

La recourante est une entreprise de fabrication de revêtement de façade ACP (aluminium composite panels). Elle est partie défenderesse dans la procédure engagée le 14 février 2019, auprès de la Federal Court d'Australie par les propriétaires d'étages d'un bâtiment revêtu des panneaux ACP. Les prétentions des lésés sont le remboursement des frais d'enlèvement et de remplacement des panneaux ACP, ainsi que sur les dommages-intérêts pour les pertes consécutives à la pose des panneaux dont la composition n'était pas conforme aux normes légales en vigueur en août 2018.

La recourante est assurée jusqu'à fin 2018 par la société d'assurance intimée pour le risque de la responsabilité civile dérivant des produits. Le Tribunal de commerce du canton de Zurich la déboute de son action en paiement des prestations introduite contre l'intimée au motif que le sinistre n'est pas survenu durant la période assurée. Le rattachement temporel du cas d'assurance selon l'autorité cantonale requerrait une première constatation en 2018 (par qui que ce soit) des frais de démontage et de nouveau montages occasionnés par le défaut allégué.

**L'assurance s'étend, selon le chiffre 6.2 de la Master-Police, aux sinistres qui surviennent pendant la durée du contrat et qui sont déclarés à l'intimée au plus tard 60 mois après la fin du contrat (let. a).** Selon la lettre b de la disposition, le moment de la survenance du sinistre est « celui où un dommage est constaté pour la première fois (par qui que ce soit) ».

Pour le tribunal cantonal, les frais de démontage et de remontage des panneaux ALP ont été réclamés par la *class action* des demandeurs avant que lesdits frais consécutifs au défaut du produit ne soient reconnus. Le rattachement temporel du sinistre à la police d'assurance fait défaut.

Dans son interprétation du contrat d'assurance, le TF constate l'absence de définition du dommage contenue dans la police d'assurance qui définit l'étendue des prestations assurées au titre des dommages corporels, des dommages matériels et des dommages patrimoniaux.

Le TF rappelle sa jurisprudence en matière d'interprétation des contrats (c. 2). Lors de l'interprétation d'une disposition contractuelle rédigée par l'une des parties, il est donc déterminant de savoir **quel est l'objectif que l'autre partie doit raisonnablement reconnaître dans la disposition en tant que partenaire commercial de bonne foi**. Parmi les postes des dommages réclamés, la police litigieuse ne couvre que les frais de démontage des produits défectueux et montage ultérieur de produits exempts de défauts faisant ainsi exception à l'exclusion des dommages purement économiques (c. 3.1.2).

Les demandeurs de la *class action* ont émis des prétentions non chiffrées tendant à l'élimination d'un défaut présumé en lien avec les composants des panneaux ACP, dont la teneur n'était pas conforme à la loi australienne. **L'existence d'un dommage est la condition nécessaire à toute action en responsabilité. La survenance d'un sinistre constitue la condition préalable à la prestation d'assurance.** La constatation de l'existence du dommage crée le point de départ de la réclamation. Les contrats d'assurance basés sur le « *claims made* » prévoient un rattachement temporel fondé sur le moment où l'assuré vient à connaissance des prétentions en dommages-intérêts. La doctrine part donc du principe que l'action suit la survenance du dommage (c. 5.2.1). Les autres clauses de la police litigieuse permettent de fonder le rattachement à la connaissance des prétentions qui seront négociées exclusivement par l'assureur lequel défendra son assuré contre les prétentions injustifiées.

En application des règles de la bonne foi, la constatation du dommage intervient lorsque l'on peut reconnaître les circonstances dont le lésé déduit ses prétentions. **Le rattachement temporel n'exige pas que le dommage ait été vérifié et que les prétentions qui en résultent soient justifiées.** Le démontage et le remontage des panneaux n'est pas une réparation du dommage au défaut (*Mangelfolgeschäden*), mais constitue une élimination et réparation du défaut de

construction (*Mangelbeseitigung*). **L'élimination du défaut empêche l'apparition d'un potentiel dommage consécutif au défaut** (c. 5.4.1).

Le TF retient que la connaissance du défaut intervient la première fois à la date à laquelle les propriétaires d'étages ont vérifié en 2018, auprès du fournisseur, la composition du revêtement utilisé pour leur bâtiment. Le rattachement temporel est ainsi admis par le TF.

**Auteure : Monica Zilla, avocate à Neuchâtel**

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts des Kantons Zürich vom 7. September 2023 (HG200202-O).

### **Sachverhalt:**

#### **A.**

Die A. GmbH (Versicherte; Beschwerdeführerin) war als Konzerngesellschaft vom 1. Januar 2017 an bis zum Vertragsablauf am 31. Dezember 2018 bei der B. SE (Versicherung; Beschwerdegegnerin) für die Anlage-, Betriebs- und Produkte-Haftpflichtrisiken ihrer geschäftlichen Tätigkeit weltweit versichert. Seit dem 1. Januar 2019 sind sämtliche Konzerngesellschaften bei einem anderen Anbieter versichert.

**A.a.** Die Versicherte ist beklagte Partei in einem seit dem 14. Februar 2019 vor dem Federal Court of Australia rechtshängigen Class-Action-Verfahren, in dem verschiedene Ansprüche im Zusammenhang mit angeblichen Mängeln von der Klägerin hergestellter Fassadenverkleidungen bzw. "aluminium composite panels" ("ACP") geltend gemacht werden.

**A.b.** Im australischen Bundesstaat New South Wales erliess die zuständige Behörde (Commissioner for Fair Trading, Department of Finance, Services and Innovation) am 10. August 2018 (Inkrafttreten am 15. August 2018) den "Building Product Use Ban". Dieser verbot ACP, die mehr als 30 % Polyethylen als Kernmasse aufweisen, wozu auch die X.-ACP der Beschwerdeführerin (fortan: "ACP") gehören.

**A.c.** Die am 14. Februar 2019 am Federal Court of Australia gegen die Versicherte und deren australische Alleinvertriebspartnerin eingereichte Class Action wird von den Applicants geführt. Diese sind (Stockwerk-) Eigentümer eines vierstöckigen Gebäudes, das sich im Bundesstaat New South Wales befindet und an dem von der Versicherten hergestellte ACP verbaut wurden. Die australische Klägerschaft (Applicants und Group Members) stützt ihre eingeklagten Ansprüche unter anderem auf die Behauptung, dass die an ihrem Gebäude verbauten ACP die Qualitätsanforderungen und demzufolge die gesetzliche Qualitätsgarantie gemäss Australian Consumer Law nicht bzw. nie eingehalten hätten.

**A.d.** Die australische Klägerschaft verlangt den Ersatz folgender Schadenspositionen:

**A.d.a.a.a)** Kosten der Entfernung und Ersetzung der ACP;

**A.d.a.a.b)** Zusätzlich oder alternativ zu a), wenn die ACP nicht entfernt und ersetzt werden müssen, die Kosten für die Durchführung anderer Massnahmen zur Behebung der Beeinträchtigung;

**A.d.a.a.c)** Weitere und andere Kosten und / oder Verluste infolge der Anbringung von ACP einschliesslich der Erhöhungen der Versicherungsprämien, der Kosten für Gebäudesicherheitsgutachten; sowie der Kosten, die infolge der Durchführung der unter a) und / oder b) oben beschriebenen Massnahmen (je nach Anwendbarkeit) anfallen.

Für jedes Group Member wird sodann explizit zusätzlich oder alternativ zu a) und / oder b) der Ersatz der durch die Anbringung von ACP verursachten Wertverminderung verlangt.

**B.**

Am 10. November 2020 reichte die Versicherte beim Handelsgericht des Kantons Zürich Klage ein und verlangte mit in der Replik angepassten Rechtsbegehren von der Versicherung im Wesentlichen EUR 4'002'193.64 nebst Zins. Mit Urteil vom 7. September 2023 wies das Handelsgericht die Klage ab. Für die zeitliche Anknüpfung des Versicherungsfalls sei erforderlich, dass im Jahre 2018 erstmals festgestellt worden sei (durch wen auch immer), dass aufgrund des behaupteten Mangels der klägerischen ACP Aus- und Einbaukosten anfallen. Bereits aus dem Rechtsbegehren der Class Action, gehe aber hervor, dass Kosten für Entfernung und Ersetzung der ACP eingeklagt worden seien, bevor überhaupt festgestanden habe, ob solche anfallen würden. Die Klage wäre nach Ansicht des Handelsgerichts aber auch dann abzuweisen gewesen, wenn der sachliche Deckungsbereich der Police für die zeitliche Anknüpfung als irrelevant betrachtet würde und auch nicht versicherte Vermögensschäden (beispielsweise eine Wertverminderung) zu einer zeitlichen Anknüpfung hätten führen können.

**C.**

Mit Beschwerde in Zivilsachen verlangt die Versicherte im Wesentlichen von der Versicherung EUR 4'002'193.64 nebst Zins. Die Beschwerdegegnerin schliesst auf kostenfällige Abweisung der Beschwerde, soweit darauf einzutreten sei, während das Handelsgericht auf Vernehmlassung verzichtet. Die Parteien haben unaufgefordert eine Beschwerdereplik und -duplik eingereicht. Die Beschwerdeführerin hat eine Beschwerdeduplik eingereicht.

**Erwägungen:**

**1.**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an (Art. 106 Abs. 1 BGG). Es ist folglich weder an die in der Beschwerde geltend gemachten Argumente noch an die Erwägungen der Vorinstanz gebunden; es kann eine Beschwerde aus einem anderen als dem angerufenen Grund gutheissen und es kann eine Beschwerde mit einer von der Argumentation der Vorinstanz abweichenden Begründung abweisen (vgl. BGE 140 III 86 E. 2; 134 II 235 E. 4.3.4). Immerhin prüft es unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden (BGE 142 III 364 E. 2.4; 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG, dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (BGE 140 III 115 E. 2 mit Hinweis).

**2.**

Ziel der Vertragsauslegung ist es, in erster Linie den übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien festzustellen (vgl. Art. 18 Abs. 1 OR). Erst wenn eine tatsächliche Willensübereinstimmung unbewiesen bleibt, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Erklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen verstanden werden durften und mussten. Das Bundesgericht überprüft diese objektivierte Auslegung von Willenserklärungen als Rechtsfrage, wobei es an Feststellungen des kantonalen Richters über die äusseren Umstände sowie das Wissen und Wollen der Beteiligten

grundsätzlich gebunden ist (Art. 105 Abs. 1 BGG; BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 133 III 61 E. 2.2.1; 132 III 626 E. 3.1).

**2.1.** Für die Vertrauensauslegung sind Umstände mitzuberücksichtigen, die den Parteien bei Vertragsschluss bekannt oder erkennbar waren (BGE 116 II 695 E. 2b; 107 II 418 E. 6) sowie der Verständnishorizont des Empfängers der Willensäußerung (BGE 116 II 695 E. 2b). Massgebend ist dabei der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Nachträgliches Parteiverhalten ist bei der Auslegung nach dem Vertrauensprinzip nicht von Bedeutung; es kann höchstens - im Rahmen der Beweiswürdigung - auf einen tatsächlichen Willen der Parteien schliessen lassen (BGE 144 III 93 E. 5.2.3; 132 III 626 E. 3.1).

**2.2.** Ausgangspunkt jeder Auslegung bildet der Wortlaut der Willenserklärungen, die dem Vertragsschluss zugrunde liegen (BGE 148 III 57 E. 2.2.1). Nach dem Vertrauensprinzip sind Willenserklärungen so auszulegen, wie sie der Empfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste. Dabei ist der Wortlaut der Erklärungen nicht isoliert zu betrachten, sondern diese sind aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen. Auch wenn der Wortlaut auf den ersten Blick klar erscheint, darf es dabei nicht sein Bewenden haben. Zu berücksichtigen sind im weiteren die Umstände, unter denen diese Erklärungen abgegeben wurden (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; 132 III 24 E. 4, 268 E. 2.3.2, 626 E. 3.1), und insbesondere der vom Erklärenden verfolgte Regelungszweck, wie ihn der Erklärungsempfänger in guten Treuen verstehen durfte und musste (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; 138 III 659 E. 4.2.1; 132 III 24 E. 4). Dabei ist für den Regelfall anzunehmen, dass der Erklärungsempfänger davon ausgehen durfte, der Erklärende strebe eine vernünftige, sachgerechte Regelung an (BGE 148 III 57 E. 2.2.1; vgl. BGE 115 II 264 E. 5a; 113 II 49 E. 1b; je mit Hinweisen), weil nicht anzunehmen ist, die Parteien hätten eine unangemessene Lösung gewollt (BGE 122 III 420 E.3a; 126 III 119 E. 2c; vgl. auch BGE 133 III 607 E. 2.2). Für die Auslegung einer von der einen Vertragspartei aufgesetzten Vertragsbestimmung ist demnach entscheidend, welches Regelungsziel die andere Vertragspartei darin als redliche Geschäftspartnerin vernünftigerweise erkennen durfte und musste (BGE 148 III 57 E. 2.2.1 mit Hinweisen).

### **3.**

Die Versicherung erstreckt sich gemäss Ziff. 6.2 Master-Police auf Schadenereignisse, die während der Vertragsdauer eintreten und der Beschwerdegegnerin nicht später als 60 Monate nach Vertragsende gemeldet werden (lit. a). Als Zeitpunkt des Schadenseintritts gilt nach lit. b der Bestimmung "derjenige, in welchem ein Schaden erstmals festgestellt wird (durch wen auch immer) ".

**3.1.** Die Vorinstanz erkannte, Ziff. 6.2 lit. b Master-Police enthalte keine eigene Definition des "Schadens", sehe aber eine konkretisierende Regelung für den "Personenschaden" vor. Demgemäss gelte ein Personenschaden "im Zweifelsfall in jenem Zeitpunkt als eingetreten, in welchem der Geschädigte wegen Symptomen der betreffenden Gesundheitsschädigung erstmals einen Arzt konsultiere, auch wenn sich der ursächliche Zusammenhang erst später herausstelle". Verlangt werde in dieser Konstellation also, dass eine schädigende Einwirkung auf die Gesundheit vorliege, die sich durch entsprechende Symptome des Geschädigten bereits manifestiert habe. Dies korreliere mit der jeweils in Ziff. 3.1 der FoS- und Master-Police enthaltenen Begriffsdefinition, wonach unter Personenschaden die Tötung, Verletzung oder sonstige Gesundheitsschädigung von Personen sowie daraus entstehender Vermögensschaden zu verstehen sei. Dieselbe Ziffer grenze davon die Sachschäden ab, worunter die Zerstörung, Beschädigung oder der Verlust von Sachen sowie daraus entstehender Vermögensschaden zu verstehen sei. Als dritte Schadenskategorie definiere die Master-Police durch negative Abgrenzung Vermögensschäden (Ziff. 5.12) bzw. "reine Vermögensschäden" als "in Geld messbare Schäden, die weder die Folge eines Personenschadens noch eines dem Geschädigten zugefügten Sachschadens" seien. Entscheidend sei, wann erstmals (durch wen auch immer) festgestellt worden sei, dass die australische Klägerschaft angeblich einen in Geld messbaren Vermögensschaden erlitten habe.

**3.1.1.** Nicht massgebend seien Vorgänge, die einem späteren (behaupteten) Schaden bzw. dessen (behaupteter) Feststellung vorausgegangen sind, namentlich die Feststellung des zugrunde liegenden angeblichen Produktmangels. Versicherte Gefahr sei denn auch nicht der Produktmangel an sich, sondern die dadurch verursachte Schädigung Dritter. Entsprechend gelte der Personenschaden und Mangelfolgeschaden also nicht bereits dann als eingetreten bzw. festgestellt, wenn der verursachende Produktmangel erstmals festgestellt werde und unter Umständen gar nie ein Personenschaden eintreten werde. Weshalb es sich bei reinen Vermögensschäden anders verhalten soll, sei nicht einzusehen. Entsprechend gelte als Zeitpunkt des Eintritts von Schadenverhütungskosten derjenige Zeitpunkt, in dem erstmals festgestellt werde, dass ein Schaden unmittelbar bevorstehe (Ziff. 6.2 lit. b Abs. 2 Master-Police). Eine Schadensverhütung sei nur möglich, solange noch kein Schaden eingetreten sei. Sie sei etwa gerade deshalb zu betreiben, damit ein festgestellter Produktmangel nicht zu einem Schaden führe. Liege indes bereits ein Schaden vor, komme einzig noch eine Schadensminderung in Frage.

**3.1.2.** Von den eingeklagten Schadenspositionen seien einzig Aus- und Einbaukosten vom sachlichen Deckungsbereich der Police erfasst: Gemäss Ziff. 5 Master-Police ("Deckungseinschränkungen") seien Erfüllungsansprüche (Ziff. 5.10) und reine Vermögensschäden (Ziff. 5.12), von der Deckung ausgeschlossen. In teilweiser Abweichung davon werde der Versicherungsschutz in Ziff. 4.3.1 Master-Police einzig erstreckt auf Aufwendungen wegen des Ausbaus von mangelhaften Erzeugnissen sowie des nachfolgenden Einbaus von mangelfreien Produkten Dritter (Aus- und Einbaukosten) bzw. entsprechende Kosten für eine andere Reparatur, sofern die Versicherte die mangelhaften Produkte nicht selbst eingebaut habe (Ziff. 4.3.2 Master-Police). Es bestehe kein Grund zur Annahme, dass vernünftige Parteien die Deckung in zeitlicher Hinsicht an einem nicht versicherten Ereignis bzw. an der Verwirklichung einer nicht versicherten Gefahr anknüpfen wollten, würde dies doch zu sachfremden und für beide Seiten unberechenbaren Resultaten führen.

**3.1.3.** Erfolge die Anspruchserhebung des angeblich Geschädigten ausnahmsweise vor dem Schadenseintritt, trete der für die zeitliche Zuordnung massgebende Versicherungsfall bereits mit der Anspruchserhebung durch den Geschädigten ein. Dies wäre vorliegend - unbesehen des diesfalls zu engen Wortlauts von Ziff. 6.2 lit. b - dann der Fall gewesen, als der Empfang der Klage bei der Klägerin ein Bedürfnis nach Rechtsschutz begründet habe. Mit Blick auf die Klageeinreichung am 14. Februar 2019 wäre der zeitliche Geltungsbereich der Police aber ohnehin nicht betroffen. Für die zeitliche Anknüpfung des Versicherungsfalls an die streitgegenständliche Police bleibe damit erforderlich, dass vorgängig im Jahr 2018 erstmals festgestellt wurde (durch wen auch immer), dass aufgrund des behaupteten Mangels der klägerischen ACP Aus- und Einbaukosten anfallen.

**3.1.4.** Bereits aus dem Rechtsbegehren der Class Action, welches alternative bzw. sich gegenseitig ausschliessende Positionen aufliste, ergebe sich, dass die Applicants den Ersatz der (unbezifferten) Kosten für Entfernung und Ersetzung der ACP eingeklagt hätten, bevor überhaupt festgestanden habe, ob solche anfallen würden. Der Building Product Use Ban habe keine automatischen Wirkungen auf die betroffenen Gebäude. Er verbiete vielmehr die Verwendung von ACP für die Zukunft und diene bei bestehenden Gebäuden als Grundlage für Mitteilungen der erlassenden Behörde, dass ein Gebäude betroffen sei, und darüber, welche Sicherheitsrisiken mit ACP verbunden seien. Erst die Gemeindeverwaltung, der Brandschutzbeauftragte oder die zuständige Vollzugsbehörde könnten verlangen, das von den ACP ausgehende Sicherheitsrisiko zu beseitigen oder zu minimieren. Das diesbezügliche, mehrstufige Verfahren hinsichtlich des Gebäudes der Applicants werde vom Building Products Safety Act des Bundesstaats New South Wales geregelt. Zu Sanierungsmassnahmen seien Hauseigentümer dabei erst dann verpflichtet, wenn die zuständige Vollstreckungsbehörde nach Abschluss einer Überprüfung der Brandsicherheit eine entsprechende Verfügung erlasse. Hinsichtlich des Gebäudes der Applicants datiere die entsprechende Verfügung (Rectification Order) vom 29. Mai 2019. Selbst wenn angenommen würde, dass mit deren Erlass hinsichtlich der Notwendigkeit einer

Sanierung ein in Geld messbarer Vermögensschaden im Sinne der Police festgestellt worden wäre, läge dieser Zeitpunkt ausserhalb des zeitlichen Geltungsbereichs der Police. Dies erkläre auch, weshalb die Applicants nach Erlass des Building Product Use Ban und nach der Bestätigung der Lieferantin über die Art der verbauten ACP in der genannten Mängelrüge an die Verkäuferin der Stockwerkeigentumseinheiten erst von einem möglichen Gewährleistungsanspruch gesprochen hätten ("[...] there may be a warranty claim"). Der Erlass des Building Product Use Ban bzw. die Kenntnisnahme der diesem zugrunde liegenden Umstände habe deshalb zwar zur angeblichen Feststellung eines Produktemangels und damit einhergehend von allfälligen Gewährleistungsansprüchen geführt, aber jedenfalls noch nicht zu einer Schadensfeststellung im Sinne der streitgegenständlichen Police.

**3.1.5.** Daran ändere Ziff. 4.16 Master-Police nichts, die eine Deckungserweiterung für Prüf- und Sortierkosten vorsehe. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Überprüfung durch die Applicants im Jahr 2018, deren Kosten unsubstanziert geblieben seien, habe der Feststellung gedient, welche Art von ACP überhaupt verbaut worden sei. Wie sich aus der Darstellung der Beschwerdeführerin ergebe, sei diese Frage durch eine simple Anfrage bei der Lieferantin geklärt worden, nicht durch eine Überprüfung durch Experten. Der Beschwerdeführerin sei der Nachweis misslungen, dass während der Vertragsdauer ein der australischen Klägerschaft entstandener und in den sachlichen Geltungsbereich fallender Schaden erstmals festgestellt worden sei.

**3.1.6.** Die Klage wäre nach Ansicht der Vorinstanz im Übrigen auch dann abzuweisen gewesen, wenn der sachliche Deckungsbereich der Police für die zeitliche Anknüpfung als irrelevant betrachtet worden wäre und auch nicht versicherte Vermögensschäden (beispielsweise eine Wertverminderung) zu einer zeitlichen Anknüpfung hätten führen können. Wie sich aus den vorstehenden Ausführungen ergebe, wäre der Beschwerdeführerin nämlich auch der Nachweis misslungen, dass im Jahr 2018 andere in Geld messbare Vermögensschäden massgebend festgestellt worden wären als Aus- und Einbaukosten.

**3.2.** Die Beschwerdeführerin ist der Ansicht, als zeitliches Anknüpfungskriterium sei der einheitliche Versicherungsfall massgebend, während die sachliche Deckung für die zeitliche Geltung keine Rolle spiele. Dabei sei der Versicherungsfall nicht nach haftpflichtrechtlichen, sondern nach rein versicherungsvertraglichen Kriterien dem Versicherungsvertrag zuzuordnen. Dies zeige sich auch an den drei gängigen Zurechnungsprinzipien in der Haftpflichtversicherung (dem Verursachungsprinzip, dem Schadenmanifestationsprinzip oder Schadenfeststellungsprinzip und dem Anspruchserhebungsprinzip oder "claims made" Prinzip). Diese drei zeitlichen Zuordnungskriterien folgten auf der Zeitachse notwendigerweise nacheinander (die Beschwerdeführerin verweist dazu auf RENÉ BECK, Haftpflicht II, 2. [unveränderte] Aufl. 2012 [Vorauslage; es besteht eine 3. unveränderte Aufl.], S. 55 [recte: S. 56]). Der Schadeneintritt bzw. die Schadenfeststellung (Schadeneintrittsprinzip oder Schadenfeststellungsprinzip) könne logisch nicht vor der Verursachung des Schadens (Verursacherprinzip) erfolgen. Ebenso wenig sei es denkbar, dass die Anspruchserhebung beziehungsweise die Kenntnisnahme entsprechender Umstände (Anspruchserhebungsprinzip) erfolge, bevor der mit dem Anspruch in Zusammenhang stehende Schadeneintritt überhaupt durch jemand festgestellt worden sei. Subsidiär beruft sie sich auf die Unklarheitenregel.

**3.3.** Die Beschwerdegegnerin macht demgegenüber geltend, mit Schaden sei im hier zu beurteilenden Fall der versicherte reine Vermögensschaden gemeint, welcher der allfälligen Haftpflicht des Versicherten zugrundeliege und für welchen die Police Versicherungsschutz gewähre. Es sei mit der Vorinstanz an diejenige Police anzuknüpfen, in deren zeitlichem Geltungsbereich (angeblich oder tatsächlich) erstmals ein versicherter Schaden festgestellt worden sei (Verwirklichung der versicherten Gefahr). Sie ist zudem der Ansicht, die Beschwerdeführerin habe die selbstständige Begründung der Vorinstanz, wonach die Klage auch dann abzuweisen wäre, wenn der sachliche Deckungsbereich der Police für die zeitliche Anknüpfung als irrelevant betrachtet worden wäre (vgl. E. 3.1.6 hiavor),

unangefochten gelassen. Daher könne die Beschwerde, selbst wenn die Rügen gegen die Hauptbegründung zuträfen, nicht gutgeheissen werden.

#### **4.**

Beruhet der angefochtene Entscheid auf mehreren selbstständigen Begründungen, die je für sich den Ausgang des Rechtsstreits besiegeln, so hat der Beschwerdeführer unter Einhaltung der Begründungsanforderungen nach Art. 42 Abs. 2 und 106 Abs. 2 BGG darzulegen, dass jede von ihnen Recht verletzt; andernfalls kann auf die Beschwerde nicht eingetreten werden (BGE 142 III 364 E. 2.4 mit Hinweisen).

**4.1.** Die Eventualbegründung ist einerseits insoweit nicht selbstständig und tragend, als sie auf vorstehende Ausführungen und damit auf die Hauptbegründung verweist. Nur in einem Einzelpunkt - der sachlichen Deckung - könnte ihr selbstständige Bedeutung zukommen.

**4.2.** Indem die Beschwerdeführerin argumentiert, es sei nicht denkbar, dass die Anspruchserhebung beziehungsweise die Kenntnisnahme entsprechender Umstände (Anspruchserhebungsprinzip) erfolge, bevor der mit dem Anspruch in Zusammenhang stehende Schadeneintritt überhaupt durch jemand festgestellt worden sei, beanstandet sie die Auslegung der Police in Bezug auf den Anknüpfungzeitpunkt durch die Vorinstanz beziehungsweise die Subsumption des konkreten Falles darunter. Sollte sich diese Rüge als zutreffend erweisen und die Schadensfeststellung bei korrekter Auslegung der Police und Subsumption des konkreten Falles darunter für von der Versicherung erfasste Schäden während der Versicherungsdauer erfolgt sein, kommt der Eventualbegründung keine Bedeutung zu, und müsste diese nicht separat angefochten werden.

#### **5.**

Die im aktuellen Versicherungsvertragsgesetz enthaltene Regelung betreffend die Zulässigkeit einer Rückwärtsversicherung (Art. 10 VVG) geht auf eine Gesetzesänderung vom 19. Juni 2020 zurück, die auf den 1. Januar 2022 in Kraft gesetzt wurde (AS 2020 4969). Für Verträge, die vor dem Inkrafttreten der Änderung vom 19. Juni 2020 abgeschlossen worden sind, gelten allerdings lediglich die Formvorschriften sowie das Kündigungsrecht nach den Artikeln 35a und 35b des neuen Rechts (Art. 104 VVG), so dass im zu beurteilenden Fall aArt. 9 VVG in der bis 31. Dezember 2021 geltenden Fassung (AS 1982 2221) und die dazu ergangene Rechtsprechung einschlägig bleibt.

**5.1.** Eine Haftpflichtversicherung schützt das Vermögen des Versicherten indem sie einerseits zu Recht geltend gemachte Haftpflichtansprüche übernimmt (Entschädigungsanspruch) und bei Schäden, für die der Versicherte nicht haftet, die Ansprüche namens des Versicherten abwehrt (vgl. FUHRER, Haftpflichtversicherung, in: Haftung und Versicherung, Weber/Münch [Hrsg.], 2. Aufl. 2015, S. 1281 Rz. 26.3). Bei der Definition des zeitlichen Geltungsbereiches geht es um die Zuordnung eines Versicherungsfalles zu einer Police. In der Haftpflichtversicherung kommen dabei grundsätzlich drei Varianten in Betracht (vgl. FUHRER, a.a.O., S. 1284 Rz. 26.10) : Das Verursachungsprinzip (Action-committed), das Schadeneintrittsprinzip (Loss-occurrence) beziehungsweise Manifestations- oder Schadenentdeckungsprinzip und schliesslich das Anspruchserhebungsprinzip (Claims-made), wobei Schadeneintritt einerseits und Manifestation und Entdeckung andererseits zum Teil auch als zwei separate Varianten behandelt werden (vgl. VON ZEDTWITZ, Zeitpunkt der Anspruchserhebung in Claims-made-Policen [Berufshaftpflichtversicherung] Ziff. 16, in: dRSK, publiziert am 18. November 2015) und vom Anspruchserhebungszeitpunkt noch der Klagezeitpunkt unterschieden wird (vgl. BECK, a.a.O., S. 56).

**5.2.** Die Auslegung der Vorinstanz ist bereits in sich selbst problematisch: Die Vorinstanz erkennt, dass die Master-Police keine Definition des "Schadens" enthält. Dennoch bezeichnet sie den Wortlaut für den zu beurteilenden Fall als zu eng. Ihr Ergebnis kann sich damit nicht auf den Wortlaut der Police stützen, während ihre Auslegung nach dem Wortlaut nach ihrer eigenen Auffassung nicht sämtliche

Fälle abdeckt, sondern sich hier als zu eng erweist. Gerade mit Blick auf die fehlende Definition wäre aber vorab zu prüfen, ob sich nicht ein Verständnis des Schadens finden lässt, das auch im zu beurteilenden Fall zu vernünftigen Ergebnissen führt, und daher sowohl mit dem Wortlaut als auch der Systematik und dem Zweck der Police vereinbar wäre.

**5.2.1.** Als Zeitpunkt des Schadenseintritts gilt nach dem Wortlaut der Police "derjenige, in welchem ein Schaden erstmals festgestellt wird (durch wen auch immer)". Die Existenz eines Schadens wird in der Literatur als unerlässliche Voraussetzung dafür, dass jemand für Schadenersatz belangt werden kann, bezeichnet; die Feststellung der Existenz eines Schadens löst überhaupt erst die Diskussion über einen Anspruch aus (OFTINGER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, I Band, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1995, S. 90 § 2 Rz. 62). Mit einer derartigen Anknüpfung wird verhindert, dass eine der Parteien über die Fortführung der Versicherung in Kenntnis des angeblichen Schadenseintritts entscheiden kann. Dies würde dem Grundprinzip einer Versicherung widersprechen (vgl. BGE 135 III 225 E. 1.4), da der Schadenseintritt die Wahrscheinlichkeit, dass die Versicherung in Anspruch genommen wird, wesentlich erhöht. Es sind ähnliche Überlegungen, die dazu führen, dass auch Versicherungen, denen das klassische "Claims-made-Prinzip" oder Anspruchserhebungsprinzip zugrunde liegt, den Anknüpfungzeitpunkt in der Regel bereits auf den Moment setzen, in dem ein Versicherter erstmals von Umständen Kenntnis erhält, nach welchen damit gerechnet werden muss, dass ein unter die Versicherung fallender Schadenersatzanspruch erhoben werde (Urteile des Bundesgerichts 4A\_262/2015 vom 31. August 2015 E. 3.1; 5C.237/2001 vom 11. Januar 2002 E. 3c). So wird der Zeitpunkt vor die Klageeinreichung gelegt und damit das Anspruchserhebungsprinzip an das Schadeneintrittsprinzip angenähert (FUHRER, a.a.O., S. 1284 Rz. 26.12; vgl. VON ZEDTWITZ, a.a.O., Ziff. 18; vgl. dazu auch die Zeitachse der bei Haftpflichtversicherungen üblichen Anknüpfungspunkte bei BECK, a.a.O., S. 56, auf die sich die Beschwerdeführerin beruft). Die Literatur geht mithin davon aus, dass grundsätzlich der Schaden vor der Klageerhebung eintritt.

**5.2.2.** Dass auch die Police von einem Anknüpfungzeitpunkt lange vor Erhebung der Klage ausgeht, ergibt sich aus dem systematischen Zusammenhang: In Ziff. 4.2.3 der FoS-Master-Police wird unter dem Titel "Durchführung" unter den übergeordneten Titel "4.2 Schadenbehandlung" und "4 Schadenfall" festgehalten, die Beschwerdegegnerin führe die Verhandlungen mit dem Geschädigten. Die Versicherten sind gemäss Abs. 2 dieser Bestimmung demgegenüber verpflichtet, direkte Verhandlungen mit dem Geschädigten oder dessen Vertreter über Ersatzansprüche, jede Anerkennung einer Haftung oder Forderung, den Abschluss eines Vergleichs und die Leistung von Entschädigungen zu unterlassen, sofern nicht die Beschwerdegegnerin hierzu ihre Zustimmung gibt. Kann mit dem Geschädigten keine Verständigung erzielt werden, so haben die Versicherten der Beschwerdegegnerin die Prozessführung zu überlassen (Ziff. 4.3 Prozessführung). Die Master-Police enthält in Ziff. 8.2.3 und 8.3 analoge Bestimmungen. Die Policen gehen offensichtlich davon aus, die Anknüpfung des Versicherungsfalles stehe bereits im Zeitpunkt, in dem Verhandlungen über die Schadenserledigung aufgenommen werden, fest. Ansonsten wüsste der Versicherte bei vorprozessualen Vergleichsverhandlungen nicht, die Zustimmung welcher Versicherung er für eine gütliche Beilegung des Konflikts einholen müsste.

**5.2.3.** Aus der Regel zum Personenschaden lässt sich nichts Anderes ableiten: Es wird auf den Zeitpunkt abgestellt, in dem der Geschädigte wegen Symptomen der betreffenden Gesundheitsschädigung erstmals einen Arzt konsultiert, auch wenn sich der ursächliche Zusammenhang erst später herausstellt. Auch beim Personenschaden wird die Feststellung des Schadens so definiert, dass eine Anspruchserhebung vor diesem Zeitpunkt kaum denkbar ist. Die Regel gilt zudem nur im Zweifelsfall, lässt also die Möglichkeit des Nachweises einer vorherigen Feststellung des Schadens auch ohne Konsultation eines Arztes offen.

**5.2.4.** Da auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche von der Versicherung erfasst wird, darf für die zeitliche Zuordnung keine Rolle spielen, ob der festgestellte Schaden tatsächlich existiert. Tut er es

nicht, besteht Deckung für die Abwehr des diesfalls unberechtigten Anspruchs, sofern der Anspruch, wenn er bestehen würde, von der Versicherung erfasst würde. Mit der Feststellung des Schadens kann daher nach Treu und Glauben nur die Feststellung der Umstände gemeint sein, aus denen der Geschädigte einen von der Versicherung erfassten Anspruch ableitet - ob die Umstände richtig festgestellt wurden und sich daraus tatsächlich der geltend gemachte Anspruch ableiten lässt, kann für die zeitliche Zuordnung nicht massgebend sein. Darüber ist im Streitfall im Rahmen der Abwehr unberechtigter Ansprüche im Prozess zu entscheiden.

**5.3.** Die Vorinstanz sieht den Schaden, der festgestellt werden muss, in den Ein- und Ausbaurkosten und stellt daher zunächst frühestens auf den Entscheid der zuständigen Behörde über die Pflicht zum Ausbau ab. Dieser Zeitpunkt liegt lange nach dem Zeitpunkt, in dem die Mangelhaftigkeit der verwendeten Bauteile festgestellt wurde und damit Ansprüche der Geschädigten im Raum stehen. Gemäss der Vorinstanz selbst hat die Beschwerdeführerin im kantonalen Verfahren behauptet, die Applicants hätten am 8. September 2018 Mängelrüge an die Erstellerin und Verkäuferin ihres Gebäudes erhoben und diese darauf hingewiesen, die Angelegenheit sollte der Versicherung gemeldet werden. Auch die Klageerhebung erfolgte vor diesem Zeitpunkt. Dass eine Anknüpfung nach Klageerhebung für eine Versicherung, die auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche unter Federführung der Versicherung erfasst, keinerlei Sinn ergäbe, erkennt die Vorinstanz selbst und stellt in diesem Fall auf den Zeitpunkt ab, als der Empfang der Klage bei der Klägerin ein Bedürfnis nach Rechtsschutz begründet habe.

**5.3.1.** Diese Anknüpfung findet allerdings keine Stütze im Wortlaut der Police. Aus deren Regelung über Vergleichsverhandlungen ergibt sich zudem eindeutig, dass auch dieser Anknüpfungzeitpunkt zu keinem vernünftigen Resultat führt, da für allfällige vorprozessuale Vergleichsverhandlungen nicht feststehen würde, welche Versicherung zu diesen ihre Zustimmung geben muss. Nach der Systematik der Versicherung begründet nicht erst die Zustellung der Klage das Bedürfnis nach Rechtsschutz, da nach dem klaren Wortlaut nur der Prozessweg zu beschreiten ist, wenn mit dem Geschädigten keine Verständigung erzielt werden kann. Unter diesem Gesichtspunkt könnte nur auf den Zeitpunkt der Klagezustellung abgestellt werden, wenn die Beschwerdeführerin durch diese erstmals davon Kenntnis erhielt, dass gegen sie Ansprüche geltend gemacht werden könnten. Das hat die Vorinstanz so nicht festgestellt.

**5.3.2.** Aber auch das Abstellen auf den Entscheid der zuständigen Behörde findet im Wortlaut der Police keine Stütze. Danach gilt als Zeitpunkt des Schadenseintritts "derjenige, in welchem ein Schaden erstmals festgestellt wird (durch wen auch immer)". Es wird gerade nicht die Feststellung durch eine bestimmte in irgendeiner Art dafür qualifizierte Instanz vorausgesetzt.

**5.3.3.** Beide Zeitpunkte würden, wie die Beschwerdeführerin zu Recht rügt, auch nicht in das System der Anknüpfungspunkte bei Haftpflichtversicherungen passen, indem die Anknüpfung nach dem Schadenseintrittsprinzip (oder genauer dem Schadenmanifestationsprinzip) nach dem für das Anspruchserhebungsprinzip massgebenden Zeitpunkt zu liegen käme. Die Beschwerdegegnerin macht zwar geltend, die zeitliche Abfolge sei nicht zwingend, und es bestünden Ausnahmen. Ob ihre diesbezüglichen Ausführungen zutreffen, hängt aber wieder von der Frage ab, was man unter Feststellung des Schadens zu verstehen hat - das wird in der Police gerade nicht definiert. Entscheidend ist, ob eine Versicherte, die eine Versicherung abschliesst, die nach dem klaren Wortlaut in zeitlicher Hinsicht an das Schadenmanifestationsprinzip anknüpft, nach Treu und Glauben nicht damit rechnen muss, dieser Zeitpunkt könnte erst nach dem Zeitpunkt eintreten, der für eine Versicherung nach dem claims-made-Prinzip massgebend wäre.

**5.3.4.** Auch in Bezug auf die Schadenverhütungskosten führt die Auffassung der Vorinstanz zu keinem vernünftigen Ergebnis: Wird der Schaden erst im Anfall der Ausbaurkosten gesehen oder im Entscheid der zuständigen Behörde über die Pflicht zum Ausbau, liesse er sich im Moment, da er unmittelbar

bevorsteht, gar nicht mehr vermeiden. Ab dem Moment, in dem die mangelhaften Teile verbaut wurden, lässt sich der Schaden, der schliesslich eingetreten ist, nicht mehr verhindern. Das zeigt, dass der behauptete Schaden, der schliesslich die Ein- und Ausbaurkosten verursacht, latent schon mit dem Einbau entsteht: Hätte man den Aus- und Einbau verhindern wollen, hätte man den Einbau der mangelhaften Produkte verhindern müssen.

**5.4.** Der Grund dafür, dass die Vorinstanz die Aus- und Einbaurkosten in einer Art anknüpft, die sich mit dem Wortlaut, der Funktion und der Systematik der Versicherung nicht vereinbaren lässt, liegt darin, dass sie das Wesen der Mangelfolgeschäden, auf die sie ihre Argumentation stützt, verkennt. Bei dem Ausbau mangelhafter Erzeugnisse sowie dem nachfolgenden Einbau von mangelfreien Produkten Dritter (Aus- und Einbaurkosten), für die nach der Police Deckung besteht, handelt es sich entgegen der Vorinstanz nicht um Mangelfolgeschäden, von denen bei Entdeckung des Produktemangels allenfalls noch gar nicht feststeht, ob sie je entstehen werden, sondern wie auch der Wortlaut (Einbau Mangelfreier Produkte) verdeutlicht, um Mangelbeseitigungs- beziehungsweise Reparaturkosten. Die Mangelbeseitigung verhindert, dass (zukünftig) Mangelfolgeschäden entstehen können (Urteil des Bundesgerichts 4A\_353/2023 vom 14. November 2023 E. 3). Werden den Geschädigten die Aus- und Einbaurkosten ersetzt, stellt dies einen Geldersatz für die von ihnen zur Schadensbehebung ausgelegten Kosten dar. Dies bildet einen Teil des Schadenersatzes (OFTINGER/ STARK, a.a.O., S. 100 § 2 Rz. 90). Dieser Schaden, der durch den Aus- und Einbau behoben werden soll, war aber im Zeitpunkt, in dem die Mangelhaftigkeit der konkret verbauten Produkte festgestellt wurde, bereits eingetreten und konnte daher festgestellt werden.

**5.4.1.** Ein Mangelfolgeschaden wäre gegeben, wenn das Gebäude infolge des unzureichenden Brandschutzes abbrennen würde. Ob ein derartiger Mangelfolgeschaden eintritt, ist bei Entdeckung des Produktemangels (sofern er nicht erst anlässlich des Brandes erkannt wird) in der Tat noch ungewiss. Ob Mangelfolgeschäden eintreten oder verhindert werden, hängt davon ab, wann der Mangel behoben wird (vgl. zit. Urteil 4A\_353/2023 E. 3). Wird der Mangel behoben, lässt dies davor eingetretene Mangelfolgeschäden unberührt, während danach keine neuen mehr eintreten können (vgl. zit. Urteil 4A\_353/2023 E. 3). Die Mangelbeseitigungskosten lassen sich nicht durch die Mangelbeseitigung verhindern. Es handelt sich in diesem Sinne nicht um Mangelfolgeschäden. Wollte man darauf abstellen, dass ohne Mangel auch keine Mangelbeseitigung nötig wäre und den Schaden in diesem Sinne als Mangelfolgeschaden werten, handelte es sich um einen bei Entdeckung des Mangels bereits eingetretenen Schaden - er kann durch die Mangelbeseitigung nicht mehr verhindert werden. Die Schadenbehebungskosten ersetzen den Schaden, der in der Baute durch den Mangel selbst (den ungenügenden Brandschutz) entstanden ist. Der damit verbundene Schaden tritt nicht etwa erst mit Anfall der Aus- und Einbaurkosten ein: Im Moment, in dem entdeckt wird, dass eine Baute einen unzureichenden Brandschutz bietet, sinkt deren Wert im Vergleich zu einer gleichartigen Baute mit hinreichendem Brandschutz. Und soweit die Beseitigung dieses Schadens den Aus- und Einbau der Fassadenteile verlangt, ist er von der Versicherung gedeckt.

**5.4.2.** Der Zeitpunkt, in dem dieser Schaden im Sinne der Police erstmals festgestellt wird, liegt allerdings nicht zwingend im Zeitpunkt der generellen Entdeckung des Produktemangels, denn mit der Entdeckung des Mangels an sich (hier der Unzulänglichkeiten von ACP, die mehr als 30 % Polyethylen als Kernmasse aufweisen) steht noch nicht fest, ob an einem konkreten Objekt überhaupt das behauptetermassen mangelhafte Produkt verwendet wurde. Nach den Feststellungen der Vorinstanz hat sich die Beschwerdeführerin aber auf eine Überprüfung durch die Applicants im Jahr 2018 berufen, die der Feststellung gedient habe, welche Art von ACP überhaupt verbaut worden sei. Diese Frage sei durch eine simple Anfrage bei der Lieferantin geklärt worden. Spätestens damit war der Schaden, der durch den Ein- und Ausbau behoben wird, festgestellt - hier durch die Applicants.

**5.4.3.** Daraus, dass die Applicants den Ersatz der (unbezahlten) Kosten für Entfernung und Ersetzung der ACP eingeklagt haben, bevor feststand, ob solche anfallen würden, kann in Bezug auf den Zeitpunkt

der Entdeckung des Schadens nichts abgeleitet werden. Denn der Entscheid darüber, ob ein Ausbau zu erfolgen hat, betrifft die Art, in der allenfalls Schadenersatz geschuldet ist (Reparatur oder Ersatz des Minderwerts oder andere Massnahmen zur Erhöhung der Brandsicherheit der Baute), und ändert an dem Schaden, gestützt auf den Schadenersatz verlangt wird, und an dessen Entdeckung die Police in zeitlicher Hinsicht anknüpft, nichts. Das ergibt sich auch aus der Regelung zum Personenschaden: Entscheidend ist vermutungsweise, wann sich die gesundheitliche Beeinträchtigung so manifestiert hat, dass sie erstmals zu einer Arztkonsultation Anlass gab, und nicht der Anfall allfälliger Behandlungskosten. Infolge der eingeschränkten Deckung bei reinen Vermögensschäden hat der Entscheid über die Art des Schadenersatzes dort zwar Einfluss auf die Leistungspflicht der Versicherung. Soweit die Claimants aber die Beseitigung des Schadens durch Ausbau der mangelhaften Teile und den Einbau mangelfreier Teile verlangen, besteht im Rahmen des Schutzes vor unberechtigten Ansprüchen selbst dann Deckung, wenn sich herausstellen sollte, dass die Teile gar nicht ausgebaut werden müssen oder (etwa wenn die den Claimants erteilte Auskunft über die Art der verwendeten Fassadenteile irrtümlich gewesen wäre) gar keine Mängel aufweisen. In diesem Fall hat die Versicherung nach der Abweisung der unberechtigten Ansprüche zu trachten. Nur wenn die Applicants keine Ansprüche geltend gemacht hätten, die - wenn sie bestehen sollten - von der Versicherung gedeckt wären, bestünde keine Deckung und käme der Frage der zeitlichen Anknüpfung keine Bedeutung zu.

**5.5.** Insgesamt kann unter Feststellung des Schadens nach Treu und Glauben keine autoritative oder rechtskräftige Feststellung des Schadensumfangs oder der Art des zu leistenden Schadenersatzes oder der zu zahlenden Schadenersatzleistung verstanden werden, sondern vielmehr die Feststellung der tatsächlichen Elemente, welche die Diskussion über einen Anspruch auslösen und tatsächliches Klagefundament einer allfälligen Klage bilden, sofern dieser Anspruch, falls er tatsächlich bestehen sollte, von der Police gedeckt wäre. Dass im für die Anknüpfung des Versicherungsfalles massgebenden Zeitpunkt noch nicht feststeht, ob tatsächlich von der Versicherung gedeckte Ansprüche bestehen, kann - wie beim Personenschaden, wo sich der ursächliche Zusammenhang auch erst später herausstellen kann - keine Rolle spielen, zumal ohnehin auch die Abwehr unberechtigter Ansprüche von der Versicherung erfasst wird.

**5.6.** Die Einschränkung der Deckung auf eine bestimmte Form des Schadenersatzes, nämlich die Mangelbeseitigung durch Aus- und Einbau, kann allerdings zur Folge haben, dass gegen die Versicherte (kumulativ oder alternativ) sowohl von der Versicherung gedeckte als auch nicht gedeckte Ansprüche im Raum stehen. Dies ist auch hier der Fall. Die Beschwerdegegnerin machte nach dem angefochtenen Entscheid im Eventualstandpunkt geltend, das australische Verfahren habe ausnahmslos Gewährleistungsansprüche bzw. reine Vermögensschäden zum Gegenstand, für die mit Ausnahme der Aus- und Einbaukosten keine Deckung bestehe. Entsprechend beschränke sich auch der Rechtsschutzanspruch auf Kosten, die zur Abwehr der eingeklagten Aus- und Einbaukosten entstünden. Der angefochtene Entscheid konzentriert sich auf die zeitliche Zuordnung, ohne die weiteren Einwände zu behandeln. Auch zu den weiteren Anspruchsvoraussetzungen hat er keine Feststellungen getroffen. Insoweit ist die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen.

## **6.**

Die Beschwerde ist teilweise gutzuheissen und die Sache an die Vorinstanz zurückzuweisen. Die Beschwerdeführerin dringt mit ihrem Leistungsbegehren zwar nicht durch, sie anerkennt aber in der Beschwerde selbst, bei deren Gutheissung komme einzig eine Rückweisung an die Vorinstanz in Frage. Es erscheint daher gerechtfertigt, die Kosten der Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und der Beschwerdeführerin die volle Parteientschädigung zuzusprechen.

**Demnach erkennt das Bundesgericht:**

**1.**

Die Beschwerde wird teilweise gutgeheissen, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Entscheidung an das Handelsgericht zurückgewiesen.

**2.**

Die Gerichtskosten von Fr. 22'000.- werden der Beschwerdegegnerin auferlegt.

**3.**

Die Beschwerdegegnerin hat die Beschwerdeführerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 24'000.-- zu entschädigen.

**4.**

Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.