

# ZH\_HANDELSGERICHT HG160139 vom 2. Oktober 2018

Zh Handelsgericht, 2018-10-02, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh\\_handelsgericht\\_HG160139](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG160139)

FR: ZH\_HANDELSGERICHT HG160139 du 2 octobre 2018

IT: ZH\_HANDELSGERICHT HG160139 del 2 ottobre 2018

## Erwägungen

### E. 1

Formelles

#### E. 1.1

Zuständigkeit und Klageeinleitung Die örtliche und sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts des Kantons Zürich ist gegeben (Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO sowie Art. 6 Abs. 2 lit. a und b und Abs. 3 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG) und im Übrigen unbestritten geblieben (act. 17 Rz. 12). Das Verfahren wurde mittels Klage gehörig eingeleitet (Art. 220 f. ZPO; act. 1). Vollmachten wurden beigebracht (act. 7; act. 13). Auch hat die Klägerin den von ihr geforderten Gerichtskostenvorschuss fristgerecht geleistet (act. 4; act. 10).

#### E. 1.2

Übrige Prozessvoraussetzungen Die übrigen Prozessvoraussetzungen der Klage, welche ebenfalls von Amtes wegen zu prüfen sind (Art. 59 i.V.m. Art. 60 ZPO), erweisen sich als erfüllt und geben zu keinen weiteren Bemerkungen Anlass. Damit ist auf die Klage einzutreten.

#### E. 1.3

Teilweiser Klagerückzug Die Klägerin erklärt in ihrer Replik, dass der Zinslauf für den geforderten Zins ab der Bezahlung der Versicherungsleistung beginne, die Belastung sei am 7. Juli 2014 erfolgt. In der Klageschrift sei ein Zinslauf ab dem 2. Juli 2014 verlangt worden, dies sei das Datum der internen Buchung (act. 29 S. 26; act. 3/42). Durch diese Verschiebung des Beginns des geforderten Zinslaufs vom 2. auf den 7. Juli 2014 reduziert die Klägerin ihre Forderung, was jederzeit zulässig ist (Art. 227 Abs. 3 ZPO). Diese Reduktion bedeutet ein teilweiser Klagerückzug (PAHUD, in: BRUNNER/GASSER/SCHWANDER [Hrsg.], DIKE-Komm-ZPO, 2. A., 2016, Art. 227 N 19 m.H.). Folglich ist das Verfahren bezüglich des Zinses von 5% auf CHF 137'140.00 vom 2. bis 6. Juli 2014 inklusive das entsprechende Begehren auf Beseitigung Rechtsvorschlag zufolge Klagerückzugs als erledigt abzuschrei-

- 7 - ben (Art. 241 Abs. 2 und Abs. 3 ZPO). Auf die Kostenverteilung (siehe Ziffer 7) hat dieser Rückzug keinen Einfluss (vgl. Art. 91 Abs. 1 ZPO).

### E. 2

Entstehung der Regressforderung

#### E. 2.1

Unbestrittener Sachverhalt im Überblick Zwischen der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ und der Beklagten bestand ein To- talunternehmer-Werkvertrag (samt Nachtrag) betreffend die Erneuerung und Er- weiterung des Sportparks D.\_\_\_\_\_ (act. 1 S. 4; act. 3/3-4; act. 17 Rz.

14). Zur Werkerstellung gehörte das Einbringen eines Asphaltbelags auf dem Vorplatz im nordwestlichen Bereich der sich damals bereits im Endausbau befindenden Eishalle (act. 1 S. 3 und 5; act. 17 Rz. 54). Die Beklagte übertrug die entsprechenden Arbeiten berechtigterweise an die E.\_\_\_\_\_ AG als Subunternehmerin (act. 1 S. 4 f.; act. 17 Rz. 15). Am Morgen des 28. Novembers 2013 führten drei Arbeiter der E.\_\_\_\_\_ AG auf dem Vorplatz der Eishalle Vorbereitungsarbeiten wie das Trocknen des Betonbodens zur gleichentags geplanten Einbringung des Gussasphalts aus. F.\_\_\_\_\_, der Vorarbeiter, trocknete dazu die grösseren Flächen des Bodens mit einem Gasbrenner. Auf Anweisung von F.\_\_\_\_\_ hin trocknete G.\_\_\_\_\_ mit einem kleineren Gasbrenner den Rand der Fläche entlang der Fassade der Eishalle, während ein dritter Arbeiter mit einem Sauggerät das Wasser vom Boden absaugte (act. 1 S. 5 f.; act. 17 Rz. 19). Wenige Minuten nachdem G.\_\_\_\_\_ seine Trocknungsarbeiten beendet hatte, sah er an der rechten Ecke der Fassade der Eishalle unten eine kleine Flamme. Er versuchte zusammen mit seinen Kollegen den durch seine Arbeiten ausgelöste Brand zuerst mit Schnee, dann mit einem Feuerlöscher zu löschen. Dies gelang jedoch nicht. Das Feuer breitete sich hinter dem Fassadenblech in der hinterlüfteten Fassade aus und setzte grosse Teile der Isolation (Styropor) in Brand. Die Feuerwehr konnte das Feuer schliesslich unter Kontrolle bringen, wobei im Zuge der Löscharbeiten ein grosser Teil der aus Blech bestehenden Aussenfassade abgerissen werden musste (act. 1 S. 6 f.; vgl. act. 17 Rz. 21).

- 8 - Der anerkanntermassen durch den Arbeiter der E.\_\_\_\_\_ AG, G.\_\_\_\_\_, aufgrund des Gasbrennereinsatzes verursachte Brand (act. 17 Rz. 16 und 19) führte zu Schäden an der Eishalle, insbesondere im Bereich der Fassade und der Lüftung (act. 1 S. 5 f.; act. 17 Rz. 16). Die Klägerin kam für die Reparaturkosten des Brandschadens auf (act. 1 S. 3; act. 17 Rz. 13). Sie überwies der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ am 10. Januar 2014 CHF 6'989.– und der Beklagten am 7. Juli 2014 CHF 164'436.– (act. 1 S. 14 f. und 19 f.; act. 3/16-18; act. 3/41-43; act. 17 Rz. 65; act. 29 S. 26). Weiter wurde G.\_\_\_\_\_ im Zusammenhang mit diesem Brand mit Strafbefehl vom 26. März 2015 wegen fahrlässiger Verursachung einer Feuersbrunst im Sinne von Art. 222 Abs. 1 StGB verurteilt (act. 1 S. 7; act. 3/10; act. 17 Rz. 22).

## **E. 2.2**

Überblick über die Parteivorbringen Die Klägerin will mit vorliegender Klage auf die Beklagte Regress nehmen. Sie begründet den behaupteten Regressanspruch damit, dass die Beklagte aus Vertrag für eigenes Verschulden sowie für ihre Hilfspersonen gegenüber der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ hafte und damit schadenersatzpflichtig sei, da sie den Brand wegen Nichteinhaltung verschiedenster Brandschutzvorschriften und der Verletzung von Vorsichtspflichten verschuldet habe (act. 1 S. 11 und S. 21; act. 29 S. 2 ff. und S. 26 ff.). Es liege ein mehr als bloss leichtes Verschulden vor (act. 29 S. 2). Sie, die Klägerin, habe gegenüber der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ Versicherungsleistungen erbracht, weshalb sie durch Subrogation in jedem Umfang in die Rechte der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ eingetreten und somit gestützt auf Art. 50 f. OR zum Regress auf die Beklagte berechtigt sei (act. 1 S. 3). Die Beklagte beantragt die Abweisung der Klage (act. 17 und act. 33, je S. 2). Sie bestreitet, dass die Klägerin für von ihr erbrachte Versicherungsleistungen regressberechtigt sei, da es seitens der Beklagten bzw. ihrer Hilfspersonen an einem Verschulden fehle. Falls das Gericht dennoch davon ausgehe, dass eine oder mehrere Hilfspersonen der Beklagten den Brand verursacht hätten, liege jedenfalls nur leichte Fahrlässigkeit von Hilfspersonen und somit auch lediglich ein leichtes

Verschulden vor (anstelle vieler act. 17 Rz. 2 und 69 f.). In einem solchen

- 9 - Fall sei gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts (sog. Gini/Durlemann-Praxis) eine Regressforderung des Schadenversicherers (hier die Klägerin) gegen den schadenersatzpflichtigen Vertragspartner (hier die Beklagte) abzulehnen, dies jedenfalls – wie diesfalls vorliegend gegeben wäre – bei nicht schwerem Verschulden der Hilfsperson (act. 17 Rz. 2 und 77 ff.). Des Weiteren bestreitet die Beklagte das Vorliegen einer Haftung. Namentlich wird von der Beklagten in Abrede gestellt, dass sie selber oder ihre Hilfspersonen bei der Ausführung ihrer werkvertraglich vereinbarten Tätigkeiten eine von ihnen einzuhaltende Sorgfaltspflicht verletzt (anstatt vieler act. 17 Rz. 18, 43). Zudem bestreitet sie die Kausalität zwischen einer allfälligen Sorgfaltspflichtverletzung und dem Schadensentritt (act. 33 Rz. 48, 51, 53, 56, 70, 80, 110). Auch seien seitens der Klägerin die Sorgfaltspflichtverletzungen sowie der natürliche Kausalzusammenhang nicht substantiiert behauptet bzw. bewiesen worden (act. 17 Rz. 45 ff.; act. 33 Rz. 53, 59, 80, 88, 110). Damit sind in Bezug auf die Entstehung der behaupteten Regressforderung das Vorliegen einer Haftung der Beklagten sowie der Grad eines allfälligen Verschuldens strittig. Auf die einzelnen Parteivorbringen und Sachverhaltselemente wird in den nachfolgenden Erwägungen detaillierter eingegangen, soweit sich dies als zur Entscheidungsfindung notwendig erweist.

### **E. 2.3**

Relevanz des Strafbefehls Mit ihrer Klage legte die Klägerin den gegen G.\_\_\_\_\_ ergangene Strafbefehl der Staatsanwaltschaft des Kantons St. Gallen, Untersuchungsamt Gossau, vom 26. März 2015 ins Recht (act. 3/10). Sie macht diesbezüglich geltend, dass das Verschulden zivilrechtlich unabhängig vom Strafrichter zu würdigen sei, im Strafbefehl enthaltene tatsächliche Feststellungen wie etwa das Bewusstsein von G.\_\_\_\_\_ um die Gefährlichkeit der Arbeitsweise vorliegend jedoch von Relevanz seien (act. 1 S. 7; act. 29 S. 5). Zudem seien im Strafverfahren erhobene Aussagen zulässige Beweismittel im Zivilverfahren (act. 29 S. 6). Die Beklagte pflichtet der Klägerin insoweit bei, als dass ein Zivilgericht eine unabhängige Würdigung vorzunehmen habe (act. 17 Rz. 23; act. 33 Rz. 8). Abweichend von der Klägerin führt sie an, dass diverse dem Strafbefehl zugrunde liegende Tatsachen nicht

- 10 - stimmen würden und der darin wiedergegebene Sachverhalt bestritten und nicht massgebend sei. Weiter verweist sie auf den Verhandlungsgrundsatz. Die strafrechtliche Verurteilung von G.\_\_\_\_\_ sei unbeachtlich und nicht richtig, er habe nicht fahrlässig gehandelt (act. 17 Rz. 23 ff.; act. 33 Rz. 8). Wie von den Parteien korrekt ausgeführt, ist gemäss Art. 53 Abs. 2 OR das strafrechtliche Erkenntnis (insbesondere) bezüglich der Beurteilung der Schuld (und der Bestimmung des Schadens) für den Zivilrichter nicht verbindlich. Nicht durch Art. 53 OR geregelt ist die Frage der Bindung des Zivilrichters an das Strafurteil in Sachverhaltsfragen und in Bezug auf die Widerrechtlichkeit sowie den adäquaten Kausalzusammenhang. Während unter der Geltung der kantonalen Prozessordnungen die Kantone insoweit eine Bindung des Zivilrichters vorsehen konnten, sieht die schweizerische ZPO keine solche Bindung vor. Das Zivilgericht ist daher in all diesen Punkten, insbesondere bei wertenden Feststellungen, nicht an die Erkenntnisse des Strafgerichts gebunden und entscheidet in allen Punkten unabhängig (KESSLER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 53 N 4; BREHM, in: HAUSHEER/WALTER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Die Entstehung durch unerlaubte

Handlungen, Art. 41 - 61 OR, 4. A., 2013, Art. 53 N 24 ff. m.H.). Dies hat umso mehr beim vorliegenden, nicht von einem Strafgericht i.e.S. erlassenen Strafbefehl zu gelten. Im Strafverfahren erhobene Beweise dürfen vom Zivilgericht im Rahmen der freien Beweiswürdigung berücksichtigt werden (BGer Urteil 4A\_65/2008 vom 3. August 2009 E. 8.2).

### **E. 2.3.7**

des Totalunternehmer-Werkvertrags (act. 3/3) sieht die Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 vor. Art. 23 Abs. 2 der SIA-Norm 118 verweist für die Haftung aus Nichterfüllung oder nicht richtiger Erfüllung eines Werkvertrages auf die Vertrags-

- 19 - Bestimmungen sowie Art. 97 ff. und Art. 363 ff. OR. Der Totalunternehmer-Werkvertrag (act. 3/3) enthält keine Spezialbestimmungen.

### **E. 2.4**

Voraussetzungen für die Entstehung einer Regressforderung

#### **E. 2.4.1**

Bisherige Praxis Wird ein Brandschaden an einem Gebäude durch einen Dritten verschuldet, so gehen gemäss der kantonalen Subrogationsnorm Art. 51 Abs. 1 GVG die Schadenersatzansprüche des Versicherungsnehmers auf die Gebäudeversicherung über, soweit sie Entschädigung leistet. Damit statuiert – ähnlich wie Art. 72 VVG, welcher auf die Klägerin als vom Kanton organisierte Versicherungsanstalt keine Anwendung findet (BGer Urteil 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 2.2; Art. 103

- 11 - Abs. 2 VVG) – das kantonale Recht bei der Erbringung der Versicherungsleistung ein Regressrecht der Gebäudeversicherung auf haftende Dritte. Das Bundesgericht hat allerdings in ständiger Rechtsprechung entschieden, dass Art. 51 OR gegenüber den kantonalen Regressvorschriften Vorrang hat; vorbehalten bleiben kantonale Vorschriften, die den Rückgriff erschweren (BGE 50 II 186 E. 2; BGer Urteil 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 2.2 m.H.; BREHM, a.a.O., Art. 51 N 15 m.H. und N 71.). Im Rahmen von Art. 51 OR ist zu beachten, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine kantonale Schadenversicherung – da diese trotz öffentlich-rechtlicher Grundlage des Versicherungsverhältnisses den Privatversicherungen gleichzustellen ist – die Stellung einer aus Vertrag haftenden Person inne hat (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 71; BGE 55 II 118 E. 2 m.H.). Gemäss Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR wird bei mehreren Personen, die aus verschiedenen Rechtsgründen haften (mehrtypische Solidarität), der Regress nach richterlichem Ermessen bestimmt. Dabei trägt gemäss Art. 51 Abs. 2 OR in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist. Aufgrund dieser Regresskaskade "1.

Verschuldenshaftung (unerlaubte Handlung) – 2. Haftung aus Vertrag – 3. Haftung aus Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung)" kann ein aus Vertrag Haftender (und damit die Schadenversicherung) auf einen Kausalhaftpflichtigen – es sei denn, es komme noch zusätzlich ein Verschulden von Letzterem hinzu, wodurch er in die erste statt in die dritte Kategorie fallen würde (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 55 f. m.H.) – nicht Regress nehmen (vgl. BGE 137 III 352 E. 4). Handelt es sich um die Haftpflicht einer juristischen Person, so ist ein Verschulden des Kausalhaftpflichtigen dann zu bejahen, wenn ein solches einem ihrer Organe zur Last fällt (BGE 107 II 489 E. 5b). Obwohl aus dem Gesetzestext nicht

erkennbar, findet Art. 51 OR gemäss Lehre und Rechtsprechung auch auf Fälle eintypischer Solidarität, d.h. wenn mehrere Personen unabhängig voneinander aus dem gleichen Rechtgrund haften, Anwendung (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 95 und 95a m.H. auf die Rechtsprechung). Das heisst, die Frage, ob und in welchem Umfang eine aus Vertrag haftende Person

- 12 - gegen einen ebenfalls aus Vertrag haftenden Dritten Rückgriff nehmen kann, beurteilt sich ebenfalls nach richterlichem Ermessen (Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art. 50 Abs. 2 OR). Zu Art. 51 OR und der Regressmöglichkeit eines Schadenversicherers auf einen Werkvertragspartner des Versicherungsnehmers hat das Bundesgericht mit dem sogenannten Gini/Durlemann-Entscheid (BGE 80 II 247 = Pra (44) 1955, Nr. 18) ein Präjudiz begründet und dieses in der Folge mehrfach bestätigt (u.a. BGE 93 II 345 E. 6; BGer Urteile 4C.148/2001 vom 6. Juni 2002 E. 5.2; 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3.1). Dieses Präjudiz stützt sich auf die Annahme, dass die Versicherung selbst die Stellung einer aus Vertrag haftenden Person innehat. Da im Gini/Durlemann-Entscheid der Werkvertragspartner (Dritter) ebenfalls aus Vertrag haftete, ging das Bundesgericht von einem Anwendungsfall eintypischer Solidarität aus. Gestützt auf diese Grundannahmen entschied das Bundesgericht, dass eine Regressforderung des Versicherers gegen den Dritten wenigstens dann nicht zuzulassen sei, wenn dem Dritten bzw. seiner Hilfsperson nur ein leichtes Verschulden vorzuwerfen sei (BGE 80 II 247 E. 5). In späteren Urteilen entschied es weiter, dass jedoch dann ein Regressrecht des Versicherers bestehe, falls dem Dritten bzw. seiner Hilfsperson ein mehr als bloss leichtes bzw. ein schweres Verschulden vorzuwerfen sei (u.a. BGE 93 II 345 E. 6; BGer Urteile 4C.92/2007 vom 31. Juli 2007 E. 3.1 und 4C.148/2001 vom 6. Juni 2002 E. 5.2) (vgl. kritische Auseinandersetzung zur ganzen Thematik in: MÜLLER, Regress im Schadensausgleichsrecht unter besonderer Berücksichtigung des Privatversicherers, Diss., 2006, S. 92 ff. sowie in BREHM, a.a.O., Art. 51 N 108d ff.). Gemäss bisheriger Praxis wäre nach Erbringung der Versicherungsleistung ein Regress der Klägerin auf die Beklagte dann zu bejahen, wenn die Beklagte der Versicherungsnehmerin (Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_) aus Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung) bei einem zusätzlichen Verschulden oder aus Vertrag mit einem mehr als bloss leichten Verschulden haften würde.

- 13 -

## **E. 2.4.2**

Praxisänderung

### **E. 2.4.2.1**

Praxisänderung des Bundesgerichts für private Schadenversicherer Mit BGE 144 III 209 (BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018) hat das Bundesgericht seine Praxis zum Regress in Bezug auf private Schadenversicherer geändert. Neu wird den privaten Schadenversicherern der Rückgriff auf Kausalhaftpflichtige (ohne deren zusätzliches Verschulden) ermöglicht. Laut Begründung des Bundesgerichts werde in der Lehre zutreffend kritisiert, dass der Versicherer gemäss der bisherigen Rechtsprechung als Haftpflichtiger im Sinne von Art. 50 f. OR behandelt werde. Korrekt sei, dass der Versicherer den Schaden in Erfüllung seiner primären vertraglichen Leistungspflicht aus dem Versicherungsvertrag decke und nicht (sekundären) Schadenersatz aus Nicht- oder Schlechterfüllung leiste. Dem Versicherer dürfe daher nicht der Regress auf Kausalhaftpflichtige verwehrt werden. Denn dies führe zu einer falschen Kostenverteilung,

weil der Ersatz von Schäden die vertragliche Gegenleistung zum Einkassieren von Prämien sei. Diese würden nicht bezahlt, um Kausalhaftpflichtige zu entlasten. Folglich solle der Versicherungsnehmer auch nicht für die Haftpflicht Dritter mit seinen Prämien aufkommen. Die aufgrund von Statistiken berechneten Prämien könnten reduziert werden, wenn dem Versicherer der Rückgriff auf Kausalhaftpflichtige erlaubt würde (BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom

#### **E. 2.4.2.2**

Praxisänderung für kantonale Schadenversicherungen Auch wenn kantonale Versicherungen nicht dem VVG unterstellt sind (siehe Ziffer 2.4.1), hat die Rechtsprechung sie bisher den Privatversicherern gleichgestellt und die Tragweiten von Art. 51 Abs. 2 OR und Art. 72 VVG harmonisiert (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 71). Grund dafür ist, dass, abgesehen von den unterschiedlichen rechtlichen Grundlagen der Versicherungsverhältnisse, die gleichen Rahmenbedingungen bestehen. Unabhängig davon, ob ein Versicherungsnehmer bei einer privaten oder kantonalen Versicherung versichert ist, bezahlt er Prämien im Gegenzug für den Erhalt einer Versicherungsdeckung. Folglich greifen die vom Bundesgericht in seinem neuen BGE 144 III 209 (BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018) verwendeten Argumente im Wesentlichen auch bei den kantonalen Schadenversicherungen. Auch kantonale Schadenversicherungen decken entstandenen Schaden in Erfüllung ihrer primären gesetzli-

- chen Leistungspflicht, ohne dass eine Gesetzesverletzung oder ein Verschulden ihrerseits vorliegen, und sollten nicht als aus Vertrag Haftende gemäss Art. 50 OR f. behandelt werden. Ebenso wie bei den Privatversicherern werden mit der bisherigen Praxis durch das Vorliegen kantonalen Versicherungen andere Haftpflichtige zulasten der Versicherungsnehmer, welche entsprechend höhere Prämien zu tragen haben, privilegiert. Das Bundesgericht weist in seinem neuen Urteil zudem auf die unverständlichen Unterschiede zur Regelung im Sozialversicherungsrecht, welche den Regress der Versicherer längst vorsieht, hin. Noch viel unverständlicher wäre es aber, wenn nun plötzlich kantonale und private Schadenversicherungen unterschiedlich behandelt würden, ist deren Situation doch noch viel ähnlicher als diejenige von privaten Schadenversicherungen und Sozialversicherungen. Entsprechend drängt sich eine Änderung der Regresspraxis für die kantonalen Schadenversicherungen und damit deren Harmonisierung mit der neuen bundesgerichtlichen Regress-Rechtsprechung für Privatversicherer auf. Anders als bei den Privatversicherern lässt sich eine solche Praxisänderung bei den kantonalen Schadenversicherungen selbstverständlich nicht durch eine neue Auslegung des Begriffs der unerlaubten Handlung im Wortlaut des auf kantonale Schadenversicherer nicht anwendbaren Art. 72 VVG und der Nichtanwendung von Art. 51 Abs. 2 OR begründen. Vielmehr lassen Art. 51 Abs. 1 OR sowie Art. 50 Abs. 2 OR selbst Raum für eine angleichende Praxisänderung. So qualifiziert ein kantonaler Schadenversicherer in Anlehnung an die Erwägungen des Bundesgerichts in seinem neuen Urteil (BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018] E. 2.4 m.H. auf die h.L.) nicht mehr als eine aus Vertrag haftende Person im Sinne von Art. 51 OR, da sie nicht wie gewöhnlich aus Vertrag Haftende aus Nicht- oder Schlechterfüllung eines Vertrags haftet, sondern aufgrund der Versicherungs-/Risikodeckung. Dies führt dazu, dass die Kaskadenordnung gemäss Art. 51 Abs. 2 OR auf die kantonale Schadenversicherung keine Anwendung finden kann und sich der Regress entsprechend Art. 51 Abs. 1 i.V.m. Art.

50 Abs. 2 OR allein aufgrund richterlichen Ermessens bestimmt. Richterliches Ermessen ist pflichtgemäss auszuüben und hat sich an den in Lehre und Rechtsprechung anerkannten Grundsätzen zu orientieren. Aufgrund der ver- glichen mit den Privatversicherungen und den Sozialversicherungen sehr ähnl-

- 16 - chen Position kantonaler Schadenversicherungen ist es angezeigt, das Ermessen in diesem Sinne auszuüben und auch bei kantonalen Schadenversicherungen ein Regress auf Kausalhaftpflichtige (ohne zusätzliches Verschulden vorauszusetzen) zuzulassen. Der Ansatz des Bundesgerichts lässt sich – entgegen der Meinung der Beklagten (act. 39) – noch weiterentwickeln und zwar in Bezug auf den Regress von Scha- denversicherern auf aus Vertrag haftende Personen. Der Umstand, dass der Schadenversicherer nicht mehr als eine aus Vertrag haftende Person im Sinne von Art. 51 OR gilt, muss auch diesbezüglich das richterliche Ermessen beein- flussen: Täte er das nicht, so wäre es nun plötzlich schwieriger auf aus Vertrag Haftende als auf Kausalhaftpflichtige Regress zu nehmen. Dies kann aufgrund der sich in der (nicht anwendbaren) Regresskaskade widerspiegelnden Grund- wertung des Gesetzgebers und in Anbetracht der Bedeutung der Verschuldens- komponente nicht sein. Konsequenterweise ist deshalb auch der Regress der Schadenversicherer auf aus Vertrag haftende Personen zu erleichtern und diesen bereits bei leichtem Verschulden – dieses ist nötig, damit überhaupt der vertragli- che Haftungstatbestand erfüllt ist (siehe Ziffer 2.5.1.2) – zuzulassen.

#### **E. 2.4.2.3**

Auswirkung der Praxisänderung auf vorliegende Beurteilung In Bezug auf vorliegendes Verfahren darf nicht vergessen werden, dass die kan- tonale Subrogationsnorm den Regress erschweren darf (siehe Ziffer 2.4.1). Ge- nau dies macht Art. 51 Abs. 1 GVG indem er – unter Verweis auf Art. 41 ff. OR in der dazugehörenden Fussnote – für den Regress der Gebäudeversicherung das Verschulden des Schadens durch einen Dritten voraussetzt. Damit unterscheidet sich der Wortlaut der Norm deutlich von der Terminologie anderer Regressnor- men wie insbesondere derjenigen im VVG, welche anstatt von Verschulden von unerlaubter Handlung spricht. Im Gegensatz zum Begriff der unerlaubten Hand- lung (vgl. BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018] E. 2.6) lassen sich unter den Begriff des Verschuldens keine Kausalhaftungen, da für de- ren Anwendung das Verschulden des Haftpflichtigen gerade keine Voraussetzung bildet (REY/WILDHABER, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 5. A., 2018, N 1043), subsumieren. Entsprechend ist in diesem Punkt weiterhin der bisherigen kantona-

- 17 - len Rechtsprechung zu folgen, welche präzisiert hat, dass das Verschulden des Schadens aufgrund schuldhafter unerlaubter Handlungen oder schuldhafter Ver- letzungen vertraglicher Verpflichtungen erfolge, während bei einer Kausalhaftung zusätzlich ein persönliches Verschulden bzw. bei juristischen Personen ein ihr gemäss Art. 55 ZGB zurechenbares Verschulden der Organe notwendig sei (Ent- scheid Kantonsgericht St. Gallen vom 19. Mai 2015 E. 2a). Demnach ist gestützt auf das GVG ein Regress seitens der kantonalen Gebäudeversicherung (Scha- denversicherer) auf einen Kausalhaftpflichtigen weiterhin nur bei zusätzlichem Verschulden möglich. Der Verweis auf Art. 41 ff. OR in der zu Art. 51 Abs. 1 GVG gehörenden Fussnote ändert nichts daran, dass der kantonale Gebäudeversicherer auf eine aus Vertrag haftende Person Regress nehmen kann. Denn sonst wäre dies – aufgrund der Möglichkeit, durch kantonales Recht den Regress zu erschweren – bereits bisher nicht möglich gewesen, was gemäss der vorerwähnten kantonalen Rechtspre- chung gerade nicht zutrifft. Zu dem in Art. 51 Abs. 1 GVG

vorgesehenen Verschulden zählt damit auch das für die vertragliche Haftung verlangte Verschulden bzw. das hypothetische Verschulden bei der Hilfspersonenhaftung. Zum Grad des Verschuldens bei einer vertraglichen Haftung finden sich im GVG keine expliziten Angaben, gemäss Wortlaut scheint jegliches Verschulden zu genügen. Das Kantonsgericht St. Gallen beruft sich in seinen Entscheiden bei Regressbejahung auf eine aus Vertrag haftende Person zwar auf eine grobe Fahrlässigkeit bzw. mehr als leichtes Verschulden, verweist dabei aber jeweils auf Art. 51 Abs. 2 OR und die entsprechende bundesgerichtliche Rechtsprechung (u.a. GVP 1972 Nr. 11 E. 2; Entscheid Kantonsgericht St. Gallen vom 19. Mai 2015 E. 2a). Demnach gibt es keine Anzeichen dafür, dass das kantonale Recht eine diesbezügliche Erschwerung gegenüber dem Bundesrecht beabsichtigt. Damit ist der Regress auf aus Vertrag haftende Personen bereits bei leichtem Verschulden zuzulassen. Im Falle der Anwendbarkeit des GVG ist somit nach Erbringung der Versicherungsleistung ein Regress der Gebäudeversicherung auf den Dritten dann möglich, wenn dieser der Versicherungsnehmerin aus Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung), wobei – aufgrund des kantonalen Rechts – ein zusätzliches Verschulden

- 18 - notwendig ist, oder aber aus Vertrag, wobei es ebenfalls weiterhin eines zusätzlichen Verschuldens bedarf, der Grad des Verschuldens aber keine Rolle spielt, haftet.

### **E. 2.4.3**

Fazit Da vorliegend die Klägerin als kantonale Gebäudeversicherung die Versicherungsleistung unstrittig erbracht hat, kann sie bis maximal zur Höhe der erbrachten Versicherungsleistung direkt auf die Beklagte Regress nehmen, sofern die Beklagte der Versicherungsnehmerin (Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_) unabhängig vom Grad des Verschuldens aus Vertrag und / oder aus Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung) bei zusätzlichem Verschulden haftet. Dies ist nachfolgend zu prüfen.

## **E. 2.5**

Haftung und Verschulden im Besonderen

### **E. 2.5.1**

Rechtliches zur Haftung aus Vertrag

#### **E. 2.5.1.1**

Vertragsqualifikation und anwendbare Bestimmungen Zwischen der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_ und der Beklagten besteht ein Totalunternehmer-Werkvertrag (samt Nachtrag) (act. 1 S. 2 und S. 4; act. 17 Rz. 13 f.; act. 3/3-4). Dieser wurde zwischen der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_ und der A.\_\_\_\_ Generalunternehmung AG abgeschlossen (act. 3/3). Aufgrund der Übernahme der Aktiven und Passiven der A.\_\_\_\_ Generalunternehmung AG durch die Beklagte im Rahmen einer Fusion im März 2013 (vgl. elektronischer Handelsregisterauszug der Beklagten) ging der Totalunternehmer-Werkvertrag auf die Beklagte über. Gemäss Totalunternehmer-Werkvertrag sind seitens der Beklagten sowohl die Errichtung des Werks als auch die Projektierungsarbeiten – d.h. die gesamte Ausführung eines Bauwerkes – geschuldet (act. 3/3 Ziffer 5.1), weshalb der Totalunternehmer-Werkvertrag nicht nur die Bezeichnung trägt, sondern auch rechtlich als Werkvertrag qualifiziert (vgl. BGE 114 II 53 E. 2a-c). Ziffer

#### **E. 2.5.1.2**

Haftungsvoraussetzungen Voraussetzungen einer Haftung aus Vertrag sind das Bestehen eines Vertrags- verhältnisses, eine Vertragsverletzung, das Vorliegen eines Schadens, eine kausale Verkettung von Vertragsverletzung und Schaden durch eine natürliche Kausalität, welche im rechtlichen Sinne als adäquat erscheint, sowie ein Verschulden des Vertragspartners, der den Vertrag verletzt hat (Art. 97 ff. OR). Der Vertragspartner, der wegen einer Vertragsverletzung Schadenersatz beansprucht, trägt die Beweislast für all diese Voraussetzungen (vgl. Art. 8 ZGB; WIEGAND, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 97 N 60; ZINDEL/PULVER/SCHOTT, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 364 N 57 m.H.) mit Ausnahme des adäquaten Kausalzusammenhangs, da dieser als Rechtsfrage nicht dem Beweis durch die Parteien unterliegt (GAUCH/SCHLUEP et al., Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Band II, 10. A., 2014, N 2959 f.), sowie des Verschuldens, welches von Gesetzes wegen vermutet wird (WIEGAND, a.a.O., Art. 97 N 61 m.H.). Bei der Geltendmachung einer Regressforderung trägt der Regressand als Ansprecher dieselbe Beweislast wie dieser Vertragspartner. Für schädigende Vertragsverletzungen einer Hilfsperson in Ausübung vertraglicher Verrichtungen haftet derjenige Vertragspartner, der für die Erfüllung vertraglicher Pflichten berechtigterweise eine Hilfsperson beizieht, wie für sein eigenes Verhalten (Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR sowie spezifisch betreffend Subunternehmer Art. 29 SIA-Norm 118). An die Stelle des eigenen Verschuldens des Vertragspartners tritt das hypothetische Verschulden bzw. die Vorwerfbarkeit (siehe Ziffer 2.5.1.3.3). Die Haftung für Hilfspersonen kann durch im Voraus getroffene Vereinbarungen beschränkt oder aufgehoben werden (Art. 101 Abs. 2 OR).

- 20 -

### **E. 2.5.1.3**

**Vertragsverletzung, Kausalität und Verschulden 2.5.1.3.1. Vertragsverletzung** Eine Art von Vertragsverletzung ist die positive Vertragsverletzung, d.h. die nicht gehörige Erfüllung einer vertraglichen Pflicht. Sie kann in einer pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung bestehen. Eine Pflichtwidrigkeit liegt dann vor, wenn ein Vertragspartner bzw. dessen Hilfsperson Pflichten verletzt, welche ihm aufgrund Gesetz, Vereinbarung oder richterlicher Vertragsergänzung zukommen (GAUCH, Der Werkvertrag, 5. A., 2011, N 812). Zu den zentralen Pflichten gehören die Sorgfaltspflichten. In Bezug auf Werkverträge ist in Art. 364 Abs. 1 OR sowie in Art. 23 Abs. 1 SIA-Norm 118 jeweils eine allgemeine Sorgfaltspflicht statuiert. Hinzu kommen daraus abgeleitete, von der Rechtsprechung spezifizierte sowie in Spezialgesetzen vorgesehene Sorgfaltspflichten. Zu letzteren gehört die in Art. 11 f. des Gesetzes über den Feuerschutz des Kantons St. Gallen (FSG, Stand 23. Januar 2007) vorgesehene allgemeine Sorgfaltspflicht im Zusammenhang mit der Brandverhütung. Gemäss Art. 7 der dazugehörigen Vollzugsverordnung (Stand 21. Dezember 2010) wird diese in den schweizerischen Brandschutzvorschriften VKF, zu welchen die durch interkantonale Vereinbarung und Beschluss verbindlich erklärte Brandschutznorm vom 26. März 2003 (BSR 1-03d, nachfolgend Brandschutznorm) und Brandschutzrichtlinie, Brandverhütung in Betrieben und auf Baustellen vom 26. März 2003 (BSR 11-03d, nachfolgend Brandschutzrichtlinie) zählen, präzisiert. Die konkret anwendbaren Sorgfaltspflichten und das Mass der Sorgfalt sind nach den Umständen des Einzelfalls aufgrund der Art und des Risikos der auszuführenden Tätigkeit zu bestimmen (GAUCH/STÖCKLI, Kommentar zur SIA-Norm 118, Allgemeine Bedingungen für

Bauarbeiten, 2. A., 2017, Art. 23 N 4.10; BGE 93 II 350 E. 4 m.H.; GVP 1989 Nr. 30 E. 2). Art. 12 Abs. 2 FSG sieht diesbezüglich vor: "Die Anforderungen, die an die Sorgfaltspflicht gestellt werden, müssen nach der Erfahrung notwendig, nach dem Stande der Technik möglich und den Verhältnissen angemessen sein." Unerheblich ist dagegen grundsätzlich, was in gewissen Kreisen üblicherweise vorgekehrt wird. Nicht die übliche, sondern die

- 21 - nach den Umständen und Verhältnissen konkret angebrachte Sorgfalt ist gefordert (BGE 93 II 345 E. 4). 2.5.1.3.2. Kausalität Die Pflichtverletzung muss für den Schadenseintritt kausal sein. Ein natürlicher Kausalzusammenhang ist gegeben, wenn das schädigende Verhalten eine notwendige Bedingung bildet bzw. nicht weggedacht werden könnte, ohne dass auch der eingetretene Erfolg entfiel. Bei Unterlassungen bestimmt sich der Kausalzusammenhang danach, ob der Schaden auch bei Vornahme der unterlassenen Handlung eingetreten wäre (hypothetischer Kausalverlauf) (BGer Urteil 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2; BGE 124 III 155 E. 3d; HUEGENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 2. A., 2014, N 122). Adäquat ist der Kausalzusammenhang dann, wenn der Eintritt des Erfolges durch das Ereignis als allgemein begünstigt erscheint. Weil bei Unterlassungen wertende Gesichtspunkte schon bei der Feststellung des hypothetischen (natürlichen) Kausalzusammenhangs eine Rolle spielen, ist es nicht sinnvoll, auch noch separat die Adäquanz zu prüfen (BGer Urteil 4A\_588/2011 vom 3. Mai 2012 E. 2.2.2). An den Beweis der natürlichen Kausalität und damit auch an die Behauptungen dürfen keine allzu strengen Anforderungen gestellt werden; der Nachweis überwiegender Wahrscheinlichkeit eines bestimmten Kausalverlaufs genügt, wenn ein direkter Beweis nach der Natur der Sache nicht geführt werden kann (GAUCH/SCHLUEP et al., a.a.O., N 2959). Das Vorliegen von Unterbrechungsgründen ist vom Schuldner zu beweisen (REY/WILDHABER, a.a.O., N 674). 2.5.1.3.3. Verschulden Bei Erfüllung der übrigen Haftungsvoraussetzungen gemäss Art. 97 OR wird das Verschulden von Gesetz wegen vermutet, wobei dem Schuldner grundsätzlich eine Exkulpationsmöglichkeit zusteht. Zu seiner Entlastung kann er nachweisen, dass er sorgfältig vorgegangen ist. Bei Sorgfaltspflichtverletzungen bleibt für die Exkulpation allerdings fast kein Raum, wenn deren Nachweis gelingt, da damit zugleich bewiesen wird, dass die zu erwartende Sorgfalt nicht angewendet wurde (WIEGAND, a.a.O., Art. 97 N 43 m.H.).

- 22 - Bei der Vertragsverletzung durch eine Hilfsperson (Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR) spricht die Lehre von der hypothetischen Vorwerfbarkeit bzw. vom hypothetischen Verschulden. Die Haftung des Schuldners setzt voraus, dass ihm die Handlung der Hilfsperson vorwerfbar wäre, wenn er sie selber vorgenommen hätte. Art. 101 OR erfordert somit ein "qualifiziertes" Verschulden, indem das schädigende Verhalten der Hilfsperson dem Schuldner zum haftungsbegründenden Verschulden gereichen muss. Der Schuldner haftet somit auch dann, wenn die Hilfsperson aus subjektiven Gründen (z.B. mangels Urteilsfähigkeit) selber kein Verschulden trifft. Auch entfällt die Haftung nicht, wenn die Hilfsperson kein Verschulden trifft, weil sie mangelhaft ausgebildet oder falsch instruiert gewesen ist; entscheidend bleibt allein die Sorgfalt, die vom Schuldner erwartet werden darf (WEBER, in: HAUSHEER [Hrsg.], Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97-109 OR, Bd. VI, 2000, Art. 101 N 133 ff.). Relevant ist einzig, ob der Schuldner verantwortlich wäre, hätte er gehandelt wie die Hilfsperson

(FURRER/WEY, in: FUR- RER/SCHNYDER [Hrsg.], CHK - Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obli- gationenrecht - Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 3. A., 2016, Art. 101 N 30 f.). Nicht relevant ist, ob den Schuldner ein tatsächliches Verschulden trifft (GAUCH/SCHLUEP, a.a.O., N 3041). Der Schuldner kann sich nur exkulpieren, wenn das Fehlverhalten der Hilfsperson ihm auch nicht hypothetisch vorwerfbar ist (WEBER, a.a.O., Art. 101 N 136 ff. m.H.). Verschulden setzt einerseits die bei Erwachsenen vermutete Urteilsfähigkeit (Art. 16 ZGB; BGE 124 III 5 E. 1b) und andererseits Vorsatz oder Fahrlässigkeit voraus. Es wird zwischen grober ("Wie konnte er nur!"), leichter ("Er hätte schon sollen") und mittlerer Fahrlässigkeit unterschieden. Im Gegensatz zum Strafrecht gilt ein objektivierter Fahrlässigkeitsbegriff. Zur Anrechnung als Verschulden ge- nügt mithin, wenn der Schadenseintritt an sich voraussehbar war; dass der Haft- pflichtige selber ihn vorausgesehen hat, ist dagegen nicht erforderlich (vgl. OFTIN- GER/STARK, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. I, 5. A., 1995, S. 193 f.). Ein Fehlverhalten ist als grobfahrlässig (schweres Verschulden) zu qualifizieren, wenn damit elementare Sorgfaltspflichten missachtet werden, die sich jedem vernünfti- gen Menschen in der gleichen Lage aufdrängen mussten (BGer Urteil 4C.92/2007

- 23 - vom 31. Juli 2007 E. 3.2 verweisend auf BGE 119 II 443 E. 2a, 93 II 345 E. 5 je m.H.). Entscheidend ist, was unter den gegebenen Umständen an Sorgfalt erwar- tet werden durfte und musste. Das Bundesgericht taxiert die Fahrlässigkeit als umso schwerer, je gefährlicher die Umstände sind, für welche der Verursacher einzustehen hat, und je weniger konkret erforderliche Schutzmassnahmen ergrif- fen wurden (vgl. BGE 93 II 345 E. 5).

### **E. 2.5.2**

Behauptungslast der Klägerin Wie ausgeführt (siehe Ziffern 2.5.1.2, 2.5.1.3.1 und 2.5.1.3.2), hat die Klägerin die Sorgfaltspflichtverletzung sowie die natürliche Kausalität zu beweisen. Da die Be- hauptungslast der Beweislast folgt (BGer Urteile 4A\_709/2011 vom 31. Mai 2012 E. 3.1 m.H.; 4C.166/2006 vom 25. August 2006 E. 3), hat sie auch die entspre- chenden Behauptungen aufzustellen. Der Behauptungslast ist durch das Aufstel- len eines schlüssigen Tatsachenvortrags Genüge getan. Das heisst, dass eine Partei diejenigen Tatsachen widerspruchsfrei und vollständig angeben muss, auf die sie ihre Begehren stützt (Art. 55 Abs. 1 ZPO; SUTTER-SOMM/SCHRANK in: SUT- TER-SOMM, HASENBÖHLER, LEUENBERGER [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 3. A., 2016, Art. 55 N 21). Eine Tatsachenbehauptung hat dazu nicht alle Einzelheiten zu enthalten. Es ge- nügt, wenn die Tatsachen, die unter die das Begehren stützenden Normen zu subsumieren sind, in einer den Gewohnheiten des Lebens entsprechenden Weise in ihren wesentlichen Zügen oder Umrissen behauptet werden (BGE 136 III 322 E. 3.4.2; BGer Urteil 4A\_591/2012 vom 20. Februar 2013 E. 2.1). Ein solcher- massen vollständiger Tatsachenvortrag wird als schlüssig bezeichnet, da er bei Unterstellung, er sei wahr, den Schluss auf die angebehrte Rechtsfolge zulässt (BGer Urteil 4A\_210/2009 vom 7. April 2010 E. 3.2 m.H.) (zit. BGer Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2/2.1). Nur soweit der Prozessgegner den schlüssigen Tatsachenvortrag der behauptungsbelasteten Partei bestreitet, greift eine über die Behauptungslast hinausgehende Substantiierungslast. Die Vorbrin- gen sind diesfalls nicht nur in den Grundzügen, sondern in Einzelheiten zer- gliedert so umfassend und klar darzulegen, dass darüber Beweis abgenommen oder dagegen der Gegenbeweis angetreten werden kann (BGE 127 III 365 E. 2b

- 24 - m.H.) (zit. BGer Urteil 4A\_443/2017 vom 30. April 2018 E. 2.1). Im Falle eines widersprüchlichen Tatsachenvortrags fehlt es an rechtsgenügenden Behauptungen, weshalb dessen weitere Prüfung entfällt. Der nicht substantiiert vorgetragene Sachverhalt ist dem nicht bewiesenen gleichgestellt (BGer Urteile 4C.211/2006 vom 26. Juni 2007 E. 3.1; 5P.210/2005 vom 21. Oktober 2005 E. 4.1), es besteht diesbezüglich kein Anspruch auf Beweisführung. Nicht streitige, schlüssige Tatsachenbehauptungen gelten hingegen als wahr, über sie ist kein Beweis zu führen (vgl. Art. 150 Abs. 1 ZPO). In einem arbeitsteiligen Umfeld sind bei ein und demselben Ereignis mehrere Sorgfaltspflichtverletzungen möglich. Behauptungs- und Substantiierungsmängel bezüglich einzelner geltend gemachten Sorgfaltspflichtverletzungen würden – wenn sie denn überhaupt vorlägen – deshalb nicht wie von der Beklagten verlangt (act. 17 Rz. 45 ff.; act. 33 Rz. 53 und 56) von vornherein zur Abweisung der Klage führen. Vielmehr sind die behaupteten Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfspersonen sowie der Beklagten selbst einzeln zu betrachten und zu prüfen. Dabei ist zu beachten, dass die Behauptungs- und Substantiierungslast nur den Tatsachenvortrag betrifft, die Rechtsanwendung erfolgt hingegen von Amtes wegen (Art. 57 ZPO).

### **E. 2.5.3**

Haftung wegen Fehlverhaltens von Hilfspersonen

#### **E. 2.5.3.1**

Vorbemerkung Die Klägerin bezieht sich in vorliegender Klage hauptsächlich auf die Hilfspersonenhaftung (Art. 97 i.V.m. Art. 101 OR), diese wurde laut der Beklagten nicht durch Vereinbarung beschränkt oder aufgehoben (act. 17 Rz. 75). Unbestritten ist diesbezüglich das Vorliegen eines Vertrags und dass die Arbeitnehmer der Beklagten sowie die E.\_\_\_\_\_ AG und deren Arbeitnehmer Hilfspersonen der Beklagten sind und die Beklagte zu deren Beizug zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten berechtigt war (act. 1 S. 3 ff.; act. 17 Rz. 13). Weiter ist das Vorliegen eines Schadens sowie die Schadenshöhe nicht in Frage gestellt worden (vgl. act. 17 Rz. 63 ff.; act. 33 Rz. 96) und durch Rechnungen belegt (act. 1 S. 15 ff.; act. 3/15;

- 25 - act. 3/18-40). Umstritten und damit nachfolgend zu prüfen bleibt das Vorliegen von Vertragsverletzung (Sorgfaltspflichtverletzung), Kausalität sowie Verschulden.

#### **E. 2.5.3.2**

Behauptetes Fehlverhalten der Arbeiter 2.5.3.2.1. Einsatz des Gasbrenners durch G.\_\_\_\_\_ a) Detailliertere Parteivorbringen Die Klägerin bringt vor, G.\_\_\_\_\_ habe die Fassadenisolation völlig ungeschützt zu lange dem offenen Feuer des Gasbrenners ausgesetzt und erhitzt, wodurch der Brand entstanden sei (act. 29 S. 14 f.; act. 1 S. 6 f.). Weiter macht sie geltend, dass G.\_\_\_\_\_ Ziffer 3.2 Abs. 3 und Abs. 4 Brandschutzrichtlinie verletzt habe, es hätte kein offenes Feuer verwendet werden dürfen (act. 29 S. 28). Sie bestreitet, dass diese Arbeitsweise dem Stand der Technik entspreche und den Verhältnissen angemessen gewesen sei (act. 29 S. 19). Das Einsetzen des Gasbrenners ohne geeignete Brandverhütungsmassnahmen zu treffen, trotz Bewusstsein, dass feuergefährliche Stoffe als Isolationsmaterial der Fassade verwendet worden sein könnten, sei unvorsichtig gewesen (act. 29 S. 28). Um solche Massnahmen hätten sich G.\_\_\_\_\_ aufgrund von Ziffer 8.1 Abs. 1 Brandschutzrichtlinie zusammen mit F.\_\_\_\_\_ bemühen müssen, etwa durch das Verwenden von einem Hitze- und Feuerschutz aus Blech oder Eternit um so die Isolation von der Hitze und dem offenen Feuer abzuschirmen. Noch besser wäre der Einsatz einer

anderen Arbeitsmethode gewesen (act. 29 S. 28). Die Beklagte gesteht ein, dass der Einsatz des Gasbrenners durch G.\_\_\_\_\_ zum Brand führte (act. 17 Rz. 16 und 19). Sie bringt aber vor, das Arbeiten mit Gasbrennern sei an der Tagesordnung und die übliche Arbeitsweise, welche dem Stand der Technik entspreche und den Sicherheitsanforderungen genüge (act. 17 Rz. 27, 33, 36, 39, 60 ff., 86; act. 33 Rz. 23, 28 ff., 41, 43 f., 47, 68, 77). Der Brand sei nicht durch Überhitzung sondern aufgrund eines Funkens entstanden. Es habe sich ein auch bei üblichen, dem Stand der Technik und der erforderlichen Sorgfalt entsprechenden und angemessenen Trocknungsarbeiten mit Gasbrennern nicht gänzlich eliminierbares Restrisiko realisiert (act. 17 Rz. 33 und 86;

- 26 - act. 33 Rz. 49). Weiter führt sie aus, es sei keine andere Arbeitsweise in Frage gekommen (act. 33 Rz. 45). Mit einem Industrieföhn oder einem Gebläse sei keine effiziente Trocknung möglich gewesen, da es Eis und Schnee gehabt habe (act. 17 Rz. 62). Bei beiden Varianten hätte man mehr Zeit als mit dem Gasbrenner benötigt. Zudem wäre beim Industrieföhn die Brandgefahr nur unwesentlich kleiner gewesen, da Hitze allgemein problematisch sei (act. 17 Rz. 62). Zu den von der Klägerin vorgeschlagenen Schutzvorrichtungen sei zu sagen, dass das Winkelblech Teil des Fassadenbaus und keine Schutzvorrichtung sei (act. 33 Rz. 30). Eine vertikale Schutzvorrichtung sei zudem nicht praktikabel gewesen, da damit der Boden in Fassadennähe nicht hätte getrocknet werden können. Ein horizontales Schutzschild hätte hingegen die Isolation nicht abgedeckt und wäre deshalb nicht zielführend gewesen (act. 33 Rz. 31 f. und 47). Ziffer 3.2 Abs. 4 und Ziffer 8.1 Abs. 1 Brandschutzrichtlinie seien eingehalten worden, Ziffer 3.2 Abs. 3 der Brandschutzrichtlinie sei hingegen nicht einschlägig (act. 33 Rz. 102 ff.). Im von der Klägerin eingereichten Bericht des Kriminaltechnischen Dienstes (act. 3/5) wird festgehalten, dass davon auszugehen sei, dass G.\_\_\_\_\_ anlässlich von Arbeiten mit dem Gasbrenner nahe der Fassade die Isolation entzündet und so den Fassadenbrand verursacht habe. b) Verwendung offenen Feuers Ziffer 3.2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie sieht vor, dass Schweiß-, Löt- und andere Arbeiten mit offenem Feuer, funkenerzeugende Schleif- und Schneidearbeiten, das Verbrennen von Abfällen, der Umgang mit brennbaren Lösungsmitteln oder das Kochen von Bitumen mit der erforderlichen Vorsicht auszuführen sind und verweist auf Weitere Bestimmungen. Die Weiteren Bestimmungen (16.08.2013 / 41-03d), welche ein Verzeichnis von weiteren Anwendungsvorschriften, die nebst den VKF-Brandschutzvorschriften zu beachten sind, beinhalten, verweisen zu Ziffer 3.2 u.a. auf die Publikation Brandschutz beim Schweißen, Schneiden und verwandten Verfahren des Sicherheitsinstituts (SI), des Schweizerischen Vereins für Schweißtechnik (SVS) und der Vereinigung Kantonalen Feuerversicherungen (VKF) ("VKF-Publikation"). Sie hat zum Ziel in Bezug auf Schweißen und andere Arbeiten, die Wärme, Funken und Tropfen produzieren, auf Brandgefahren hin-

- 27 - zuweisen und die Verhütung von Schadensfällen aufzuzeigen. Neben organisatorischen zählt sie diverse technische Brandverhütungsmassnahmen wie beispielsweise die Entfernung oder, wenn das nicht möglich ist, Abdeckung brennbarer Materialien im Gefahrenbereich, die dauernde Kühlung metallischer Teile, an denen oder in deren unmittelbarer Nähe Feuerarbeiten ausgeführt werden, oder die Abdichtung von Hohlräumen, Ritzen und Durchbrüchen gegen das Eindringen von Funken auf. Des Weiteren sieht auch Ziffer 8.1 Abs. 1 Brandschutzrichtlinie vor, dass bei Arbeiten an Bauten und Anlagen von allen Beteiligten geeignete Massnahmen zu treffen sind, um der durch den Bauvorgang erhöhten Brand- und Explosionsgefahr wirksam zu begegnen.

Vorliegend wurde seitens G.\_\_\_\_\_ durch die Verwendung eines Gasbrenners unbestrittenermassen offenes Feuer eingesetzt, was im vorstehenden Sinne als Arbeit, die Wärme und Funken produziert, qualifiziert. Folglich war G.\_\_\_\_\_ gemäss Ziffer 3.2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie verpflichtet, Brandverhütungsmassnahmen zu treffen. G.\_\_\_\_\_ war sich laut Beklagter der Gefährlichkeit seiner Arbeit denn auch bewusst (act. 17 Rz. 26 und 61; act. 33 Rz. 21 ff. und 34) und hatte mit der Möglichkeit, dass die Isolation aus dem als leicht brennbar bekannten Styropor sei, gerechnet (act. 33 Rz. 39; act. 17 Rz. 32). Gerade wegen der fehlenden genauen Kenntnis des unter der Fassade befindlichen Materials und der genauen Fassadenkonstruktion sowie der Blechfassade war besondere Vorsicht geboten. Die Beklagte bestreitet denn auch nicht, dass G.\_\_\_\_\_ den Brand durch den Gasbrennereinsatz verursacht und keine der vorstehend erwähnten Massnahmen ergriffen hat, sondern macht lediglich geltend, der Einsatz von Gasbrennern entspreche dem Stand der Technik und sei den Verhältnissen angemessen, die von der Klägerin beschriebenen Schutzmassnahmen seien untauglich, alternative Trocknungsmethoden ineffizient und zeitintensiv gewesen bzw. die Brandgefahr wäre damit nur unwesentlich kleiner gewesen (act. 17 Rz. 19 und 60 f.; act. 33 Rz. 30 ff.). Die Fassadenisolation aus Styropor sei nicht entfernbar gewesen (act. 33 Rz. 64). Dass eine Entfernung der Isolation nicht in Frage kam, ist klar, sie ist aber nicht die einzige verlangte Schutzmassnahme. Ob die gemäss Brandschutzvorschriften

- 28 - bei der Verwendung von offenem Feuer ebenso geforderten abdeckenden Schutzvorrichtungen und alternativen Trocknungsinstrumente tatsächlich untauglich gewesen wären, kann aber offen bleiben. Denn mit der Schlussfolgerung, dass bei deren Untauglichkeit die Arbeiten trotzdem auszuführen und dies sorgfältig genug gewesen sei, verkennt die Beklagte, dass es noch eine weitere Möglichkeit gegeben hätte, den Brand zu verhindern. Welche weitere Möglichkeit – welche allein schon aus Vernunft nahe liegt – verlangt gewesen wäre, zeigt Ziffer 4 der VKF-Publikation deutlich: "Lassen sich die nachfolgend beschriebenen Brandverhütungsmassnahmen [Anm. vorstehend aufgezählt, Abdecken, Entfernen, etc.] nicht durchführen, ist auf Feuerarbeiten zu verzichten. An ihre Stelle treten kalte Alternativverfahren wie Schrauben, Kleben oder Sägen (Abb. 3)." Es versteht sich von selbst, dass die in dieser Ziffer 4 beispielhaft aufgezählten kalten Alternativverfahren vorliegend nicht passend gewesen wären. Angebracht und den Verhältnissen angemessen gewesen wäre aber der Verzicht des Einsatzes des Gasbrenners in unmittelbarer Fassadennähe und das Abwarten des selbstständigen Trocknen des Bodens in unmittelbarer Fassadennähe, was auch in den Wintermonaten möglich ist (vgl. act. 1 S. 7), sowie entsprechend das einstweilige Zuwarten mit dem Einbauen des Asphaltbelags gewesen. Durch den dennoch erfolgten Einsatz des Gasbrenners in unmittelbarer Fassadennähe wurde die vorgenannte Sorgfaltspflicht klar verletzt. Ein Risiko, das derart verheerende Folgen nach sich ziehen kann, darf nicht einfach ohne Weiteres in Kauf genommen werden. Ein Zuwarten wäre zudem zumutbar gewesen. Erfahrungsgemäss ist die Asphaltierung eines Vorplatzes zwar notwendig, aber im Rahmen eines grösseren Vorhabens im Hochbaubereich kein zentrales Element. Die Beklagte machte denn auch nicht geltend, dass die Asphaltarbeiten und damit das Trocknen in diesem Zeitpunkt der Endphase des Projekts zwingend sofort erforderlich gewesen sei, z.B. weil sich sonst andere Verzögerungen oder ein anderer Schaden verwirklicht hätten. Sie verweist zwar auf eine E-Mail-Korrespondenz mit der Vereinbarung des Zeitfensters zur Vornahme der Asphaltierungsarbeiten (act. 18/24), führt aber aus, es – entgegen der klägerischen Behauptung, die Arbeiten seien wohl wegen Zeitdrucks unvorsichtig erfolgt (act. 1 S. 21

und 7 f.; act. 29 S. 18 und 20), – sei den Arbeitern kein zeitlicher Druck aufgesetzt worden. Die Arbeiten sei-

- 29 - en nicht wegen Zeitdruck anders verrichtet worden, als sie sonst verrichtet worden wären (act. 17 Rz. 68; act. 33 Rz. 66). Entsprechend wäre zudem alternativ zum Zuwarten auch der Einsatz eines keine grosse Hitze erzeugenden Gebläses und / oder manuelle Entfernung von Schnee und Eis in unmittelbarer Fassaden- nähe, auch wenn damit laut Beklagter das Trocknen länger als mit einem Gas- brenner gedauert hätte (act. 17 Rz. 62), möglich gewesen. Offengelassen werden kann, ob der Brand durch Wärme oder ein Funke verursacht wurde, sind doch die gleichen Sorgfaltspflichten einschlägig, und ob der Einsatz von Gasbrennern dem Stand der Technik entspricht. Ein entsprechendes Beweisverfahren entfällt. Der Einsatz muss nicht nur dem Stand der Technik entsprechen, sondern zudem aufgrund der konkreten Verhältnissen angemessen sein (vgl. Art. 12 Abs. 2 FSG). Angemessen war er aufgrund der Nähe zur Fassade, der Fassadenkonstruktion, der Isolation, des damit verbundenen grossen Risikos sowie des aus Vernunftgründen gebotenen und in der VKF-Publikation deshalb treffend vermerkten Verzichts auf Feuerarbeiten bei Mangel anderer Alternativen offensichtlich nicht. Auch aus dem von der Beklagten mehrfach vorgebrachten Argument, dass diese Arbeitsweise bei der Beklagten bzw. der E.\_\_\_\_\_ AG – unabhängig von der Fassadenkonstruktion (act. 17 Rz. 59) – üblich war (für viele act. 17 Rz. 27, 33, 36, 39), lässt sich nicht zu ihren Gunsten ableiten, schliesslich ist die nach den Umständen angebrachte und nicht die übliche Arbeitsweise oder Sorgfalt gefordert (siehe Ziffer 2.5.1.3.1). c) Kausalität Der Einsatz des Gasbrenners durch G.\_\_\_\_\_ unter Verletzung der Sorgfaltspflicht (Ziffer 3.2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie, inkl. Konkretisierungen), die gebot, eben darauf zu verzichten, war für den Brand und damit den Schaden zudem natürlich und zugleich auch adäquat kausal. Die diesbezügliche Behauptungen der Klägerin, mit denen sie die Verbindung zwischen Gasbrennereinsatz und dem Brand herstellt sind – entgegen der beklagten Ausführungen (vgl. u.a. act. 33 Rz. 80, siehe Ziffer 2.5.1.3.2) – rechtsgenügend. Der sorgfaltswidrige Einsatz des Gasbrenners kann nicht weggedacht werden, ohne dass auch der Brand und damit der Schaden wegfällt. Zudem ist er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und

- 30 - der allgemeinen Lebenserfahrung an sich geeignet, einen Brand, wie der eingetretene, und den daraus resultierenden Schaden herbeizuführen. d) Zwischenfazit Eine für den Eintritt des Schadens kausale Sorgfaltspflichtverletzung der Hilfsperson G.\_\_\_\_\_ ist aufgrund des Gasbrennereinsatzes durch die Verwendung offenen Feuers gegeben. Dass diese in Ausübung der vertraglichen Verrichtung geschah, ist offensichtlich und unbestritten geblieben. 2.5.3.2.2. Instruktion zum Einsatz des Gasbrenners seitens F.\_\_\_\_\_ Die Klägerin macht geltend, F.\_\_\_\_\_ habe Ziffer 2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie verletzt. Er hätte laut Klägerin darauf bestehen müssen, dass G.\_\_\_\_\_ nicht mit einem Gasbrenner ohne Schutz und unmittelbarer Nähe der Fassade arbeitete (act. 29 S. 27). Die Beklagte bestreitet die Verletzung der Brandschutzrichtlinie. F.\_\_\_\_\_ habe die Bestimmung beachtet, die Arbeitsweise sei üblich sowie dem Stand der Technik und den Verhältnissen angemessen gewesen. Zudem habe er G.\_\_\_\_\_ ausdrücklich darauf hingewiesen, mit dem Gasbrenner vorsichtig zu arbeiten, den Gasbrenner geprüft und ihm gezeigt, wie er vorzugehen habe (act. 17 Rz. 27; act. 33 Rz. 20 und 101). Ziffer 2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie sieht vor, dass, wer andere beaufsichtigt, dafür zu sorgen hat, dass diese instruiert sind und die nötige Vorsicht walten lassen. Im Zusammenhang mit der Verwendung von offenem Feuer

ist zudem Ziffer 3.2 Abs. 4 Brandschutzrichtlinie einschlägig, wobei zu beachten ist, dass die vorerwähnte, diese Bestimmung präzisierende VKF-Publikation neben diverser technischer auch organisatorischen Brandverhütungsmassnahmen aufzählt. Dazu gehört auch die Instruktion der Feuerarbeiten ausführenden Person und die gemeinsame Besprechung vorhandener Gefahren und das Vereinbaren der nötigen Schutzmassnahmen mit dem Ausführenden (Ziffer 4.2 VKF-Publikation). Ziffer 8.1 Abs. 1 Brandschutzrichtlinie sieht weiter vor, dass bei Arbeiten an Bauten und Anlagen von allen Beteiligten geeignete Massnahmen zu treffen sind, um der durch den Bauvorgang erhöhten Brand- und Explosionsgefahr wirksam zu begegnen.

- 31 - Es ist unbestritten geblieben, dass F.\_\_\_\_\_ G.\_\_\_\_\_ in Ausübung der vertraglichen Verrichtung zum Einsatz des Gasbrenners instruierte. Damit hielt F.\_\_\_\_\_ ihn aber eben gerade nicht zur notwendigen Sorgfalt an und er traf keine geeigneten Massnahmen um den Brand zu verhindern. Im Gegenteil, seine Instruktion zielte gerade darauf ab, dass G.\_\_\_\_\_ sorgfaltswidrig den Gasbrenner einsetzte (siehe Ziffer 2.5.3.2.1), statt darauf zu verzichten. Damit verletzte F.\_\_\_\_\_ selbst die vorgenannten Sorgfaltspflichten. Die falsche Instruktion von F.\_\_\_\_\_ ist zudem letztlich ebenfalls natürlich und adäquat kausal für die Auslösung des Brandes, hat G.\_\_\_\_\_ den Gasbrenner doch gerade aufgrund seiner Instruktion eingesetzt. Es kann auf vorstehende Ausführungen verwiesen werden.

2.5.3.2.3. Hypothetisches Verschulden Das Verschulden wird aufgrund des Vorliegens der übrigen Haftungsvoraussetzungen vermutet (siehe Ziffern 2.5.3.2.1 und 2.5.3.2.2 sowie 2.5.1.2). Der Einsatz des Gasbrenners und damit die Verwendung des offenen Feuers sowie die diesbezügliche Instruktion wäre auch der Beklagten vorwerfbar, hätte sie sie selber vorgenommen. Aufgrund der festgestellten Sorgfaltspflichtverletzungen bleibt für die Entlastung kein Raum und gelingt der Beklagten nicht. Insbesondere sind Ausführungen der Beklagten, dass den Arbeitern kein Verschulden vorzuwerfen sei sowie G.\_\_\_\_\_s subjektive Einschätzung der angewendeten Sorgfalt und seiner sowie F.\_\_\_\_\_s Aussage, es hätte jedem passieren können, (u.a. act. 17 Rz. 26 f.; act. 33 Rz. 10 und 26) irrelevant. Auch vermag nicht zu entlasten, dass G.\_\_\_\_\_ nach erhaltenen Anweisungen gearbeitet hat (act. 17 Rz. 37), werden doch sowohl sein Verhalten als auch die Instruktion durch F.\_\_\_\_\_ letztlich der Beklagten angerechnet, als hätte sie selber gehandelt (siehe Ziffer 2.5.1.3.3). Dass es zum Brand kam, war auch nicht, wie von der Beklagten vorgebracht, Zufall bzw. Pech (act. 17 Rz. 86). Als Zufall gilt nämlich ein Ereignis, dass weder vom Schuldner noch vom Gläubiger bzw. einer Hilfsperson verschuldet wurde, sondern namentlich aufgrund Handlungen von Drittpersonen sowie höhere Gewalt entstand (GIGER, in: FISCHER/LUTERBACHER [Hrsg.], Haftpflichtkommentar,

- 32 - Kommentar zu den schweizerischen Haftpflichtbestimmungen, 2016, OR, Art. 103 N 3). Handlungen von Drittpersonen sowie höhere Gewalt macht die Beklagte aber nicht geltend und es liegen dafür auch keine Indizien vor; entsprechend erfolgt auch durch die Behauptung des Zufalls keine Exkulpation. Die Hilfspersonen der Beklagten haben trotz Bewusstsein um die Gefährlichkeit bei den auszuführenden Arbeiten in keiner Weise den augenscheinlichen Risiken Rechnung getragen und in leichtfertiger Weise verschiedene Sorgfaltspflichten verletzt. Auch ohne Kenntnis des genauen Materials hinter der Fassade ist für jede vernünftige Person vorhersehbar, dass durch das Benützen einer offenen Flamme unter einem Blech sich die dahinter befindende Isolation entzünden und ein Brand entstehen könnte, der aufgrund der Blechfassade schwierig zu stoppen wäre. Die Beklagte gibt denn sogar selbst zu, dass im Bereich der Fassade immer eine erhöhte Brandgefahr

bestehe, unabhängig vom genauen Aufbau, was sich die Arbeiter bewusst gewesen seien (act. 17 Rz. 61; act. 29 S. 9). Dass sie die Arbeiten dann trotz Bewusstsein um die Gefährlichkeit des Gasbrennereinsatzes ohne überhaupt Sicherheitsmassnahmen oder Alternativen (inkl. Abwarten) in Betracht zu ziehen (vgl. act. 29 S. 9 und 15), – blind darauf vertrauend, dass es schon gut gehe – vornahmen, ist als unverständliches, mehr als leicht fahrlässiges Verhalten zu qualifizieren. Der exakte Grad der Fahrlässigkeit bzw. des Verschuldens kann offen gelassen werden (vgl. Ziffer 2.4.2.3). 2.5.3.2.4. Zwischenfazit Da G.\_\_\_\_\_ auf Instruktion von F.\_\_\_\_\_ in Verletzung elementarer Sorgfaltpflichten fahrlässig Trocknungsarbeiten mit offenem Feuer ausführte, die kausal zum Schaden führten und eine Exkulpation nicht gelingt, ist eine Haftung der Beklagten wegen des Fehlverhaltens dieser Hilfspersonen zu bejahen. Es liegt ein mehr als bloss leichtes Verschulden vor.

### **E. 2.5.3.3**

Behauptetes Fehlverhalten der Vorgesetzten Die Klägerin wirft der Beklagten vor, die Angestellten der Beklagten H.\_\_\_\_\_ und I.\_\_\_\_\_ sowie weitere Vorgesetzte in der Hierarchie der Beklagten und der Subun-

- 33 - ternehmerin hätten trotz entsprechender Pflicht nicht dafür gesorgt, dass Brandschutzvorschriften von der Subunternehmerin sowie deren und ihren eigenen Angestellten eingehalten würden (act. 1 S. 11, 13, 21; act. 29 S. 14). Namentlich hätten die Verantwortlichen bei E.\_\_\_\_\_ AG und der Beklagten nicht zulassen dürfen, dass die Arbeiter einen Gasbrenner (offenes Feuer) zum Trocknen des Bodens im Fassadenbereich einsetzten und dadurch den Brand in Kauf nehmen (act. 1 S. 13 und 21 f., act. 29 S. 8 und 11). Die Beklagte macht geltend, die Vorwürfe seien unsubstantiiert und die Vorschriften seien eingehalten worden (act. 17 Rz. 45, 55, 68) und führt dagegen an, dass das Arbeiten mit Gasbrennern an der Tagesordnung und die übliche Arbeitsweise, welche dem Stand der Technik entsprechen und den Sicherheitsanforderungen genüge, sei (act. 17 Rz. 27, 33, 36, 39, 60 ff., 86; act. 33 Rz. 23, 28 ff., 41, 43 f., 47, 68, 77). Damit genüge sie den Anforderungen an die Sorgfaltpflicht (act. 33 Rz. 44). Es verbleibe aber selbst bei Beachtung der erforderlichen Sorgfalt ein Restrisiko (act. 17 Rz. 33 und 86). Eine andere Arbeitsweise sei nicht in Frage gekommen (act. 33 Rz. 45), die von der Klägerin angeführten Sicherheitsmassnahmen nicht praktikabel bzw. nicht zielführend (act. 33 Rz. 31 f. und 48). Wie vorstehend ausgeführt, liegt durch die Verwendung des Gasbrenners in unmittelbarer Fassadennähe eine Sorgfaltpflichtverletzung vor. Genauso wie F.\_\_\_\_\_ hätten die Vorgesetzten bei der E.\_\_\_\_\_ AG sowie die Projektleiter bei der Beklagten gemäss Ziffern 2 Abs. 4, 3.2 Abs. 4 sowie 8.1 Abs. 1 Brandschutzrichtlinie dafür zu sorgen müssen, dass die Arbeiter instruiert sind und die nötige Vorsicht walten lassen. Auch hätte zumindest der Bauführer J.\_\_\_\_\_, wie dies sinngemäss auch die Klägerin verlangt (act. 29 S. 11), und der Baustellenverantwortliche die Arbeiter in einer Besprechung auf die vorhandenen Gefahren und die nötigen Schutzmassnahmen (Ziffer 4.2 VKF-Publikation) inkl. Zuwarten hinweisen müssen. Dies wurde nicht getan und somit sind die genannten Sorgfaltpflichten verletzt. Ob allerdings ein anderes Vorgehen der Vorgesetzten einen Brand vermieden hätte, ist in Anbetracht der Parteibehauptungen unklar. Die Arbeiter waren sich laut Beklagter der Gefährlichkeit der Arbeit mit dem offenen Feuer in Fassadennähe bewusst (act. 17 Rz. 26 und 61; act. 33 Rz. 21 f. und 34) und führten sie trotzdem aus. Auch wurde nicht ausgeführt, dass J.\_\_\_\_\_ die Ar-

- 34 - beiter zur Trocknung des Bodens mit dem Gasbrenner in Fassadennähe instruiert hatte und infolgedessen eine andere Instruktion den Brand vermieden hätte. Da- mit lässt sich der Kausalzusammenhang nicht sicher erstellen und folglich eine Haftung der Beklagten für das Fehlverhalten dieser Hilfspersonen nicht bejahen.

## **E. 2.6**

Fazit Die Beklagte haftet der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ für das Fehlverhalten ihrer Hilfspersonen G.\_\_\_\_\_ und F.\_\_\_\_\_ aus Vertrag. Da die Klägerin unbestrittener- massen eine Versicherungsleistung an die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_ als ihre Versicherungsnehmerin erbracht hat, gehen die Schadenersatzansprüche der Po- litischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ auf sie über. Das heisst, es ist (und wäre aufgrund des Vorliegens eines zumindest nicht bloss leichten Verschuldens selbst ohne Praxisänderung) ein Regress der Klägerin auf die Beklagten möglich und die Ent- stehung einer Regressforderung damit zu bejahen. Damit kann offengelassen werden, ob und welche weiteren behaupteten fahrlässigen Sorgfaltspflichtverlet- zungen von Hilfspersonen oder der Beklagten selbst begangen wurden. Ebenso erübrigt sich die Prüfung einer Haftung aus Gesetzesvorschrift (Kausalhaftung).

3. Kein Regressverzicht

3.1. Unbestrittener Sachverhalt

Wie erwähnt, kam die Klägerin für die durch den Brandschaden verursachten Re- paraturkosten auf (act. 1 S. 3; act. 17 Rz. 13). Neben einer Überweisung an die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_ am 10. Januar 2014 in der Höhe von CHF 6'989.–, überwies die Klägerin der Beklagten am 7. Juli 2014 CHF 164'436.– (act. 1 S. 14 f. und 19 f.; act. 3/16-18; act. 3/41-42; act. 17 Rz. 65). Diese zweite Zahlung erfolgte aufgrund des Schreibens der Stadt B.\_\_\_\_\_ vom 17. Januar 2014 betref- fend Abtretungserklärung (act. 18/25) an die Beklagte anstatt an die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_. Gleichzeitig mit der Auslösung dieser Zahlung sandte die Klägerin ein Schreiben datierend vom 2. Juli 2014 an die Beklagte (act. 3/43; act. 1 S. 20; act. 17 Rz. 90).

- 35 -

3.2. Parteivorbringen

Die Beklagte macht geltend, dass die Klägerin mit der vorbehaltlosen Auszahlung ihrer Versicherungsleistung an die Beklagte konkludent auf die Geltendmachung der Regressforderung verzichtet habe (act. 17 Rz. 3 und 65). Die Zahlung der Klägerin sei an die Beklagte erfolgt, da die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_ die ihr im Zusammenhang mit dem Brand gegenüber der Klägerin zustehenden Forde- rungen der Beklagten abgetreten habe. Dies sei keine Forderungszession oder Vertragsübernahme, sondern eine Abtretungsvollmacht, welche die Beklagte be- rechtigt habe, die Schadensabwicklung mit der Klägerin für die Politische Ge- meinde B.\_\_\_\_\_ vorzunehmen. Dazu sei die Beklagte gemäss Totalunternehmer- Werkvertrag verpflichtet gewesen (act. 17 Rz. 89). Die Klägerin habe zwar vor Er- bringung der Versicherungsleistung keinen Regressanspruch geltend machen können, da dieser erst bei Erbringung entstehe, hingegen hätte von der Klägerin erwartet werden dürfen, dass sie die Zahlung unter Vorbehalt des Regresses leis- te (act. 17 Rz. 91). Es sei der Klägerin damals bekannt gewesen, dass die Be- klagte für das Fehlverhalten von Subunternehmern hafte, und auch habe sie von der Subrogation im Falle der Erbringung von Versicherungsleistungen gewusst (act. 17 Rz. 91). Ein Vorbehalt habe sich umso mehr aufgedrängt, als die Kläge- rin, wie sie in der Replik zugegeben habe, bereits einen Verdacht auf ein Fehlver- halten einer Hilfsperson haben konnte (act. 33 Rz. 90). In keiner Weise habe aber die Klägerin in ihrem Schreiben vom 2. Juli 2014 darauf hingewiesen, dass sie später für die von ihr geleisteten Zahlungen auf die Beklagte Regress nehmen oder dies jedenfalls prüfen wolle. Statt eines solchen Vorbehalts habe sie der Be- klagten darin gar

mitgeteilt, dass sie mit der Auszahlung den Schadenfall als erledigt betrachte (act. 17 Rz. 90 f.; act. 3/43). Die Zahlung zusammen mit diesem Schreiben sei deshalb ein konkludenter Forderungsverzicht der Klägerin, d.h. ein entsprechender Antrag, gewesen (act. 17 Rz. 90, 92 f.). Die Klägerin habe damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie keinen Regress auf die Beklagte beabsichtige (act. 33 Rz. 90). Diesen Antrag habe die Beklagte in guten Treuen zur Kenntnis genommen und ihn stillschweigend angenommen (act. 17 Rz. 93; act. 33 Rz. 90). Damit hätten die Parteien stillschweigend einen Aufhe-

- 36 - bungsvertrag über Regressansprüche abgeschlossen, an welchen die Klägerin gebunden sei (act. 33 Rz. 90). Die Klägerin statuiert, dass es zwar zutrefte, dass die Politische Gemeinde B.\_\_\_\_\_ Rechte und Pflichten gegenüber der Klägerin an die Beklagte abgetreten habe, sie bestreitet jedoch, dass sie durch die Leistung der Entschädigung an die Beklagte auf Anweisung der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ konkludent auf ihre Regressansprüche verzichtet habe (act. 29 S. 20 f.). Die Beklagte selber sei der Meinung, sie habe nur in Vertretung der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ gehandelt, worauf sie zu behaften sei. Damit sei die Beklagte nur inkasso- und nicht in eigenem Namen forderungsberechtigt gewesen (act. 29 S. 20 f.). Damit fehle es an der Gegenseitigkeit, da die Beklagte die Überweisung als Vertreterin der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ erhalten habe und nicht als Gläubigerin der Klägerin (act. 29 S. 25). Folglich sei kein Vorbehalt anzubringen gewesen (act. 29 S. 24). Selbst bei Vorliegen einer eigentlichen Zession würde diese weder einen Verzicht der Klägerin auf Regress bedeuten, noch den Regressanspruch ausschliessen (act. 29 S. 21). Für einen Verzicht wäre eine gegenseitige übereinstimmende Willenserklärung (Aufhebungs-/Verzichtsvertrag) notwendig gewesen, die Klägerin habe jedoch nie einen Verzichtswillen geäussert, konkludent zum Ausdruck gebracht und auch habe ihr nie eine Offerte betreffend Verzicht vorgelegen. Von einem Regressverzicht sei nie die Rede gewesen (act. 29 S. 24). In jenem Zeitpunkt sei zudem die Strafuntersuchung nicht abgeschlossen gewesen, weshalb noch nicht klar gewesen sei, ob der Klägerin gegenüber der Beklagten Regressansprüche zustünden, die Klägerin hätte damals lediglich einen Verdacht haben können (act. 29 S. 25). 3.3. Rechtliches Art. 115 OR macht deutlich, dass es für einen Forderungsverzicht eine entsprechende Übereinkunft, d.h. eine Zustimmung beider Parteien, bedarf. Ein Forderungsverzicht kann auch formlos und damit konkludent erfolgen, ein stillschweiger Aufhebungsvertrag mit Antrag und Annahme ist demnach möglich (GABRIEL, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 115 N 6 m.H.; BGE 127 III 147 E. 2 d). Gemäss bundesgerichtli-

- 37 - cher Rechtsprechung ist jedoch nicht leichthin von einer Verzichtserklärung auszugehen (BGer Urteile 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005 E. 3.2 m.H.; 9C\_472/2012 vom 31. Oktober 2012 E. 5.2; GABRIEL, a.a.O., Art. 115 N 6 m.H.). Der Wille zur Aufhebung einer Forderung im Sinne von Art. 115 OR ist nicht zu vermuten und muss klar zum Ausdruck gelangen (BGer Urteil 5C.56/2005 vom 15. Juli 2005 E. 3.2 m.H.; BGE 52 II 215 E. 5). Das bedeutet, der Antrag verlangt den klar zum Ausdruck gebrachten Willen auf endgültigen Verzicht auf die Forderung durch den Gläubiger (GABRIEL, a.a.O., Art. 115 N 6 m.H.). Hingegen ist nach Kenntnisnahme einer Verzichtserklärung des Gläubigers aufgrund der Interessenlage keine ausdrückliche Annahmeerklärung des Schuldners erforderlich (GABRIEL, a.a.O., Art. 115 N 6 m.H.). Der Inhalt eines Vertrags – und damit auch eines Aufhebungsvertrags bzw. Forderungsverzichts – bestimmt sich gemäss Art. 18 Abs. 1 OR nach dem übereinstimmenden wirklichen Willen der Parteien. Bleibt wie

vorliegend der übereinstimmende wirkliche Wille der Parteien unbewiesen, sind zur Ermittlung des mutmasslichen Parteiwillens die Willenserklärungen der Parteien aufgrund des Vertrauensprinzips so auszulegen, wie sie nach ihrem Wortlaut und Zusammenhang sowie den gesamten Umständen vom Empfänger in guten Treuen verstanden werden durften und mussten. Dabei ist vom Wortlaut der Erklärungen auszugehen, welche jedoch nicht isoliert, sondern aus ihrem konkreten Sinngefüge heraus zu beurteilen sind (BGE 138 III 659 E. 4.2.1). Die Beweislast für einen Forderungsverzicht trägt der Ansprecher, also vorliegend die Beklagte (vgl. Art. 8 ZGB). Gemäss herrschender Lehre ist ein stillschweigender Antrag wegen der Interessenlage eher selten anzutreffen, nicht leichthin anzunehmen und stellt deshalb strenge Anforderungen an den Beweis (GABRIEL, a.a.O., Art. 115 N 6 und 12).

3.4. Würdigung Zwar ist unbestritten, dass die Klägerin eine Zahlung an die Beklagte geleistet und die Beklagte die Zahlung angenommen hat, aber darin allein ist noch kein Verzicht bzw. einen Antrag auf einen Regressverzicht zu erblicken. Dies gilt gera-

- 38 - de auch deshalb, weil die Regressforderung der Klägerin erst durch diese Erbringung der Versicherungsleistung entstand, sie zur Erbringung der Versicherungsleistung verpflichtet war und die Zahlung ohne Vorbehalt allein deshalb keinen Verzichtswillen erkennen lässt. Folglich steht und fällt die Frage des Vorliegens eines Regressverzichts, und somit auch die Klage, damit, ob das die Zahlung begleitende Schreiben der Klägerin an die Beklagte vom 2. Juli 2014 (act. 3/43) als Antrag auf einen Regressverzicht qualifiziert. Nach dem Vertrauensprinzip kommt es dabei nicht darauf an, was der wirkliche Wille der Klägerin beim Abfassen des Schreibens gewesen war, sondern wie die Beklagte das Schreiben als Willenserklärung der Klägerin im Zeitpunkt dessen Erhalts in der konkreten Situation verstehen durfte. Demgemäss ist diese Willenserklärung ausgehend von ihrem Wortlaut und unter Einbeziehung des restlichen Schreibens sowie äusserer Umstände auszulegen und zu beurteilen. Der Wortlaut des für die Argumentation der Beklagten zentralen Abschnitts des Schreibens lautet: "Die Auszahlung erfolgt gestützt auf die vom Schadenexperten eingereichte Kostenzusammenstellung, welche aufgrund der eingegangenen Rechnungen erstellt wurde. Damit betrachten wir den Schadenfall als erledigt." (act. 3/43, 3. Abschnitt). Zentral diesbezüglich ist, ob mit der 'Erledigung des Schadenfalls' nur verstanden werden durfte, dass der Schaden und damit die Versicherungsleistung in ihrer Höhe nun fixiert seien und von der Versicherung keine Zusatzleistungen verlangt werden könnten, oder ob man darunter auch allfällige Regressforderungen verstehen durfte. Der Wortlaut des Abschnitts selbst deutet nicht auf einen Regressverzicht hin. So spricht die Klägerin von einem Schaden, das Wort Regress oder entsprechende Synonyme bzw. zugehörige Ausdrücke wie Rückgriff, Verzicht, Saldoklausel oder Haftung der Beklagten werden – wie auch im übrigen Schreiben – keine verwendet. Bei einem Forderungsverzicht ist es aber gerade zwingend, dass der Wille zum Verzicht klar zum Ausdruck gelangt. Damit findet sich bereits in diesem Abschnitt aufgrund des Wortlauts allein keine Willenserklärung, die man in guten Treuen als Regressverzicht verstehen konnte.

- 39 - Auch wenn man den übrigen Inhalt des Schreibens hinzuzieht, ändert sich diese Beurteilung nicht. Vielmehr ergibt sich aus mehreren Abschnitten des Schreibens, dass mit diesem der Gebäudeeigentümer angesprochen werden sollte. So besagt der zweite Satz im zweiten Abschnitt des Schreibens (act. 3/43) wörtlich: "Da Sie als Eigentümer der Mehrwertsteuerpflicht unterstellt [...] sind, [...]" Der fünfte Abschnitt enthält folgenden

Teilsatz: "Wir freuen uns, Ihnen mit unserem Versicherungsschutz gedient zu haben [...]." Weiter enthält der vierte Abschnitt des Schreibens (act. 3/43) Ausführungen dazu, dass die Leistungen der Gebäudeversicherung den Wiederherstellungsaufwand vermindert und deshalb von den steuerlich anrechenbaren Investitionen und Unterhaltskosten in Abzug zu bringen seien, was nur den Grundstückseigentümer betreffen kann. Dies konnte in dieser Häufung auch die Beklagte nicht überlesen. Ein solches an den Eigentümer gerichtetes Schreiben kann die Beklagte nur in Vertretung eben dieses Eigentümers, d.h. der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_, erhalten haben, weshalb logischerweise mit der 'Erledigung des Schadenfalls' nur die Fixierung der Schadenssumme und entsprechend die Höhe der Versicherungsleistung, nicht aber ein Verzicht auf die Regressforderung gemeint sein konnte. Naturgemäss stellen sich gegenüber dem Eigentümer als Versicherungsnehmer, hier der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_, keine Regressfragen. Dass die Klägerin damals bereits hätte vermuten können, dass sie allenfalls auf die Beklagte Regress nehmen könnte, reicht als Argument zur Annahme eines Antrags auf Regressverzicht nicht aus. Das Strafverfahren dauerte nach dem Schreiben noch neun Monate an, zudem zeigt das vorliegende Verfahren, dass die Regressfrage kompliziert ist und damals noch nicht klar sein konnte, und auch war gemäss Behauptung der Klägerin von einem Regress damals nie die Rede gewesen, wobei Beklagte nichts Gegenteiliges verlauten lässt (vgl. act. 33 Rz. 90). Darüber hinaus hätte es trotzdem ein klar zum Ausdruck gebrachten Verzichtswillen gebraucht. Weitere Umstände und zusätzliche Beweismittel, die darauf deuten, dass das Schreiben zusammen mit der Zahlung nichtdestotrotz als Regressverzicht hätte verstanden werden müssen, bringt die beweisbelastete Beklagte keine vor. Dass

- 40 - sie im heutigen Zeitpunkt das Schreiben samt Zahlung gerne als Regressverzicht verstanden haben will, ist klar, aber relevant ist, wie eine Willenserklärung im Zeitpunkt der Kenntnisnahme verstanden werden durfte. Selbst sie wird damals kaum an die heute relevante Regressproblematik gedacht haben. Nebenbei bemerkt, findet obgenannte Schlussforderung eine zusätzliche Stütze in Art. 67 Abs. 1 der Verordnung zum Gebäudeversicherungsgesetz des Kantons St. Gallen, welche vorsieht, dass das Ergebnis der Schadenermittlung Grundlage für die Ausrichtung von Versicherungsleistungen an den Eigentümer bildet und die Versicherung eine entsprechende Verfügung erlässt. Wie am Inhalt und der Rechtsmittelbelehrung ersichtlich, stellt das Schreiben (act. 3/43) eine ebensolche Verfügung dar. Zusammengefasst konnten, insbesondere aufgrund des Fehlens eines zum Ausdruck gebrachten Willens auf endgültigen Verzicht, das Schreiben und die Zahlung in guten Treuen nicht als – auch nicht konkludenter – Antrag auf Regressverzicht verstanden werden. Hat es keinen Antrag der Klägerin gegeben, kann auch keine Übereinkunft der Parteien über einen Regressverzicht geschlossen worden sein. 3.5. Fazit Der Beklagten gelingt der Beweis des Verzichts der Klägerin auf die Geltendmachung der Regressforderung nicht. Die Klage betreffend Regressforderung ist folglich im Grundsatz gutzuheissen, wobei sich der Umfang gemäss nachfolgenden Ausführungen bestimmt. 4. Einrede der Teilverjährung und Bemessung der Regressforderung 4.1. Unbestrittener Sachverhalt Die Klägerin überwies der Politischen Gemeinde B.\_\_\_\_\_ am 10. Januar 2014 CHF 6'989.– und der Beklagten am 7. Juli 2014 CHF 164'436.– (act. 1 S. 14 f. und 19 f.; act. 3/16-17; act. 3/41-42; act. 29 S. 26; act. 17 Rz. 64 f.). Zudem leitete die Klägerin am 30. Juni 2015 gegen die Beklagte über beide Forderungen zuzüg-

- 41 - lich Zins eine Betreibung ein (act. 1 S. 20; act. 3/44; act. 17 Rz. 96), der Zahlungsbefehl datiert vom 1. Juli 2015 (act. 3/45). 4.2. Einrede der Teilverjährung 4.2.1.

Parteivorbringen Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung betreffend die Teilzahlung vom

## **E. 7**

Mai 2018] E. 2.4). Auch berge das bisherige System die Gefahr von konsumentenunfreundlichen Ausschlussklauseln in Versicherungsbedingungen zwecks Umgehung der Regressfalle und führe zu unverständlichen Unterschieden gegenüber der Regelung im Sozialversicherungsrecht, mit welcher den Versicherern von Gesetz wegen ein integrales Regressrecht zuerkannt werde (BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018] E. 2.4). Gemäss Bundesgericht sei die private Schadenversicherung deshalb im Verhältnis zum kausal haftpflichtigen Unfallverursacher gestützt auf Art. 72 Abs. 1 VVG gleich zu behandeln wie die Sozialversicherungen, welche insoweit in die Stellung der geschädigten Person subrogieren, als sie diese entschädigt haben. Auf den privaten Schadenversicherer gingen also nach Art. 72 Abs. 1 VVG insoweit, als er

- 14 - eine Entschädigung geleistet habe, die Ersatzansprüche über, die dem Anspruchsberechtigten gegenüber Dritten aus unerlaubter Handlung zustünden. Verursache ein Kausalhaftpflichtiger einen Unfall, so begehe er eine unerlaubte Handlung im Sinne dieser Bestimmung, selbst wenn ihn kein Verschulden an der Unfallverursachung treffe. Denn ein Verschulden sei nach dem Wortlaut von Art. 72 Abs. 1 VVG nicht gefordert. Es genüge eine "unerlaubte Handlung". Damit falle jeder als Gefährdungs- oder einfache Kausalhaftung normierte Tatbestand, mithin jegliche ausservertragliche Haftung im Sinne von Art. 41 ff. OR, unter den Begriff der unerlaubten Handlung im Sinne von Art. 72 Abs. 1 VVG. Art. 51 Abs. 2 OR über den internen Regress finde keine Anwendung (BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018] E. 2.6). Dieses neue Bundesgerichtsurteil ist vorliegend zu berücksichtigen, ist eine geänderte Praxis doch sofort und in allen hängigen Verfahren anzuwenden, es sei denn es läge eine aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes abgeleitete Vertrauensposition vor, welche bei einer Änderung der materiellrechtlichen Praxis wie vorliegend jedoch fehlt (vgl. BGE 132 II 153 E. 5 m.H.; BGer Urteile 2C\_509/2013 vom 8. Juni 2014 E. 2.4.6 m.H.; 2C\_199/2017 vom 12. Juni 2018 E. 3.5).

### **E. 7.1**

Vorbemerkung Vorab anzumerken ist, dass die Bemessung und Verteilung der Gerichtskosten und der Parteientschädigung vorliegend ungeachtet der Praxisänderung erfolgen kann. Es drängt sich insbesondere keine Anwendung von Art. 107 Abs. 1 lit. b ZPO auf, wonach eine Verteilung nach Ermessen erfolgen kann, wenn eine (unterliegende) Partei in guten Treuen zu Prozessführung veranlasst wurde, liegt doch vorliegend ein für den Regress auch nach bisheriger Praxis ausreichendes mehr als bloss leichtes Verschulden vor (siehe Ziffer 2.5.3.2.4).

### **E. 7.2**

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG ZH). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 GebV OG). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung des Zeit-

- 47 - aufwandes des Gerichts und der Schwierigkeit des Falles ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c und d und § 4 Abs. 2 GebV OG). Der Streitwert wird durch das Rechtsbegehren bestimmt. Zinsen und Kosten des laufenden Verfahrens werden nicht hinzugerechnet (Art. 91 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin beziffert ihr Rechtsbegehren mit CHF 137'140.–. Bei diesem Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 GebV OG ermittelte Grundgebühr rund CHF 10'200.–. Angesichts des im Verhältnis zum Streitwert hohen Zeitaufwands des Gerichts, der Komplexität der Fragestellungen und der detaillierten Auseinandersetzung ist die Grundgebühr vorliegend gestützt auf § 4 Abs. 2 GebV OG um 1/3 auf 4/3 zu erhöhen, und die Gerichtsgebühr damit auf CHF 13'600.– festzusetzen. Unter Berücksichtigung des jeweiligen Anteils des Unterliegens der Parteien (4%:96%) sind die Gerichtskosten im Betrag von CHF 550.– der Klägerin und im Betrag von CHF 13'050.– der Beklagten aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Klägerin leistete in Anwendung von Art. 98 ZPO einen Vorschuss für die Gerichtskosten von CHF 10'200.– (act. 10). Die der Klägerin auferlegten Gerichtskosten von CHF 550.– sowie CHF 9'650.– der der Beklagten auferlegten Gerichtskosten sind aus diesem Vorschuss zu beziehen und der Klägerin ist für die CHF 9'650.– der Rückgriff auf die Beklagte einzuräumen. Der restliche Teil der der Beklagten auferlegten Gerichtskosten (CHF 3'400.–) ist direkt von der Beklagten zu beziehen.

### **E. 7.3**

**Parteientschädigung** Bei berufsmässig vertretenen Parteien richtet sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Die Parteientschädigung richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV), welcher die Basis zur Berechnung der Grundgebühr bildet (§ 4 Abs. 1 AnwGebV). Das Gericht kann die Grundgebühr unter Berücksichtigung der Verantwortung, des notwendigen Zeitaufwands der Vertretung und der Schwierigkeit des Falls ermässigen oder erhöhen (§ 2 Abs. 1 lit. c, d und e; § 4 Abs. 2 AnwGebV). Die so ermit-

- 48 - telte ordentliche Gebühr deckt den Aufwand für die Erarbeitung einer Rechtschrift und die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Bei einem Streitwert von CHF 137'140.– beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr rund CHF 13'130.–. Für die Vergleichsverhandlung und den zweiten Schriftenwechsel ist ein Zuschlag von insgesamt rund 50% zu berechnen. Insgesamt würde die Parteientschädigung somit rund CHF 19'700.– betragen. Unter Berücksichtigung des jeweiligen Anteils der Unterliegens der Parteien, ist die Beklagte zu verpflichten, der Klägerin eine Parteientschädigung von CHF 18'100.– zu bezahlen. Ist einer mehrwertsteuerpflichtigen Partei eine Parteientschädigung zuzusprechen, hat dies infolge Möglichkeit des Vorsteuerabzugs ohne Berücksichtigung der Mehrwertsteuer zu erfolgen. Ist die anspruchsberechtigte Partei nicht im vollen Umfang zum Abzug der Vorsteuer berechtigt, ist die Parteientschädigung um den entsprechenden Faktor anteilmässig anzupassen. Solche aussergewöhnlichen Umstände hat eine Partei zu behaupten und zu belegen (BGer 4A\_552/2015 vom 25. Mai 2016 E. 4.5; ZR 104 [2005] Nr. 76). Die Beklagte verlangt die Zusprechung einer Parteientschädigung zuzüglich Mehrwertsteuer (act. 17 und 33, je S. 2), behauptet aber keine für die Zusprechung der

Mehrwertsteuer erforderlichen aussergewöhnlichen Umstände. Daher bleibt die Mehrwertsteuer bei vorstehender Berechnung der Parteientschädigung unberücksichtigt. Das Handelsgericht beschliesst:

#### **E. 10**

Januar 2014 über CHF 6'989.– mit MWST bzw. richtigerweise CHF 6'471.75 ohne MWST, da die Klägerin die Mehrwertsteuer hätte abziehen und nur den Nettobetrag begleichen müssen. Die Verjährungsfrist laufe für Teilzahlungen separat und sei am 10. Januar 2015 abgelaufen, denn verjährungsunterbrechende Handlungen seien von der Klägerin vor der Betreuung vom 30. Juni 2015 keine vorgenommen worden. Folglich sei von der eingeklagten Forderung ein Betrag von CHF 5'591.20 verjährt (act. 17 Rz. 4, 66, 95 ff., act. 33 Rz. 92 f. und 96), womit vorliegend höchstens CHF 131'548.80 (80% von CHF 164'436.–) zur Diskussion stehen könnten (act. 17 Rz. 96; act. 33 Rz. 93). Die Klägerin anerkennt in ihrer Replik, dass der Regress für den Teilbetrag von CHF 6'989.50 verjährt ist. Sie erklärt allerdings, dass dies nicht von Bedeutung sei, da sie insgesamt CHF 164'436.– geleistet habe, wovon 80% eingeklagt seien. Um welche Quote die Forderung zu kürzen sei, sei eine Ermessensfrage. Die Differenz wäre mit rund CHF 1'600.– oder CHF 5'591.– sowieso gering (act. 29 S. 25 f.). Eine Seite später führt die Klägerin in ihrer Replik betreffend die Höhe der eingeklagten Regressforderung von CHF 137'140.– aus, dass diese 80% des gesamten Schadens betrüge, den sie mit CHF 164'436.– zuzüglich CHF 6'989.– beziffert (act. 29 S. 26; vgl. ebenfalls act. 1 S. 21). 4.2.2. Rechtliches und Würdigung Wie von den Parteien übereinstimmend und korrekt ausgeführt, beginnt bei jeder Teilzahlung mit der Zahlung jeweils separat die bei Regressforderungen anwendbare Verjährungsfrist von einem Jahr zu laufen (BGE 133 III 6 E. 5.3.3; BGer Urteil 4A\_656/2011 vom 12. März 2012 E. 4; vgl. Art. 130 Abs. 1 OR, Art. 60 Abs. 1 OR oder Art. 67 OR), womit die Regressforderung betreffend die eingeklagte Teil-

- 42 - zahlung vom 10. Januar 2014 über CHF 6'989.– bei Klageeinreichung tatsächlich bereits verjährt war. Auch die Betreuung vom 30. Juni 2015 (act. 3/44) hatte die Verjährung nicht unterbrechen vermocht, da die Verjährungsfrist bereits bei Betreuungseinleitung abgelaufen war. Es bleibt die Frage zu klären, wie sich diese Teilverjährung auf die Höhe der eingeklagten Regressforderung auswirkt. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Klägerin den von der Beklagten geforderten Abzug nicht bestreitet, vielmehr erklärt sie, dass es sich beim Abzug nur um einen geringen Betrag handle. Auch macht die Klägerin nicht geltend, den Betrag der Teilzahlung von CHF 6'989.– habe sie nicht eingeklagt. Vielmehr hält sie nach der Anerkennung der Verjährung der ersten Teilzahlung von CHF 6'989.– (act. 29 S. 25) selber fest, dass sich der gesamte Schaden auf CHF 164'436.– zuzüglich CHF 6'989.– belaufe und sie regressweise 80% des gesamten Schadens geltend mache (act. 29 S. 26). Damit ist gesagt, dass vorliegend auch 80% der anerkannten verjäherten Teilforderung eingeklagt sind. Der eingeklagte Betrag von CHF 137'140.– entspricht auch in der Tat 80% von CHF 171'425.– (CHF 164'436.– plus CHF 6'989.–), und nicht den – widersprüchlicherweise – ebenfalls von der Klägerin erwähnten 80% von CHF 164'436.– (=CHF 131'548.80) (vgl. act. 29 S. 25). 4.2.3. Zwischenfazit Ein verjährter Betrag kann nicht zugesprochen werden, entsprechend ist die Klage wegen Verjährung im eingeklagten Betrag von CHF 5'591.20 (80% von CHF 6'989.–) abzuweisen. Der Klägerin könnte in vorliegendem Verfahren – wie von der Beklagten korrekt behauptet (act. 17 Rz. 96) – maximal einen Betrag von CHF 131'548.80 (=CHF 137'140.– minus CHF 5'591.20),

entsprechend 80% von CHF 164'436.–, zugesprochen werden.

- 43 - 4.3. Bemessung der Regressforderung 4.3.1. Parteivorbringen Die Klägerin klagt eine Regressforderung von CHF 137'140.– zuzüglich Zins zu 5% ab dem 7. Juli 2014 ein. Zur Bemessung des Regressanspruchs bzw. zur Regressquote führt sie aus, dass mit der von ihr vorgenommenen Reduktion um 20% dem Verschulden der Arbeiter und deren Vorgesetzten ausreichend Rechnung getragen worden sei (act. 1 S. 21). Zum Zins erklärt sie, dass die Belastung der Zahlung von CHF 164'436.– am 7. Juli 2014 erfolgte (act. 29 S. 26; act. 1 S. 15 und 20; act. 3/42). Die Beklagte lässt in Bezug auf die Regressquote ausführen, dass, sollte das Gericht von einem mittelschweren Verschulden einer Hilfsperson der Beklagten ausgehen, es nicht richtig und sachgerecht sei, die Beklagte für den Schaden alleine haften zu lassen. Dem Gericht stehe ein grosser Spielraum zur Verfügung, so könnte es die Parteien auch je zur Hälfte für den Schaden einstehen lassen (act. 33 Rz. 89). In Bezug auf den Zins bestreitet sie weder den Beginn des Zinslaufs noch die Höhe des Zinses (vgl. act. 17 und act. 33). 4.3.2. Rechtliches und Würdigung Die Höhe einer Regressforderung wird gemäss Art. 50 Abs. 2 OR durch richterliches Ermessen bestimmt. Massgebend ist dabei in erster Linie die Schwere des Verschuldens (GRABER, in: HONSELL/VOGT/WIEGAND [Hrsg.], Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 6. A., 2015, Art. 50 N 25 m.H.). Ausgangspunkt ist die geleistete Entschädigung. Die neuere Lehre neigt – entgegen BGE 80 II 247 – bei einem Regress des Versicherers auf den nicht-schuldigen Regress-Schuldner dazu, das Verschulden der Hilfsperson nicht als für den Regressanspruch des Versicherers massgebend zu betrachten (vgl. Überblick bei BREHM, a.a.O., Art. 51 N 117 ff.). Sie weist darauf hin, dass bei einem Abstellen auf das Verschulden der Hilfsperson eine Solidarität eingeführt werde, was nicht angehe (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 89, 124 ff.). Richterweise sei darauf abzustellen, ob der nichtschuldige Regress-Schuldner dem

- 44 - Versicherer gleichzustellen sei oder nicht. Dies wiederum hänge davon ab, ob der Schädiger mit dem Geschädigten durch einen entgeltlichen Vertrag verbunden sei. Bei einem solchen habe der Vertragspartner ein Interesse am Geschäft und trage damit ein entsprechendes Unternehmerrisiko. Wie der Versicherer könne auch er eine "Risikoprämie" in seinen Preis einkalkulieren und Rückstellungen vornehmen bzw. eine Haftpflichtversicherung abschliessen. Unter diesen Umständen, so wird vertreten, scheine eine (i.d.R. gleichmässige) Teilung zwischen dem Versicherer und dem persönlich nicht schuldigen Vertragspartner des Geschädigten angebracht, ungeachtet der Bedeutung des Verschuldens der Hilfsperson (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 124 ff. m.H.). Dieser Lehrmeinung kann, insbesondere im Lichte der neuen Regress-Rechtsprechung (siehe Ziffer 2.4.2), nicht gefolgt werden. Es kann nicht sein, dass via Versicherer letztlich der völlig schuldlose Versicherungsnehmer mit seinen Prämien indirekt zugunsten des Regress-Schuldners für einen Teil des Schadens aufkommt (BGE 144 III 209 [BGer Urteil 4A\_602/2017 vom 7. Mai 2018] E. 2.4), was bei einer jeweils gleichmässigen Teilung letztlich aber gerade der Fall wäre. Stattdessen ist das Verhalten der Hilfsperson dem Vertragspartner voll anzurechnen, liegt deren Bezug doch in seinem Ermessen und ist meist zu seinem Vorteil, wieso er auch für das entsprechende Risiko einzustehen hat. Für dieses kann er sich gegenüber Subunternehmern vertraglich absichern, für Arbeitnehmer statuiert Art. 321e OR eine Haftung für dem Arbeitgeber absichtlich oder fahrlässig zugefügten Schaden. Zu betonen ist, dass die Zurechnung nicht in Folge der Solidarität, sondern im Rahmen der Haftungsbegründung erfolgt, man spricht deshalb auch von der so

genannten Haftungseinheit. Unter Würdigung aller Umstände, insbesondere der Interessenlage der Parteien, des Verschuldens sowie der Billigkeit ist die vorliegend geltend gemachte Regressforderung mit einer Regressquote von 80% angemessen. Unter Einbezug der Teilverjährung reduziert sie sich bei einem der Klägerin damit maximal zusprechenbaren Betrag von CHF 131'548.80 auf knapp 77% (siehe Ziffer 4.2). Zu beachten ist zudem, dass der Regress nicht nur die geleistete Entschädigung, sondern auch die allfällig aufgelaufenen Zinsen umfasst (BREHM, a.a.O., Art. 50

- 45 - N 59). Schadenszins ist ab dem Zeitpunkt geschuldet, in welchem der Regressand seine Leistung erbracht hat (BREHM, a.a.O., Art. 51 N 48b m.H.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts wird der Schadenszins in der Regel auf 5% festgesetzt (BGE 122 III 53, insb. E. 4b m.H. auf Rechtsprechung und Lehre). Der Zins ist der Klägerin wie zuletzt beantragt und unbestritten geblieben zuzusprechen. 4.4. Fazit Die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 131'548.80 nebst Zins von 5% seit dem 7. Juli 2014 zu bezahlen. Im Mehrumfang ist die Klage abzuweisen. 5. Beseitigung Rechtsvorschlag Die Klage ist im Umfang von CHF 131'548.80 zuzüglich Zins zu 5% ab dem 7. Juli 2014 gutzuheissen, weshalb der Rechtsvorschlag der Beklagten in diesem Umfang aufzuheben ist. Im Mehrumfang ist das klägerische Gesuch um Beseitigung des Rechtsvorschlages abzuweisen. Für die in diesem Verfahren anfallenden Prozesskosten kann der Rechtsvorschlag mangels eingeleiteter Betreuung (vgl. act. 3/45) nicht beseitigt werden. Schliesslich kann praxisgemäss aufgrund von Art. 68 Abs. 2 SchKG für Betreuungskosten keine Rechtsöffnung erteilt werden (statt vieler: OGer ZH Urteil RT160007-O vom 16. März 2016 E. 5 c/bb mit Verweis auf ZR 108/2009 Nr. 2). 6. Zusammenfassung der Tat- und Rechtsfragen Aufgrund des kürzlich publizierten Bundesgerichtsurteils betreffend die Zulassung des Regresses von Privatversicherer auf Kausalhaftpflichtige ist unter Vorbehalt strengerer kantonaler Regressbestimmungen auch für kantonale Schadenversicherer wie Gebäudeversicherungen der Regress auf Kausalhaftpflichtige ohne Weiteres zuzulassen und zugleich für Schadenversicherer der Regress auf aus Vertrag haftende Personen zu erleichtern. In Bezug auf das vorliegende Verfahren ergeben sich in formeller Hinsicht keine Besonderheiten. In materieller Hinsicht ist der Regressanspruch der Klägerin zu

- 46 - bejahen. Dieser ist durch die unbestritten gebliebene Erbringung der Versicherungsleistung und der nunmehr erstellten vertraglich Haftung der Beklagten für ihre Hilfspersonen gegenüber der Versicherungsnehmerin (Politische Gemeinde B. \_\_\_\_\_) gegeben. Das für einen solchen Regress bisher notwendige nicht bloss leichte Verschulden ist nachgewiesen, wenn auch wegen der Praxisänderung – aufgrund welcher bereits ein leichtes Verschulden genügt – nicht mehr als Regressvoraussetzung zu betrachten. Der Beklagten gelingt es nicht, den von ihr monierten Verzicht der Klägerin auf die Regressforderung zu beweisen. Unter Beachtung der von der Beklagten einredeweise vorgebrachten teilweisen Verjährung ist die Regressklage somit gutzuheissen und die Beklagte ist zu verpflichten, der Klägerin CHF 131'548.80 nebst Zins zu 5% seit dem 7. Juli 2014 zu bezahlen. Im entsprechenden Umfang ist der Rechtsvorschlag zu beseitigen, im Mehrumfang sind die Klage und das Gesuch um Beseitigung des Rechtsvorschlages abzuweisen. 7. Kosten- und Entschädigungsfolgen