



Appellationsgericht des Kantons Basel-Stadt

AZ.2009.12

URTEIL

vom 24. November 2010

Mitwirkende

Dr. Heiner Wohlfart (Vorsitz), Dr. Marie-Louise Stamm,
Dr. Olivier Steiner, Dr. Jeremy Stephenson, Dr. Eugen Fischer
und Gerichtsschreiberin lic. iur. Gabrielle Kremo

Parteien

W. Versicherungen

Klägerin 1
Appellantin 1

X. Versicherungen

Klägerin 2
Appellantin 2

Y. Versicherungen

Klägerin 3
Appellantin 3

Z. Versicherungen

Klägerin 4
Appellantin 4

alle vertreten durch Dr. Christian Benz, Rechtsanwalt,

gegen

Firma A.

Beklagte
Appellatin

vertreten durch Lars Gerspacher, Rechtsanwalt,

Gegenstand

Appellation gegen ein Urteil des Zivilgerichts vom 28. Januar 2009

betreffend Forderungen

Sachverhalt

Mit Eingabe vom 1. März 2006 erhoben die W. Versicherungen (im Folgenden Klägerin 1), die X. Versicherungen (im Folgenden Klägerin 2), Y. Versicherungen (im Folgenden Klägerin 3) und die Z. Versicherungen (im Folgenden Klägerin 4) beim Zivilgericht Klage gegen die Firma A. über insgesamt US\$291'379.—. Während die Klägerinnen zu den weltweit führenden Versicherungskonzernen gehören, ist die Beklagte ein sog. Non Vessel Common Carrier der Firma B., d.h. ein reedereiähnlicher Betrieb ohne eigene Schiffe. Im einzelnen wurde mit der Klage beantragt, die Beklagte sei zur Zahlung von US\$ 145'689.50, eventuell 50 % von jedem zugesprochenen tieferen Totalbetrag, an die Klägerin 1, von je US\$ 58'275.80, eventuell 20 % von jedem zugesprochenen tieferen Totalbetrag, an die Klägerinnen 2 und 3 sowie von US\$ 29'137.90, eventuell 10 % von jedem zugesprochenen tieferen Totalbetrag, an die Klägerin 4, jeweils zuzüglich 5 % Zins seit 7. November 2004, zu verurteilen; alles unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge. Als Grundlage dieser Forderungen nannten die Klägerinnen einen Frachtvertrag zwischen der Firma C. und der Beklagten, durch welchen sich diese zur Durchführung eines Containertransports von Basel nach Bogotá/Kolumbien und damit zur unbeschadeten Ablieferung der Ware, konkret „Vitamins, Colorings, Rovimixes und Chemical Products“, verpflichtet hatte. Am 2. Dezember 2004 sei jedoch die Ware auf dem Landweg zwischen dem kolumbianischen Seehafen Cartagena und Bogotá beim Ölfeld Nr. 23 bei einem Überfall auf den Lastwagenchauffeur gestohlen worden. Diesen Totalschaden an der von der Beklagten als Frachtführerin transportierten Ware hätten die Klägerinnen als Transportversicherungen gedeckt, dies in der jeweiligen Höhe des von ihnen gezeichneten Risikos. Die Haftung der Beklagten ergebe sich daraus, dass sie ihrer Verpflichtung, die Ware unbeschadet in Bogotá abzuliefern, nicht nachgekommen sei, wobei ihr insbesondere das Fehlen genügender Sicherheitsmassnahmen auf dem Transport per Lastwagen innerhalb Kolumbiens vorzuwerfen sei.

Die Beklagte hat ihre Zahlungspflicht unter verschiedenen Gesichtspunkten bestritten und dementsprechend kostenfällige Abweisung der Klage beantragt. Nach Durchführung zweier Vermittlungsverhandlungen und eines doppelten Schriftenwechsels hat am 28. Januar 2009 die Hauptverhandlung vor Zivilgericht stattgefunden. Dabei wurde die Klage vollumfänglich abgewiesen, unter Verlegung der ordentlichen und ausserordentlichen Kosten zu Lasten der Klägerinnen.

Hiergegen haben die Klägerinnen rechtzeitig Appellation erklärt und innert erstreckter Frist begründet. Sie beantragen die vollumfängliche Gutheissung ihrer Klage; eventualiter sei das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur Neuurteilung an die Vorinstanz im Sinne der Erwägungen zurückzuweisen, alles jeweils unter ordentlicher und ausserordentlicher Kostenfolge für beide Instanzen. Demgegenüber schliesst die Beklagte in ihrer Appellationsantwort auf kostenfällige Abweisung der Appellation und Bestätigung des erstinstanzlichen Urteils. Die Referentin hat das Verfahren im Hinblick auf die Verhandlung des Appellationsgerichts beschränkt auf die vom Zivilgericht behandelten Beweisthemen, wozu die Zeugen D. und E. geladen

worden sind. Diese Zeugen sind vor Gericht befragt worden, worauf anschliessend die Rechtsvertreter der Parteien zum Vortrag gelangt sind. Für sämtliche Ausführungen wird auf das Verhandlungsprotokoll verwiesen. Die Einzelheiten der Parteistandpunkte ergeben sich, soweit sie für den Entscheid von Bedeutung sind, aus den nachfolgenden Erwägungen.

Wie schon das Zivilgericht hat das Appellationsgericht in seiner Verhandlung nebst dem vorliegenden Verfahren (AZ.2009.12 bzw. P 2006 42 als Aktenzeichen des Zivilgerichts) gleichzeitig eine weitere Klage zwischen denselben Parteien über eine Summe von total US\$ 327'804.63 behandelt (AZ.2009.13 bzw. P 2005 263). Jener Forderung liegt ein weitgehend gleich gelagerter Sachverhalt, nämlich ein von der Beklagten für die Firma C. ausgeführter Transportauftrag zugrunde, wobei dort die fragliche Ware am 14. Juli 2004 an anderer Stelle auf dem Weg von Cartagena nach Bogotá in Kolumbien gestohlen worden war. Hierfür wird auf das separat begründete schriftliche Urteil verwiesen.

Erwägungen

1.

Die vier Klägerinnen haben vor erster Instanz je Forderungen von weit über CHF 8'000.– gestellt, welche alle vollumfänglich abgewiesen worden sind. Damit sind die Voraussetzungen von § 220 ZPO in Bezug auf das erforderliche Gravamen erfüllt und kann auf die Appellation eingetreten werden.

2.

2.1 Die Klägerinnen haben in der Klage (Ziff. 6 ff. S. 4 ff. und Ziff. 19 S. 11 f.) ausgeführt, die Firma C. (im Folgenden Firma C. Schweiz) habe sie als Transportversicherer für den durch den Verlust der Ware auf dem Weg nach Bogotá entstandenen Schaden in die Verantwortung genommen. Sie seien aufgrund der anwendbaren Regeln gezwungen gewesen, nach eingehender Prüfung diesen Schaden zu decken. Dementsprechend sei am 2. Mai 2005 zugunsten der Firma C. Schweiz eine Gutschrift von Firma F., dem Versicherungsbroker der Klägerinnen, über den Schadensbetrag von US\$ 290'804.– ausgestellt und die Summe an Firma C. Schweiz überwiesen worden. Sie seien subrogierte Transportversicherungen, die diesen Warenwert und zusätzlich US\$ 575.– Schadensbesichtigungskosten, also total US\$ 291'379.–, bezahlt hätten, und zwar unter ihnen aufgeteilt in der jeweiligen Höhe des von ihnen gezeichneten Risikos. Daneben haben sich die Klägerinnen für ihre Aktivlegitimation noch zusätzlich darauf berufen, dass ihnen die Ansprüche gegen die Beklagte aus dem Frachtvertrag bzw. dem Verlust der Ladung unter dem dafür ausgestellten Konnossement zediert worden seien, wofür entsprechende Abtretungserklärungen eingereicht wurden.

Die Beklagte hat demgegenüber eingewendet, die Klägerinnen hätten weder das Versicherungs- bzw. Mitversicherungsverhältnis noch ihre Zahlungsverpflichtung noch ihre effektive Zahlung rechtsgenüßlich bewiesen. Dabei hat sie sich insbesondere darauf berufen, dass die Klägerinnen die Versicherungspolice nicht bzw. nicht rechtzeitig eingereicht hätten. Das Zivilgericht hat diese Einwände geprüft und ist der Argumentation der Beklagten gefolgt. Nach seinen Erwägungen hätten die Klägerinnen nicht rechtzeitig nachgewiesen, dass sie zur Deckung des Schadens verpflichtet und ebenso wenig, in welchem Verhältnis sie allenfalls dazu verpflichtet gewesen seien. Auch für ihre weitere Behauptung, wonach sie den Schaden tatsächlich – anteilmässig oder nicht – bezahlt hätten, seien sie den Nachweis schuldig geblieben. Damit erübrigte es sich für das Zivilgericht, auf die weiteren umstrittenen Fragen, insbesondere bezüglich der Aktivlegitimation der Klägerinnen, der Substantiierung des Schadens und der übrigen Haftungsvoraussetzungen für die Inanspruchnahme der Beklagten einzugehen.

2.2 Kernpunkt der Überlegungen der Vorinstanz ist, dass die Klägerinnen mit der Klage weder die massgebliche Versicherungspolice noch Zahlungsquittungen ins Recht gelegt hätten. Tatsächlich findet sich in Klagebeilage 8, als welche der fragliche Versicherungsvertrag nach den Ausführungen in der Klage zu finden sein sollte, bloss ein leeres Blatt mit dem Vermerk „wird nachgereicht“. In der Folge ist die Versicherungspolice mit der Replik eingereicht worden (letztes Dokument in Replikbeilagen; Übersetzung Replikbeilage 3), was jedoch die Vorinstanz unter Hinweis auf § 40 ZPO als prozessual verspätet bezeichnet hat, weshalb das Schriftstück bei der Beurteilung der Klage nicht berücksichtigt worden ist. Nach den Ausführungen im angefochtenen Entscheid sei auch nicht näher begründet worden, weshalb die Police, welche die Klägerinnen zu Leistungen habe verpflichten sollen, ausgerechnet von diesen selbst nicht habe beschafft werden können. Dementsprechend wurde auch das von den Klägerinnen in diesem Zusammenhang gestellte Editionsbegehren als unzulässig qualifiziert.

2.3 Vor Appellationsgericht rügen die Klägerinnen diese Ausführungen des Zivilgerichts. Sie beanstanden insbesondere dessen Auslegung von § 40 ZPO, denn diese Regelung habe nichts mit der Eventualmaxime zu tun. Weder aufgrund von § 40 ZPO noch der im baselstädtischen Zivilprozessrecht geltenden Eventualmaxime sei es ausgeschlossen, in der ersten Rechtschrift positiv benannte Beweisurkunden im zweiten Schriftenwechsel nachzureichen. § 37 ZPO listet die Erfordernisse auf, die im Sinne der Eventualmaxime an eine schriftliche Klage gestellt werden. Demnach müssen darin nebst der Bezeichnung der Prozessparteien das Klaggesuch (Rechtsbegehren), d.h. die genaue Bezeichnung des Anspruchs, den der Kläger gegen den Beklagten erhebt und wozu er ihn verurteilt wissen will, sowie die kurze und bestimmte Darstellung der Tatsachen, welche das Klaggesuch begründen, enthalten sein. Mit dem Hauptgesuch müssen auch (vorbehalten § 80 ZPO) eventuelle Begehren, die der Kläger für den Fall des Unterliegens im Hauptbegehren geltend machen will,

schon jetzt verbunden werden, um Berücksichtigung zu finden. Ebenso muss der Kläger nach § 38 ZPO mit der Klage auch die Nebenpunkte, die er berücksichtigt haben will, namhaft machen. § 40 ZPO schliesslich verlangt, dass **gleichzeitig** mit der Klage alle schriftlichen Belege und Urkunden, die der Kläger berücksichtigt wissen will, nebst Verzeichnis derselben einzureichen sind. Diese Bestimmungen stehen in einem inneren Zusammenhang und beinhalten allesamt, dass der Kläger mit seiner **ersten** Rechtsschrift all das, was er berücksichtigt wissen will, in den Prozess einbringt, seien dies Rechtsbegehren, Tatsachenbehauptungen oder Beweisanträge, z.B. auf Würdigung von Belegen/Urkunden. Analoges gilt gemäss § 62 ZPO für den Beklagten im Zusammenhang mit dessen Rechtsbegehren und gemäss § 63 mit Verweis auf § 40 ZPO für die Einreichung von Belegen seinerseits. Die Praxis der baselstädtischen Gerichte zu diesen gesetzlichen Vorgaben ist streng. Unterlassungen in der ersten Rechtsschrift in Bezug auf Tatsachenbehauptungen oder Nennung von Beweisen können im weiteren Verfahren (in der Replik, in zusätzlichen Eingaben oder in der Hauptverhandlung) nicht geheilt werden (vgl. dazu STAEHELIN/SUTTER, Zivilprozessrecht, Zürich 1992 § 11 Rz 41 und 44; BJM 1978 S. 330 ff., 1983 S. 324 ff.; AGE 958/2000 vom 7. August 2000). Eine Milderung dieses Grundsatzes ergibt sich lediglich aus § 81 ZPO, wonach einer Partei unter bestimmten Voraussetzungen nach Einreichen der ersten Prozessschrift das Vorbringen neuer Tatsachen oder neuer Beweismittel erlaubt werden kann (d.h. von sog. Noven).

Das Zivilgericht hat diese Grundsätze zu Recht auf den vorliegenden Fall angewendet, weshalb dessen Erwägungen in allen Teilen gefolgt werden kann. Die dagegen erhobene Kritik der Klägerinnen ist nicht begründet. Unrichtig ist insbesondere ihre Behauptung, wonach § 40 ZPO nur die physische Vorlage der Belege betreffe und mit der Eventualmaxime a priori nichts zu tun habe, sondern funktional so zu verstehen sei, dass die Parteien Urkundenbeweise einfach im Verlaufe des schriftlichen Verfahrens vorzulegen hätten. Eine solche Auslegung widerspricht der nunmehr 135-jährigen Rechtsprechung der Basler Gerichte zur ZPO und findet auch in der entsprechenden Literatur keine Stütze. Daran ändert nichts, dass laut den Ausführungen in der Appellationsbegründung (S. 8) im erwähnten Werk von STAEHELIN/SUTTER zum Zivilprozessrecht der beiden Basel die Bestimmung von § 40 ZPO unter dem Titel „Eventualmaxime“ keine Erwähnung finde, denn die Ausführungen dieser Autoren, wonach im baselstädtischen Zivilprozess jede Partei ihre Rechtsbegehren, Tatsachenbehauptungen und Beweismittel grundsätzlich in der ersten Rechtsschrift nennen müsse bzw. der Kläger bereits in der Klage sämtliche Tatsachenbehauptungen und Beweismittel vorzulegen habe, sind unmissverständlich (vgl. obige Zitate). Daneben wird im älteren Werk von HABERTHÜR (Praxis zur Basler Zivilprozessordnung, Stand Oktober 1964, I. Teil, § 37 ZPO Ziff. 5, S. 263) unter Hinweis auf die Praxis Folgendes ausgeführt: „Gemäss § 37 ZPO muss die Klage eine Darstellung der Tatsachen, welche das Klaggesuch begründen, enthalten und es sind gemäss § 40 ZPO ‚gleichzeitig‘ mit der Klage alle schriftlichen Belege und Urkunden, die der Kläger berücksichtigt wissen will, einzureichen.“

Im Weiteren ist die Argumentation der Klägerinnen, wonach schriftliche Belege, die in der Klage angekündigt und in einer zweiten Rechtsschrift eingereicht würden, im Prozess berücksichtigt werden müssten, auch deshalb zurückzuweisen, weil die Anordnung eines zweiten Schriftenwechsels dem Basler Zivilprozess eigentlich fremd ist. Dies zeigt sich z.B. daran, dass Replik und Duplik in § 84 ZPO bei den Bestimmungen über die Gerichtsverhandlung als Parteivorträge erwähnt werden. Zwar hat sich in den letzten Jahren eingebürgert, in vielen Fällen einen zweiten Schriftenwechsel durchzuführen. Allerdings wissen die Parteien bei Einreichung ihrer ersten Rechtsschrift nicht, ob der Instruktionsrichter tatsächlich einen zweiten Schriftenwechsel anordnen wird oder nicht, denn gesetzlich ist er hierzu nicht verpflichtet. Schon aus diesem Grund müssen für die **erste** Rechtsschrift beider Parteien die oben erwähnten gesetzlichen Vorgaben uneingeschränkt gelten. Wenn ein zweiter Schriftenwechsel angeordnet wird, so dient dieser einzig der Stellungnahme zu Argumenten der Gegenpartei, nicht aber zur Erweiterung/Ergänzung der Beweisbasis im Prozess. Dies wird im Übrigen in der erwähnten Bestimmung von § 84 ZPO noch explizit erwähnt, indem Replik- und Duplikvortrag der Parteien „sich ... in der Grenze des durch das vorliegende Aktenmaterial hergestellten Umfangs der Streitpunkte bewegen“ müssen und „nicht neue Tatsachen oder Beweismittel geltend machen“ dürfen, „welche schon in den Prozessschriften oder im Vorverfahren anzubringen Veranlassung gewesen wäre“. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb dies nur dann gelten soll, wenn diese Stellungnahmen mündlich in der Verhandlung erfolgen. Würde die Auffassung der Klägerinnen zutreffen, dass bei angeordnetem zweiten Schriftenwechsel nach Ankündigung in der Klage weitere Beweismittel in der Replik eingefügt werden könnten, müsste dies auch für die Gegenpartei gelten. Diese könnte somit ihrerseits in der Duplik entsprechende Belege produzieren mit der Folge, dass nach dieser Logik ein dritter Schriftenwechsel stattfinden müsste oder zumindest die Klagpartei Anspruch auf Einreichung einer Triplik hätte. Dies widerspräche jedoch eklatant den nach der Basler Zivilprozessordnung geltenden Grundsätzen des Gebots der Konzentration des Prozessstoffes, der Beschleunigung des Verfahrens und der Prozessökonomie, die eben durchgesetzt werden, indem in der **ersten** Rechtsschrift beider Parteien sowohl die Rechtsbegehren, Behauptungen als auch die Beweisbasis zu nennen sind. Unter diesem Aspekt ist das Argument der Klägerinnen, wonach die Beurteilung des Zivilgerichts einen überspitzten Formalismus darstelle, zurückzuweisen und spielt es keine Rolle, ob der vorliegende Prozess durch ihr Vorgehen in Bezug auf die Versicherungspolice effektiv eine Verfahrensverzögerung zur Folge gehabt hat oder nicht. Demzufolge ist die Auffassung des Zivilgerichts, wonach die Versicherungspolice prozessual zu spät eingereicht worden sei und daher nicht als Beweismittel gewürdigt werden könne, vollkommen zutreffend.

2.4 Wie die Vorinstanz zutreffend festgehalten hat, kann die von den Klägerinnen erst mit der Replik eingereichte Versicherungspolice auch unter dem Gesichtspunkt von § 81 Abs. 1 ZPO nicht berücksichtigt werden. Dies würde nämlich voraussetzen,

dass die Einreichung dieses Dokuments vorher nicht möglich gewesen wäre oder dazu keine Veranlassung bestanden hätte oder dass sonst ein triftiger Grund für die verspätete Einbringung in den Prozess vorgelegen hätte. All dies trifft hier offensichtlich nicht zu und die Klägerinnen haben auch keine entsprechenden Behauptungen erhoben. Insbesondere haben sie nicht erklärt, weshalb sie die Versicherungspolice, also ein von ihnen selbst erstelltes Dokument, nicht rechtzeitig mit der Klage hätten einreichen können. Dies ist umso weniger nachvollziehbar, als zwischen der Erhebung der Klage mit dem Begehren um Durchführung eines Vermittlungsverfahrens und der Einreichung der Klagbegründung mit den dazugehörigen Beilagen über 7 ½ Monate verstrichen waren, so dass den Klägerinnen, wie die Beklagte und die Vorinstanz zu Recht bemerkt haben, in jedem Fall genügend Zeit zur Beschaffung dieser Versicherungspolice zur Verfügung gestanden ist.

2.5 Schliesslich hat das Zivilgericht das in der Klage gestellte Begehren, wonach die Police für die umstrittene Transportversicherung von der Absenderin Firma C. oder der Empfängerin Firma C. Kolumbien zu edieren sei, zu Recht als unzulässig erachtet. Vorweg ist klarzustellen, dass ein solches Editionsbegehren nicht dazu dienen kann, prozessuale Versäumnisse zu korrigieren. Eine Prozesspartei hat die ihr zur Verfügung stehenden Dokumente selbst bei Gericht einzureichen und kann sich dieser prozessualen Obliegenheit nicht einfach dadurch entledigen, dass sie die Aufforderung der Gegenpartei oder Dritter zur Edition der betreffenden Schriftstücke beantragt. Vorliegend ist denn auch in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, weshalb die Klägerinnen als eine der Vertragsparteien des behaupteten Versicherungsvertrags nicht selbst zur rechtzeitigen Einreichung des betreffenden Dokumentes hätten in der Lage sein sollen. Hinzu kommt, dass das Editionsbegehren in der Klage mit keinem Wort begründet worden ist, weshalb unklar ist, ob die Voraussetzungen nach § 110 ZPO in Verbindung mit § 109 ZPO erfüllt gewesen wären. Ein derart vages, nicht fassbares und unbegründetes Editionsbegehren ist nicht zulässig (vgl. dazu FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. Zürich 1997, § 183 N. 3).

2.6 Abschliessend ist festzuhalten, dass das Zivilgericht die mit der Replik eingereichte Versicherungspolice zu Recht nicht in die Beweiswürdigung miteinbezogen hat. Im Übrigen kann dazu aber ergänzend bemerkt werden, dass sich aus diesem Schriftstück ohnehin kein Beweis dafür ergäbe, dass zwischen den vier Klägerinnen und der Firma C., sei es derjenigen in der Schweiz oder jener in Kolumbien, ein Versicherungsvertrag bestanden hat: Das Dokument enthält zunächst 4 Seiten, die ihrem Anschein nach teilweise unvollständig kopiert und an keiner Stelle von irgendeiner Vertragspartei unterschrieben worden sind. In der Folge ist eine Seite 24 beigelegt, worauf die vier Klägerinnen sowie ihre prozentualen Anteile erwähnt sind und offenbar ihre Unterschriften geleistet worden sind. Der Zusammenhang dieser Seite 24 (wie auch einer weiteren, nicht nummerierten Seite, die nur die Y. Versicherungen betrifft) mit den vorangegangenen Seiten 1 – 4 eines Vertrages oder allenfalls Ver-

tragsentwurfs ist nicht erkennbar. Unter diesen Umständen könnte von einem **Beweis**, dass die vier Klägerinnen als Versicherer Vertragspartei der Firma C. als Versicherte waren, keine Rede sein. Das mehrteilige Papier könnte allenfalls ein gewisses Indiz für die behaupteten vertraglichen Beziehungen darstellen, jedoch könnten daraus ohnehin nur im Zusammenhang mit weiterem Beweismaterial irgendwelche relevanten Schlüsse gezogen werden.

3.

3.1 Das Zivilgericht hat zur Beurteilung der Fragen, ob die Klägerinnen zur Zahlung eines allfällig bei der Firma C. eingetretenen Schadens verpflichtet waren – und dies im behaupteten Umfang –, ob sie die Zahlungen tatsächlich geleistet haben und ob sie gegebenenfalls denselben Anspruch befriedigt haben, welcher der versicherten Person gegen den Frachtführer zustand, die von den Klägerinnen eingereichten Unterlagen geprüft. Dabei ist es zum Schluss gekommen, dass keine genügenden Beweise für die erwähnten Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten vorlägen (vgl. dazu Urteil S. 9-10). Hierauf wird im Folgenden zurückzukommen sein. Nicht abgenommen hat das Zivilgericht hingegen die in der Klage beantragten Zeugenbeweise, wobei es diesen stillschweigend erfolgten Verzicht auf eine diesbezügliche Beweiserhebung auch nicht begründet hat. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass auch das Bestehen eines Vertragsverhältnisses, das in schriftlicher Form geschlossen worden ist, durch eine Zeugenaussage nachgewiesen werden kann. Dies ist zwar aussergewöhnlich und im Regelfall auch nicht erforderlich, weil es meist keine Schwierigkeiten bereitet, das entsprechende Dokument, d.h. den schriftlichen Vertrag, einzureichen. Scheitert jedoch ein solcher Nachweis, z.B. infolge eines prozesualen Versäumnisses, so ist es der beweisbelasteten Partei nicht verwehrt, diesen mit jeglichen andern zulässigen Beweismitteln (wie etwa Zeugenaussagen nebst sich aus weiteren Unterlagen ergebenden Indizien) zu erbringen. Dies ergibt sich schon aus dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Dasselbe gilt entsprechend auch für den Nachweis erbrachter Zahlungen. Demzufolge hat hier das Zivilgericht zu Unrecht nicht begründet, weshalb es die beantragten Zeugeneinvernahmen unterlassen hat. Zumindest insoweit sind die am ergangenen Urteil erhobenen Beanstandungen der Klägerinnen berechtigt. Zudem erweist sich nach den noch folgenden Erwägungen der Einwand der Beklagten in der Appellationsantwort (Rz 44 ff.), wonach in antizipierter Beweiswürdigung die von der Gegenseite beantragten Zeugenaussagen am Beweisergebnis nichts hätten ändern können, als nicht zutreffend.

3.2 Soweit die Beklagte in Bezug auf die Forderungen der Klägerinnen geltend macht, die dafür massgeblichen Voraussetzungen seien nicht nur in verschiedener Hinsicht nicht nachgewiesen, sondern schon nicht rechtzeitig genügend substantiiert worden, ist auf die Darlegungen in Rz 6, 8 und 19 der Klagbegründung zu verweisen. In Rz 6 der Klage, wo nebst Klagbeilage 2b auch der Zeuge D. rechtzeitig erwähnt worden ist, wird ausgeführt: „Die vier Klägerinnen gehören zu den führenden Versicherungskonzernen weltweit. Sie sind subrogierte Transportversicherungen, die den

auf der Transportstrecke von Basel bis Bogotá/Kolumbien in Kolumbien eingetretenen Totalschaden, an der von der Beklagten als Frachtführerin transportierten Ware von US\$ 290'804.– nebst US\$ 575.- Schadenbesichtigungskosten (survey fee) deckten, total also US\$ 291'379.- zahlten; dies in der jeweiligen Höhe des von den Klägerinnen gezeichneten Risikos.“ Anschliessend folgt eine Aufstellung der von den einzelnen Klägerinnen getragenen prozentualen Anteile am Risiko mit Angabe der bezahlten Gesamtbeträge, aufgeteilt in die Beträge für den Warenwert und die sog. survey fee. Im Folgenden wird in Rz 8 der Klagbegründung behauptet, durch die Deckung des Schadens seien die Klägerinnen als Transportversicherer subrogiert. Schliesslich führen die Klägerinnen in Rz 19 der Klagbegründung aus: „Die Ware hatte einen Wert von US\$ 290'804.–. Durch den Verlust ist der Firma C. ein Schaden entstanden, für welchen sie ihre Transportversicherer, die Klägerinnen, in die Verantwortung nahm. Diese waren auf Grund der anwendbaren Regeln gezwungen nach eingehender Prüfung den Schaden von Firma C. zu decken. Am 2.05.2005 wurde zu Gunsten der Firma C. eine Gutschrift von der Firma F., dem Versicherungsbroker der Klägerinnen, über den Schadensbetrag von US\$ 290'804.– ausgestellt und die Summe an Firma C. überwiesen.“ Mit diesen Darlegungen wurde behauptet, dass die vier Klägerinnen den infolge Diebstahls des Transportguts entstandenen **Schaden im Umfang der vereinbarten Anteile tatsächlich gedeckt haben** und dass sie **als Transportversicherer** (und nicht etwa als Rückversicherer) **zur Leistung dieser Zahlungen** in Höhe des Warenwertes nebst Untersuchungskosten **verpflichtet waren** (vgl. dazu auch Klagbegründung Ziff. 44 mit Hinweis auf Klagbeilage 19). Ferner geht aus den erwähnten Ausführungen, wonach die Klägerinnen im erwähnten Zusammenhang **subrogierte Transportversicherer** seien, hervor, dass sie **denselben Anspruch befriedigt haben sollen, welcher dem Versicherten gegen den Frachtführer zustand**. Schliesslich wird auch die Rolle der **Firma F. als Versicherungsbroker** (und nicht etwa als Erstversicherer) erwähnt. Damit ist der Auffassung der Beklagten, wonach es in Bezug auf die eingeklagten Forderungen schon an den notwendigen Tatsachenbehauptungen fehle, nicht zu folgen.

3.3 In der Verhandlung des Appellationsgerichts haben die von den Klägerinnen rechtzeitig als Beweismittel offerierten Zeugenbefragungen von D. und E. stattgefunden. Dabei konnte E., obschon er zur fraglichen Zeit Angestellter der Firma C. Schweiz gewesen war, nichts zur Sache beitragen, weil er laut seiner Aussage als wissenschaftlich tätiger Mitarbeiter mit dem betreffenden Transport und demzufolge auch dem Schadenfall gar nichts zu tun hatte, sondern bloss irrtümlich einmal ein entsprechendes Dokument erhielt, welches er dann intern an die zuständige Stelle weiterleitete. Damit sei die Sache für ihn erledigt gewesen; eine Rückmeldung oder eine Information über die weitere Behandlung des Dokuments habe er nicht erhalten (zweitinstanzliches Protokoll S. 9-10). Demgegenüber hat D., der als Mitarbeiter der Firma F. in den Niederlanden für die Abwicklung des strittigen Schadenfalles besorgt war, aufschlussreiche und detaillierte Angaben zur Sache machen können. D. ist in der Klagbegründung als Zeuge zu den Ausführungen in Rz 6 angerufen worden, wor-

in behauptet worden ist, die Klägerinnen seien subrogierte Transportversicherungen, die den Totalschaden an der von der Beklagten als Frachtführerin transportierten Ware nebst den Schadensbesichtigungskosten gedeckt hätten, und zwar je im Umfang des „gezeichneten Risikos“. Soweit die Beklagte diesbezüglich geltend macht, damit sei nicht behauptet worden, dass die Klägerinnen als Erstversicherer aus einem Versicherungsvertrag zu den angeblichen Zahlungen verpflichtet gewesen seien, weshalb der Zeuge D. dazu nicht zu befragen sei, ist ihr nicht zu folgen. Mit der Behauptung, dass die Klägerinnen in Bezug auf den Schaden subrogierte Transportversicherer seien und ihre Leistungen zur Deckung des Schadens im Umfang des gezeichneten Risikos, also in einem zuvor schriftlich fixierten und verbrieften Umfang, erbracht hätten, wird zumindest sinngemäss geltend gemacht, dass sie zur Zahlung aus dem Transportversicherungsvertrag verpflichtet gewesen seien. Auch beinhaltet die Formulierung, wonach die Klägerinnen **subrogierte Transportversicherungen** seien, die Behauptung, dass sie aufgrund ihrer Zahlungen zur Schadensdeckung in die Rechte der Versicherungsnehmerin gegenüber allenfalls haftbaren Dritten eingetreten seien, was die Erbringung von Leistungen in Erfüllung eines Versicherungsvertrags voraussetzt. Demzufolge hat das Appellationsgericht den Zeugen D. auch zu diesem Punkt befragen können. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass D. als Angestellter der Firma F. Verfasser des als Klagbeilage 2b eingereichten und als Schadensrechnung bezeichneten Dokuments vom 3. März 2005 ist, woraus sich, wie im Folgenden darzulegen sein wird, gewisse Indizien für die Richtigkeit der Vorbringen der Klägerinnen ergeben.

3.4 Nach Aussagen des Zeugen D. in der Verhandlung des Appellationsgerichts (vgl. zweitinstanzliches Protokoll S. 2-8) sei er als Angestellter der Versicherungsmaklerin Firma F., die er explizit als Insurancebroker bzw. Versicherungsmakler bezeichnet hat, mit der Abwicklung des umstrittenen Schadenfalles befasst gewesen. Es komme oft vor, dass er solche Versicherungsfälle abwickeln müsse, wobei er im Auftrag der Versicherungsnehmer den Schaden behandle. Er melde diesen den Versicherungen an und frage sie, ob sie diesen bezahlen würden. Für diese Dienstleistung erhalte die Firma F. jeweils eine Provision, wie sie auch hier gegenüber der Firma C. Schweiz abgerechnet worden sei. Rechtsgrund für die Zahlungen der Versicherer sei gewesen, dass eine All-risk-Versicherung, inkl. Diebstahl, bestanden habe und der Schaden infolge Totalverlusts der Waren durch Experten bestätigt worden sei. Der Warenwert habe den Rechnungen der Firma C. entsprochen. Auf Vorlage von Klagbeilage 2b mit dem Titel „Schaderekening“ hat der Zeuge D. bestätigt, diese Schadensrechnung, welche aufgrund der darin angegebenen Details unzweifelhaft zum vorliegend umstrittenen Schadenfall gehört, verfasst zu haben. Er habe sie an die beteiligten Versicherungen geschickt, welche sie akzeptiert und die errechneten Summen entsprechend ihren darin aufgelisteten prozentualen Anteilen geleistet hätten. Diese Anteile hätten der Police entsprochen und würden jeweils für alle Schadenfälle während eines Jahres festgelegt und nicht von Fall zu Fall geregelt. Nach Eingang der Zahlungen der Versicherungsgesellschaften seien die Gutschriften an

die Versicherte vorgenommen worden, d.h. habe die Firma F. das von den Versicherungsgesellschaften erhaltene Geld weitergeleitet. Auf Frage nach der Bedeutung des handschriftlichen Vermerks „Suspense“ über dem Stempel „GEBOKT“ (= verbucht) hat D. erklärt, dass dieser Stempel von der Bearbeitung durch die Finanzabteilung der Firma F. stamme und bei grossen Beträgen die Bezahlung an den Berechtigten jeweils ausgesetzt (suspendiert) würde, bis die Deckung von den Versicherern eingegangen sei. Im gleichen Sinne sei der Vermerk bei der Überschrift „Schaderekening Nr. 1“ zu verstehen „Te paraferen door versekeraars“ (zu paraphieren durch die Versicherer [im Plural]), nämlich dass die Versicherungen die Regelung des Schadenfalles noch hatten unterzeichnen, d.h. akzeptieren müssen. Diese Bestätigung der Versicherer habe die Firma F. im strittigen Fall dann auch erhalten, wobei er nicht mehr wisse, ob die Unterzeichnung schriftlich, wie dies früher der Fall gewesen sei, oder elektronisch über das Computersystem, wie heute üblich, geleistet worden sei. Schliesslich hat der Zeuge D. die beteiligten Versicherungsgesellschaften als „subrogierte Transportversicherungen“ bezeichnet, da sie nach niederländischem Recht in die Rechte des Versicherten eingetreten seien, weil sie den Schaden bezahlt hätten.

Mit diesen Aussagen hat D. als Zeuge sämtliche umstrittenen Punkte bestätigt, nämlich dass die Klägerinnen den infolge Diebstahls des Transportguts entstandenen Schaden entsprechend den behaupteten Anteilen gedeckt haben und dass sie dies als Transportversicherer aufgrund ihrer Verpflichtung aus dem bestehenden Versicherungsvertrag getan haben. Ausserdem geht aus diesen Zeugenaussagen hervor, dass die Versicherungsgesellschaften denselben Anspruch befriedigt haben, welcher der Firma C. gegen den Frachtführer zugestanden hat. Auf diese Zeugenaussagen kann bei der Beweiswürdigung abgestellt werden, erscheinen doch die Darlegungen von D. in allen Punkten als schlüssig und plausibel. Bei seiner Einvernahme vor Gericht sind keine Anhaltspunkte erkennbar geworden, dass er eine der Prozessparteien begünstigen wollte. D. hat auf Nachfrage zwar bestätigt, dass er in seiner Funktion regelmässige Kontakte zu den Versicherungsgesellschaften habe und in Bezug auf die Abwicklung des vorliegenden Schadenfalles mit der Klägerin 1 zu tun hatte, doch kann daraus nicht auf eine Absprache im Hinblick auf den Prozess geschlossen werden. Auch zeigt sich aufgrund des Umstands, dass der Zeuge E. nichts zur Sache beitragen konnte, weil er offenbar nur irrtümlich als Adressat der als Klagbeilage 19 eingereichten „CREDIT NOTE“ der Firma F. figurierte, dass die Klägerinnen sich in Bezug auf die Kontaktierung von Zeugen korrekt verhalten haben. Im Weiteren ist festzustellen, dass weder D. persönlich noch die Firma F. als Versicherungsbrokerin vom Ausgang dieses Verfahrens irgendwelche Vorteile zu erwarten haben. Nach den Angaben des Zeugen war die Firma F. von der Versicherten Firma C. mit der Abwicklung des Schadenfalles beauftragt worden, wofür sie dieser eine Provision bzw. Courtage in Rechnung stellte (Klagbeilage 2b). Auch in Bezug auf den zugrunde liegenden Versicherungsvertrag war die Firma F. offenbar Vertreterin der Versicherten gegenüber den Versicherern, indem sie laut Zeugenaussage D. für die Bezahlung

der Prämien besorgt war (vgl. zweitinstanzliches Protokoll S. 7). Ebenso hat D. auf Nachfrage des Rechtsvertreters der Beklagten verneint, dass die Firma F. bei der Formulierung der massgeblichen Versicherungspolice beteiligt gewesen sei, womit auch in dieser Hinsicht keine besondere Verbindung zu den Versicherungsgesellschaften bestand (zweitinstanzliches Protokoll S. 8). Somit ergibt sich auch unter diesem Gesichtspunkt kein Anlass, nicht auf die Zeugenaussagen abzustellen.

3.5 Abgesehen davon, dass die Darlegungen des Zeugen D. in sich überzeugend und damit glaubhaft erscheinen, stehen sie auch in Übereinstimmung mit den von den Klägerinnen rechtzeitig eingereichten Unterlagen. Dies gilt insbesondere für die bereits erwähnte Schadensrechnung („Schaderekening Nr. 1“, Klagbeilage 2b). Darin werden die Zeugenaussagen bestätigt, indem auf dieser Abrechnung der umstrittene Schaden infolge Diebstahls eines Containers auf dem Transport von Cartagena nach Bogotá mit dem Schadensdatum vom 2. Dezember 2004 angegeben und als Versicherte die Firma C. genannt ist. Dabei geht aus dem Dokument als Ganzem und insbesondere aus den Hinweisen auf die Nummer der Versicherungspolice und jene des Schadenfalles hervor, dass es um die Abwicklung eines von der Versicherungspolice erfassten Schadenfalles und nicht etwa um Leistungen aus Kulanz gegangen ist. Auch ist belegt, dass die Firma F. dabei als „Makelaars in Assurantiën“, also Versicherungsmakler aufgetreten ist, somit nicht selbst als Versicherer beteiligt war, und dass die für den Schadenfall berechnete Summe von total US\$ 291'099.– (Schadensbetrag von US\$ 290'804.–, zuzüglich Courtage für die Firma F. und Auslagen von total US\$ 295.–) von den vier angegebenen Versicherungsgesellschaften zu Anteilen von 50 % durch die Klägerin 1, je 20 % durch die Klägerinnen 2 und 3 sowie 10 % durch die Klägerin 4 getragen worden ist, wie dies dem Klagbegehren entspricht. Schliesslich ist auch nachvollziehbar, dass die Gutschrift der Entschädigung gemäss dem Vermerk „Suspense“ in der Abrechnung unter dem Vorbehalt der Zustimmung der verpflichteten Versicherungsgesellschaften stand, da es um einen Betrag von immerhin über US\$ 290'000.– ging. Aufgrund all dieser Umstände ist das Dokument auch Indiz für die Richtigkeit der Angaben der Klägerinnen.

Dasselbe gilt für die als Klagebeilage 19 eingereichte sog. CREDIT NOTE der Firma F. vom 2. Mai 2005. Auch wenn dieses Dokument offensichtlich irrtümlich als Adressaten den an der Sache nicht beteiligten E. anführt, ergibt sich doch daraus, dass die Versicherungsmaklerin (vgl. auch hier den Briefkopf: „Makelaars in Assurantiën“) eine Gutschrift an die Firma C. Schweiz über US\$ 290'804.– zur Deckung deren Anspruchs aufgrund des am 2. Dezember 2004 angezeigten Diebstahls eines Containers mit Vitaminen auf dem Transport nach Bogotá ausstellte. Auch hier sind keinerlei Anhaltspunkte für eine freiwillige Zahlung erkennbar.

Ferner kann auch noch auf die Abtretungserklärungen der Firma C. Schweiz sowie Firma C. Kolumbien zu Gunsten der vier Klägerinnen verwiesen werden (Assignments of Rights; Klagbeilagen 4, 5, 6 und 7). Ob diese Erklärungen gültige Abtre-

tungen allfälliger Forderungen der beiden C.-Gesellschaften gegen den Frachtführer und weitere Haftpflichtige im Zusammenhang mit dem umstrittenen Transport beinhalten, was die Vorinstanz zumindest in Zweifel gezogen hat, muss hier nicht erörtert werden. In Bezug auf das vorliegende Beweisthema ist einzig zu prüfen, ob die betreffenden Dokumente ein weiteres Indiz dafür bilden, dass zwischen der Firma C. und den vier Klägerinnen tatsächlich ein Versicherungsvertrag bestanden hat, aufgrund dessen Zahlungen wegen des Diebstahls der Ware geleistet worden sind. Diesbezüglich ist immerhin festzustellen, dass ohne das Bestehen eines Versicherungsvertrags mit entsprechenden Verpflichtungen und daraus folgender Leistungen an die Firma C. kein Anlass für derartige Abtretungserklärungen bestanden hätte. Auch spricht der Umstand, dass diese Abtretungserklärungen in gleicher Weise zu Gunsten von vier international tätigen Versicherungsgesellschaften geleistet wurden, dass sie alle an der Reglierung des Schadenfalles beteiligt waren. Somit ist auch in diesen Abtretungserklärungen ein Indiz für die Behauptungen der Klägerinnen zu erkennen.

3.6 Schliesslich ist in gewissem Mass als weiteres Indiz für die klägerische Argumentation zu werten, dass vorliegend zwei Klagen der vier Klägerinnen gegen die Beklagte zu beurteilen sind, wobei nach den eingereichten Unterlagen zu verschiedenen Zeitpunkten Bezug genommen worden ist auf eine Transportversicherungspolice mit Nummer _____ und dieselbe prozentuale Aufteilung der Schadenzahlungen unter den Klägerinnen (vgl. dazu Klagbeilage 2b im Parallelprozess). Sodann spricht dieser Gesichtspunkt auch gegen den Einwand der Beklagten, wonach die behaupteten Zahlungen der Klägerinnen an die Firma C. Schweiz aus Kulanz, also ohne entsprechende Verpflichtung aus einem Versicherungsvertrag geleistet worden sein könnten. Dass vier international tätige Versicherungsgesellschaften ohne rechtliche Notwendigkeit insgesamt über US\$ 620'000.– geleistet haben sollen, ist geradezu weltfremd. Dies gilt umso mehr, als Warendiebstähle bei Überland-Transporten in Kolumbien nicht selten vorgekommen sein dürften, was die beteiligten Versicherer wohl eher zu einer strengen Praxis bei der Auszahlung von Entschädigungen veranlasst hat.

4.

Zusammenfassend ist nach dem Gesagten festzuhalten, dass es den Klägerinnen auch ohne Berücksichtigung der Versicherungspolice gelungen ist nachzuweisen, dass sie als Erstversicherer aus einem Transportversicherungsvertrag mit der Firma C. Schweiz den infolge eines Diebstahls der Ware in Kolumbien entstandenen Schaden in Höhe von US\$ 291'379.– gedeckt haben und dazu auch vertraglich verpflichtet gewesen sind. Dabei erfolgten ihre Zahlungen im Umfang ihrer vorher festgelegten Beteiligungsquoten und durch Vermittlung der Versicherungsbrokerin Firma F. Damit haben die Klägerinnen denjenigen Anspruch befriedigt, welcher der Firma C. Schweiz gegenüber der Beklagten als Frachtführerin zustand. Bei dieser Sachlage erweist sich die Appellation der Klägerinnen als begründet. Da das Zivilgericht auf-

grund seiner Beurteilung diverse weitere Voraussetzungen des geltend gemachten Anspruchs nicht hat prüfen müssen, ist die Streitigkeit nicht spruchreif. Es ist auch nicht möglich, dass das Appellationsgericht über die noch offenen Fragen im vorliegenden Verfahren entscheidet, denn die Parteien haben Anspruch auf Beurteilung durch zwei kantonale gerichtliche Instanzen mit voller Überprüfungsbefugnis (vgl. RENÉ JACQUES BAERLOCHER, Das Rechtsmittelsystem des baselstädtischen Zivilprozessrechts, Basel 1964, S. 103/104). Demzufolge ist die Appellation entsprechend dem Eventualbegehren der Klägerinnen gutzuheissen und ist die Sache zur Fortführung des Prozesses im Sinne der Erwägungen an das Zivilgericht zurückzuweisen. Dieses wird dabei die bislang noch nicht abschliessend beurteilte Aktivlegitimation der Klägerinnen und gegebenenfalls die weiteren Voraussetzungen der behaupteten Zahlungspflicht der Beklagten zu prüfen haben.

5.

Bei diesem Ausgang des Verfahrens hat die Beklagte die ordentlichen Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens zu tragen, wobei wie in erster Instanz entsprechend dem bislang nur teilweise geprüften Prozessstoff und der gleichzeitigen Behandlung mit dem Parallelverfahren eine reduzierte Gebühr festzusetzen ist. Ebenso sind die ausserordentlichen Kosten der Beklagten aufzuerlegen. Diesbezüglich ist festzustellen, dass ihrem Anwalt die Honorarrechnung des klägerischen Rechtsvertreters nicht vorab zur Kenntnis gelangt ist, weshalb keine bezifferte Parteientschädigung festgesetzt werden kann.

Nach den obigen Erwägungen wird das erstinstanzliche Urteil integral aufgehoben, d.h. einschliesslich des Kostenentscheids. Im Fall einer Rückweisung an das Zivilgericht zur weiteren materiellen Prüfung entscheidet nach der Praxis nicht das Appellationsgericht über die Verlegung der erstinstanzlichen Kosten, sondern vielmehr das Zivilgericht im Rückweisungsverfahren (vgl. BJM 1970 S. 275; AGE vom 21. November 1997 i.S. J.V. und Kons.).

Demgemäss erkennt das Appellationsgericht:

://: In Gutheissung der Appellation wird das angefochtene Urteil vom 28. Januar 2009 (P 2006 42) aufgehoben und wird die Sache zur Fortführung des Prozesses im Sinne der Erwägungen an das Zivilgericht zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die ordentlichen Kosten des zweitinstanzlichen Verfahrens, bestehend aus einer Gebühr von CHF 15'000.– und den Auslagen von CHF 253.–, sowie die ausserordentlichen Kosten.

APPELLATIONSGERICHT BASEL-STADT

Die Gerichtsschreiberin

lic. iur. Gabrielle Kremo

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Entscheid kann unter den Voraussetzungen von Art. 72 ff. des Bundesgerichtsgesetzes [BGG] innert 30 Tagen seit schriftlicher Eröffnung **Beschwerde in Zivilsachen** erhoben werden. In vermögensrechtlichen Angelegenheiten gilt dies nur dann, wenn der Streitwert die Beschwerdesumme gemäss Art. 74 Abs. 1 lit. a oder b BGG erreicht (CHF 15'000.– bei Streitigkeiten aus Miete oder Arbeitsverhältnis bzw. CHF 30'000.– in allen übrigen Fällen) oder wenn sich eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung stellt. Die Beschwerdeschrift ist fristgerecht dem Bundesgericht (1000 Lausanne 14) einzureichen. Für die Anforderungen an deren Inhalt wird auf Art. 42 BGG verwiesen. Über die Zulässigkeit des Rechtsmittels entscheidet das Bundesgericht.

Ob an Stelle der Beschwerde in Zivilsachen ein anderes Rechtsmittel in Frage kommt (z.B. die subsidiäre Verfassungsbeschwerde an das Bundesgericht gemäss Art. 113 BGG), ergibt sich aus den anwendbaren gesetzlichen Bestimmungen. Wird sowohl Beschwerde in Zivilsachen als auch Verfassungsbeschwerde erhoben, sind beide Rechtsmittel in der gleichen Rechtsschrift einzureichen.

Bei **Vor- und Zwischenentscheiden** sind Beschwerden nur unter den Voraussetzungen von Art. 92 f. BGG zulässig.