenersatzforderungen konfrontiert habe, habe sie den Versicherungsfall der Beklagten angemeldet. Diese habe sich indessen geweigert, auf den Schadenfall einzutreten, dies im Wesentlichen mit der Begründung, dass aufgrund der anwendbaren Versicherungsbedingungen der Zusatzversicherung keine Versicherungsdeckung für die Schadenfälle bestehe (act. 1 Rz. 23). Ihre Haf-

tung, d.h. die Haftung der Klägerin, für die Falschdimensionierung der Wasseraufbereitung könne indes nicht ernsthaft bestritten werden. Der Schaden bestehe in den Mehrkosten, welche im Zusammenhang mit der Erweiterung der Wasseraufbereitungsanlage entstanden seien (act. 1 Rz. 29 und act. 25 Rz. 58). Die Wasseraufbereitungsanlage sei wegen eines Versehens von D. _____ falsch dimensioniert worden, womit die Anlage mangelhaft im Sinne von Ziff. 03 1.a Abs. 1 der Besonderen Vertragsbestimmungen sei. Damit sei der Versicherungsfall eingetreten (act. 1 Rz. 31). Die Leistungspflicht der Beklagten sei also einzig unter dem Aspekt zu prüfen, ob in der Zusatzversicherung die Falschdimensionierung der Wasseraufbereitungsanlage ein Ereignis sei, welches die Merkmale der Gefahr in sich trage, für welche die Klägerin bei der Beklagten Versicherung genommen habe (act. 25 Rz. 21). Es sei von der Beklagten nicht dargetan, weshalb das Bestehen des Versicherungsschutzes die formelle Abnahme des Werkes voraussetze (act. 25 Rz. 24). Der Einleitungssatz zur Klausel 03 1.a Abs. 1 der Besonderen Vertragsbestimmungen mache gerade nicht deutlich, dass nicht alle vertraglichen Ansprüche aus Planungsfehlern gedeckt sein sollen. Zudem sei sehr fraglich, ob es vorliegend überhaupt um Erfüllungs- und nicht um Gewährleistungsansprüche gehe, denn das Biomassekraftwerk sei dem Besteller vor Jahren übergeben worden und sei auch seit Jahren in Betrieb. Die falsch ausgelegte Wasseraufbereitungsanlage sei fertig gestellt und ebenfalls in Betrieb. Erst nach der Inbetriebnahme sei festgestellt worden, dass die Wasserkapazität ungenügend war (act. 25 Rz. 28). Auf Grund der Systematik des Vertragstextes habe sie, die Klägerin, klarerweise davon ausgehen dürfen, dass ihr Versicherungsbedarf, welcher präzise unter Ziffer 03 1.a erster Teil, erster und dritter Einzug der Besonderen Vertragsbestimmungen falle, gedeckt sei. Sie habe nicht damit rechnen müssen, dass dieser Versicherungsschutz unter völlig irreführenden - da eine Ausweitung des Versicherungsschutzes vortäuschenden - Titeln ("die Versicherung erstreckt sich auch auf Ansprüche aus" bzw. "Vermögensschäden") bereits wieder eingeschränkt wurde (act. 1 Rz. 43). Mit einer solchen Einschränkung habe sie nach Treu und Glauben lediglich unter dem Titel "Einschränkungen des Deckungsumfangs" rechnen müssen. Sie, die Klägerin, müsse deshalb die von

der Beklagten angerufenen Ausschlussbestimmungen nicht beachten (act. 1 Rz. 44) bzw. diese würden keine Wirkung entfalten (act. 1 Rz. 50).

Die Beklagte verneint ihre Haftung. Ein Grundsatz des Haftpflichtrechts besage, dass das sog. Unternehmerrisiko nicht versichert sei. Gemeint seien damit Ansprüche auf Vertragserfüllung oder an deren Stelle tretende Forderungen auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung. Zum nicht versicherbaren Unternehmerrisiko gehöre vorab der Realerfüllungsanspruch des Bestellers gegenüber dem Unternehmer auf Herstellung und Ablieferung eines dem Werkvertrag entsprechenden Arbeitsergebnisses. Grundsätzlich ebenfalls nicht versicherbar seien Ansprüche aus den kausalen Mängelrechten sowie die Haftung des Unternehmers für Ertragsausfälle und Vermögenseinbussen als Folge solcher Mängel (act. 10 S. 12 f.). Die Parteien hätten einen Vertrag über eine Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen. In Klausel 34 der Allgemeinen Vertragsbedingungen sei festgehalten, dass Ansprüche auf Erfüllung eines Vertrages sowie an die Stelle des Erfüllungsanspruches tretende Ansprüche von der Versicherungsdeckung ausgenommen seien (act. 10 S. 15, act. 31 S. 15). Die Klausel 03 1.a Abs. 1 der Besonderen Vertragsbedingungen erweitere nun in "teilweiser Abänderung" von Klausel 34 der Allgemeinen Vertragsbedingungen den Deckungsschutz in der Betriebshaftpflichtversicherung auf "Ansprüche aus Mängeln", also auf Gewährleistungsansprüche. Mit dieser Klausel würden indessen nicht sämtliche vertraglichen Erfüllungsansprüche gedeckt, sondern, wie der Begriff "Mängel" verdeutliche, nur Gewährleistungsansprüche. Aus der Auslegung folge, dass für die in Frage stehenden Mängel kein Versicherungsschutz bestehe, weil die Klägerin noch eine nicht versicherte Erfüllungspflicht treffe. Für die Frage des Bestehens des Versicherungsschutzes sei es nämlich von primärer Bedeutung, ob die von der C._____ AG angeblich geltend gemachten Ansprüche ursprüngliche, vertragliche Erfüllungsansprüche oder aber bereits Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln seien (act. 10 S. 16 f. und S. 36, act. 31 S. 15 und S. 36). Die angeblichen Mehrkosten für die Erweiterung der Wasseraufbereitung (also Kosten der Mängelbehebung) seien grundsätzlich unter die Deckung nach Klausel 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen zu subsumieren (act. 10 S. 17). Indessen sei diese Klausel erkennbar nur auf solche Mängel anwendbar,

die nach der Abnahme des Werkes als vollendet durch den Werkbesteller auftreten. Voraussetzung sei somit eine gehörige Abnahme des Werks durch den Besteller (act. 10 S. 37). Der Vertrag zwischen der Klägerin und der C._____ AG habe vor der Übergabe des Werks einen 3-monatigen Probetrieb vorgesehen. Erst nach diesem Probetrieb (und damit nach Beseitigung von in seinem Rahmen auftretenden Mängeln) sei das Werk abgeliefert und erst dann würden die Erfüllungsansprüche des Werkbestellers in Gewährleistungsansprüche übergehen. Die streitgegenständlichen Mängel seien alle im Rahmen des Probetriebs erkannt worden und seien deshalb noch Gegenstand des ursprünglichen Erfüllungsanspruches (act. 10 S. 38, act. 31 S. 36). Es werde bestritten, dass die "falsch angelegte Wasseraufbereitungsanlage" fertig gestellt gewesen sei (act. 31 S. 21). Die Klägerin halte zudem selber fest, dass die Gründe für das angeblich nicht optimal funktionierende Biomassekraftwerk vielschichtig seien. Es sei somit möglich, dass die Gründe gar nicht im Verantwortungsbereich der Klägerin liegen. Auch sei die Höhe der behaupteten Schadenersatzforderung (Quantitativ) nicht nachvollziehbar. Weder Mangel bzw. Fehler noch der Kausalzusammenhang zu den behaupteten wirtschaftlichen Folgen würden von der Klägerin substantiiert dargelegt (act. 10 S. 27 ff. und act. 31 S. 33 f.).

1.2. Vertragsgrundlage

Zwischen den Parteien ist unbestritten, dass im Rahmen der Betriebs-Haftpflichtversicherung (Police Nr. ...) als Zusatz- bzw. Sonderrisiko "Schäden an Anlagen sowie Vermögensschäden" versichert wurden (act. 4/8 und act. 4/15). Gemäss **BH 34** der Allgemeinen Vertragsbedingungen sind Ansprüche auf "Erfüllung von Verträgen oder an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung" sowie für "Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ermittlung und Behebung von Mängeln oder Schäden an den vom Versicherungsnehmer oder in seinem Auftrag hergestellten oder gelieferten Sachen oder geleisteten Arbeiten" von der Versicherungsdeckung ausdrücklich ausgeschlossen (act. 4/14).

Gemäss Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen vereinbarten die Parteien jedoch zusätzlich bzw. hiervon abweichend Folgendes (act. 4/8):

"1.a Schäden an Anlagen und Anlageteilen

In teilweiser Abänderung von 33 und 34 der VB erstreckt sich die Versicherung auch auf Ansprüche aus Schäden und Mängeln an

- *Anlagen und Anlageteilen, die aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bau- bzw. Montageleitung erstellt werden*
- *bestehenden Anlagen oder Anlageteilen, an denen aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Bau- bzw. Montageleitung eine Tätigkeit ausgeführt wird*
- *Anlageteilen, welche aufgrund von Planungsarbeiten der Versicherten oder unter deren Leitung geplant werden oder für die sie die Bau- bzw. Montageleitung ausüben.*

Die Versicherung erstreckt sich auch auf Ansprüche aus

- a) *Schäden und Mängeln an neu entwickelten Anlagen und Anlageteilen, soweit es sich um die Weiterentwicklung von nach anerkannten Regeln oder aufgrund eingehender Erfahrung gebauter Anlagen handelt. Ausgeschlossen sind Ansprüche aus Schäden und Mängeln an Prototypen (vgl. Ziff. 4.2 h hiernach)*
- b) *Schäden, die sich vor oder während den Probeläufen und Anlagetests, der ordentlichen Inbetriebsetzung der Anlage resp. Anlageteile ereignen. Für Mängel beginnt der Versicherungsschutz erst in der ordentlichen Betriebsphase d.h. mit Vorliegen eines vom Auftraggeber unterzeichneten Abnahmeprotokolls.*

Schäden und Mängel gemäss dieser Ziff. gelten als Sachschäden."

1.3. Würdigung

Nachfolgend ist zu prüfen, ob der von der Beklagten geltend gemachte Schaden von der Police Nr. ... gedeckt ist.

1.3.1. Allgemeines

Es entspricht einem Grundsatz des Haftpflichtrechts, dass das sogenannte *Unternehmer-Risiko* nicht versichert ist. Damit sind primär Ansprüche auf Vertragserfüllung angesprochen. Vertragliche Erfüllungsansprüche sind somit grundsätzlich nicht von der Deckung durch eine Haftpflichtversicherung umfasst. Es fehlt in einem solchen Fall an der Verwirklichung der versicherten Gefahr, für den Schaden

eines andern haftpflichtig zu werden, denn wer noch über seine vertraglichen Erfüllungsansprüche verfügt, hat keinen Schaden erlitten und damit auch keinen Haftpflichtanspruch erworben (ZR 105/2006 Nr. 23). Selbst bei einer Garantie-Versicherung, welche dem Hersteller oder Lieferanten bei unvorhergesehenen und plötzlich eintretenden Sachschäden, für die er aus einem Kauf- oder Werkvertrag haftet, Versicherungsschutz bieten soll, sind die Aufwendungen zur Behebung eines Mangels sowie Leistungsgarantien (versprochene Kapazität der Maschine) nicht versichert (vgl. Alfred Bünzli, Technische Versicherungen, 2003, S. 187 ff.). Es besteht somit keine Haftung für Kosten, die durch die Beseitigung der Fehler selbst entstehen. Die Versicherung soll nämlich unausgereiften Konstruktionen oder nachlässiger Arbeit keinen Vorschub leisten. Es handelt sich dabei um sogenannte "Ohnehin-Kosten", welche auch ohne Schadenereignis zur Beseitigung der Mängel hätten aufgewendet werden müssen (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 188). Die Deckung der Garantiever sicherung beginnt dabei frühestens an jenem Tag, an welchem die versicherte Sache dem Besteller *betriebsfertig übergeben wurde* (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 192). Demgegenüber deckt die sog. "Montageversicherung" das Risiko während der Montage und Inbetriebnahme *bis zur Übergabe* an den Besteller (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 192 f., S. 200). Auch bei der Montageversicherung stellt das Nicht-Erreichen der vertraglichen Leistung kein versichertes Schadenereignis dar; vielmehr hat der Unternehmer in einem solchen Fall Nachbesserung zu leisten (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 205 und S. 207). Ebenfalls nicht versichert sind Aufwendungen zur Behebung von Mängeln (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 208).

1.3.2. Versicherungsdeckung auf Grund der Police Nr. ...

Vorliegend stipulieren die Allgemeinen Vertragsbedingungen in **BH 34** den Ausschluss der Versicherungsdeckung einerseits für Ansprüche auf die Erfüllung von Verträgen sowie an deren Stelle tretende Ansprüche auf Ersatzleistungen wegen Nichterfüllung bzw. nicht richtiger Erfüllung und andererseits für Aufwendungen im Zusammenhang mit der Ermittlung und Behebung von Mängeln (act. 4/14). Die Besonderen Vertragsbestimmungen ändern nun die Klausel **BH 34** in Ziffer 03 1.a teilweise ab und erweitern den Versicherungsschutz auf Mängel (Gewährleis-

tungsansprüche). Gemäss der Police Nr. ... klarerweise nicht versichert sind hingegen die ursprünglichen Erfüllungsansprüche des Bestellers bzw. die an deren Stelle tretenden Ersatzansprüche. Dies ergibt sich einerseits aus dem klaren Wortlaut der Klausel BH 34 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen wie auch aus der Verwendung des Begriffs "Mangel" in Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen.

Beide Parteien gehen - zu Recht - davon aus, dass der von der Klägerin geltend gemachte Schaden (allenfalls) unter Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen zu subsumieren sei (vgl. act. 1 Rz. 31 und act. 10 S. 17).

1.3.3. Zeitlicher Beginn der Gewährleistungsansprüche / Abgrenzung zu den Erfüllungsansprüchen

Die Versicherungsdeckung für Gewährleistungsmängel beginnt frühestens an jenem Tag, an welchem die versicherte Sache dem Besteller betriebsfertig übergeben wurde (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 192). Erst bei der Abnahme gehen Nutzen und Gefahr der Maschine oder Anlage auf den Besteller über. Vor der Abnahme hat der Lieferant den Nachweis zu erbringen, dass die Maschine bzw. Anlage für die Produktion oder die kommerzielle Nutzung bereit ist. Die Betriebsphase während der Abnahme wird dabei dem Probetrieb zugeordnet. Verzögert sich die Abnahme z.B. infolge Leistungsmängeln, so verlängert sich unter Umständen der Probetrieb (vgl. Alfred Bünzli, a.a.O., S. 200 f.). Vor der Ablieferung der Anlage richten sich die Ansprüche aus Sorgfaltspflichtverletzung, die einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages gleichkommen, nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 97 ff. OR und nicht nach den Sachgewährleistungsbestimmungen. Die Mängelrechte treten dabei an die Stelle der ursprünglichen Forderung des Bestellers auf Herstellung einer mängelfreien Anlage (vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver, N 3 ff. zu Art. 368). Den Zeitpunkt, an welchem die Anlage als abgeliefert gelten soll, wie auch den Inhalt der Prüfung können die Parteien frei vereinbaren, sei es zur Klarstellung der gesetzlichen Ordnung oder in Abweichung derselbigen (vgl. BSK OR I-Zindel/Pulver, N 29 zu Art. 367).

1.3.4. Auslegung von Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen

Gemäss dem ersten Absatz der Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen sind Gewährleistungsansprüche versichert. Diese Ansprüche beginnen indessen - wie oben unter Ziff 1.3.3. ausgeführt - frühestens mit der Ablieferung der Anlage/des Anlageteils und entstehen nicht schon vor oder während eines Probetriebs. Vor oder während eines Probetriebs bzw. vor der ordentlichen Inbetriebsetzung der Anlage resp. der Anlageteile sind gemäss dem zweiten Absatz der Ziffer 03 1.a (lit. b) lediglich Schäden versichert, nicht hingegen Mängel. Der Beginn der Versicherungsdeckung für Mängel wird dabei vom Vorliegen eines vom Auftraggeber unterzeichneten Abnahmeprotokolls abhängig gemacht (act. 4/8).

Die Ziffer 03 1.a ist klar formuliert und auch nicht weiter auslegungsbedürftig: Die Versicherungsdeckung für Mängel setzt erst dann ein, wenn die Anlage bzw. der Anlageteil dem Besteller nach erfolgreicher Durchführung des Probetriebs übergeben wurde. Der Grund für diese Regelung ist ohne Weiteres einsichtig: Der Versicherer will für Gewährleistungsansprüche erst dann haften, wenn diese auch tatsächlich entstanden sind, hingegen nicht das Erfüllungsrisiko des Unternehmers übernehmen.

1.3.5. Sind vorliegend bereits Gewährleistungsansprüche entstanden oder bestehen weiterhin Erfüllungsansprüche?

Im Vertrag zwischen der Klägerin und der C._____ AG vom 5. Juli 2004 (act. 4/6) garantierte die Klägerin, eine bewilligungsfähige, funktionierende Anlage zu erstellen sowie die vereinbarten Leistungswerte einzuhalten (vgl. Ziffer 6). Hinsichtlich der Übergabe der Anlage wurde unter Ziffer 10 ausdrücklich festgehalten, dass diese erst nach einem 3-monatigem Probetrieb erfolgt. Die Parteien vereinbarten somit einerseits die Art der Prüfung der Anlage, nämlich in Form eines dreimonatigen Probetriebs, und andererseits verabredeten sie ausdrücklich, dass die Ablieferung - und damit der Übergang von Nutzen und Gefahr auf die C._____ AG - erst nach Ablauf dieses (erfolgreichen) Probetriebs erfolgen soll.

Eine solche Regelung ist einerseits bei Anlagen üblich und macht andererseits im vorliegenden Fall - gerade unter den von der Klägerin abgegebenen Garantien - Sinn, da die C._____ AG das Funktionieren der Anlage sowie das Erreichen der vereinbarten Leistungswerte nur durch einen Probebetrieb prüfen konnte. Es ist somit festzuhalten, dass erst nach Prüfung des Biomassekraftwerks durch die C._____ AG als Bestellerin, nämlich nach (erfolgreicher) Durchführung der dreimonatigen Probephase, die Anlage als ordnungsgemäss abgeliefert gelten kann und mithin erst auf diesen Zeitpunkt die Erfüllungsansprüche in Mängelrechte übergehen. Vorher richten sich die Ansprüche des Bestellers, d.h. der C._____ AG, aus Nicht- oder Schlechterfüllung des Vertrages nach den allgemeinen Bestimmungen des Art. 97 ff. OR.

Ein Versicherungsanspruch der Klägerin aus der Police ... für Gewährleistungsansprüche besteht nur dann, wenn solche im vorliegenden Fall tatsächlich entstanden sind. Behauptungs- und nachweisspflichtig hierfür ist die Klägerin (Art. 8 ZGB). Die Klägerin führt indessen selber aus, dass das Biomassekraftwerk auch heute nur massiv reduzierte Leistungen erbringe, immer noch gewisse Anpassungen und Veränderungen vorzunehmen seien und diverse Leistungswerte und Normen der Luftreinhalteverordnung nicht eingehalten würden (act. 1 Rz. 21 f.). Von einem erfolgreichen Probebetrieb sowie dem Abliefern einer "funktionierenden Anlage", welche die von der C._____ AG geforderten Leistungswerte erreicht (vgl. act. 4/6 S. 4 ff.), kann mithin keine Rede sein. Die Klägerin behauptet denn auch weder eine rechtsgenügende Abnahme der Anlage durch die C._____ AG auf Grund eines erfolgreichen Probebetriebs, noch dass der von ihr geltend gemachte Mangel nach Ablauf des (erfolgreichen) Probebetriebs, d.h. erst in der ordentlichen Betriebsphase, aufgetreten sei. Ihre Darstellung, dass die Anlage dem Besteller vor Jahren übergeben worden und seit Jahren in Betrieb sei (act. 25 Rz. 28), reicht zur rechtsgenügenden Substantiierung der Ablieferung nicht aus, ändert doch auch ein lang andauernder Betrieb einer Anlage nichts an den erwähnten Voraussetzungen für den Übergang der Erfüllungs- in Gewährleistungsansprüche. Es ist zudem darauf hinzuweisen, dass - wie oben unter Ziffer 1.3.1. dargelegt - Leistungsgarantien (Nicht-Erreichen der vertraglichen Leistung) grundsätzlich nicht versichert sind. Anderes geht auch aus der Police Nr. ... nicht

hervor. Die Klägerin macht indessen selber ein Nicht-Erreichen der vertraglich vereinbarten Leistung geltend, indem sie als "Mangel" eine ungenügende Kapazität ($7.6 \text{ m}^3/\text{h}$ statt $25.13 \text{ m}^3/\text{h}$) der Wasseraufbereitungsanlage angibt (act. 1 Rz. 25). Dass die Wasseraufbereitungsanlage nicht funktioniert hätte, behauptet sie indes nicht. Ein Mangel im Sinne des Versicherungsrechts liegt somit von vornherein nicht vor. Auf Grund dieser Sach- und Rechtslage kann vorliegend offen bleiben, ob für das Entstehen des Versicherungsschutzes tatsächlich das Vorliegen eines von der C._____ AG unterzeichneten Abnahmeprotokolls (so festgehalten in Ziffer 03 1.a zweiter Absatz lit. b der Besonderen Vertragsbestimmungen) erforderlich wäre oder ob die ordentliche Ablieferung auch anderweitig hätte nachgewiesen werden können.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin keine Ansprüche aus Ziffer 03 1.a erster Absatz der Besonderen Vertragsbestimmungen ableiten kann. Diese Bestimmung bietet nämlich nur Versicherungsschutz für Gewährleistungsansprüche, welche indessen vorliegend noch gar nicht entstanden sind. Auch der zweite Absatz dieser Bestimmung gewährt der Klägerin keine Versicherungsdeckung, da während des Probetriebs nur *Schäden* versichert sind, welche die Klägerin indes nicht geltend macht.

1.3.6. Unklare Formulierung/unklare Positionierung

Die Behauptung der Klägerin, dass sie - nachdem sie davon ausgegangen sei, der erste Absatz der Klausel 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen decke ihren Versicherungsbedarf - nicht mit einer weiteren Einschränkung im zweiten Absatz rechnen müssen (act. 1 Rz. 43), geht aus den oben angeführten Gründen fehl: Ein Versicherungsschutz für Mängel während des Probetriebs bzw. vor Abnahme der Anlage besteht nämlich gemäss beiden Absätzen nicht. Ebenso wenig ist die von der Klägerin (act. 1 Rz. 43 f.) gerügte Formulierung bzw. Positionierung der Klausel 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen im Vertrag zu beanstanden, geht es in dieser doch tatsächlich um eine *Ausweitung* des Versicherungsschutzes und dessen Abgrenzung zum grundsätzlichen Ausschluss gemäss den Ziffern 33 und 34 der Allgemeinen Vertragsbedingungen. Die Ziffer 03 1.a beinhaltet auch nichts Ungewöhnliches (was die Klägerin ebenfalls geltend

macht, vgl. act. 1 Rz. 44 und act. 25 Rz. 76), mit welchem die Klägerin nicht hätte rechnen müssen. Dass die ordnungsgemässe Ablieferung einer Anlage - und damit das Entstehen von Mängelrechten - erst nach erfolgreicher Durchführung eines Probetriebs stattfindet, ist ein allgemeiner Grundsatz und entsprach im Übrigen auch den Vereinbarungen im Verträge zwischen der C._____ AG und der Klägerin. Die Klägerin hat den von ihr angestrebten Versicherungsschutz für Gewährleistungsansprüche im Falle von Planungsfehlern erhalten; dass die Versicherungsdeckung für Mängelansprüche nicht greifen kann, bevor diese überhaupt entstanden sind, ist folgerichtig und gibt zu keinen weiteren Erwägungen Anlass.

1.3.7. Keine Versicherungsdeckung für Mängelbehebungskosten/Mangelnde Substantiierung

Selbst wenn die Gewährleistungsansprüche entstanden wären, würde dies nichts daran ändern, dass der von der Klägerin geltend gemachte Schaden von der Police Nr. ... nicht gedeckt ist. Aufwendungen zur *Behebung* eines Mangels fallen nämlich nicht unter die Versicherungsdeckung, da diese sog.

"Ohnehin-Kosten" darstellen (vgl. die Klausel BH 34 Abs. 2 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen, welche in den Besonderen Vertragsbestimmungen nicht abgeändert wurde). Die Klägerin führt nun selber aus, dass der geltend gemachte Schaden in den Kosten für den Kapazitätsausbau der Wasseraufbereitungsanlage bestehe (act. 1 Rz. 26 und Rz. 29, act. 25 Rz. 58), womit sie gerade solche von der Versicherung von Vorneherein nicht gedeckte Mängelbehebungskosten behauptet. Zudem hätte die Klägerin, da die Beklagte ihre Versicherungsdeckung bestreitet, sämtliche Haftungsgrundlagen konkret zu behaupten und nachzuweisen (davon geht auch die Klägerin aus, vgl. act. 25 Rz. 16). Dies hat sie indessen unterlassen, fehlen doch jegliche Ausführungen hierzu. So ist schon unklar, dass die einzige Schadensursache durch die Klägerin gesetzt worden sein soll, macht diese doch selber geltend, dass die Gründe für das Nichteinhalten der diversen Leistungswerte vielschichtig gewesen seien (act. 1 Rz. 21). Zudem unterlässt die Klägerin die rechtsgenügende Substantiierung des Schadens. Bei den Kosten im Zusammenhang mit dem Kapazitätsausbau der Wasseraufbereitungsanlage wären nämlich die sog. "Ohnehinkosten" abzuziehen, wovon auch die Klägerin aus-

geht (act. 25 Rz. 58, act. 35 Rz. 52). Worin diese "Ohnehinkosten" bestehen sollen und wie diese zu beziffern wären, lässt sie hingegen offen. Mangels genügend konkreter Angaben wäre somit die Durchführung eines Beweisverfahrens bezüglich der Höhe des Schadens gar nicht möglich.

2. Anspruch aus positiver Vertragsverletzung (Beratungsfehler)

2.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht geltend, die Beklagte habe sich wegen eines Beratungsfehlers der positiven Vertragsverletzung zu verantworten, weshalb diese den Versicherungsvertrag so zu erfüllen habe, wie sie, die Klägerin, ihn habe verstehen dürfen. Die Beklagte habe sie weder bei Vertragsschluss noch in den vorangehenden Verhandlungen verständlich bzw. vollständig informiert. Sie, die Klägerin, habe deshalb auf Grund des mehrfach kundgegebenen Versicherungsbedarfs die Police als das verstehen dürfen, was sie habe sein sollen, nämlich eine umfassende Deckung für Planungsfehler (act. 1 Rz. 59 ff.). Die Beklagte sei deshalb aus den Bestimmungen nach Art. 97 ff. OR für ihre Unterlassung der Aufklärung in die Pflicht zu nehmen und habe das positive Interesse zu ersetzen (act. 25 Rz. 87). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen eines Beratungsfehlers (act. 10 S. 47, act. 31 S. 40 ff.).

2.2. Würdigung

Ein Beratungsfehler der Beklagten ist vorliegend nicht ersichtlich: Unbestrittenermassen besteht eine Versicherungsdeckung für Gewährleistungsansprüche gemäss Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen. Gedeckt sind diesbezüglich ausdrücklich auch Planungsfehler der Klägerin. Gerade diese Deckung war es, welche die Klägerin wollte (vgl. act. 1 Rz. 34 und Rz. 38) und mithin auch erhielt. Worin hier der Beratungsfehler liegen soll, ist nicht ersichtlich. Irrelevant ist deshalb auch die von der Klägerin erwähnte "bedeutsame Differenzierung zwischen Haftpflichtversicherung und Garantie" (act. 25 Rz. 44). Das grundsätzliche Bestehen einer Versicherungsdeckung für Gewährleistungsmängel ändert jedoch nichts daran, dass - solange eine Anlage nicht vom Besteller abgenommen wurde

bzw. die ordentliche Betriebsphase nicht erreicht ist - noch gar keine Gewährleistungsansprüche vorhanden sind, sondern (immer) noch die - von der Versicherung nicht gedeckten - ursprünglichen vertraglichen Erfüllungspflichten bestehen. Dass die Beklagte die Klägerin über diese Tatsache nicht aufgeklärt haben soll, macht die Klägerin einerseits nicht genügend konkret geltend und andererseits könnte eine derartige Unterlassung auch keine positive Vertragsverletzung begründen: Dass vertragliche Erfüllungsansprüche nicht von der Deckung durch die Haftpflichtversicherung umfasst sind, ist ein allgemeiner versicherungstechnischer Grundsatz; ebenso ist die Tatsache notorisch, dass die Mängelrechte erst mit der ordentlichen Ablieferung einer Anlage nach einem erfolgreichen Probetrieb entstehen. Die Ansicht der - während der Vertragsverhandlungen anwaltlich vertretenen (act. 35 Rz. 28) - Klägerin, sie habe davon ausgehen dürfen, dass *alle vertraglichen Ansprüche aus Planungsfehlern gedeckt seien* (act. 25 Rz. 28), geht somit vom Vornherein fehl. Betreffend der übrigen Ausführungen der Klägerin wird auf Ziffer 4 nachfolgend, Haftung aus culpa in contrahendo, verwiesen.

3. Übervorteilung, Täuschung

3.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht weiter geltend, der Vertragsschluss sei auch unter den Normen von Art. 21 OR (Übervorteilung) bzw. Art. 28 OR (absichtliche Täuschung) zu prüfen. Denn sie, die Klägerin, hätte nie eine Versicherung abgeschlossen, welche den formulierten Bedarf nicht gedeckt, sondern nur die Prämie vervielfacht habe. Wenn für die Beklagte von Anfang an klar gewesen sei, dass das von ihr, der Klägerin, beschriebene Risiko nicht versichert sei, so habe die Beklagte sie mit dem Abschluss der praktisch wertlosen Versicherung über den Tisch gezogen (act. 1 Rz. 64). Die Beklagte bestreitet das Vorliegen einer Übervorteilung bzw. einer Täuschung (act. 10 S. 47 f.).

3.2. Würdigung

Voraussetzung für die Anwendung des Art. 21 OR wie auch der Art. 23-31 OR ist die gehörige Anfechtung des Vertrages. Diese ist in beiden Fällen an eine Anfechtung

tungsfrist von einem Jahr gebunden (Art. 21 Abs. 2 OR, Art. 31 Abs. 1 OR), bei welcher es sich um eine Verwirkungsfrist handelt (Urteil des Bundesgerichts 4C.37/2007 vom 11. Oktober 2007, E. 3).

Die Klägerin behauptet nicht, den Versicherungsvertrag angefochten zu haben. Eine Anfechtung würde auch keinen Sinn machen, entfiere damit doch der Vertrag und damit auch die Versicherungsdeckung. Zudem macht die Klägerin keine substantiierten Ausführungen zu den geltend gemachten Tatbestandsmerkmalen. Weder konkretisiert sie - im Falle der behaupteten Übervorteilung - ein Ausbeuten einer Notlage, der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns, noch legt sie dar, worin - im Falle der absichtlichen Täuschung - das Vorspiegeln falscher Tatsachen oder das Verschweigen vorhandener Tatsachen sowie der daraus hervorgerufene oder aufrechterhaltene Irrtum bestehen sollen. Zudem ist im Falle der Übervorteilung die Jahresfrist - welche mit Abschluss des Vertrages zu laufen beginnt - mit Sicherheit abgelaufen; auch mit Bezug auf die Tatbestände von Art. 23 ff. OR ist von Verwirkung auszugehen, nachdem die relevanten Umstände der Klägerin seit dem Jahre 2006 bekannt sind (vgl. act. 4/9).

4. Haftung aus culpa in contrahendo

4.1. Parteibehauptungen

Die Klägerin macht - eventualiter - eine Haftung aus "culpa in contrahendo" geltend. Die intensiven Vertragsverhandlungen hätten zu einer Sonderverbindung mit den dieser innewohnenden Schutz- und Aufklärungspflichten geführt. Die Beklagte habe die berechtigten Erwartungen enttäuscht (act. 1 Rz. 65 ff., act. 25 Rz. 89 ff.). Ihr, der Klägerin, sei es beim Abschluss der Versicherung darum gegangen, für Mängel an der zu erstellenden Anlage, welche durch ihre Planungsfehler verursacht werden und welche die Leistung der Anlage schmälern bzw. zu Folgekosten führen, Versicherungsdeckung zu bekommen. Sie habe auf Grund eines früheren Schadenfalles (Kraftwerk in E._____) ihren ungedeckten Versicherungsbedarf erkannt und bei der Beklagten explizit die erkannte Versicherungslücke bzw. die im Vertrag mit der C.____ AG geforderte Versicherungsgarantie versichern wollen. Unter dieser Prämisse sei sie, die Klägerin, zwecks Erweite-

zung der Betriebshaftpflichtversicherung an die Beklagte herangetreten, seien die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien geführt und sei schlussendlich auch der hier zur Diskussion stehende Versicherungsvertrag abgeschlossen worden (act. 1 Rz. 34 und Rz. 52). Es dürfe deshalb davon ausgegangen werden, dass beide Parteien den in Frage stehenden Versicherungsbedarf, nämlich eine Versicherungsdeckung für Planungsfehler, auch tatsächlich hätten versichern wollen (act. 1 Rz. 35 und Rz. 53). Sie, die Klägerin, sei von der Beklagten in ihrer Annahme bekräftigt worden, für Planungsfehler vollumfänglich abgesichert zu sein (act. 25 Rz. 89). Sollte sich die Beklagte nun auf einen anderen Standpunkt stellen, so müsste davon ausgegangen werden, dass sie ihr, der Klägerin, eine extrem teure Versicherung ohne jeden Nutzen "angedreht" hätte (act. 1 Rz. 36). Es könne zwar sein, dass die Beklagte nicht ihre vertraglichen Erfüllungsansprüche habe übernehmen wollen. Tatsache sei aber, dass gerade dies ihr Versicherungsbedarf gewesen sei (act. 25 Rz. 74). Die Beklagte habe sie, die Klägerin, bei Vertragsschluss sowie in den vorangehenden Verhandlungen im Jahr 2004 weder verständlich noch vollständig informiert. Alleine die Definition des Deckungsumfangs habe aus einem Dickicht sich widersprechender und sogar in sich unstimziger Regelwerke bestanden. Auf Grund des mehrfach kundgegebenen Versicherungsbedarfs und auf Grund des mehrjährigen Vertrauensverhältnisses habe die Klägerin von einer umfassenden Deckung für Planungsfehler ausgehen dürfen (act. 1 Rz. 59).

Die Beklagte bestreitet eine Haftung aus culpa in contrahendo (act. 10 S. 48, act. 31 S. 40 ff.). Eine besondere Treuepflicht werde von der Klägerin weder nachgewiesen noch konkretisiert (act. 31 S. 39). Der Vorwurf der unvollständigen Information bzw. Beratung werde zurückgewiesen (act. 31 S. 6 ff.). Es verstosse nicht gegen Treu und Glauben, wenn jemand bei Vertragsverhandlungen nicht nach Irrtümern des Gegners forsche, welche dieser bei gehöriger Aufmerksamkeit selber hätte wahrnehmen können. Bei genauer Lektüre des vorgeschlagenen Vertragstextes habe der Klägerin klar werden müssen, dass mit diesem Versicherungsvertrag nicht ihre ganze Erfüllungsverantwortung gegenüber der C._____ AG auf sie, die Beklagte, abgewälzt wurde. Hinzu komme, dass der geschäftserfahrene D._____ Fachleute aus dem Versicherungs- und Bankenwesen sowie ei-

nen Rechtsanwalt beigezogen habe, um den Vertragstext zu analysieren. Der Klägerin habe es somit weder an Erfahrung noch an fachlicher Kompetenz gefehlt und sie sei diesbezüglich auch nicht ihr, der Beklagten, unterlegen gewesen (act. 31 S. 45). Sie, die Beklagte, habe - nachdem der Klägerin seit Anfang Februar 2004 alle wesentlichen Elemente der Versicherungslösung schriftlich vorgelegen hätten - davon ausgehen dürfen, dass diese sich bei Unklarheiten oder offenen Fragen an sie wenden würde. Dies sei jedoch nicht der Fall gewesen (act. 31 S. 30). Die Klägerin habe über alle erforderlichen Informationen verfügt und deshalb keiner zusätzlichen Aufklärung bedurft (act. 31 S. 40). Sie sei darüber informiert worden, dass das Unternehmerrisiko grundsätzlich nicht versicherbar sei (act. 31 S. 43). Schon die Einleitung der Klausel 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen - "in teilweiser Abänderung von 33 und 34 der VB..." - mache in zweifelsfreier Weise klar, dass sie, die Beklagte, die vertraglichen Pflichten der Klägerin nur in begrenztem Umfang zu decken bereit war (act. 10 S. 26).

4.2. Rechtliches

Die Haftung aus Culpa in Contrahendo kann ein Korrektiv schaffen, wenn gebotene Rücksichtnahme auf den Vertragspartner ausblieb und diesem Schaden erwuchs (BSK OR I-Bucher, N 86 zu Art. 1). Diese Haftung beruht auf der Überlegung, dass die Parteien sich während der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben zu verhalten haben (BGE 105 II 75, S. 79), und setzt mithin begriffsnotwendig die Führung von Vertragsverhandlungen voraus (BGE 116 II 695, S. 698). Der Grundsatz von Treu und Glauben verpflichtet die Parteien bei Aufnahme von Vertragsverhandlungen zur gegenseitigen richtigen Aufklärung mit Bezug auf erhebliche Tatsachen, welche die Gegenpartei nicht kennt und nicht zu kennen verpflichtet ist, die aber ihren Entscheid über den Vertragsabschluss oder dessen Bedingungen beeinflussen können. Insbesondere bei vorbestehendem oder vom Vertrag vorausgesetztem Vertrauensverhältnis kann eine - unaufgeforderte - Aufklärung über Tatsachen, welche für den Vertragsabschluss bedeutsam erscheinen, zumutbar sein (BGE 125 III 86, S. 89).

4.3. Würdigung

Wie vorstehend festgestellt wurde, sind (entstandene) Gewährleistungsansprüche auf Grund von Planungsfehlern gemäss der Police Nr. ... grundsätzlich versichert, nicht hingegen die ursprünglichen vertraglichen Erfüllungsansprüche. Auf Grund der Behauptungen der Klägerin ist nachfolgend zu prüfen, ob sie allenfalls auf Grund der Vertragsverhandlungen nach Treu und Glauben davon ausgehen durfte, für *sämtliche Planungsfehler vollumfänglich* versichert zu sein, d.h. dass die Beklagte Versicherungsdeckung auch für Erfüllungsansprüche auf Grund von Planungsfehlern gewähren würde. Zur Bejahung dieses Anspruchs müsste eine diesbezügliche gegen Treu und Glauben verstossende Falsch- oder Nichtaufklärung durch die Beklagte behauptet und erstellt sein.

Dies ist indessen nicht der Fall: So führt die Klägerin in der Klageschrift selber ausdrücklich aus, dass es ihr darum gegangen sei, die Folgen allfälliger mangelhafter Planungen (Gewährleistung) zu versichern (act. 1 Rz. 34 und Rz. 38). Auch sie selbst war somit der Ansicht, dass *Gewährleistungsansprüche* (und eben nicht Erfüllungsansprüche) versichert werden sollten. In Anbetracht des versicherungsrechtlichen Grundsatzes, dass Ansprüche auf Vertragserfüllung nicht versicherbar sind, sowie der Tatsache, dass dieser Grundsatz in BH 34 der Allgemeinen Vertragsbedingungen ausdrücklich festgehalten ist, durfte die Klägerin - ohne klare Anhaltspunkte - nicht von einer "vollumfänglichen Deckung" für Planungsfehler ausgehen. Der Wortlaut von Ziffer 03 1.a der Besonderen Vertragsbestimmungen weckt denn auch nicht eine solche Erwartung, ist darin doch ausdrücklich von "Mängel" die Rede, womit klar nur die Mängelrechte bzw. Gewährleistungsansprüche gemeint sind. Dass die Beklagte der Klägerin ausdrücklich die Versicherbarkeit von vertraglichen Erfüllungsansprüchen zugesichert oder versprochen hätte, macht die Klägerin nicht geltend. Selbst aus einer (allfälligen) Unterlassung der Aufklärung darüber, dass Ansprüche auf Vertragserfüllung nicht unter die Versicherungsdeckung fallen, könnte die Klägerin auf Grund der klaren Rechts- und Vertragslage nichts für sich ableiten. Dieser Grundsatz ist nämlich im Versicherungsrecht so immanent, dass nicht eigens darauf hingewiesen werden muss.

Andernfalls, könnte der Versicherte unvollendete oder mangelhafte Anlagen abliefern und wäre ab diesem Moment sofort von jeglichen eigenen vertraglichen Pflichten befreit - welche dann die Versicherung zu übernehmen hätte. Dass dies nicht Sinn und Zweck einer Versicherungsdeckung sein kann, leuchtet ohne Weiteres ein. Selbst ein Vertrauensverhältnis - welches vorliegend klar zu verneinen ist und von der Klägerin auch nicht rechtsgenügend substantiiert wurde - könnte eine solche Übernahme von vertraglichen Erfüllungsansprüchen nicht rechtfertigen. Auch der Hinweis der Klägerin auf ein Schreiben der Beklagten vom 3. Februar 2004, in welchem festgehalten werde, dass die Versicherung nach dem "All-risk"-Prinzip ausgestaltet sei, und ihre Behauptung, dass dies suggeriere, dass alle Risiken gedeckt seien (act. 25 Rz. 47), hilft ihr nicht weiter: Technische Versicherungen sind nämlich grundsätzlich als "All-Risks-Versicherungen" ausgestaltet. Bei solchen Versicherungen werden alle Gefahren und Schäden versichert, die nicht explizit ausgeschlossen sind (Alfred Bünzli, a.a.O., S. 29). Im vorliegenden Fall sind indes die vertraglichen Erfüllungsansprüche bzw. die Ansprüche aus Nicht- oder Schlechterfüllung ausdrücklich in den Allgemeinen Vertragsbestimmungen ausgeschlossen, was auch in den Besonderen Vertragsbestimmungen nicht abgeändert wurde. Ebenso kann das klägerische Argument, die Beklagte habe ihr eine extrem teure Versicherung ohne jeden Nutzen "angedreht", nicht so übernommen werden. Die Übernahme einer Haftung im Probetrieb für Schäden sowie für Gewährleistungsansprüche stellt im Versicherungsalltag eine Ausnahme dar, muss als schwer kalkulierbares Risiko gewertet werden und ist notorischerweise dementsprechend teuer.

5. Fazit

Aus all diesen Gründen ist die Klage abzuweisen.

V. Streitwert; Kosten- und Entschädigungsfolgen

Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§ 64 Abs. 2 und § 68 Abs. 1 ZPO).

Die am 1. Januar 2008 in Kraft getretene Verordnung des Obergerichts über die Gerichtsgebühren enthält in § 2 Absatz 1 und 2 den Grundsatz, dass für die Festsetzung der Gebühren der Streitwert bzw. das tatsächliche Streitinteresse, der Zeitaufwand des Gerichts und die Schwierigkeit des Falls die Grundlage bilden und sich bei offensichtlichem Missverhältnis zwischen Streitwert und tatsächlichem Streitinteresse die Gebühr nach dem höheren der beiden Werte bemesse. Diese Regelung gilt ebenso für die Bemessung der Prozessentschädigung (§ 2 Abs. 3 der Verordnung des Obergerichts über die Anwaltsgebühren vom 21. Juni 2006).

Gegenstand des vorliegenden Verfahrens ist die behauptete Haftung der Beklagten aus Versicherungsvertrag. Mit ihrer Klage fordert die Klägerin im Rechtsbegehren Ziffer 1 von der Beklagten den Betrag von CHF 32'280.–. In Ziffer 2 des Rechtsbegehrens behält sich die Klägerin ausdrücklich die Geltendmachung weiteren Schadens vor (act. 1 S. 2). Aus den Akten geht hervor, dass sich die Klägerin mit erheblich höheren Forderungen der C._____ AG konfrontiert sieht als mit der in diesem Verfahren eingeklagten Summe von CHF 32'280.–. So ist in der "nicht abschliessenden" Aufstellung der C._____ AG von Kosten in der Höhe von immerhin CHF 3'196'122.– die Rede, wovon die C._____ AG den Betrag von CHF 1'200'000.– als erste Rate einfordert (act. 4/9 S. 4). Im Schreiben der C._____ AG an die Beklagte vom 3. März 2009 beziffert diese die Höhe der Forderungen gar auf einen Betrag von "unzweifelhaft" über CHF 4 Mio. (act. 19/1 S. 1). Auch die Klägerin führt selber aus, dass für sie die Frage der Versicherungsdeckung und damit ein grösserer Betrag auf dem Spiel steht (act. 25 Rz. 8). Es ist somit offensichtlich, dass nicht alleine die mit Rechtsbegehren Ziffer 1 geltend gemachte kleinere Forderung im Betrag von CHF 32'280.– im Streit liegt, sondern - zentral - die übergeordnete Frage der Versicherungsdeckung der Beklagten gegenüber der Klägerin aus der zwischen der Klägerin und der Beklagten abgeschlossenen Versicherungspolice Nr. ... für die von der C._____ AG geltend gemachten Planungsfehler. Zwar ist es einem Kläger grundsätzlich unbenommen, in einem Prozess nur einen Teilbetrag im Sinne einer Teilklage geltend zu machen (vgl. Urteil des Bundesgerichts vom 3. April 2009, 2C_110/2008). Vorliegend besteht indes ein offensichtliches Missverhältnis zwischen dem tatsächlichen Streitinteresse

und dem eingeklagten Forderungsbetrag, welcher nur geringfügig höher ist als die Streitwertgrenze für die Anrufung des Handelsgerichts, weshalb für die Gebührensatzung auf den höheren Interessenwert abzustellen ist. Es rechtfertigt sich aber nicht, zur Bestimmung des Streitwertes auf den allenfalls im Streit liegenden Betrag von CHF 4 Mio. abzustellen, da diese Forderung von der C._____ AG gegenüber der Klägerin (noch) nicht konkret eingefordert wurde. Tatsächlich gegenüber der Klägerin angemeldet hat die C._____ AG einen Betrag von CHF 1'200'000.–, von welcher Summe mithin für die Berechnung der Kosten- und Entschädigungsfolgen als Streitwert auszugehen ist.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 33'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Entschädigung von CHF 47'000.– zu bezahlen.
5. Schriftliche Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsschein, sowie an die Obergerichtskasse und in elektronischer Form an die Finanzmarktaufsicht FINMA.
6. Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen von dessen Zustellung an
 - a) beim Kassationsgericht des Kantons Zürich, Postfach, 8022 Zürich, durch eine § 288 der Zivilprozessordnung (ZPO) entsprechende Eingabe im Doppel kantonale Nichtigkeitsbeschwerde im Sinne von § 281 ff. ZPO erhoben werden;
 - b) 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.

Wird kantonale Nichtigkeitsbeschwerde erhoben, so läuft die Beschwerdefrist erst ab Zustellung des Entscheids des Kassationsgerichts.

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Präsident:

Die juristische Sekretärin:

Oberrichter lic. iur. Thomas Seeger

lic. iur. Patricia Tschudi