



Mitwirkend: Die Oberrichter Peter Helm, Vizepräsident, und Dr. Johann Zürcher, die Handelsrichter Prof. Dr. Othmar Strasser, Hans-Rudolf Müller und Dr. Roger Peter sowie der Gerichtsschreiber Christian Fischbacher

Urteil vom 12. Juni 2012

in Sachen

A._____ AG,

Klägerin

vertreten durch Rechtsanwalt lic. iur. X._____

substituiert durch Rechtsanwältin Dr. iur. Y._____

gegen

B._____ N.V.,

Beklagte

vertreten durch Fürsprecher Dr. iur. Z._____

betreffend **Forderung**

Rechtsbegehren:

(act. 1 S. 5)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 340'810.25 zu bezahlen zuzüglich Verzugszinsen von 5% seit dem 2. April 2009.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Mit der Replik ergänztes Rechtsbegehren:

(act. 17 S. 4)

"Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin EUR 351'998.80 zu bezahlen zuzüglich Verzugszinsen von 5% seit dem 2. April 2009.

Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Beklagten."

Das Gericht zieht in Erwägung:

I. Sachverhalt

1. Die Klägerin ist eine im schweizerischen Handelsregister eingetragene Aktiengesellschaft mit Sitz in C._____, welche sich auf die Rohstoffversorgung der Aluminiumindustrie spezialisiert hat. Zu ihren Schwerpunkten zählt die langfristige Versorgung mit Alumina, Aluminium, Aluminiumlegierungen und Anoden. Ihr Tagesgeschäft liegt in der Logistik, Pricing, Fixierung, LME-Absicherung, Spot- und langfristige Preiskontrakte, Umarbeitung und Tausch, Swaps, Versorgungsverträge, Finanzierungen, Lagerhaltung, Zoll- und Exportabwicklung sowie Währungsicherung. Termingeschäfte sind der zentrale Tätigkeitsbereich der Klägerin (act. 1 Rz. 6 f.; act. 10 Rz. 8; act. 17 Rz. 12).

Die Beklagte ist eine Versicherungsgesellschaft mit Sitz in D._____ [Stadt in Europa] und gehört zu den weltweit grössten Kreditversicherern. Sie versichert Handelsforderungen auf der ganzen Welt gegen Forderungsausfall und bietet eine umfassende Palette an Produkten und Dienstleistungen für das Kreditmanagement, angefangen bei massgeschneiderten Kreditversicherungspolizen und um-

fassenden Lösungen bis hin zu internationalen Inkassodiensten und Online-Serviceleistungen (act. 1 Rz. 8 f.; act. 10 Rz. 9).

2. Die Klägerin schloss bei der Beklagten eine Versicherung gegen Forderungsausfälle aufgrund Insolvenz und Protracted Default ab. Nachdem eine Geschäftspartnerin der Klägerin, die E._____ (nachfolgend: "E1._____") bzw. deren Rechtsnachfolgerin E2._____ ag insolvent wurde und die Klägerin deshalb im Zusammenhang mit dem Verkauf und der Lieferung von Aluminiumlegierungen Forderungsausfälle in der Höhe von EUR 391'109.78 verzeichnen musste, verlangt sie von der Beklagten den Ersatz dieser – ihrer Auffassung nach im Umfang von 90 % versicherten – Forderungsausfälle (EUR 351'998.80). Die Beklagte bestreitet den Entschädigungsanspruch der Klägerin, weil die konkreten Forderungsausfälle nicht von der Versicherung gedeckt gewesen seien und die Klägerin überdies ihre Informations- und Schadenminderungspflichten verletzt habe. Um ihren Anspruch durchzusetzen, leitete die Klägerin am hiesigen Gericht Klage ein.

II. Prozessuales

1. Prozessgeschichte

Die Klägerin machte ihre Klage am 28. Januar 2010 (Datum Poststempel) anhängig (act. 1). Nach fristgerechter Bezahlung der mit Verfügung vom 1. Februar 2010 auferlegten Prozesskaution (Prot. S. 2; act. 6) und Eingang der Klageantwortschrift vom 3. Mai 2010 fand am 21. Oktober 2010 eine Referentenaudienz und Vergleichsverhandlung statt, an der sich die Parteien jedoch nicht einigten (Prot. S. 5-6). Das Verfahren wurde alsdann schriftlich fortgesetzt, und es wurden die Parteien auf ihre Substantiierungsobliegenheiten hingewiesen (Prot. S. 7). Es folgte die Replik vom 21. Februar 2011 (act. 17), Duplik vom 16. Mai 2011 (act. 21) und Stellungnahme zur Duplik vom 4. Juli 2011 (act. 25).

Der Prozess ist spruchreif, ohne dass ein Beweisverfahren durchgeführt werden müsste (§ 188 Zivilprozessordnung des Kantons Zürich vom 13. Juni 1976 [ZPO/ZH]).

2. Zuständigkeit

2.1. Die Klägerin hat ihren Sitz in der Schweiz und die Beklagte den ihren in F._____ [Land in Europa, Vertragsstaat LugÜ]. Es liegt deshalb ein internationaler Sachverhalt vor. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 16. September 1988 (aLugÜ; SR 0.275.11), das für die Schweiz wie auch für F._____ am 1. Januar 1992 in Kraft getreten ist (zur Anwendbarkeit: Art. 63 Ziff. 1 des revidierten Lugano-Übereinkommens vom 30. Oktober 2007). Die Parteien schlossen für Streitigkeiten aus dem vorliegend massgeblichen Versicherungsvertrag vom 11. April 2007 (act. 3/5) bzw. 10. Juli 2008 (act. 3/1) eine Gerichtsstandsvereinbarung, der zufolge diese Streitigkeiten am Gerichtsstand Zürich ausgetragen werden sollten (act. 3/1 S. 4 der Vertragsübersicht und S. 20 [Modul Nr. 47500.00] der Vertragsbedingungen; act. 3/5 S. 4 der Vertragsübersicht und S. 19 [Modul Nr. 47500.00] der Vertragsbedingungen). Grundsätzlich stellte sich die Frage, ob eine Gerichtsstandsvereinbarung in der vorliegenden Angelegenheit überhaupt – und falls ja, inwieweit – gültig sein kann, handelt es sich doch um eine Klage in einer Versicherungssache (siehe Art. 12 aLugÜ). Da jedoch auch die Anwendung der entsprechenden Normen (Art. 7 in Verbindung mit Art. 5 Nr. 5 aLugÜ) zum Gerichtsstand Zürich führen würde (die Beklagte hat anerkanntermassen eine Zweigniederlassung in Zürich; act. 10 Rz. 3), kann die Frage vorliegend offenbleiben und die örtliche Zuständigkeit als gegeben erachtet werden.

2.2. Die Beklagte ist eine im ... Register [des Staates F._____] eingetragene Aktiengesellschaft nach ... Recht [des Staates F._____]. Nachdem auch der Streitgegenstand und der Streitwert den Anforderungen von § 62 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG/ZH) entsprechen, ist die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich zu Recht unbestritten geblieben (§ 62 Abs. 1 i.V.m. § 63 Ziff. 2 GVG/ZH i.V.m. § 18 Abs. 1 ZPO/ZH; act. 1 Rz. 3; act. 10 Rz. 4).

3. Klageänderung/-ergänzung

3.1. Die Klägerin hat ihre Forderung replicando erhöht. Gemäss § 61 Abs. 1 ZPO/ZH kann ein Kläger in einem rechtshängigen Prozess im Rahmen der Zuständigkeit des angerufenen Gerichts einen andern oder weitem Anspruch erheben, sofern der neue Anspruch mit dem bisher gemachten in engem Zusammenhang steht. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn Ansprüche dem gleichen Rechtsverhältnis, d.h. dem gleichen Lebensvorgang, entstammen oder das gleiche Objekt betreffen (FRANK/STRÄULI/MESSMER, Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 1997, N 4 zu § 61 ZPO/ZH).

3.2. Die Klägerin begründet die Klageänderung damit, dass die Lieferantenquote tiefer als erwartet ausgefallen sei. Zudem habe sich die anvisierte Planquote von 2.78% nicht auf den gesamten Forderungsbetrag bezogen, sondern lediglich den Forderungsbetrag ohne Poolquote (act. 17 Rz. 2). Die Klägerin führt ihren Mehranspruch von EUR 11'188.55 folglich darauf zurück, dass sie aus dem Insolvenzverfahren gegen die E2._____ ag weniger erhalten habe und der Schaden somit etwas grösser ausgefallen sei, als ursprünglich angenommen. Der Mehranspruch stützt sich damit auf dasselbe Rechtsverhältnis und den identischen Lebensvorgang, womit die Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer Klageänderung erfüllt sind. Die Beklagte hat den klägerischen Anspruch auf Klageänderung folglich zu Recht nicht bestritten (act. 21 S. 9).

4. Substantiierungsobliegenheiten

4.1. Im Hauptverfahren ist das Streitverhältnis darzulegen und das Begehren zu begründen. Die Parteien haben ihre Behauptungen bestimmt und vollständig aufzustellen und sich im Einzelnen über das Vorbringen des Gegners auszusprechen. Beweismittel sollen schon im Hauptverfahren vorgelegt oder bezeichnet werden (§ 113 ZPO/ZH). Insbesondere sind die Tatsachen, auf welche sich die Begehren stützen, in möglichst vollständiger und bestimmter Weise in der Rechtsschrift selbst vorzutragen. Blosser Verweisungen auf Beilagen genügen grundsätzlich nicht. Für das Gericht und die Gegenpartei muss klar sein, mit welchen konkreten Behauptungen sie sich auseinanderzusetzen haben. Behauptun-

gen sind so konkret aufzustellen, dass sie ohne weiteres als Beweissatz in den Beweisaufgabebeschluss aufgenommen werden können. Eine Partei kann sich nicht mit allgemeinen Vorbringen begnügen, in der Meinung, die Begründung ihres Prozessstandpunktes werde sich aus dem Beweisverfahren ergeben; denn die Durchführung eines solchen setzt entsprechende Behauptungen des Beweisführers voraus. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Behauptungen ergeben sich einerseits aus den Tatbestandsmerkmalen der angerufenen Norm und andererseits aus dem prozessualen Verhalten der Gegenpartei sowie aus allfälligen Substantiierungshinweisen seitens des Gerichts. Auch Bestreitungen allgemeiner Art sind unbeachtlich. Jede für relevant gehaltene, konkrete Behauptung, die bestritten werden soll, muss einzeln bestritten oder durch eine eigene abweichende Sachdarstellung widerlegt werden. Das genügende Behaupten und Bestreiten der rechtserheblichen Tatsachen ist eine Obliegenheit, eine prozessuale Last, deren Nichterfüllung prozessuale Nachteile für die betreffende Partei zur Folge haben kann, indem das Gericht auf das mangelhafte Parteivorbringen abstellen wird (BGE 127 III 365 E. 2.b; ZR 102 [2003] Nr. 15; FRANK/STRÄULI/MESSMER, a.a.O., § 55 N 4, § 113 N 1 ff. und § 130 N 3 ZPO/ZH).

4.2. Um der richterlichen Fragepflicht gemäss § 55 ZPO/ZH gerecht zu werden, wurden die Parteien auf ihre Substantiierungsobligationen hingewiesen (Prot. S. 7 f.). Damit wurde der richterlichen Fragepflicht Genüge getan. Sollten sich im Folgenden die Vorbringen der Parteien als nicht genügend substantiiert erweisen, so wäre alleine auf das mangelhafte Parteivorbringen abzustellen und anzunehmen, die betreffende Partei sei zur genügenden Substantiierung nicht imstande oder nicht willens. Inwieweit dies vorliegend der Fall ist, ergibt sich aus den nachfolgenden Erwägungen.

III. Materielles

1. Anwendbares Recht

Im internationalen Verhältnis bestimmt sich das anwendbare Recht mangels eines einschlägigen Staatsvertrags nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes über

das Internationale Privatrecht vom 18. Dezember 1987 (IPRG; SR 291; Art. 1). Gemäss Art. 116 Abs. 1 IPRG unterstehen Verträge dem von den Parteien gewählten Recht. Die Parteien bestimmten, dass der Versicherungsvertrag vom 11. April 2007 bzw. 10. Juli 2008 schweizerischem Recht unterliege (act. 3/1 S. 4 der Vertragsübersicht in Verbindung mit S. 20 der Vertragsbedingungen [Modul Nr. 47500.00] bzw. act. 3/5 S. 4 der Vertragsübersicht in Verbindung mit S. 19 der Vertragsbedingungen [Modul Nr. 47500.00]). Mithin ist der zwischen den Parteien geschlossene Versicherungsvertrag vom 11. April 2007 bzw. 10. Juli 2008 nach schweizerischem Recht zu beurteilen. Dies schliesst selbstverständlich nicht aus, dass einzelne Rechtsfragen im Verhältnis zwischen der Klägerin und der E1._____ resp. E2._____ ag vorfrageweise nach anderen Rechtsnormen zu beurteilen sind.

2. Übersicht über die Parteistandpunkte

2.1. Die Klägerin stützt sich zur Geltendmachung ihrer Forderung auf den Versicherungsvertrag vom 11. April 2007, der von den Parteien mit Wirkung ab 1. Juli 2008 partiell geändert wurde, worin sie sich für Forderungsausfälle aufgrund Insolvenz oder Protracted Default versichert habe (act. 1 Rz. 10 ff). Gemäss dessen Modul Nr. ... "Bindende Verträge" (nachfolgend: Klausel "Bindende Verträge") bleibe der Versicherungsschutz unter bestimmten Umständen trotz Herabsetzung bzw. vollständiger Aufhebung der Kreditlimite für diejenigen Verträge bestehen, die der Versicherungsnehmer vor dem Datum der Aufhebung oder Herabsetzung durch den Versicherer abgeschlossen hatte und von denen er sich auch aufgrund einer Verschlechterung der finanziellen Situation des Abnehmers nicht lösen konnte (act. 1 Rz. 81 ff.).

Im vorliegenden Fall hätten es ihr die vertraglichen Verpflichtungen, die sie vor den Herabsetzungen der Kreditlimite eingegangen sei, nicht erlaubt, das Zahlungsziel abzuändern, den Vertrag zu kündigen oder einen Lieferstopp zu verfügen. Die Verträge zwischen ihr und der E1._____ bzw. E2._____ ag seien deshalb "bindende Verträge" im Sinne der entsprechenden vertraglichen Klausel und damit nicht von den Herabsetzungen der Kreditlimite betroffen. Dies sei ihr auch von der Beklagten telefonisch bestätigt worden. Zudem habe sie von der Beklag-

ten zahlreiche schriftliche Bestätigungen resp. Hinweise erhalten, aus denen sie schliessen durfte und musste, dass ein Versicherungsschutz bestehe. Folglich sei der ihr infolge Insolvenz der E2._____ ag entstandene Schaden unter der Versicherungspolice gedeckt und von der Beklagten zu ersetzen. Die Einwände der Beklagten würden allesamt nicht zutreffen und seien nicht zu hören; ihr Vertrauen in den klaren Wortlaut des Vertrages, in die Auskünfte der Beklagten und in deren Verhalten, welches klarerweise auf eine Versicherungsdeckung hinausgelaufen sei, sei zu schützen (act. 1 Rz. 89 ff.; act. 17 Rz. 7 f.).

2.2. Die Beklagte wendet dagegen ein, dass die Klägerin sich nicht auf die Klausel "Bindende Verträge" berufen könne, weil es sich bei den einschlägigen Verträgen nicht um solche handle. In den Verträgen vom 1. September 2008 habe sich die Klägerin zur Lieferung innert 10 Werktagen bei Abrufen innerhalb des 4. Quartals [2008] verpflichtet und die E1._____ zur Annahme der bestellten Mengen innerhalb des 4. Quartals [2008]. Der Abruf sei indes erst im 1. Quartal 2009 erfolgt. Dannzumal hätte für die Klägerin keine Lieferverpflichtung mehr bestanden (act. 10 S. 8-11). Nachdem die Kreditlimite aufgehoben worden war, bevor die Klägerin die Warenlieferungen im März vorgenommen habe, seien diese nicht mehr durch die Versicherung gedeckt gewesen. Überdies sei die Klägerin trotz mehrmaligen Aufforderungen ihren Schadenminderungspflichten nicht nachgekommen, was sie – die Beklagte – entsprechend der Versicherungspolice zur Leistungsverweigerung berechtige. In concreto habe die Klägerin es entgegen ausdrücklicher Anordnung unterlassen, die E2._____ nur noch gegen Vorkasse zu beliefern oder das Zahlungsziel auf 5 Werktage zu reduzieren. Mit diesem Verhalten habe die Klägerin in krasser Weise gegen die Verpflichtung zur Schadenminderung gemäss Modul ... der Versicherungspolice verstossen; denn diese Bestimmung verpflichte den Versicherungsnehmer dazu, "bei allen Geschäften mit seinem Abnehmer die Vorsicht und Sorgfalt walten zu lassen, die der eines ordentlichen Kaufmanns entspricht". Weiter werde der Versicherungsnehmer dazu verpflichtet, "alle Massnahmen zu ergreifen, die vom Versicherer in Verbindung mit einem potentiellen oder tatsächlichen Forderungsausfall sowohl vor als auch nach einer Entschädigungszahlung angeordnet werden" (act. 21 S. 12). Nachdem die Kreditlimite am 19. Februar 2009 aufgehoben worden sei, hätte die Klägerin

gestützt auf § 9 Ziffer 2 litera c des Rahmenvertrags vom 24./28. Juli 2008 zudem umgehend mit der E2._____ eine Regelung zur Sicherstellung finden sollen. Dies habe sie unterlassen und sei damit auch diesbezüglich ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen. Sodann hätte es ihr während dieser 30 Tage zugestanden, weitere Lieferungen zu verweigern (act. 21 S. 23). Überdies sei die Klägerin durch die Klausel "Bindende Verträge" verpflichtet gewesen, "schriftlich nicht später als 14 Tage nach Aufhebung oder Herabsetzung" den Nachweis darüber zu erbringen, dass der in Frage stehende Abnehmer bisherige Forderungen innerhalb des maximalen Verlängerungszeitraums gezahlt hat und dass die mit diesem vereinbarten Liefertermine nicht später als 6 Monate nach dem Datum der Aufhebung oder Herabsetzung liege. Gleichzeitig hätte die Klägerin auch noch nachweisen müssen, dass tatsächlich ein "bindender Vertrag" im oben beschriebenen Sinn vorliege. Die Klägerin sei dieser Bringschuld jedoch nicht nachgekommen (act. 21 S. 7). Des Weiteren habe die Klägerin ihr wichtige und bonitätsrelevante Informationen, nämlich die nachträgliche Verschiebung der Liefertermine, verschwiegen. Dies stelle eine Verletzung der Informationspflicht gemäss Modul ... der Kreditversicherungspolice dar und berechtige sie – die Beklagte – gestützt auf Modul ... wiederum zur Verweigerung der Leistung (act. 21 S. 16). Schliesslich habe die Klägerin mit Akzept der Terminverschiebung einen neuen Vertrag geschlossen. Da dieser ihr – der Beklagten – in keiner Weise zur Kenntnis gebracht worden sei, wie dies die Klausel "Bindende Verträge" vorsehe, und die Klägerin auch den übrigen darin vorgeschriebenen Verpflichtungen (insb. schriftliche Nachweise innert 14 Tagen) nicht nachgekommen sei, könne schon alleine deshalb die erweiterte Deckung für den neuen Vertrag nicht angerufen werden (act. 21 S. 15).

3. Anspruch aus Vertrag

3.1. Unumstrittenermassen besteht ein vertraglicher Leistungsanspruch der Klägerin nur, wenn (1) die Klausel "Bindende Verträge" zur Anwendung kommt und (2) die Beklagte nicht aufgrund einer Obliegenheitsverletzung der Klägerin von ihrer Leistungspflicht befreit wird.

3.2. Unter Obliegenheiten versteht man versicherungsrechtlich in einem allgemeinen Sinne die Nebenpflichten der Parteien, also alle Pflichten ausschliesslich ihrer Hauptverpflichtungen (Prämien, Versicherungsleistungen; HONSELL/VOGT/SCHNYDER, Kommentar zum Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag [VVG], Basel 2001, N 3 zu Art. 45 VVG). Die Rechtsnachteile, die mit einer Obliegenheitsverletzung verbunden sind, können zwischen den Parteien innerhalb der Schranken des Gesetzes frei vereinbart werden. Im streitrelevanten Versicherungsvertrag, Modul Nr. ..., wurden folgende Rechtsfolgen vereinbart (act. 3/1) :

- "1. Der Versicherer ist im Einzelfall von der Verpflichtung zur Leistung frei, ohne dass es einer Kündigung bedarf, wenn der Versicherungsnehmer eine ihm aufgrund Gesetzes oder des Versicherungsvertrages auferlegte Verpflichtung oder Obliegenheit nicht erfüllt, es sei denn, dass die Verletzung als unverschuldet anzusehen ist.
2. Handelt es sich um die Verletzung einer Obliegenheit, die vom Versicherungsnehmer zum Zwecke der Minderung der Gefahr oder Verhinderung einer Gefahrerhöhung dem Versicherer gegenüber zu erfüllen ist, kann sich der Versicherer auf Leistungsfreiheit nicht berufen, wenn die Verletzung keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalls oder die Höhe der vom Versicherer zu erbringenden Entschädigung hatte.

[...]"

Ziff. 1 des Moduls sieht den *gänzlichen* Verlust des Versicherungsanspruchs vor, ausgenommen die Verletzung erfolgte unverschuldet. Damit genügt die Vereinbarung der teilzwingenden Bestimmung von Art. 45 Abs. 1 VVG. Nicht erforderlich ist gemäss Vertragsbestimmung, dass die Obliegenheitsverletzung Einfluss auf den eingetretenen Schaden hat (Kausalzusammenhang). Für bestimmte Obliegenheiten, die vom Versicherungsnehmer zum Zwecke der Minderung der Gefahr oder Verhinderung einer Gefahrerhöhung dem Versicherer gegenüber zu erfüllen sind, wird der Versicherungsnehmerin in Ziff. 2 von Modul Nr. ... allerdings ein Entlastungsbeweis der fehlenden Kausalität eingeräumt. Nicht vereinbart wurde offensichtlich die stufenweise Herabsetzung des Versicherungsanspruchs, je nach Grad des Verschuldens der Klägerin. Ferner wurden keine Massstäbe an den erforderlichen Grad des Verschuldens gesetzt. Selbst leichte Fahrlässigkeit

genügt folglich für den vollständigen Wegfall des vertraglichen Versicherungsanspruchs.

3.3. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, rechtfertigt es sich, die Frage der Anwendbarkeit der Klausel "Bindende Verträge" offen zu lassen und sich direkt mit den Vorwürfen der Beklagten betreffend *Obliegenheitsverletzungen* auseinanderzusetzen.

3.4. Die Beklagte wirft der Klägerin unter anderem vor, diese hätte nach Aufhebung der Kreditlimite am 19. Februar 2009 umgehend Massnahmen zur Sicherstellung der Forderungen ergreifen müssen und bei Nichteinigung die Auflösung des Rahmenvertrags verlangen können. Weil sie dies nicht gemacht habe, sei sie ihrer Schadenminderungspflicht nicht nachgekommen (act. 21 S. 20 und 23).

Die Klägerin bestreitet, dass sie den Rahmenvertrag fristlos hätte kündigen können (act. 25 Rz. 35). Weil die Beklagte die Kreditversicherungslimite für die fraglichen Lieferungen auf Grund der Klausel "Bindende Verträge" nicht zur Gänze aufgekündigt habe und diese somit noch weiterhin aufrecht gewesen sei, gelange § 9 Ziff. 2 lit. c des Rahmenvertrags (auf den der beklagtischerseits geltend gemachte Kündigungsanspruch der Klägerin beruht) nicht zur Anwendung (act. 17 Rz. 58). Selbst wenn, wäre eine Kündigung nutzlos gewesen (act. 25 Rz. 35).

3.5. § 9 Ziff. 2 lit. c des Rahmenvertrags zwischen der Klägerin und der E2._____ ag lautet wie folgt (act. 3/6):

"§ 9

Sonstiges/Kündigung

1. [...]
2. Das Recht beider Vertragspartner auf sofortige Kündigung ohne Fristeinhaltung ist für folgende Punkte gegeben:
 - a) [...]
 - b) [...]
 - c) Falls die Kreditversicherung die Kreditversicherungslimite für den Käufer zur Gänze aufkündigt, treffen sich die Parteien um die Forderungen sicherzustellen. Bei keiner Einigung innert 30 Tagen ist der Lieferant berechtigt, die verein-

barten Lieferungen ohne Schadenersatz einzustellen und den Vertrag zu kündigen ohne Fristeinhaltung."

Der klägerischen Auslegung kann nicht Folge geleistet werden. Die Bestimmung Ziffer 2 lit. c oben liefert hierfür keine Anhaltspunkte. Namentlich heisst es darin nicht, dass die Kreditversicherungslimite für den Käufer *und das konkrete Vertragsverhältnis* zur Gänze aufgehoben werden müsste. Einzige Voraussetzung ist die Aufhebung der Kreditversicherungslimite *für den Käufer*. Diese erfolgt unabhängig von den einzelnen Vertragsverhältnissen nach erfolgter Bonitätsprüfung durch die Versichererin. Das bedeutet, dass § 9 Ziff. 2 lit. c des Rahmenvertrags unabhängig davon zur Anwendung kommt, ob die Klägerin mit der Beklagten eine Vereinbarung betreffend "Bindende Verträge" getroffen hat. Der klägerischen Darstellung folgend, hätte die E2._____ ag aus der Klausel "Bindende Verträge" gegenüber der Klägerin das Recht ableiten können, trotz Aufhebung der Kreditversicherungslimite Sicherstellungsmassnahmen zu verweigern. Es ist nicht einzusehen, weshalb die E2._____ ag aus einem Vertragsverhältnis, in welchem sie weder Vertragspartei noch begünstigte Dritte ist, einen Vorteil ableiten können sollte. Dass weder die Klägerin noch die Beklagte bei Abschluss des Kreditvertrags ein Interesse daran hatten, der E2._____ ag derartige Befugnisse einzuräumen, liegt auf der Hand. Es widerspräche im Übrigen jeglicher Vernunft und kann deshalb nicht in guten Treuen angenommen werden, dass die Klägerin der E2._____ ag das Recht hat einräumen wollen, sich auf eine Vereinbarung, die sie mit ihrer Kreditversichererin abgeschlossen hatte, berufen zu können. Damit hätte sie sich und die Kreditversichererin ohne Not einem höheren Forderungsausfallrisiko ausgesetzt. Entsprechend behauptet die Klägerin auch keinen derartigen tatsächlichen Parteiwillen. Die Kündigungsbestimmung diene dem Schutz der Lieferantin bei drohender Zahlungsunfähigkeit der Abnehmerin. In diesem Moment sollte der Lieferantin die Möglichkeit eingeräumt werden, Sicherstellungsmassnahmen zu verlangen und bei fehlender Einigung weitere Lieferungen zu verweigern. Von einer drohenden Zahlungsunfähigkeit ist regelmässig dann auszugehen, wenn ein Kreditversicherer zum Schluss gelangt, die Abnehmerin sei nicht mehr kreditwürdig und deshalb die Kreditversicherungslimite aufkündigt. Die Auf-

hebung der Limite kann – wie die Klägerin selbst zutreffend ausführt – gar massgebend Einfluss auf die Solvenz der Abnehmerin haben (act. 1 Rz. 44).

Die Kreditversicherungslimite wurde unbestrittenermassen am 19. Februar 2009 aufgehoben (act. 1 Rz. 38; act. 10 S. 10; act. 3/27). Dass die Zahlungsunfähigkeit dannzumal drohte, lässt sich kaum bezweifeln. Es mutet geradezu rechtsmissbräuchlich an, wenn die Klägerin diese Erkenntnis konstant negiert. Es bestanden genügend Anhaltspunkte dafür, dass sich die E2._____ ag in argen finanziellen Verhältnissen befand. Angefangen bei der Email vom 30. Oktober 2008, in der sie der Klägerin selbst mitteilte, aufgrund der schwierigen Lage in der Automobilbranche und dem damit verbundenen Rückgang der Kundenabrufe zur Verschiebung des Lieferzeitpunkts gezwungen zu sein (act. 18/4), über die Schliessung von Betriebsstätten (act. 3/21), die stetige Herabsetzung resp. Verweigerung der Kreditlimiten durch die Beklagte und die wiederholten Aufforderungen zur Einleitung von Schadenminderungsmassnahmen (act. 3/12; act. 3/16; act. 3/17; act. 3/19; act. 3/26, act. 3/27; act. 3/29; act. 3/31) hatte die Klägerin genügend Grundlagen, um eine drohende Zahlungsunfähigkeit ernsthaft in Betracht zu ziehen. Unter diesen Umständen war sie berechtigt – und aufgrund ihrer Schadenminderungsobligationen auch verpflichtet – gestützt auf § 9 Ziff. 2 lit. c oben Sicherstellungsmassnahmen zu fordern bzw. nach Ablauf von 30 Tagen den Vertrag zu kündigen resp. weitere Lieferungen zu verweigern.

Die Klägerin hatte sich gegenüber der Beklagten vertraglich verpflichtet, bei allen Geschäften mit ihren Abnehmern die Vorsicht und Sorgfalt walten zu lassen, die der eines ordentlichen Kaufmannes entspricht (act. 3/1, Modul Nr. 20100.00). Diese Sorgfaltspflicht ist verletzt, wenn man sich aller Warnhinweise zum Trotz zurücklehnt, sich auf die Klausel "Bindende Verträge" beruft und weiterhin eine Gesellschaft beliefert, von der man befürchten muss, dass sie nicht zur Tilgung der Forderungen in der Lage sein wird. Indem die Klägerin keine Anstrengungen unternahm, um ihre Forderungen sicherzustellen, hat sie ihre Schadenminderungspflichten verletzt, was grundsätzlich und gänzlich zum Wegfall des Leistungsanspruchs führt. Wenn die Klägerin ausführt, dass sie "unter Berücksichtigung einer Verhandlungsfrist von fünf Tagen" frühestens am 26. März 2009 be-

rechtigt gewesen wäre, die Lieferungen einzustellen und der Versand der letzten Lieferung am 25. März 2009 erfolgt sei (act. 1 Rz. 92), ist ihr entgegenzuhalten, dass nicht einzusehen ist, weshalb ihr nebst den bereits vertraglich vereinbarten 30 Tagen noch weitere fünf Tage hätten eingeräumt werden sollen. Eine derartige Fristverlängerung beruht weder auf einer gesetzlichen noch einer vertraglichen Grundlage. Im Übrigen entspricht es weder ihren Ausführungen in der Replik (act. 17 Rz. 9) noch den eingereichten Lieferscheinen (act. 3/74, in concreto Lieferschein Nr. ...), dass die letzte Lieferung bereits am 25. März 2009 erfolgte. Aus den soeben erwähnten Unterlagen geht im Gegenteil hervor, dass die letzte Lieferung am 26. März 2009 erfolgte, also zu einem Zeitpunkt, in dem die Klägerin auch unter Berücksichtigung der (unbegründeten) fünftägigen Verhandlungsfrist nicht mehr zur Lieferung verpflichtet gewesen wäre. Die blosser Behauptung, "eine Kündigung [wäre] nutzlos gewesen" (act. 25 Rz. 35), genügt bei weitem nicht den Substantiierungsanforderungen (siehe dazu Ziff. II.4. der Erwägungen). Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin ihre Schadenminderungspflicht verletzte und diese Obliegenheitsverletzung Einfluss auf die Höhe des eingetretenen Schadens hatte. Damit entfällt ein vertraglicher Leistungsanspruch der Klägerin.

3.6. Die Klägerin liess sich weitere Obliegenheitsverpflichten zu Schulden kommen, weshalb ihr auch aus diesem Grund ein vertraglicher Leistungsanspruch auszuschlagen ist:

3.6.1. Ihrer Nachweispflicht gemäss der Klausel "Bindende Verträge" kam die Klägerin weder in zeitlicher noch inhaltlicher Hinsicht nach: Weder wahrte sie die 14tägige Frist, noch erbrachte sie die erforderlichen Nachweise.

Die Parteien äussern sich dazu wie folgt: Die Beklagte stellt sich unmissverständlich auf den Standpunkt, dass die Klägerin ihr den vertraglich geschuldeten schriftlichen Nachweis, dass es sich vorliegend um einen "Bindenden Vertrag" im Sinne von Modul ... der Versicherungspolice handle, von dem man "sich auch aufgrund einer Verschlechterung der finanziellen Situation des jeweiligen Abnehmers nicht lösen kann", nie erbracht habe (act. 21 S. 8). Die Klägerin habe ihr in keiner Weise zur Kenntnis gebracht, dass der Liefertermin um ein Quartal ver-

schoben worden sei (act. 21 S. 15). Dagegen wendet die Klägerin ein, dass dieses Argument als "überspitzter Formalismus" zu taxieren sei und aus der gesamten Korrespondenz hervorgehe, dass die Beklagte den Rahmenvertrag und die dazu gehörenden Verträge / Mengenkontrakte gekannt habe. Dies bezeuge beispielsweise die Email von Herrn G._____ von der Beklagten vom 31. Oktober 2008, in der er sich über die Lieferungen vom 29. und vom 31. erkundige, obwohl diese nie schriftlich erwähnt worden seien. Auch die Email von Herrn H._____ von der Klägerin vom 29. Januar 2009 zeige eindeutig, dass die Beklagte die Bindenden Verträge der Klägerin gekannt habe: Sämtliche mittels Mengekontrakten von der E1._____ bestellten Legierungen würden darin erwähnt, mit dem Hinweis, dass die entsprechenden Verträge der Beklagten vorlägen. Dem habe die Beklagte nicht widersprochen, was sie unweigerlich getan hätte, wenn ihr die entsprechenden Verträge/ Mengekontrakte nicht vorgelegen hätten (act. 25 Rz. 6 f. und 12 ff.). Die Bindenden Verträge seien zudem laufend telefonisch besprochen worden. Den Inhalt der Telefongespräche habe Herr H._____ in einem Fax vom 2. Dezember 2008 zusammengefasst (act. 17 Rz. 20; act. 3/20).

Die Ausführungen der Klägerin sind unsubstantiiert resp. ungeeignet, um die Erfüllung ihrer Nachweispflicht schlüssig zu behaupten. Diese Nachweispflicht umfasste nicht nur die Übergabe des Rahmenvertrags und der Kaufverträge vom 1. September 2008, sondern auch die Mitteilung, dass die Lieferzeit verschoben wurde resp. die schriftlich festgehaltenen Vereinbarungen abgeändert wurden. Ungenügend ist die Behauptung, "aus der gesamten Korrespondenz" gehe die Kenntnis der Beklagten über die Verträge hervor (act. 25 Rz. 7). Es wäre Aufgabe der Klägerin gewesen, konkret darauf hinzuweisen, welche Textstellen in welchen Dokumenten sie meint. Aus der Email vom 31. Oktober 2008 (act. 3/14) lässt sich offenkundig nichts zugunsten der Klägerin ableiten. Die darin erwähnten Lieferungen betreffen nicht die streitrelevanten Bestellungen, die unbestrittenermassen allesamt erst im I. Quartal 2009 ausgeliefert wurden. Aus der Email vom 29. Januar 2009 (act. 3/24) wird zwar ersichtlich, dass die Klägerin der Beklagten die drei Verträge vom 1. September 2008 zur Kenntnis brachte. Ebenso wird klar, dass die Lieferungen nicht im IV. Quartal 2008 erfolgten. Es geht allerdings nicht daraus hervor, dass sie mit der E2._____ ag eine Verschiebung des Lieferzeitpunkts

vereinbart hatte (act. 18/4; dazu nachfolgend Ziff. III.3.6.2.1. der Erwägungen). Der Umstand, dass die Klägerin von der Beklagten wiederholt die Bestätigung einforderte, dass die streitrelevanten Verträge unter die Klausel "Bindende Verträge" fallen würden (act. 3/13; act. 3/18; act. 3/20; act. 3/24; act. 3/28), bestätigt nicht, dass die Beklagte auch über die Abrede betreffend Lieferzeitverschiebung informiert wurde. Wenn die Klägerin mit ihrem Einwand des "überspitzten Formalismus" (act. 25 Rz. 7) geltend machen will, die Berufung auf die Verletzung der Nachweispflicht sei rechtsmissbräuchlich, ist ihr entgegenzuhalten, dass sich aus den eingereichten Unterlagen nicht ableiten lässt, dass die Beklagte auf die vertraglich geschuldeten Nachweise verzichten wollte, sondern sie die Klägerin immer wieder zum Nachweis verschiedener Unterlagen anhielt. Zudem bestätigte sie der Klägerin trotz mehrmaliger Aufforderung nicht schriftlich, dass die Klausel "Bindende Verträge" zur Anwendung gelange. Was im Rahmen der Telefongespräche vereinbart wurde, ist von der Klägerin nur ungenügend substantiiert worden (act. 17 Rz. 20). Der bloße Verweis auf Beilagen genügt grundsätzlich nicht den Substantiierungsanforderungen. Wenn man den Inhalt des angerufenen Schreibens dennoch berücksichtigt, geht daraus nicht hervor, dass die Klägerin die Beklagte auch über die Lieferzeitverschiebung informierte. Wie die Beklagte unbestrittenermassen ausführte, erwähnte die Klägerin in der Email vom 31. Oktober 2008 nicht, dass die Lieferzeit zwischenzeitlich auf das I. Quartal 2009 verschoben worden war, sondern schickte lediglich den Rahmenvertrag und einen Kaufvertrag vom 1. September 2008, aus denen die Verschiebung indes nicht ersichtlich wurde (act. 21 S. 14; act. 25 Rz. 25 f. mit Verweis auf act. 17 Rz. 13 ff. und act. 25 Rz. 6 ff.). Ein rechtsmissbräuchliches Verhalten der Beklagten ist nicht erkennbar.

Die Verletzung der Nachweispflicht führt ebenfalls zum Wegfall des vertraglichen Versicherungsleistungsanspruchs.

3.6.2. Des Weiteren wäre es der Klägerin durchaus möglich gewesen, das Zahlungsziel auf fünf Werktagen zu verkürzen: Der Rahmenvertrag sieht vor, dass der Lieferant das Recht hat, die Zahlungskondition von fünf Werktagen netto nach Erhalt der vertraglichen Produkte frei Lieferanschrift und Rechnung frei Rechnungs-

anschrift einzufordern, wenn das Kreditversicherungslimit, gesetzt durch den Kreditversicherer, überschritten wird (act. 3/6 § 3 Ziff. 1 des Rahmenvertrags).

Es stellen sich in diesem Zusammenhang zwei Fragen: (1) Welches Kreditversicherungslimit gelangte im konkreten Fall zur Anwendung und (2) wann wurde dieses überschritten.

3.6.2.1. Zur Beantwortung der ersten Frage sei auf die Parteiausführungen betreffend freiwillige Abänderung des Lieferzeitpunkts und Abschluss eines neuen Vertrags zwischen der Klägerin und der E2._____ ag hingewiesen. Diese Vertragsverhältnisse unterliegen dem deutschen Recht (dazu § 11 Ziff. 3 des Rahmenvertrags). Zunächst ist festzuhalten, dass zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses grundsätzlich ein Vertrag erforderlich ist, ungeachtet dessen, ob Hauptleistungspflichten, Nebenpflichten oder blosse Leistungsmodalitäten betroffen sind (§ 311 Abs. 1 BGB). Ob im Einzelfall ein Änderungsvertrag, ein Aufhebungsvertrag, verbunden mit dem Abschluss eines neuen Vertrages oder ein weiterer rechtlich selbständiger Vertrag vorliegt, ist Auslegungsfrage. Der Änderungsvertrag lässt das ursprüngliche Vertragsverhältnis unter Wahrung seiner Identität fortbestehen. Eine Novation darf wegen ihrer weitreichenden Folgen nur bejaht werden, wenn der auf Schuldumschaffung gerichtete Wille der Parteien deutlich hervortritt (siehe PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 70. Aufl. N 1 und 8 zu § 311 BGB). Die Beklagte bestreitet den fehlenden klägerischen Willen zum Abschluss eines neuen Vertrages nicht (act. 17 Rz. 16; act. 21 S. 15). Die Modalitäten der Kaufverträge vom 1. September 2008 wurden weitestgehend beibehalten, einzig der Lieferzeitpunkt wurde verschoben, nicht aber der Kaufgegenstand, die Bestellmenge oder der Kaufpreis. Zu diesen Themen haben sich die Parteien nicht geäußert, was aber zu erwarten wäre, wenn sie einen neuen Vertrag hätten abschliessen wollen. Der Wille zum Abschluss eines Aufhebungsvertrags, verbunden mit dem Abschluss eines neuen Vertrags ist folglich nicht ersichtlich. Den Umstand, dass die Vertragsabänderung formell in einem neuen Mengenkontrakt abgefasst wurde, hat die Klägerin plausibel erklärt (act. 17 Rz. 16). Da nur eine Vereinbarung über einen Nebenpunkt getroffen wurde, liegt auch kein selbständiger neuer Vertrag vor. Es trifft somit nicht zu, wie die Beklagte behauptet, dass

die Klägerin mit der Verschiebung des Lieferzeitpunkt es einen (bzw. mehrere) neue Verträge schloss. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Klägerin und die E2._____ ag eine Abänderungsvereinbarung trafen. Damit wurden die Kaufverträge vom 1. September 2008 nicht aufgehoben, sondern bestanden fort.

Diese Abänderungsvereinbarung traf die Klägerin allerdings aus freien Stücken: Geht man zu ihren Gunsten davon aus, dass § 1 Ziff. 2.3. des Rahmenvertrags Vertragsgrundlage für die Änderung des Lieferzeitpunktes darstellte, gilt Folgendes: In der Bestimmung heisst es, dass die Parteien eine "einvernehmliche vertretbare Vereinbarung" treffen. Synonyme für "einvernehmlich" sind "einstimmig, gemeinsam geschlossen, gleich gesinnt, im gegenseitigen Einverständnis". "Vertretbar" steht für "annehmbar, akzeptierbar". Die Parteien vereinbarten folglich, dass die Lieferfrist nur im gegenseitigen Einverständnis abgeändert werden kann und eine akzeptable Lösung für beide Parteien darstellen muss. Weitere Begleitumstände, die eine abweichende Auslegung zuließen, sind keine ersichtlich. Ob sich diese Vertragsauslegung mit derjenigen der Klägerin deckt, ist unklar, letztlich aber irrelevant, weil es sich um eine Rechtsfrage handelt. Entscheidend ist, dass beide Parteien keinen abweichenden tatsächlichen Parteiwillen behaupten. Namentlich macht die Klägerin nicht geltend, dass die E2._____ ag ein einseitiges Abänderungsrecht gehabt habe. Zwar finden sich in der Replikschrift Aussagen wie "E2._____ ag durfte eine Änderung des Lieferzeitpunkts resp. des Abrufes verlangen" (act. 17 Rz. 14), "dass es immer wieder vorgekommen ist, dass E2._____ ag ihre Liefertermine auf das nächste Quartal verschob" (act. 17 Rz. 14) und "Die Änderung des Lieferzeitpunkts ... [...] ... hat die E2._____ ag formell mit Fax vom 18. Dezember 2008 bekanntgegeben." (act. 17 Rz. 15). Diese Aussagen könnten den Eindruck erwecken, die Klägerin wolle geltend machen, die E2._____ ag hätte den Vertrag einseitig ohne Zutun der Klägerin abändern können. Damit würde der tatsächliche Vertragswille aber dem Wortlaut von § 1 Ziff. 2.3. diametral zuwiderlaufen. Einen abweichenden Vertragswillen hätte die Klägerin aber ausdrücklich behaupten, konkret umschreiben und dessen Träger nennen müssen. Auf diese Substantiierungsobliegenheit wurde sie mit Verfügung vom 5. November 2010 ausdrücklich hingewiesen (Prot. S. 7). Die Klägerin hat dies nicht getan, weshalb auch nicht angenommen werden kann, dass sie einen

vom Auslegungsergebnis abweichenden tatsächlichen Willen behauptet. Eben-
sowenig behauptet die Klägerin, sie sei zur Abänderungsvereinbarung verpflichtet
gewesen, weil sie der Verschiebung des Lieferzeitpunktes kein berechtigtes Inte-
resse entgegenhalten konnte.

Die Klägerin entschied sich folglich aus freien Stücken zum Abschluss der Abän-
derungsvereinbarung am 30./31. Oktober 2008 (siehe act. 18/4) mit der E2._____
ag. Man kann sich natürlich die Frage stellen, weshalb die Klägerin sich nicht auf
die Lieferzeitverschiebung hätte einlassen sollen, zumal dies offenbar der gängi-
gen Übung entsprach. Diese Frage kann aber offenbleiben. Die Klägerin ent-
schied sich zu diesem Schritt, ohne die Einverständniserklärung der Beklagten
einzuholen. Zwar ersuchte sie am 31. Oktober 2008 um eine Bestätigung, dass
die Klausel "Bindende Verträge" greife (act. 3/13). Dabei unterliess sie es aber
unbestrittenermassen, die Lieferzeitverschiebung zu erwähnen (dazu
Ziff. III.3.6.1. der Erwägungen, letzter Absatz). Überdies erklärte sie ihr Einver-
ständnis gegenüber der E2._____ ag, bevor die Beklagte hierzu Stellung genom-
men hatte. Da die Vertragsänderung freiwillig erfolgte und die Klägerin stattdes-
sen auf dem alten Vertrag hätte beharren können, was unweigerlich zur Folge
gehabt hätte, dass die E2._____ ag vertragsbrüchig geworden wäre, weil sie die
Abrufe nicht im vereinbarten Quartal tätigte, woraufhin die Klägerin vom Vertrag
hätte zurücktreten können (§ 9 Ziff. 2 lit. a des Rahmenvertrags), ist der abgeän-
derte Vertrag wie ein neuer Vertrag zu behandeln. Im Zeitpunkt der Vertragsände-
rung, am 31. Oktober 2008, billigte die Beklagte der Klägerin nach wie vor eine
Kreditlimite von EUR 650'000 zu (act. 3/12). Keine Partei behauptet, dass es nach
dem 31. Oktober 2008 noch einmal zu einer Vertragsänderung gekommen sei.
Geht man zugunsten der Klägerin davon aus, dass sie hierzu auch nicht in der
Lage war, ist für die Frage, ob die Klägerin das Zahlungsziel auf fünf Werktage
hätte verkürzen können, von einem Kreditversicherungslimit von EUR 650'000
auszugehen.

3.6.3. Im Zusammenhang mit der zweiten Frage (wann wurde das Kreditlimit
überschritten) drängt sich die Vorfrage auf, ob das Kreditversicherungslimit be-
reits überschritten wird, wenn die offenen Lieferverpflichtungen das Limit über-

schreiten oder ob die offenen Rechnungen für bereits erfolgte Lieferungen massgebend sind. Der Vertragswortlaut gibt keine Antwort auf diese Frage, die Parteien äussern sich diesbezüglich nicht. Letztlich kann diese Vorfrage aber ungeklärt bleiben. Selbst wenn man zugunsten der Klägerin davon ausgeht, dass sie die Zahlungsfrist erst nach erfolgter Warenlieferung verkürzen durfte, wenn die offenen Forderungen die Kreditversicherungslimite überstiegen, führt dies dennoch zum Ergebnis, dass die Klägerin das Recht – und angesichts ihrer Schadenminderungspflichten auch die Pflicht – gehabt hätte, das Zahlungsziel auf fünf Werk-tage zu verkürzen: Die Lieferungen erfolgten zwischen dem 4. und 26. März 2009. Die Kreditlimite von EUR 650'000 wurde mit den Lieferungen vom 17. März 2009 überschritten (bis zum 16. März 2009 wurden 200 MT à EUR 1'815 und 125 MT à EUR 1880 geliefert, was einen Gesamtbetrag von EUR 598'000 ergibt. Am 17. März 2009 sollten Waren im Wert von EUR 92'375 geliefert werden; siehe act. 1 Rz. 17 f. in Verbindung mit act. 17 Rz. 9). Die Klägerin hätte folglich die Lieferungen ab dem 17. März 2009 mit einem Zahlungsziel von 5 Werktagen ausliefern können. Inwiefern dies zur Schadenminderung beigetragen hätte, kann offenbleiben, die Klägerin hat nicht geltend gemacht, dass diese Obliegenheitsverletzung keinen Einfluss auf die Schadenhöhe oder den Eintritt des Versicherungsfalls gehabt hätte.

Die Klägerin kann sich auch nicht darauf berufen, sie habe berechtigterweise darauf vertraut, dass nach wie vor die Kreditlimite von EUR 1 Mio. gelte. Die Beklagte hatte sie vor der Auslieferung der Waren aufgefordert, Schadenminderungsmassnahmen (Vorauskasse; act. 3/29) zu ergreifen. Noch am 6. März 2009 stellte sie klar, dass die Klägerin ihrer Meinung nach berechtigt wäre, das Zahlungsziel auf fünf Werk-tage zu verkürzen (act. 1 Rz. 42). Die von der Klägerin immer wieder erbetene Bestätigung, dass für die streitrelevanten Verträge nach wie vor eine Kreditlimite von EUR 1 Mio. gelte, wurde nie schriftlich abgegeben. Den von der Klägerin in act. 17 Rz. 23 unsubstantiiert (blosse Verweise auf Beilagen genügen nicht) bezeichneten "Bestätigungen" der Beklagten entnimmt man weder die Bestätigung, dass der Versicherungsschutz fortbestehe, noch die Höhe eines allfälligen Kreditlimits. Was die Beklagte nach Insolvenzerklärung der E2._____ ag machte (act. 17 Rz. 25), ist für die Frage des berechtigten Vertrauens der Kläge-

rin bei Auslieferung der Waren irrelevant. Zu den behaupteten telefonischen Bestätigungen ist zu sagen, dass die angeblichen Bestätigungen (gemäss Schreiben vom 2. Dezember 2008; act. 3/20) auf die Emails vom 31. Oktober 2008 und 12. November 2008 in Unkenntnis über die Verschiebung des Lieferzeitpunktes abgegeben wurden, soweit sie überhaupt erfolgten (siehe dazu Ziff. III.3.6.1. der Erwägungen, letzter Absatz). Zudem hat die Klägerin die Beklagte offenbar auch später nie klar über die Abänderungsvereinbarung vom 30./31. Oktober 2008 informiert. Die Klägerin durfte unter diesen Umständen kein berechtigtes Vertrauen in den Fortbestand der Kreditlimite vom 17. März 2008 hegen.

3.6.4. An dieser Stelle rechtfertigt sich der blosser Hinweis auf die umstrittene Frage, ob die Kreditlimitherabsetzung vom 25. November 2008 auf EUR 300'000 gestützt auf die "Abänderung der Rechtsform" erfolgte. Wäre diese Frage zu Ungunsten der Klägerin zu beantworten, wäre sie gar viel früher bereits zur Verkürzung des Zahlungsziels verpflichtet gewesen. Angesichts der Umstände kann die Frage aber offenbleiben.

3.7. Schliesslich verletzte die Klägerin offensichtlich ihre Informationspflichten. Gestützt auf Modul Nr. ... des Versicherungsvertrags (act. 3/1) war sie u.a. verpflichtet, der Beklagten mitzuteilen, wenn sie Grund zur Annahme hatte, dass der Abnehmer nicht in der Lage ist oder wahrscheinlich nicht in der Lage sein wird, seine Vertragspflichten zu erfüllen. Die E1._____ teilte der Klägerin mit Email vom 30. Oktober 2008 mit, dass sie nicht in der Lage sei, die Abrufe wie vertraglich vereinbart im IV. Quartal 2008 vorzunehmen und stattdessen aufgrund der Reduzierung der Kundenabrufe gezwungen sei, die Lieferzeit auf das I. Quartal 2009 zu verschieben (act. 18/4). Die Klägerin hatte damit nicht nur Grund zur Annahme, dass die E1._____ resp. E2._____ ag ihre Vertragspflichten gemäss den Kaufverträgen vom 1. September 2008 nicht einhalten können würde, sondern es wurde ihr dies von der Abnehmerin unmissverständlich eröffnet. Gestützt auf Modul Nr. ... lit. ... des Versicherungsvertrags wäre die Klägerin somit zur unverzüglichen Mitteilung der Nachricht an die Beklagte verpflichtet gewesen. Dass dies nicht geschah, wurde bereits ausgeführt (siehe dazu Ziffer III.3.6.1. der Erwägungen).

3.8. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Klägerin ihre vertraglich gegenüber der Beklagten geschuldeten Obliegenheiten in mehrfacher Hinsicht verletzte, weshalb die Beklagte von ihrer vertraglichen Leistungspflicht ohne Kündigung befreit wurde. Die Klägerin hat weder dargetan, dass es sich dabei um Obliegenheitsverletzungen handelt, die unter Ziffer 2 des Moduls Nr. ... einzuordnen wären, noch hat sie rechtsgenügend behauptet, dass diese Verletzungen keinen Einfluss auf den Eintritt des Versicherungsfalls oder die Höhe der vom Versicherer zu erbringenden Entschädigung hatten. Der Klägerin steht mithin kein vertraglicher Leistungsanspruch gegenüber der Beklagten zu.

4. Ausservertragliche Ansprüche

4.1. Ausservertragliche Ansprüche sind keine ersichtlich. Die Klägerin beruft sich an verschiedenen Stellen in ihrer Replik auf das Vertrauen, das sie gegenüber dem Vertragswortlaut, gegenüber dem Verhalten der Beklagten, etc. gehabt habe. Wiederholt führt sie zudem aus, dass sie gestützt auf zahlreiche Hinweise der Beklagten schliessen durfte und musste, dass ein Versicherungsschutz bestehe. Dies sei ihr gar von der Beklagten telefonisch bestätigt worden. Ihr Vertrauen in die Auskünfte der Beklagten und in deren Verhalten sei zu schützen (siehe act. 17 Rz. 7 f.).

4.2. Soweit die Klägerin damit einen Vertrauensschaden geltend machen will, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten: Stellt eine Partei einen Anspruch, so obliegt es ihr, sämtliche tatbestandsrelevanten Tatsachen substantiiert zu behaupten. Der Vertrauensschaden setzt die Geltendmachung eines Schadens voraus. Ferner muss dargelegt werden, dass der Schaden kausal zum erweckten und alsdann enttäuschten Vertrauen war (zur Vertrauenshaftung: GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2008, N 982 a ff.). Die Klägerin hat nicht einmal behauptet, dass sie die Dispositionen nicht vorgenommen hätte, wenn die Beklagte den Versicherungsschutz ausdrücklich verneint hätte. Im Gegenteil zeigt die Klägerin auf, dass sie auch ohne das Einverständnis der Beklagten abzuwarten handelte und mit der E2._____ ag ihre Verträge änderte (siehe dazu die Ausführungen in Ziff. III.3.6.1. hievor). Ebenso wenig führte sie aus, wie hoch der durch das verletzte Vertrauen entstandene Schaden ausgefal-

len sein soll. Dieser kann nicht einfach im gesamten eingeforderten Betrag bestanden haben, weil die Klägerin nicht von Anfang an auf die Lieferungen verzichten konnte, wie aus den vorstehenden Ausführungen ersichtlich wird.

4.3. Soweit sich die Klägerin überhaupt auf einen Vertrauensschaden beruft, ist ihre Klage deshalb mangels genügender Substantiierung abzuweisen.

5. Zusammenfassung

Die Klägerin hat weder einen vertraglichen noch einen ausservertraglichen Leistungsanspruch gegenüber der Beklagten, weshalb die Klage vollumfänglich abzuweisen ist.

IV. Kosten- und Entschädigungsfolgen

Ausgangsgemäss wird die Klägerin kosten- und entschädigungspflichtig (§§ 64 Abs. 2 und 68 Abs. 1 ZPO/ZH). Dabei ist der anwaltlichen Vertretung der Beklagten unter Berücksichtigung von § 25 der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (aAnwGebV; zur Anwendbarkeit siehe § 25 Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 in Verbindung mit Art. 404 ZPO) und gestützt auf § 2 Abs. 2 in Verbindung mit § 3 Abs. 1 und § 2 Abs. 3 aAnwGebV angemessene Rechnung zu tragen. Die Beklagte stellt einen Antrag auf Ersatz der Mehrwertsteuer. Wird Ersatz der Mehrwertsteuer verlangt und von der Gegenpartei – wie vorliegend – nicht bestritten, ist dieser ohne weiteres zuzusprechen. Per 1. Januar 2011 wurde der Mehrwertsteuersatz von 7.6% auf 8% erhöht. Massgebend für den anzuwendenden Steuersatz ist der Zeitpunkt resp. der Zeitraum der Leistungserbringung (Kreisschreiben der Verwaltungskommission des Obergerichts des Kantons Zürich vom 17. Mai 2006 sowie die dazugehörige Ergänzung vom 17. September 2010). Vorliegend erscheint eine Prozessentschädigung von 140% der ordentlichen Gebühr als angemessen, wobei 115% auf die Zeit vor dem 1. Januar 2011 fallen.

Demgemäss erkennt das Gericht:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Gerichtsgebühr wird festgesetzt auf CHF 32'000.–.
3. Die Kosten werden der Klägerin auferlegt und, soweit gedeckt, aus der von ihr geleisteten Kautions bezogen.
4. Die Klägerin wird verpflichtet, der Beklagten eine Prozessentschädigung von CHF 34'000.– zuzüglich Mehrwertsteuer zu 7.6% auf CHF 28'000.– und 8% auf CHF 6'000.– zu bezahlen.
5. Mitteilung an die Parteien, je gegen Empfangsbestätigung, sowie an FINMA, 3003 Bern.
6. Eine Beschwerde gegen diesen Entscheid an das Bundesgericht ist innert 30 Tagen von der Zustellung an beim Schweizerischen Bundesgericht, 1000 Lausanne 14, einzureichen. Zulässigkeit und Form einer solchen Beschwerde richten sich nach Art. 72 ff. (Beschwerde in Zivilsachen) oder Art. 113 ff. (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) in Verbindung mit Art. 42 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht (BGG).

HANDELSGERICHT DES KANTONS ZÜRICH

Der Vizepräsident:

Der Gerichtsschreiber:

Oberrichter lic. iur. Peter Helm

lic. iur. Christian Fischbacher