

Obergericht Appenzell Ausserrhoden

1. Abteilung

Entscheid vom 2. Mai 2017

Mitwirkende	Obergerichtspräsident E. Zingg Oberrichterin S. Rohner Oberrichter B. Oberholzer, Hp. Blaser, H. Zingg Obergerichtsschreiberin B. Schittli
Verfahren Nr.	O1Z 16 5
Sitzungsort	Trogen
Berufungsklägerin	A ____ vertreten durch: RA AA ² ____
Berufungsbeklagte	B ____ vertreten durch: RA BB____
Gegenstand	Forderung

Rechtsbegehren

a) der Klägerin und Berufungsklägerin:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Beklagte sei zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 173'172.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 2. August 2010 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts.
2. Alles unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zzügl. Mehrwertsteuer) zu Lasten der Beklagten.

im Berufungsverfahren:

1. Es sei das angefochtene Urteil aufzuheben und es sei die Berufungsbeklagte zu verpflichten, der Klägerin den Betrag von CHF 173'172.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 2. August 2010 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts;
2. eventualiter sei die Sache zu neuerlicher Beurteilung an die Vorinstanz zurückzuweisen;

unter Kosten- und Entschädigungsfolge.

b) der Beklagten und Berufungsbeklagten:

im erstinstanzlichen Verfahren:

1. Die Klage sei abzuweisen.
2. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen zu Lasten der Klägerin.

im Berufungsverfahren:

1. Die Berufung sei vollumfänglich abzuweisen.
2. Das Urteil des Kantonsgerichts Appenzell Ausserrhoden sei in neuer Entscheidung zu bestätigen.
3. Unter Kosten- und Entschädigungsfolgen (zuzüglich 8 % MWSt) zu Lasten der Berufungsklägerin.

Sachverhalt

A. Übersicht

Am 1. August 2010 brannte das Haus von A___ an der ■■■strasse in C___ ab. Die Klägerin und Berufungsklägerin (nachfolgend Klägerin) bewohnte dieses Haus mit zehn Hunden, fünf Katzen und einem Leguan. Sie arbeitete vor dem Brand zu 50% bei H___ und zu ca. 30-35% in der Betreuung betagter Leute. Unbestritten ist, dass an jenem Abend des 1. August 2010 die Familie D___ und auch weitere Personen an der ■■■strasse in C___ Feuerwerk zündeten, und dass ein von der Firma B___ GmbH hergestellter Feuerwerkskörper, ein sogenannter Albatros Wirbel, welcher von D1___ gezündet worden war, eine unerwartete Flugbahn nahm. Ebenfalls unbestritten blieb die Tatsache, dass das Haus der Klägerin 18 Meter von der Zündstelle dieses Albatros Wirbel entfernt war. Umstritten ist jedoch die Ursache der Flugbahn des Albatros sowie die Brandursache. Nach Ansicht der Klägerin war das Produkt der Beklagten und Berufungsbeklagten (nachfolgend Beklagte), der Albatros Wirbel, fehlerhaft und verursachte den Brand. Die Beklagte wendet ein, dass das Produkt nicht fehlerhaft gewesen sei, sondern die Flugbahn auf die Wetterverhältnisse (Winde) zurückzuführen sei. Der Brand sei, so die Beklagte, nicht durch den Albatros verursacht worden.

Per Ende Juli 2015 hat die Klägerin sich frühpensionieren lassen (act. B 3/64, S. 7).

B. Prozessgeschichte vor Kantonsgericht

Am 9. September 2013 reichte die Klägerin die Klage gegen die Beklagte mit den eingangs erwähnten Rechtsbegehren ein (act. B 3/1). Die Klageantwort datiert vom 31. Januar 2014 (act. B 3/11). Am 19. Mai 2014 bzw. 11. Juli 2014 wurden die Parteien zur Einigungsverhandlung vom 24. Juli 2014 vorgeladen (act. B 3/20 und 3/21). Da diese ergebnislos verlief, wurde der zweite Schriftenwechsel durchgeführt. Die Replik wurde am 4. Dezember 2014 eingereicht (act. B 3/29) und die Duplik am 25. März 2015 (act. B 3/34). Am 10. Juni 2015 reichte die Klägerin eine Stellungnahme zur Duplik ein (act. B 3/42). Zu dieser Eingabe nahm die Beklagte am 29. Juni 2015 Stellung (act. B 3/45). Am 29. Juli 2015 wurden die Parteien zur Hauptverhandlung vorgeladen (act. B 3/47). Diese fand am 14. Dezember 2015 statt (act. B 3/48). Es wurden ein Beweisbeschluss gefasst (act. B 3/49) und weitere Beweise erhoben. Am 18. Februar 2016 ging die Auskunft des Veterinäramtes AR über die Leguanhaltung der Klägerin ein (act. B 3/54).

und am 8. März 2016 die (abschlägige) Stellungnahme von E___, welcher angefragt worden war, ob er ein Gutachten über den Wert des Leguanterrariums erstellen könne (act. B 3/59). Am 14. März 2016 wurde die Klägerin als Partei und Dr. med. F___ als sachverständiger Zeuge befragt (act. B 3/64). Die Parteien hielten gleichentags ihre Schlussvorträge und es wurde das Urteil gefällt. Das Urteilsdispositiv wurde den Parteien tags darauf zugestellt (act. B 3/68) und am 16. März 2016 von den Parteien in Empfang genommen (act. B 3/69 und B 3/70). Am 29. März 2016 verlangte die Klägerin fristgerecht die Begründung des Urteils (act. B 3/71).

C. Urteil der Vorinstanz

Mit Urteil des Kantonsgerichts, 3. Abteilung, vom 14. März 2016 wurde die Klage abgewiesen. Die Gerichtskosten in Höhe von CHF 14'164.00 insgesamt wurden der Klägerin auferlegt, unter Verrechnung mit den von ihr geleisteten Vorschüssen von CHF 10'400.00. Weiter wurde die Klägerin verpflichtet, der Beklagten eine Parteientschädigung von CHF 20'940.55 zu bezahlen.

Auf die Begründung des Urteils kann verwiesen werden. Soweit erforderlich, wird darauf in den nachstehenden Erwägungen eingegangen.

D. Schriftenwechsel im Berufungsverfahren

- a) Nach fristgerecht verlangter schriftlicher Begründung liess die Klägerin gegen das Urteil des Kantonsgerichts, dessen Zustellung in begründeter Ausfertigung am 17. Juni 2016 erfolgt war (act. B 3/75), mit Eingabe ihres Rechtsvertreters vom 18. August 2016 (act. B 1) Berufung erklären.
- b) Mit Verfügung vom 24. August 2016 wurde die Klägerin verpflichtet, einen Vorschuss von CHF 18'000.00 zu leisten (act. B 6). Dieser ging am 8. September 2016 bei der Gerichtskasse ein (act. B 7).
- c) Die Berufungsantwort datiert vom 27. September 2016 (act. B 9).

- d) Mit Verfügung vom 7. Oktober 2016 wurde den Parteien mitgeteilt, dass keine mündliche Verhandlung angeordnet werde und das Gericht den Fall demnächst aufgrund der Akten entscheide (act. B 11).
- e) Am 14. Oktober 2016 liess RA AA²___ dem Obergericht seine Kostennote zugehen (act. B 13); diejenige von RA BB___ ging am 1. November 2016 ein (act. B 16).

Auf die Ausführungen in den Schriftstücken gemäss den vorerwähnten lit. a und c wird, soweit erforderlich, in den nachfolgenden Erwägungen eingegangen.

E. Entscheid des Obergerichts

Das Obergericht führte seine Beratung am 2. Mai 2017 durch und eröffnete sein Urteil den Parteien anschliessend im Dispositiv (act. B 17).

Erwägungen

I. Formelles

1. Prozessvoraussetzungen, Rechtzeitigkeit der Berufungserklärung

Die Vorinstanz hat die örtliche und sachliche Zuständigkeit sowie das Vorliegen der von Amtes wegen zu prüfenden Prozessvoraussetzungen mit zutreffender Begründung, auf die verwiesen werden kann, bejaht. Dasselbe gilt für die Anwendung des schweizerischen Rechts. Davon ist, zumal diese Ausführungen von den Parteien nicht bestritten werden, auch im Berufungsverfahren auszugehen. Die sachliche Zuständigkeit des Obergerichts ergibt sich aus Art. 24 Abs. 1 lit. b Justizgesetz (JG, bGS 145.31).

Die Berufung wurde rechtzeitig erklärt (Art. 311 Abs. 1 ZPO).

2. Streitwerte

2.1 Zulässigkeit der Berufung nach Art. 308 Abs. 2 ZPO und Streitwert der Berufung

In vermögensrechtlichen Angelegenheiten ist die Berufung nur zulässig, wenn der Streitwert der zuletzt aufrechterhaltenen Rechtsbegehren mindestens 10'000 Franken beträgt (Art. 308 Abs. 2 ZPO). Die Berechnung ist vollkommen unabhängig davon, wie die Vorinstanz entschieden hat, ob sie also zum Beispiel den streitigen Betrag in bestimmtem Umfang zugesprochen hat. Diese Regelung erfolgte bewusst entsprechend derjenigen im BGG¹. Die Klägerin verlangt vor beiden Instanzen, die Beklagte sei zu verpflichten, ihr den Betrag von CHF 173'172.00 zuzüglich Zins zu 5 % seit 2. August 2010 zu bezahlen, unter Vorbehalt des Nachklagerechts; Letztere verlangt jeweils vollumfängliche Klageabweisung. Demzufolge beläuft sich der Streitwert auf CHF 173'172.00, so dass die Streitwertgrenze von Art. 308 Abs. 2 ZPO ohne weiteres erreicht wird und die Berufung zulässig ist. Dieser Streitwert gilt auch für das Berufungsverfahren².

2.2 Streitwert für den Weiterzug an das Bundesgericht

Gemäss Art. 51 Abs. 1 lit. a Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110) bestimmt sich der Streitwert bei Beschwerden gegen kantonale Endentscheide nach den Begehren, die vor der Vorinstanz streitig geblieben sind. Wie vorerwähnt, verlangt die Klägerin vor Obergericht die Bezahlung eines Betrages von CHF 173'172.00, während dem die Beklagte die Abweisung der Klage beantragt. Damit wird die Streitwertgrenze für die Beschwerde in Zivilsachen von CHF 30'000.00 nach Art. 74 Abs. 1 lit. b BGG auf jeden Fall erreicht.

3. Grundsätzliche Bemerkungen der Beklagten zum Urteil der Vorinstanz

Das Kantonsgericht hat in dem von D1___ gezündeten Albatros zwar die Brandursache erblickt und diesen als fehlerhaft erachtet (act. B 2, E. 2.2, S. 15). Dennoch hat es die Klage vollumfänglich abgewiesen, weil seiner Ansicht nach zwei grosse Schadenspositionen nicht nachgewiesen waren resp. sich auf den Brand zurückführen liessen und die unter dem Titel „Wunschhaftung“ durch die G___ Versicherung erbrachte

¹ Urs H. HOFFMANN-NOWOTNY, in: Kunz/Hoffmann-Nowotny/Stauber [Hrsg.], ZPO-Rechtsmittel Berufung und Beschwerde, 2013, N. 53 zu Art. 308 ZPO.

² ALEXANDER BRUNNER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 5 zu Art. 308 ZPO.

Zahlung auf die weiteren Schadenspositionen anzurechnen war (act. B 2, E. 2.2.2, S. 29 und E. 2.3, S. 31).

Die Beklagte hat mit ihrem Antrag auf Klageabweisung folglich obsiegt und es fehlt ihr die Beschwer für die Erhebung einer Anschlussberufung³. Gleichwohl hat die Beklagte in der Berufungsantwort ihre Argumente aus dem erstinstanzlichen Verfahren wiederholt und zwar auch jene, die von der Vorinstanz zurückgewiesen wurden. Dies ist zulässig⁴. Namentlich kann die vor erster Instanz obsiegende Partei alle Berufungsgründe in ihrer Berufungsantwort geltend machen, um Fehler der Vorinstanz zu rügen, die ihr im Falle einer abweichenden Beurteilung durch die Berufungsinstanz nachteilig sein könnten⁵. Dies kann deshalb erforderlich sein, da die in erster Instanz obsiegende Beklagte mangels formeller Beschwer selbst kein Rechtsmittel gegen den Entscheid ergreifen kann, die genannten Fehler sich aber bei Gutheissung der Berufung doch zu ihrem Nachteil auswirken könnten⁶.

II. Materielles

1. Vorbemerkung

Das Kantonsgericht ist zum Schluss gelangt, die Klägerin habe mit überwiegender Wahrscheinlichkeit dargetan, dass der Albatros sowohl die **Brandursache** (act. B 2, E. 2.1.3, S. 12) als auch **fehlerhaft** war (act. B 2, E. 2.1.3, S. 14). Weiter hat es erwogen, dass es sich bei der Produkthaftpflicht um eine verschuldensunabhängige ausservertragliche Haftung, eine sogenannte Kausalhaftung, handelt. Diese werde ausgelöst durch einen von einem fehlerhaften Produkt verursachten Schaden. Die Haftung aus Produkthaftpflichtgesetz (PrHG, SR 221.112.944) erstrecke sich auf Personenschäden (Verletzung einer Person) und auf eine begrenzte Kategorie von Sachschäden, die durch ein fehlerhaftes Produkt verursacht worden sind. Aufgrund des Verweises in Art. 11 Abs. 1 PrHG sei für die Bestimmung des Schadens und dessen

³ PETER REETZ, in: Sutter-Somm/Leuenberger/Hasenböhler [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 33 der Vorbemerkungen zu den Art. 308-318 ZPO.

⁴ HUNGERBÜHLER/BUCHER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 22 zu Art. 312 ZPO.

⁵ BGE 134 III 332 E. 2.3; PETER REETZ, a.a.O., N. 12 zu Art. 312 ZPO m.w.H.; BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach ZPO, 2013, Rz. 1126.

⁶ BENEDIKT SEILER, a.a.O.

Ersatz auf das Recht der unerlaubten Handlungen (Art. 41 ff. OR) abzustellen. Stehe fest, dass der Brand infolge des fehlerhaften Albatros verursacht worden sei, müssten die Haftungsvoraussetzungen geprüft werden. Es müsse nebst der Herstellereigenschaft der Beklagten, welche unbestritten sei, und dem fehlerhaften Produkt, der Schaden und der Kausalzusammenhang vorhanden sein (act. B 2, E. 2.2, S. 14 f.).

Bei der Prüfung des Schadens erachtete die Vorinstanz verschiedene grössere Schadenspositionen (konkret die teilweise Erwerbsunfähigkeit und das Leguanterrarium) als nicht nachgewiesen (act. B 2, E. 2.2.1, S. 17 f. und 23 ff.). Nach Abzug des Selbstbehaltes gemäss Art. 6 PrHG von CHF 900.00 resultierte somit (lediglich) ein Schaden in Höhe von CHF 92'469.00 (act. B 2, E. 2.2.2, S. 29). Dieser wurde nach Ansicht der Vorinstanz durch die Zahlung von CHF 100'000.00 unter dem Titel „Wunschhaftung“ durch die G___ als Haftpflichtversicherung der den Albatros zündenden Person bzw. deren Eltern gedeckt. Weil somit kein Vermögensnachteil mehr bestand, welchen die Beklagte ersetzen musste, wies das Kantonsgericht die Klage vollumfänglich ab.

In ihrer Berufung rügt die Klägerin ausschliesslich, dass die Schadenspositionen „teilweise Erwerbsunfähigkeit“ sowie „Leguanterrarium“ nicht berücksichtigt wurden resp. die unter dem Titel „Wunschhaftung“ geleistete Zahlung von CHF 100'000.00 auf den Schaden angerechnet wurde.

Wie unten (E. 2.1.8, 2.2.8 und 2.3.8) dargelegt wird, teilt das Obergericht die Beurteilung durch die Vorinstanz vollumfänglich und es weist die Klage ebenfalls ab, weil nach Anrechnung des von der G___ bezahlten Betrages von CHF 100'000.00 kein Vermögensnachteil mehr besteht, den die Beklagte der Klägerin ersetzen müsste (E. 3. Fazit). Auf die Einwände der Beklagten, dass der Albatros von D1___ nicht als Brandursache betrachtet werden könne (act. B 9, S. 20 ff.) und nicht fehlerhaft gewesen sei (act. B 9, S. 34 ff.), braucht unter diesen Umständen nicht eingegangen zu werden.

2. Schaden und Kausalzusammenhang

2.1 Teilweise Erwerbsunfähigkeit

2.1.1 Vor dem Kantonsgericht liess die **Klägerin** zunächst geltend machen (act. B 3/1, S. 18), sie sei infolge des Brandes gesundheitlich beeinträchtigt und habe deshalb einen

Schaden aus eingeschränkter Erwerbsfähigkeit in Höhe von CHF 96'000.00 erlitten. Namentlich sei sie nicht mehr in der Lage neben ihrem Job bei H___ zusätzlich die Betreuungstätigkeit oder eine andere Tätigkeit auszuüben. Nach der Einarbeitungszeit habe sie mit der Betreuungstätigkeit (in Berücksichtigung der Ferien) mindestens CHF 1'000.00 pro Monat verdient. Der Ausfall werde ab August 2010 für mindestens 8 Jahre geltend gemacht.

Replicando liess sie ergänzen (act. B 3/29, S. 31 ff.), sie sei nach einer Arbeitsstreitigkeit in eine Krise geraten und habe dekompenziert. Ab Juni 2008 sei sie jedoch wieder vollständig gesund gewesen und habe bei H___ mit einem Pensum von durchschnittlich 50 % gearbeitet. Daneben sei sie für eine Seniorenbetreuung tätig gewesen. Sie habe weder eine Behandlung noch Medikamente benötigt. Als Folge des Brandunfalls vom 1. August 2010 habe sie einen Nervenzusammenbruch erlitten, der sich (heute) in einer chronischen Erschöpfung bei agitierter Depression und Schlafstörungen äussere (S. 31). Obschon sie weiter bei H___ angestellt sei, habe sie sich bis heute nicht vom genannten Ereignis erholt (S. 32). Heute könne sie noch in einem Umfang von 12 - 16 Stunden pro Woche arbeiten, eine darüber hinausgehende Beschäftigung sei aus medizinischen Gründen nicht möglich. Im darüber hinausgehenden Umfang sei sie somit arbeits- und erwerbsunfähig (S. 32 f.). Insgesamt sei sie maximal 40 % arbeitsfähig und 60 % arbeitsunfähig. Bei einer geringeren Arbeitsunfähigkeit würde sie mehr arbeiten, und zwar so viel, wie sie vor dem Brandfall gearbeitet habe (S. 33). Der Brandfall sei der (alleinige) Auslöser des Nervenzusammenbruchs und ebenso Ursache der chronischen Erschöpfung, an welcher sie leide. Die Beschwerden hätten anfänglich eine 100%ige Arbeitsunfähigkeit verursacht und heute eine teilweise von 60 %. Ihr behandelnder Arzt habe bestätigt, dass ein Brandfall nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung eine Gesundheitsstörung und eine Arbeits- und Erwerbsunfähigkeit, wie sie bei ihr eingetreten sei, bewirken könne (S. 34).

2.1.2 Die **Beklagte** liess in der Klageantwort vorbringen (act. B 3/11, S. 29), die angeblichen gesundheitlichen Beschwerden der Klägerin seien überhaupt nicht substantiiert. Es gebe lediglich eine Behauptung der Klägerin, welche ihrer eigenen Einschätzung, aber keiner medizinischen Feststellung entspreche. Der von ihr aufgezeigte Erwerbsausfallschaden sei in keiner Weise nachvollziehbar und werde daher bestritten (S. 30).

In der Duplik liess die Beklagte ergänzen (act. B 3/34, S. 53), der Bericht des behandelnden Psychiaters Dr. med. F___ sei untauglich. Dazu werde auf das psychologische Gutachten von lic. phil. J___ verwiesen. Insgesamt würden die Feststellungen der Expertin diverse Schwachstellen in der Diagnostik aufzeigen. Hinzu komme, dass das Behandlungskonzept von Dr. med. F___ nicht nachvollziehbar sei (S. 55). Dem Gutachten von Dr. F___ könnten keine verlässlichen Angaben zur

Arbeitsfähigkeit entnommen werden; diese liege höher als die von der Klägerin behaupteten 40 % (S. 57). Es sei auch weiterhin davon auszugehen, dass der Brandfall für die geltend gemachte Arbeits- bzw. Erwerbsunfähigkeit nicht kausal gewesen sei (S. 59). Der von der Klägerin geltend gemachte Erwerbsausfallschaden werde bestritten (S. 59 ff.).

2.1.3 Die **Vorinstanz** hat erwogen (act. B 2, E. 2.2.1, S. 17 f.), es sei schwer nachvollziehbar, dass die Klägerin im Jahr 2011 (der Brand war am 1. August 2010) CHF 13'000.00 habe verdienen können, die Erwerbseinnahmen dann im Jahr 2012 auf CHF 8'433.00 eingebrochen seien und im Jahr 2013 wieder auf CHF 12'927.00 angestiegen seien. Dies sei ein Indiz dafür, dass eine Besserung in der Erwerbsfähigkeit möglich gewesen sei. Für die Jahre 2014/2015 würden Belege fehlen. Zu den Ausführungen des behandelnden Arztes Dr. med. F___ müsse festgehalten werden, dass es eine fundierte medizinische Abklärung und eine Beurteilung der Leistungsfähigkeit in der Ausübung des Berufs oder einer anderen Erwerbstätigkeit bräuchte, um eine dauernde teilweise Erwerbsunfähigkeit annehmen zu können. Zwar habe Dr. med. F___ die Diagnose in seiner Einvernahme erläutert (act. 64). Allerdings vermöchten die Behandlung und die Prognose nicht restlos zu überzeugen. Ein medizinisches Gutachten sei nicht beantragt worden und sei wegen der Dispositionsmaxime nicht von Amtes wegen anzuordnen. Insgesamt erscheine die Erwerbseinbusse ab August 2010 bis heute nicht schlüssig belegt und nicht auf den Brand zurückführbar. Es erscheine zwar nachvollziehbar, dass der Brand die Gesundheit und damit die Erwerbsfähigkeit kurzfristig zumindest beeinträchtigt habe, allerdings seien die daraus geltend gemachte Schadenshöhe und der Kausalzusammenhang zwischen dem Brand und dem Schaden nicht nachgewiesen. Nicht belegt sei auch, dass eine Behandlung und Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit unmöglich gewesen sei, denn nach Aussagen des sachverständigen Zeugen und der Klägerin selbst, habe sie sowohl eine stationäre Behandlung als auch eine Medikation - abgesehen von einem Beruhigungsmittel - abgelehnt (act. 64). Es blieben insgesamt erhebliche Zweifel daran, dass der Brand zu einer dauernden teilweisen Erwerbsunfähigkeit geführt habe.

2.1.4 In der Berufungserklärung lässt die **Klägerin** darlegen (act. B 1, S. 4 f.), die sachverständige Zeugin (*Anm. der Unterzeichneten: recte der sachverständige Zeuge*) habe erklärt, dass sie im Januar 2012 in hohem Grade erregt gewesen sei, im Februar 2012 mit ihrem Anwalt gestritten habe, im April 2012 erschöpft und im Juni 2012 verzweifelt gewesen sei. Sie habe vorgebracht, dass sie maximal 40 % arbeitsfähig und 60 % arbeitsunfähig sei. Aufgrund der medizinischen Einschätzung der sachverständigen Zeugin (*Anm. der Unterzeichneten: recte des sachverständigen Zeugen*) und der Literatur dazu, sei das Urteil des Kantonsgerichtes nicht nachvollziehbar. Die Erwerbseinbusse

2012 liesse sich damit begründen, dass es ihr nachweislich noch schlechter ging als zuvor. Aus der Einkommensschwankung eine grundsätzliche Besserungsmöglichkeit abzuleiten, sei nicht zulässig, dann würde die Vorinstanz die medizinischen Hinweise schlicht ausser Acht lassen. Das Einkommen 2012 sei bei der Durchschnittsberechnung nicht zu berücksichtigen. Sie habe im erstinstanzlichen Verfahren vorgebracht, dass der Schaden CHF 360.15 brutto pro Monat betrage, die entsprechenden Belege eingereicht und Beweisanträge gestellt. Die Vorinstanz hätte den geltend gemachten Erwerbsschaden voll oder zumindest zum Teil gutheissen müssen. Dass sie 2009, dem Jahr vor dem Brand, ein höheres Einkommen erzielt habe, sei belegt worden.

Aufgrund der Angaben der sachverständigen Zeugin (*Anm. der Unterzeichneten: recte des sachverständigen Zeugen*) hätte die Vorinstanz zum Schluss kommen müssen (S. 5 ff.), dass der Kausalzusammenhang zwischen Brand und Schaden gegeben sei. Eine fundierte medizinische Abklärung sei nicht nötig, sei doch die Ursache für die Erwerbseinbusse offensichtlich der Brand.

Die sachverständige Zeugin (*Anm. der Unterzeichneten: recte der sachverständige Zeuge*) habe gesagt, dass die Klägerin keine Medikamente vertrage und gemäss eigenen Aussagen nie gut auf Psychopharmaka reagiere (S. 7). Dies habe die Klägerin in der Beweisverhandlung bestätigt. Die Darstellung, wonach die Klägerin eine Medikation ablehne, lasse diese in einem schlechten Licht erscheinen. Sie habe eine Medikation aber nicht einfach abgelehnt, sondern sie habe sich mit dieser Thematik befasst und die Medikamente nicht vertragen. Mit dieser Aussage der Klägerin habe sich die Vorinstanz nicht auseinandergesetzt und es wären so zusätzliche Zweifel an der Erwerbsunfähigkeit aufgekommen. Vorliegend verletze das Kantonsgericht den Grundsatz der freien Beweiswürdigung, indem es der Beweisaussage der Klägerin bereits im Vorfeld die Beweiseignung abspreche.

Die Klägerin habe vor erster Instanz belegt, wie hoch der Schaden sei, ebenso habe sie den Kausalzusammenhang belegt (S. 7 f.). Das Argument, wonach die Klägerin die Medikation ablehne, sei nicht zu hören, denn es widerspreche klar der Aktenlage. Zusammenfassend habe die Vorinstanz den Sachverhalt unrichtig festgestellt und das Recht unrichtig angewendet, womit die Berufung gutzuheissen sei. Die geltend gemachte Erwerbseinbusse von CHF 96'000.00 seit August 2010 sei schlüssig dargetan und auf den Brand zurückzuführen; sie sei daher in die Schadensberechnung miteinzubeziehen.

- 2.1.5 Die **Beklagte** lässt in der Berufungsantwort ausführen (act. B 9, S. 5), der Umstand, dass die Klägerin 2011 leistungsfähiger gewesen sei als 2012, wecke Zweifel an der geltend gemachten Erwerbsunfähigkeit sowie am behaupteten Kausalzusammenhang. Diese Aussagen habe das Kantonsgericht in medizinischer Hinsicht gestützt, indem es festgehalten habe, es bräuchte eine medizinische Abklärung und eine Beurteilung der

Leistungsfähigkeit in der Ausübung des Berufs oder einer anderen Erwerbstätigkeit, um eine dauernde Erwerbsunfähigkeit annehmen zu können. Ein medizinisches Gutachten habe die Klägerin nachweislich aber nicht beantragt und wegen der Dispositionsmaxime sei ein solches nicht von Amtes wegen anzuordnen (S. 6). Weder mit der Beschreibung von Dr. F___ noch mit dessen ICD-10-Klassifikation F 43 lasse sich die Erwerbseinbusse ab August 2010 bis heute schlüssig belegen, geschweige denn die Kausalität zwischen dem Brand und der Erwerbseinbusse nachweisen. Dies schon deshalb, weil sich der Brand 16 bis 22 Monate vorher ereignet habe. Die simple Behauptung, die Erwerbseinbusse lasse sich damit begründen, dass es der Klägerin nachweislich noch schlechter gegangen sei als zuvor, genüge den Substantiierungserfordernissen in keiner Weise. Es treffe auch nicht zu, dass die Vorinstanz die medizinischen Hinweise schlicht ausser Acht gelassen habe (S. 6). Diese habe konkret Bezug auf die Befragung von Dr. F___ genommen, allerdings ohne Erfolg für die Klägerin, sei sie doch zum Schluss gekommen, Behandlung und Prognose vermöchten nicht zu überzeugen. Die Behauptung, der Klägerin gehe es nachweislich schlechter als zuvor, decke sich nicht mit der Beurteilung von Dr. F___. Selbst dieser habe nämlich bei der Klägerin über die Jahre hinweg eine Besserung bestätigt. Auf jeden Fall vermöchten auch die Ausführungen des behandelnden Psychiaters die Erwerbseinbusse der Klägerin 2012 nicht zu erklären (S. 7).

Auch was den Kausalzusammenhang angehe, fehle eine fundierte medizinische Abklärung und Beurteilung der Leistungsfähigkeit der Klägerin. Daran könnten auch die Erläuterungen von Dr. med. F___ anlässlich seiner Einvernahme vom 14. März 2016 nichts ändern und würden insbesondere den Anforderungen an das Beweismass der hohen Wahrscheinlichkeit nicht genügen (S. 8). Anstatt eine gründliche Abklärung des Gesundheitszustandes der Klägerin vorzunehmen, habe Dr. F___ lediglich auf deren Aussagen abgestellt. Ein solches Vorgehen sei nicht tauglich, um die sich stellende Kausalitätsfrage zu beantworten (S. 9).

Aus der Antwort auf Frage 14 ergebe sich, dass das Kantonsgericht zum Schluss gekommen sei, die Klägerin lehne jegliche Medikamente ab. Auch hier würden ärztliche Verschreibungen, Untersuchungsberichte oder Befunderhebungen fehlen und es sei davon auszugehen, dass die Klägerin ausschliesslich aus ihrem persönlichen Empfinden heraus erkläre, sie vertrage keine Medikamente. Auch Dr. F___ stütze sich bezüglich der Medikamentenunverträglichkeit einzig auf die Aussagen der Klägerin. Eine konkrete Reaktion auf ein Medikament werde nicht beschrieben (S. 10). Auch von einer ärztlichen Untersuchung sei keine Rede, obwohl eine medikamentöse Behandlung nach Angabe von Dr. F___ nötig und angebracht gewesen wäre. Ohne medizinische Unterlagen müsse angenommen werden, dass die Klägerin nicht einmal bereit gewesen sei, die notwendigen Medikamente auszuprobieren (S. 11). Es sei somit nachvollziehbar und nicht

zu beanstanden, wenn die Vorinstanz im Rahmen ihrer Beweismwürdigung zum Ergebnis komme, die behauptete Medikamentenunverträglichkeit sei nicht überzeugend dargelegt, geschweige denn nachgewiesen. Auch im Zusammenhang mit einer allfälligen Anmeldung bei der IV oder einer stationären Behandlung ergebe sich das Bild, dass die Klägerin jegliche Hilfe ablehne. Wenn das Kantonsgericht somit zum Schluss gelange, es bestünden erhebliche Zweifel daran, dass der Brand zu einer dauernden teilweisen Erwerbsunfähigkeit geführt habe, sei das nicht zu beanstanden (S. 11 f.).

Die Vorinstanz habe alle in diesem Zusammenhang angebotenen Beweise abgenommen und diese einer umfassenden Würdigung unterzogen. Es deute nichts darauf hin, dass sie ihr pflichtgemässes Ermessen überschritten hätte, indem sie von der Anordnung einer Beweisaussage abgesehen habe. Eine Beweisaussage werde in der Regel angeordnet, um die Glaubwürdigkeit einer Partei auszuloten oder bei Beweisnot. Hier seien genügend Beweismittel vorhanden gewesen, welche das Gericht auch ausreichend berücksichtigt habe. Von einer Beweisnot oder einer vergleichbaren Situation, welche eine Beweisaussage gerechtfertigt hätte, könne somit nicht gesprochen werden (S. 12).

- 2.1.6 In den Akten liegt zunächst einmal der **ärztliche Bericht** von **Dr. med. F___**, Spezialarzt für Psychiatrie und Psychotherapie FMH, vom 24. November 2014 (act. B 3/30/10) sowie das **psychologische Gutachten** von lic. phil. J___ (act. B 3/34/2).

Dann wurde Dr. med. F___ als **sachverständiger Zeuge** und die Klägerin als **Partei** einvernommen (act. B 3/64).

Im Recht liegen sodann die Lohnausweise der Klägerin bezüglich ihrer Anstellung bei H___ aus den Jahren 2009, 2011, 2012 und 2013 (act. B 3/30/11-14), der Arbeitsvertrag mit der K___ GmbH (act. B 3/2/20) sowie die Lohnabrechnungen aus dieser Tätigkeit für die Monate März bis August 2010 (act. B 3/2/21).

- 2.1.7 Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (Art. 8 ZGB). Art. 8 ZGB regelt die **Beweislastverteilung** und damit die **Folgen der Beweislosigkeit**, wenn der Sachverhalt unaufklärbar ist („non liquet“)⁷. Wenn Art. 8 ZGB mit der Beweislastverteilung die Folgen der Beweislosigkeit regelt, setzt er voraus, dass die beweisbelastete Partei zum Beweis überhaupt zugelassen wird. Die beweisbelastete Partei hat deshalb ein aus Art. 8 ZGB ableitbares **Recht auf Beweis**. Mit Erlass der Eidgenössischen Zivilprozessordnung ist dieses Recht in Art. 152 Abs. 1 ZPO explizit normiert worden,

⁷ FLAVIO LARDELLI, Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 5. Aufl. 2014, N. 4 zu Art. 8 ZGB.

wonach jede Partei das Recht hat, dass das Gericht die von ihr form- und fristgerecht angebotenen tauglichen Beweismittel abnimmt⁸. Als **Regelbeweismass** gilt, dass der Beweis erbracht ist, wenn das Gericht nach objektiven Gesichtspunkten von der **Richtigkeit einer Sachbehauptung überzeugt** ist und keine ernsthaften Zweifel mehr bestehen oder allenfalls verbleibende leicht erscheinen. Nicht ausreichend ist die bloss überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass sich die behauptete Tatsache ereignet hat. Ausnahmsweise lassen das Gesetz (z.B. Art. 42 Abs. 2 OR, Art. 256b Abs. 2 ZGB) oder Rechtsprechung und Lehre aber auch **überwiegende Wahrscheinlichkeit** genügen, da die Rechtsdurchsetzung an Beweisschwierigkeiten, die typischerweise bei bestimmten Sachverhalten auftreten, nicht scheitern darf. Die Beweiserleichterung setzt also **Beweisnot** voraus. Diese liegt vor, wenn ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder zumutbar ist, insbesondere wo Tatsachen nur mittelbar durch Indizien bewiesen werden können, nicht dagegen bei Tatsachen, die ihrer Natur nach ohne Weiteres dem unmittelbaren Beweis zugänglich wären⁹.

Körperverletzung ist die Beeinträchtigung der körperlichen oder psychischen Integrität einer natürlichen Person (Gesundheitsbeeinträchtigung). Als Beeinträchtigung der psychischen (oder seelisch-geistigen) Integrität gelten beispielsweise überdurchschnittliche geistige Ermüdbarkeit, Persönlichkeitsverzerrung, Geistesschwäche oder -krankheit, depressive Psychosen und Neurosen. Der haftpflichtrechtlich relevante Schaden besteht nicht in der Körperverletzung als solcher, sondern in den vermögensrechtlichen Folgen und der immateriellen Unbill, welche daraus folgen¹⁰. Die **Arbeitsunfähigkeit** ist die abstrakte Unfähigkeit der verletzten Person, ihre Arbeitsfähigkeit finanziell nutzbringend zu entfalten. Dieser Begriff bezeichnet somit den abstrakten Invaliditätsgrad in einem medizinisch-theoretischen Sinne. Erst die aus der Arbeitsunfähigkeit fliessenden Nachteile, die **Erwerbsunfähigkeit**, stellen den haftpflichtrechtlich relevanten Schaden dar. Das Gericht ist bei der Schadensberechnung nicht an die ärztliche Einschätzung des Arbeitsunfähigkeitsgrades gebunden, sondern kann die konkrete Erwerbsunfähigkeit unabhängig davon berechnen. Die medizinisch-theoretische Arbeitsunfähigkeit ist eine **Tatfrage**, wogegen die Auswirkungen der

⁸ FLAVIO LARDELLI, a.a.O., N. 6 zu Art. 8 ZGB.

⁹ TARKAN GÖKSU, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 4 zu Art. 8 ZGB; FLAVIO LARDELLI, a.a.O., N. 17 f. zu Art. 8 ZGB.

¹⁰ CHRISTOPH MÜLLER, in: Furrer/Schnyder [Hrsg.], Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, 3. Aufl. 2016, N. 1 zu Art. 46 OR; MARTIN A. KESSLER, Basler Kommentar, OR I, 6. Aufl. 2015, N. 2 zu Art. 46 OR.

Arbeitsunfähigkeit auf die Erwerbsfähigkeit eine **Rechtsfrage** darstellen. Die Erwerbsunfähigkeit kann vorübergehend oder dauernd sein¹¹.

2.1.8 Nach dem oben Gesagten (E. 2.1.7) hat die Klägerin den Beweis für die geltend gemachte Arbeitsunfähigkeit, die daraus resultierende teilweise Erwerbsunfähigkeit sowie den Kausalzusammenhang mit dem Ereignis vom 1. August 2010 zu erbringen.

Diesen Beweis erachtet das Obergericht - in Übereinstimmung mit der Vorinstanz - als **nicht** erbracht.

- Die Grenzen zwischen einem Arztzeugnis sowie einem ärztlichen Bericht resp. Gutachten sind fließend, und die Terminologie ist nicht einheitlich. Wichtig ist aber, dass Arztzeugnisse, -berichte und -gutachten alle unter Art. 318 StGB (falsches ärztliches Zeugnis) fallen und als Beweismittel der freien Beweiswürdigung unterstehen. Massstab für den Beweiswert eines Arztzeugnisses, -berichtes oder ärztlichen Gutachtens ist, ob die darin enthaltenen Feststellungen und Schlussfolgerungen für die streitigen Belange umfassend sind, auf allseitigen Untersuchungen beruhen, auch die geklagten Beschwerden berücksichtigen, in Kenntnis der Vorakten (Anamnese) abgegeben worden sind, in der Darlegung der medizinischen Zusammenhänge und in der Beurteilung der medizinischen Situation einleuchten, und ob die Schlussfolgerungen begründet sind. ... Den Berichten eines Hausarztes darf nicht von vorneherein jede Glaubwürdigkeit abgesprochen werden. Widerspricht das Verhalten des Patienten (Arbeitnehmers) dem im ärztlichen Zeugnis enthaltenen Befund, so kann sich der Richter über dieses hinwegsetzen und eine Arbeitsunfähigkeit verneinen¹². Das psychologische Gutachten von lic. phil. J___ (act. B 3/34/2) stellt als privates Sachgutachten kein Beweismittel dar, ihm kommt lediglich der Wert einer Parteibehauptung zu¹³.

Bei Dr. med. F___ handelt es sich um den behandelnden Psychiater der Klägerin (act. B 3/64, S. 2). Betreffend die **Arbeitsunfähigkeit** hat Dr. med F___ die Diagnose „Reaktionen auf schwere Belastungen und Anpassungsstörungen ICD-10 F43“

¹¹ CHRISTOPH MÜLLER, a.a.O., N. 6 zu Art. 46 OR m.w.H.; MARTIN A. KESSLER, a.a.O., N. 5 ff. zu Art. 46 OR m.w.H.

¹² HANS SCHMID, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 11 zu Art. 177 ZPO m.w.H.; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, N. 9 zu Art. 177 ZPO m.w.H.

¹³ HANS SCHMID, a.a.O., N. 15 ff. zu Art. 183 ZPO; SVEN RÜETSCHI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Berner Kommentar, 2012, N. 34 ff. zu Art. 183 ZPO.

gestellt (act. B 3/30/10, S. 2 und act. B 3/64, S. 3). Auf die Frage, welche Behandlung er durchgeführt oder empfohlen habe, gab Dr. med. F___ zur Antwort, es sei schwierig, von einer eigentlichen Behandlung zu sprechen. Er unterstütze die Klägerin. Er habe keine Möglichkeit, einzugreifen; er beschränke sich darauf, sie zu verstehen und zu unterstützen. Er gebe ihr Ratschläge. Sie vertrage keine Medikamente, das sei hier sehr speziell. In der Regel würde man 3 bis 4 verschiedene Medikamente einsetzen. Die Klägerin nehme aber nur Sedesta, das sei ein Beruhigungsmittel (act. B 3/64, S. 3, Frage 10). Auf die Frage, welche Diagnose er nach dem Brand gestellt habe und welche Symptome dafür ausschlaggebend gewesen seien, gab Dr. F___ zu Protokoll (act. B 3/64, S. 4, Fragen 19 bis 23): „Diagnose ist das, was wir gesagt haben. Sie war sehr erregt, ruhelos, schlafgestört. Sie sagte, es sei schwierig mit Medikamenten zu helfen, es würde ihr alles nicht gut tun. Zuerst kam sie vielleicht alle drei Wochen, dann alle vier Wochen. ... In einem solchen Fall würde jeder Arzt normalerweise Antidepressiva einsetzen, normal würde man wohl zwei miteinander kombinieren. Bei der Klägerin sei das aber nicht gegangen. Sie habe gesagt, dass sie nicht gut auf Psychopharmaka reagiere. Sie habe das aber nicht näher konkretisiert.“

Die Klägerin selbst erklärte auf die Frage, warum sie keine Medikamente nehme (act. B 3/64, S. 8, Frage 14): „Ich habe sehr schwere Schlafstörungen und habe Diverses ausprobiert, aber ich vertrage es nicht. Ich bin am anderen Tag wie nicht mehr da. Und ich habe es auch mit sehr geringen Dosen probiert. Eine Zeitlang habe ich Baldrian genommen und gut vertragen, aber nun vertrage ich das auch nicht mehr. Ich habe mich jetzt arrangiert und schlafe mal auch am Tag“.

Aus den Aussagen von Dr. med F___ ergibt sich, dass offenbar nie eine fundierte medizinische Abklärung bei der Klägerin stattgefunden hat und diese nur ein Beruhigungsmittel (Sedesta) nimmt. Der Handlungsspielraum von Dr. med F___ beschränkt sich nach dem Gesagten darauf, die Klägerin zu verstehen und zu unterstützen, indem er ihr zum Beispiel Ratschläge gibt. Als normale medizinische Behandlung in solchen Fällen bezeichnete Dr. Balidarda eine Kombination von zwei Antidepressiva (Antwort auf Frage 21, act. B 3/64, S. 4) resp. die Verabreichung von 3-4 Medikamenten (Antwort auf Frage 10, act. B 3/64, S. 3). Nach Dr. F___ hat die Klägerin ihre ablehnende Haltung gegenüber weiteren Medikamenten damit begründet, dass sie nicht gut auf Psychopharmaka reagiere, näher dargelegt hat sie diese Behauptung aber nicht. Allem Anschein nach wurden diesbezüglich auch keine medizinischen Abklärungen getroffen und/oder nach Alternativen gesucht. Die Medikamentenunverträglichkeit wurde also lediglich behauptet, den Nachweis dafür hat die Klägerin nicht erbracht.

Weil offenbar nie eine eingehende ärztliche Untersuchung stattgefunden hat und Dr. med. F___ sich bezüglich Diagnose und Behandlung einzig auf seine (visuelle) Wahrnehmung sowie die Angaben der Klägerin stützen kann, ist seiner Aussage lediglich ein eingeschränkter Beweiswert beizumessen¹⁴. Die Erstellung eines medizinischen Gutachtens hat die Klägerin bewusst nicht beantragt (act. B 3/64, S. 12, Erklärung von RA AA¹___) und ist von der Vorinstanz wegen der Dispositionsmaxime zu Recht auch nicht angeordnet worden¹⁵.

- Die angeblichen Auswirkungen der geschilderten Störungen auf die Erwerbsfähigkeit der Klägerin wurden zwar geltend gemacht, sind nach Auffassung des Obergerichts jedoch ebenfalls nicht rechtsgenüglich nachgewiesen worden.

Dass die Klägerin direkt nach dem Brand unter einem Schock litt und nicht arbeiten konnte, liegt zwar auf der Hand. Wie die Vorinstanz zu Recht festgestellt hat, ist es aber schwer nachvollziehbar, dass die Klägerin im Jahr 2011 (der Brand war am 1. August 2010) CHF 13'700.00 verdienen konnte (act. B 3/30/12), die Erwerbseinnahmen im Jahr 2012 jedoch auf CHF 8'433.00 einbrachen (act. B 3/30/14), um dann im Jahr 2013 wieder ein Niveau von CHF 12'900.00 zu erreichen (act. B 3/30/13). Für die Jahre 2014 und 2015 fehlen Belege. Dies ist ein Indiz dafür, dass eine Verbesserung der Erwerbsfähigkeit möglich war. Das wurde von Dr. med. F___ in der Einvernahme vom 14. März 2016 auch bestätigt (act. B 3/64, S. 5 f., Antworten auf die Fragen 33-35). Kommt hinzu, dass Dr. med. F___ sich bezüglich dem Ausmass, in welchem die Klägerin nach dem Brand arbeitete, ausschliesslich auf deren Angaben abstützte (act. B 3/64, S. 5, Antworten auf die Fragen 26, 28 und 29). Damit ist aber nicht belegt, dass eine Behandlung und eine Wiederherstellung der Erwerbsfähigkeit unmöglich war, umso mehr als die Klägerin nach eigenen Aussagen und denjenigen des sachverständigen Zeugen eine über das Beruhigungsmittel Sedesta hinausgehende Medikation bzw. Behandlung und auch eine Anmeldung bei der Invalidenversicherung ablehnte (act. B 3/64, S. 3, Antwort auf Frage 10 und 11, S. 4, Antwort auf die Fragen 22 und 23, S. 6, Antwort auf Frage 38, S. 8 Antwort auf Frage 15).

¹⁴ ANNETTE DOLGE, Basler Kommentar, 3. Aufl. 2017, N. 13 zu Art. 177 ZPO; SVEN RÜETSCHI, a.a.O., N. 18 zu Art. 177 ZPO.

¹⁵ HANS SCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 183 ZPO; THOMAS WEIBEL, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 8 f. zu Art. 183 ZPO; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, a.a.O., N. 5 f. zu Art. 183 ZPO.

2.2 Leguanterrarium

2.2.1 Die **Klägerin** führt in der Klage aus, der Neuwert des **Terrariums** betrage CHF 50'000.00. Als Begründung bringt sie vor: „Spezialglas, Einbau vor Ort mit Lampen, Wärmestein, Wasserpumpe, Heizung für Wasser, Filterpumpe, Indoor Teich, Klettermöglichkeiten aus Birke mit Hanfseilen, grüne, gummierte Heizmatte (vom Veterinäramt jährlich kontrolliert)“ (act. B 3/1, S. 23). Als Beweisofferte führt die Klägerin eine Parteieinvernahme, das Einholen eines schriftlichen Berichtes beim Veterinäramt AR (Frau Dr. L___) sowie die Einholung eines Gutachtens über den Wert des Terrariums auf (act. B 3/1, S. 24). In der Replik liess die Klägerin weiter vorbringen, dass für ein derart grosses Terrarium kein Referenzprodukt gefunden werden konnte, Frau Dr. L___ vom Veterinäramt aber detaillierte Ausführungen zum Terrarium machen könne, gestützt worauf ein Gutachten erstellt werden könne (act. B 3/29, S. 45).

2.2.2 Die **Beklagte** zweifelt den geltend gemachten Schaden von CHF 50'000.00 für das Leguanterrarium an und bezeichnet ihn als überdimensioniert, ebenso in Berücksichtigung des umschriebenen Zubehörs. Es fehle die Bezugnahme auf ein Referenzprodukt. Insgesamt werde mit den gemachten Angaben den Substantiierungserfordernissen nicht genügt. Eine Werteinbusse von bloss CHF 10'000.00 sei nicht angebracht, ohne Zweifel wäre ein höherer Amortisationsabzug gerechtfertigt (act. B 3/11, S. 37).

2.2.3 Die **Vorinstanz** hat erwogen (act. B 2, E. 2.2.1, S. 24 f.), die Klägerin habe erst anlässlich ihrer Einvernahme am 14. März 2016 konkrete Angaben gemacht, mithin nach dem zweiten Schriftenwechsel. Insoweit seien ihre Konkretisierungen verspätet, denn nach dem zweiten Schriftenwechsel trete Aktenschluss ein und neue Tatsachen könnten danach nur noch nach den Voraussetzungen von Art. 229 Abs. 1 ZPO in den Prozess eingebracht werden. Es wäre der Klägerin ohne weiteres möglich und zumutbar gewesen, die Angaben über Grösse und weitere Gegebenheiten des Terrariums bereits in den Rechtsschriften vorzubringen. Gemäss E___ reiche die Umschreibung „Spezialglas“ nicht, sondern man müsste die Glasstärke und die verbaute Fläche kennen. Zwar habe die Klägerin anlässlich der Einvernahme Angaben zur Grösse des Terrariums gemacht, aber zur Glasstärke würden Daten fehlen. Auch die Lampentypen und die baulichen Massnahmen zu Abdichtung und Feuchteschutz etc., wie sie E___ erwähne, seien nicht bekannt. Insgesamt seien die Angaben der Klägerin ungenügend, um ein Gutachten über den Wert des Leguanterrariums erstellen zu lassen. Immerhin könnte auf den von E___ genannten Betrag von CHF 2'000.00 für ein Terrarium zur Haltung eines grünen Leguans

abgestellt werden. Allerdings halte E___ fest, dass diese erwähnten CHF 2'000.00 für ein Terrarium zur Haltung eines grünen Leguans gelten würden. Im vorliegenden Fall habe die Klägerin nicht ausgeführt, welche Art von Leguan sie gehalten habe, d.h. ob es sich um einen grünen Leguan handelte oder nicht. Der von E___ erwähnte Betrag von CHF 2'000.00 sei wohl als minimaler Anschaffungswert für ein Terrarium zur Haltung eines grünen Leguans zu verstehen, welcher allerdings noch reduziert werden müsste, da ein Terrarium nicht wertbeständig sei. Die Klägerin rechne mit einer Werteinbusse von einem Fünftel. Anlässlich der Einvernahme habe sie ausgeführt, sie hätte das Terrarium seit Ende 2002/2003, d.h. das Terrarium sei zum Zeitpunkt des Brandes acht Jahr alt gewesen und hätte - nach Angaben der Klägerin - etwa 30 bis 40 Jahre halten müssen. Die Werteinbusse erscheine somit als deutlich zu gering. Da ein Gutachten nicht möglich sei, die Angaben in den Rechtsschriften zu wenig präzise ausgefallen seien und die Ausführungen der Klägerin in sich nicht zu überzeugen vermöchten, bleibe diese Schadensposition unbewiesen.

2.2.4 Die **Klägerin** lässt in der Berufungserklärung ausführen (act. B 1, S. 9), es wäre dem Gericht angesichts der bereits im Schriftenwechsel vorliegenden Angaben möglich gewesen, eine Zweitmeinung über den Wert des Terrariums einzuholen und insbesondere Frau Dr. L___ ausfindig zu machen (Art. 190 Abs. 2 ZPO). Dass die Klägerin die näheren Angaben erst anlässlich der persönlichen Befragung im März 2016 gemacht habe, liege daran, dass das Gericht das Gutachten gemäss Beweisbeschluss vom 25. Januar 2016 nicht habe erstellen lassen. Die Anfrage an E___ habe die Vorinstanz weniger als eine Woche vor der Parteibefragung gestellt. Zusammenfassend sehe es so aus, als ob die Vorinstanz den Aufwand zu betreiben gescheut habe, obwohl sie ohne weiteres weiterführende Angaben hätte einholen können und auch müssen. Die umfassenden Angaben, welche die Klägerin bereits im Schriftenwechsel gemacht habe, hätten angesichts der Natur der Sache, nämlich, dass die Sache durch den Brand zerstört worden sei und angesichts der richterlichen Schätzung im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR ausgereicht, den beantragten Augenschein durchzuführen. Aber selbst ohne Durchführung des Augenscheins wäre das Beweisergebnis ein anderes gewesen, wäre die Vorinstanz ihrem eigenen Beweisbeschluss gefolgt, wonach ein Gutachten zu erstellen gewesen wäre und eine schriftliche Auskunft eingeholt werde. Im Übrigen hätte der Klägerin aber wenigstens ein Teilschaden zugesprochen werden müssen, sei doch unbestritten bzw. durch die Auskunft des Veterinäramtes belegt, dass ein Terrarium vorhanden gewesen sei. Die Schadensposition sei daher im Urteil zu berücksichtigen.

2.2.5 Die **Beklagte** lässt in der Berufungsantwort erwidern (act. B 9, S. 13 ff.), entgegen der Ansicht der Klägerin seien die im Schriftenwechsel vorgebrachten Angaben zum

Terrarium eben gerade nicht ausreichend gewesen und würden den Anforderungen an die Substantiierung nicht gerecht. Eine ungenügende Substantiierung durch die beweisbelastete Partei könne nicht Anlass dazu sein, dass das Gericht weitere Abklärungen vorzunehmen oder gar eine Zweitmeinung einzuholen habe. Auch die Suche nach Frau Dr. L___ sei nicht Aufgabe des Gerichts, sondern obliege einzig der Klägerin. Die Vorwürfe an die Adresse des Kantonsgerichts, es habe sich gescheut, den erforderlichen Aufwand zu betreiben, um weitergehende Angaben über das Leguanterrarium einzuholen, seien unbegründet. Es wäre vielmehr an der Klägerin selbst gelegen, die notwendigen Schritte zu unternehmen, um konkrete Belege für ihre Behauptungen beizubringen. Auch die Rüge, dass die Vorinstanz kein Gutachten eingeholt habe, sei unbehelflich. Die Beweisverfügung stelle das Programm für den Ablauf des Beweisverfahrens dar. Dieses könne aber selbstverständlich nur durchgeführt werden, wenn die abzunehmenden Beweise tatsächlich vorhanden seien. Würden Beweise oder notwendige Unterlagen fehlen, um ein Gutachten zu veranlassen, müsse ein Abweichen von der Beweisverfügung möglich sein. In der Phase des Beweisverfahrens hätten nicht genügend Informationen vorgelegen, um ein Gutachten in Auftrag zu geben. Daran würden auch die konkretisierenden Angaben durch die Klägerin anlässlich der Beweisverhandlung nichts ändern. Zu diesem Zeitpunkt hätten nur noch Noven gemäss Art. 229 Abs. 1 ZPO berücksichtigt werden dürfen. Diese Voraussetzungen seien offensichtlich nicht erfüllt. Aus der Befragung der Klägerin ergebe sich nämlich, dass sie die Masse des Terrariums durchaus schon im Schriftenwechsel hätte vorbringen können. Somit sei nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz festhalte, diese Angaben seien - weil verspätet vorgebracht - nicht mehr zu beachten. Die Voraussetzungen für eine Schätzung des Schadens im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR lägen nicht vor. Ein Augenschein sei von der Klägerin nicht hinreichend beantragt worden. In der Replik finde sich ein Antrag auf Durchführung eines Augenscheins lediglich im Beweismittelverzeichnis, ohne Zuordnung zu einer konkreten Tatsachenbehauptung. Das Kantonsgericht habe daher zu Recht keinen Augenschein durchgeführt. Schliesslich seien die Vorbringen der Klägerin zu wenig substantiiert, um auch nur einen Teilschaden zuzusprechen. Diese habe nicht einmal gesagt, was für einen Leguan sie besessen habe. Daher würden auch die Angaben von E___ betreffend ein Terrarium für einen grünen Leguan nichts nützen und die Berufung sei in diesem Punkt abzuweisen.

- 2.2.6 In der Klageschrift liess die Klägerin das Leguanterrarium wie folgt umschreiben (act. B 3/1, S. 32): Leguanterrarium, Spezialglas, Einbau vor Ort mit Lampen, Wärmestein, Wasserpumpe, Heizung für Wasser, Filterpumpe, Indoor Teich, Klettermöglichkeiten aus Birke mit Hanfseilen, grüne, gummierte Heizmatte (vom Veterinäramt jährlich kontrolliert).

In der Replik wurde ergänzend darauf hingewiesen, dass Frau Dr. L___ vom Veterinäramt detaillierte Angaben machen und gestützt darauf ein Gutachten erstellt werden könnte (act. B 3/29, S. 45). Auf der letzten Seite der Replik wird ein Augenschein beantragt, allerdings ohne Bezug auf eine bestimmte Tatsachenbehauptung (act. B 3/29, S. 65).

Das Veterinäramt teilte der Vorinstanz am 18. Februar 2016 auf deren Anfrage hin mit, was folgt (act. B 3/54):

„Die Leguanhaltung von A___ war vom Veterinäramt beider Appenzell von 2005 bis 2010 als private Wildtierhaltung gemäss Art. 89 der eidgenössischen Tierschutzverordnung bewilligt.

Da die Haltung im Sommer 2010 mit dem Tod des Leguans aufgegeben wurde, verfügt das Veterinäramt nur noch über sehr spärliche Unterlagen zur Leguanhaltung von A___.

Es wurde in der Haltebewilligung festgehalten, dass ein Terrarium vorhanden sei, der Leguan aber grösstenteils frei in der Wohnung gehalten werde. Das Tier sei sich seit jeher an die Haltung ausserhalb des Terrariums gewöhnt gewesen, und habe aufgehört zu fressen, wenn es im Terrarium eingesperrt worden sei. Daher wurde die Haltung ausserhalb des Terrariums vom Veterinäramt akzeptiert. Allerdings finden sich keine Aufzeichnungen oder Bilder, die beschreiben würden, ob A___ Wohnung speziell für den Leguan eingerichtet war, z.B. mit Klettermöglichkeiten, Pflanzen, Wärmelampen etc.

Die amtliche Tierärztin, welche die Haltung jeweils überprüft und die Bewilligung ausgestellt hat, arbeitet seit einigen Jahren nicht mehr beim Veterinäramt beider Appenzell, und kann daher nicht zur Haltung befragt werden“.

E___, der vom Bundesamt für Lebensmittelsicherheit und Veterinärwesen (BLV) als anerkannter Ausbilder von Reptilienhaltern wie Leguanen erfasst¹⁶ und an der Universität Basel tätig ist, sah sich aufgrund der im Schriftenwechsel erwähnten Merkmale ausserstande, eine aussagekräftige Schätzung zum Wert des Terrariums abzugeben (act. B 3/59). Er erwähnte weiter, dass der Verantwortliche für den Kurs „grüner Leguan“ den Aufwand für ein Terrarium zur Haltung eines grünen Leguans auf CHF 2'000.00 beziffere.

Auf die Frage, wie das Leguanterrarium aussah (Grösse, Alter, Beschaffenheit), gab A___ anlässlich der Parteibefragung vom 16. März 2016 zu Protokoll (act. B 3/64, S. 9 f.): „Es war in einem Zimmer. Es war im Zimmer eingebaut. Die Masse könnte man nachschauen, man sieht es auf dem Boden noch, wo es war. Sicher war es 2 auf 3 m, aber man könnte das nachschauen, wenn es nicht ganz stimmt. ... Ich habe den Leguan übernommen. Man hatte ihn in einer Wohnung in St. Gallen zurückgelassen (die Mieter der Wohnung). Der Hausbesitzer (Vermieter) wollte dem Leguan helfen und hat mir dies eingebaut im Haus und ich übernahm den Leguan. Er sagte, wenn ich den Leguan übernehme, würde er ihm ein Terrarium bauen für die Dauer seines Lebens, etwa 30-40 Jahre. ... Der Hausbesitzer hat das Terrarium einbauen lassen. Es sind Leute gekommen und haben es eingebaut. ... Es ist richtig, dass der Leguan frei in der Wohnung gehalten worden ist. Man hat das Terrarium gebaut und er wollte nicht rein. Er wurde innert kürzester Zeit so zahm

¹⁶

www.blv.admin.ch/themen/tierschutz/00739/02594/index.html?download

wie ein Hund. Er ging auf die Katzenkiste. Ich habe dann mit Frau Dr. L___ gesprochen, welche jeweils die Bewilligung erteilte und sie gab mir eine Spezialbewilligung, dass ich ihn so halten konnte, dass er machen konnte, was er will. ... Dass das Terrarium CHF 50'000.00 gekostet hat, ist eine Schätzung. Und zwar eine Schätzung von mir, ich hatte es mit einem Herrn M___ vom Holz█ in N___ angeschaut. ... Das Terrarium sollte 30-40 Jahre halten, es war sehr luxuriös. Es war schon vom Feinsten. Es waren Spezialgläser. Weil der Leguan konnte mit dem Schwanz ausschlagen, es durfte nicht gleich zerbersten. Es hatte Deckenhöhe, etwa 3 m. Also wahrscheinlich war es grösser als 2-3 m, man sieht es noch auf dem Boden. Es kann auch 3-4 m gross gewesen sein, um einen Meter kann ich mich schon irren, es ist schwierig. Das Terrarium war auf zwei Seiten aus Glas. Auf einer Seite war es an der Wand, dort waren auch die Abflüsse vom Teich. Es hatte eine Tür. Innendrin hatte es aus Birken Klettermöglichkeiten. Es hatte Wärmesteine. Infrarotlampen für den Tag und Blaulampen für die Nacht. Diverses hatte es. So was, was Dampf gab und das Birkenholz war mit Hanfseilen umwickelt, denn er musste ja Klettermöglichkeiten haben, es ist ja ein Baumbewohner. Es sollte möglichst seinen Bedürfnissen entsprechen“.

- 2.2.7 Die Parteien haben dem Gericht die Tatsachen, auf die sie ihre Begehren stützen, darzulegen und die Beweismittel anzugeben (Art. 55 Abs. 1 ZPO). Die Parteien müssen die wesentlichen Tatsachen von sich aus behaupten und den erforderlichen Beweis durch Einreichung der greifbaren Beweismittel oder durch Stellung von Beweisanträgen erbringen („da mihi facta dabo tibi ius“). Der Verhandlungsgrundsatz verwirklicht den Gedanken, dass die Parteien am besten über den relevanten Sachverhalt orientiert sind¹⁷. Die Parteien haben weiter die Beweisführungslast. Wer eine Tatsache behauptet, muss den Beweis durch Einreichung verfügbarer Beweismittel (z.B. Urkunden) oder durch Beweisanträge (z.B. Antrag auf Einholung eines Gutachtens) hierzu erbringen. Tatsachen welche zwar von einer Partei behauptet, aber von ihr nicht bewiesen werden, bleiben beweislos und werden in der Urteilsfindung des Gerichts ebenso wenig berücksichtigt wie nicht behauptete Tatsachen. Der Verhandlungsgrundsatz wird beispielsweise verletzt, wenn das Gericht seinem Entscheid Tatsachen zugrunde legt, welche sich zwar aus einer eingebrachten Beilage zu einer Rechtsschrift ergeben, aber auf die in keiner Rechtsschrift erkennbar verwiesen wird¹⁸. Nach dem sogenannten Beibringungsgrundsatz ist das Gericht in einem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Verfahren grundsätzlich an die Tatsachen gebunden, welche die Parteien vorbringen. Was nicht behauptet wird, ist für das Gericht inexistenz („quod non est in actis non est in mundo“). Daraus folgt, dass das Gericht keine über die Parteibehauptungen hinausgehenden Ermittlungen vornehmen darf und dass das Beweisverfahren nicht dazu dient, die notwendigen schlüssigen

¹⁷ MYRIAM A. GEHRI, Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 2 zu Art. 55 ZPO; SUTTER-SOMM/SCHRANK, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 9 und 11 zu Art. 55 ZPO.

¹⁸ MYRIAM A. GEHRI, a.a.O., N. 5 zu Art. 55 ZPO.

Tatsachenbehauptungen zur Vervollständigung einer lückenhaften Sachdarstellung zu gewinnen (Verbot des Ausforschungsbeweises)¹⁹.

Das Gericht kann zur unmittelbaren Wahrnehmung von Tatsachen oder zum besseren Verständnis des Sachverhalts auf Antrag einer Partei oder von Amtes wegen einen **Augenschein** durchführen (Art. 181 Abs. 1 ZPO). Der Augenschein hat eine Doppelfunktion: Er ist zugleich **Informations-** wie auch **Beweismittel**. Als Informationsmittel dient der Augenschein dem besseren Verständnis von nicht streitigen Parteivorbringen, Zeugenaussagen oder Urkunden. Hat der Augenschein Beweisfunktion, so ist das Augenscheinsobjekt Beweismittel. Dient der Augenschein als Beweismittel, so muss er in der gesetzlich vorgeschriebenen Form und unter Wahrung des rechtlichen Gehörs vorgenommen werden²⁰. Die Anordnung von Amtes wegen kommt dann in Betracht, wenn der Augenschein entweder (nur) Informationsmittel ist oder es sich um ein Beweismittel im Geltungsbereich der Untersuchungsmaxime handelt. Der Augenschein wird von Amtes wegen durchgeführt, wenn Zweifel an der Richtigkeit einer nicht streitigen durch Augenschein klärbaren Tatsache bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO) oder das Gericht aus anderen Gründen das Bedürfnis nach einem Augenschein hat (Art. 181 Abs. 1 ZPO). Dabei ist freilich Zurückhaltung geboten: Es kann nicht Sache des Gerichts sein, unterlassene oder ungenügende Parteianträge zu ersetzen. Dient der Augenschein hingegen als Beweismittel, ist bei Geltung der Verhandlungsmaxime in der Regel ein Parteiantrag erforderlich. Ist dieser form- und fristgerecht gestellt und der Augenschein zur Beweisführung tauglich und nützlich, besteht unabhängig vom eigenen Informationsbedürfnis des Gerichts ein Anspruch auf seine Durchführung²¹.

Nach Art. 221 Abs. 1 lit. e und Art. 222 Abs. 2 ZPO haben die Parteien bereits im Schriftenwechsel die Bezeichnung der einzelnen Beweismittel zu den behaupteten Tatsachen vorzunehmen²². Es gilt das Prinzip der Beweisverbindung. Die Beweise sind unmittelbar im Anschluss an die entsprechende Tatsachenbehauptung anzubieten. Auf

¹⁹ SUTTER-SOMM/SCHRANK, a.a.O., N. 12 zu Art. 55 ZPO; PAUL OBERHAMMER, in: Oberhammer/Domej/Haas [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, 2. Aufl. 2014, N. 10 zu Art. 55 ZPO m.w.H.

²⁰ WEIBEL/WALZ, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 2 zu Art. 181 ZPO; ANNETTE DOLGE, a.a.O., N. 2 zu Art. 181 ZPO.

²¹ WEIBEL/WALZ, a.a.O., N. 8 f. zu Art. 181 ZPO; ANNETTE DOLGE, a.a.O., N. 3 und 5 zu Art. 181 ZPO; HEINRICH ANDREAS MÜLLER, a.a.O., N. 14 f. zu Art. 181 ZPO; a.M. ALFRED BÜHLER, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 5 f. zu Art. 181 ZPO m.w.H.

²² JÜRGEN BRÖNNIMANN, Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2012, N. 3 zu Art. 154 ZPO; DANIEL WILLISEGGER, Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 31 zu Art. 221 ZPO.

jede Tatsachenbehauptung folgt ein Beweisantrag. Der Beweis wird nicht formgerecht angetreten, wenn der Kläger einen Lebenssachverhalt in den Prozess einführt, ohne die einzelnen Tatsachen mit einem Beweisantrag zu versehen. Die Zuordnung der Beweismittel ist Sache der Parteien. Sie zeichnen damit das Beweisprogramm vor, wie es das Gericht später in der sogenannten Beweisverfügung anordnet, bevor es die form- und fristgerecht angebotenen Beweismittel abnimmt²³.

2.2.8 Die Kritik der Klägerin am Urteil der Vorinstanz ist bezüglich des Leguanterrariums nicht berechtigt. Dazu Folgendes:

- Wie oben ausgeführt (E. 2.2.7) ist es in erster Linie Sache der Parteien, dem Gericht den wesentlichen Prozessstoff zu unterbreiten und zu beweisen oder zumindest zum Beweis zu verstellen. Ein Beweisverfahren dient namentlich nicht dazu, die notwendigen, schlüssigen Tatsachenbehauptungen zur Vervollständigung einer lückenhaften Sachdarstellung zu gewinnen²⁴. Die Klägerin hätte die genaue Masse des Terrariums (Höhe, Breite, Tiefe), dessen Ausstattung (Teich, Wärmesteine, Klettermöglichkeiten aus Birkenholz, Infrarot- und Blaulampen etc.), Angaben zu den technischen Daten (zum Beispiel Ausmass und Stärke des Glases, welche Heizung und/oder Pumpe zum Einsatz gelangte, vgl. die Ausführungen von E___ in seinem E-Mail vom 8. März 2016, act. B 3/59) sowie die Art des von ihr gehaltenen Leguans also im **Schriftenwechsel** benennen müssen. Umso mehr als die Beklagte den von der Klägerin durch das zerstörte Terrarium behaupteten Schaden bereits in der Klageantwort als überdimensioniert bezeichnete und mangelnde Substantiierung geltend machte (act. B 3/11, S. 37). Dass dies ohne weiteres möglich gewesen wäre, zeigen ihre Angaben anlässlich der Beweisaussage.

Aufgrund der mangelhaften Angaben der Klägerin im doppelten Schriftenwechsel hätte die Vorinstanz nach Auffassung des Obergerichts weder ein Gutachten resp. eine schriftliche Auskunft beim Veterinäramt AR einholen noch eine Beweisaussage durchführen müssen, sondern hätte die Schadensposition „Leguanterrarium“ von vorneherein mangels Substantiierung abweisen können.

²³ DANIEL WILLISEGGER, a.a.O., N. 31 zu Art. 221 ZPO; CHRISTOPH LEUENBERGER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 51 zu Art. 221 ZPO.

²⁴ SUTTER-SOMM/SCHRANK, a.a.O., N. 12 zu Art. 55 ZPO; PAUL OBERHAMMER, a.a.O., N. 10 zu Art. 55 ZPO m.w.H.; Urteil des Bundesgerichts 4A_33/2015 vom 9. Juni 2015, E. 6.2.

- Die Beweisverfügung nach Art. 154 ZPO stellt das Programm („Drehbuch“) für den Ablauf des Beweisverfahrens dar²⁵. Selbstverständlich kann das Beweisverfahren aber nur durchgeführt werden, wenn die abzunehmenden Beweise tatsächlich vorhanden sind. Fehlen aber Beweise oder notwendige Grundlagen, um ein Gutachten zu veranlassen, so muss auch ein Abweichen vom Programm und somit von der Beweisverfügung möglich sein. Entsprechend hält Art. 154 ZPO ausdrücklich fest, dass Beweisverfügungen jederzeit abgeändert oder ergänzt werden können²⁶. Eine Abänderung oder Ergänzung rechtfertigt sich zum Beispiel bei veränderter rechtlicher Beurteilung der streitigen Tatsachen, die der Beweisverfügung zu Grunde liegen. Das Gericht ist an die der Beweisverfügung zugrunde liegenden rechtlichen Überlegungen (Beweislastverteilung, Relevanz, Beweisbedürftigkeit etc.) nicht gebunden²⁷. Eine Änderung der Beweisverfügung wird jedoch auch nach begonnener Beweisabnahme nötig, wenn die antizipierte Beweiswürdigung ergibt, dass weitere angebotene Beweise nicht mehr abgenommen werden müssen²⁸. Vor diesem Hintergrund geht die Kritik der Klägerin, dass das Gericht keine Anstrengungen unternommen habe, eine Zweitmeinung oder weiterführende Angaben über den Wert des Terrariums einzuholen resp. die Adresse von Frau Dr. L. ausfindig zu machen, an der Sache vorbei.
- Das angefochtene Urteil ist aber auch insoweit nicht zu beanstanden, als es die anlässlich der Beweisaussage gemachten, nachträglichen Ergänzungen als im Sinne von Art. 229 Abs. 1 lit. b ZPO unzulässige unechte Noven zurückweist.
- Weiter folgt nach dem Gesagten, dass das Kantonsgericht nicht gehalten war, den Schaden im Sinne von Art. 42 Abs. 2 OR zu schätzen. Wie oben (E. 2.1.7) dargelegt, ist eine Schätzung des Schadens nur zulässig, wenn **Beweisnot** vorliegt. Von einer solchen kann hier trotz der Zerstörung des umstrittenen Objekts durch den Brand keine Rede sein: Der Klägerin wäre es gemäss ihren Angaben anlässlich der Beweisaussage ohne weiteres möglich gewesen, bereits im Schriftenwechsel die genauen Ausmasse des Terrariums sowie dessen Ausstattung und insbesondere die Art des von ihr gehaltenen Leguans zu bezeichnen. Anhand der Art des Tieres und

²⁵ FRANZ HASENBÖHLER, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger [Hrsg.], Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, 3. Aufl. 2016, N. 5 zu Art. 154 ZPO; CHRISTIAN LEU, in: Brunner/Gasser/Schwander [Hrsg.], Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kommentar, 2. Aufl. 2016, N. 27 zu Art. 154 ZPO.

²⁶ PETER GUYAN, Basler Kommentar, ZPO, 3. Aufl. 2017, N. 7 ff. zu Art. 154 ZPO; Urteil des Bundesgerichts 4A_33/2015 vom 9. Juni 2015, E. 6.2.

²⁷ CHRISTIAN LEU, a.a.O., N. 25 zu Art. 154 ZPO; HANS SCHMID, a.a.O., N. 4 zu Art. 154 ZPO.

²⁸ CHRISTIAN LEU, a.a.O., N. 26 zu Art. 154 ZPO; GASSER/RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, DIKE-Kurzkomentar, 2. Aufl. 2014, N. 7 zu Art. 154 ZPO.

dessen Grösse bzw. Stärke wären dann auch Rückschlüsse über die erforderliche Beschaffenheit des Glases möglich gewesen. Allenfalls hätte auch der Vermieter der früheren Eigentümer des Leguans, welcher das Terrarium bauen liess (Aussage der Klägerin auf die Frage, wann und wo sie das Terrarium angeschafft habe, act. B 3/64, S. 9), als Zeuge für die Kosten, die dadurch angefallen sind, angerufen werden können.

- Letztlich ist auch die Rüge der Klägerin nicht gerechtfertigt, dass das Gericht bezüglich des Terrariums keinen Augenschein durchgeführt hat: Die Möglichkeit, dass das Gericht von Amtes wegen Beweis erhebt, wenn an der Richtigkeit einer **nicht streitigen** Tatsache erhebliche Zweifel bestehen (Art. 153 Abs. 2 ZPO), scheitert an der Bestreitung durch die Beklagte (act. B 3/11, S. 37). Soll mit dem Augenschein eine **streitige** Tatsache geklärt werden, wäre im Bereich der Verhandlungsmaxime - wie sie hier zur Anwendung gelangt - ein entsprechender Antrag im Anschluss an die entsprechende Parteibehauptung erforderlich gewesen (vgl. oben E. 2.2.7). Diesen Anforderungen genügt die Auflistung des Beweismittels des Augenscheins in der Replik klar nicht (act. B 3/29, S. 65).

Nach Auffassung des Obergerichts hat die Vorinstanz die Schadensposition „Leguanterrarium“ somit zu Recht nicht berücksichtigt.

2.3 Wunschhaftung

- 2.3.1 Die **Klägerin** führt im erstinstanzlichen Verfahren aus, der Haftpflichtversicherer (G____) der den Albatros zündenden Person bzw. deren gesetzlicher Vertreter habe im Rahmen der Wunschhaftung des Versicherungsnehmers einen Betrag von CHF 100'000.00 bezahlt (act. B 3/1, S. 33). Damit seien folgende Positionen beglichen worden: provisorischer Boden in Baracke für CHF 3'035.00, Garten im Umfeld der Baracke in Ordnung bringen für CHF 500.00, Wohnen unter sehr schlechten Verhältnissen CHF 7'800.00 (CHF 650.00 x 12) und die Suche eines neuen Hauses, der notwendige Wechsel des Wohnortes, Zeitaufwand, Inserate, Telefonate, Autokilometer; die Klägerin mache dafür 40 Wochen à CHF 200.00 geltend, mithin CHF 8'000.00 (act. B3/1, S. 33). Es handle sich hierbei um Positionen, deren Einordnung allenfalls strittig sei und um Vermögensschaden, der vom Produkthaftpflichtigen nicht zu ersetzen sei (act. B3/1, S. 33). Die sogenannte Wunschhaftung sei subsidiär zu einer gesetzlichen Haftpflicht (act. B 3/29, S. 52). Diese Leistungen müsse sich die Klägerin nicht anrechnen lassen, weil sie

freiwillig geleistet worden seien (act. B 3/64, S. 14). Nur bei einer Überentschädigung stehe der G___ ein Rückforderungsrecht zu (act. B 3/64, S. 14).

2.3.2 Die **Beklagte** hat vor dem Kantonsgericht geltend gemacht, die genannten Positionen seien nicht belegt und würden keinen haftpflichtrechtlich relevanten Schaden darstellen (act. B 3/34, S. 69). Die Beklagte vertritt zudem die Ansicht, dass D1___ und seine Eltern eine Haftung treffen würde (act. B 3/34, S. 69).

2.3.3 Das **Kantonsgericht** hat die Zahlung von CHF 100'000.00 an die Klägerin durch die Haftpflichtversicherung der Familie D___ nicht als eine freiwillige Leistung betrachtet, da diese aufgrund ihrer Versicherungsbedingungen (Ziff. A5 AVB) auf Wunsch des Versicherers (*Anm. der Unterzeichneten: recte auf Wunsch des Versicherten*) bezahlen musste (act. B 2, E. 2.2.3, S. 31). Der von der Versicherung bezahlte Betrag von CHF 100'000.00 sei nicht vergleichbar mit einer Spende oder ähnlichem, da der Betrag insofern nicht freiwillig erbracht worden sei, als damit eine eventuell vorhandene gesetzliche Haftung übernommen worden sei und wie erwähnt die Versicherung aufgrund ihrer vertraglichen Vereinbarung mit dem Versicherungsnehmer die Summe auszuzahlen hatte. Aufgrund obiger Ausführungen müsse sich die Klägerin den von der Versicherung bezahlten Betrag von CHF 100'000.00 anrechnen lassen, womit kein Vermögensnachteil mehr vorhanden sei, welchen die Beklagte zu ersetzen habe und die Klage sei entsprechend abzuweisen.

2.3.4 Dagegen lässt die **Klägerin** in der Berufungserklärung einwenden (act. B 1, S. 10 f.), gemäss E-Mail des zuständigen Mitarbeiters der G___ hätte diese die Zahlung auch verweigern können, da ein Gerichtsverfahren gegen die Herstellerin des Feuerwerkskörpers geführt werde. Die G___ habe den Betrag ohne Anerkennung einer Rechtspflicht bezahlt. D1___ sei im Zeitpunkt des fraglichen Vorfalles 13 Jahre alt gewesen. Aus den Befragungsprotokollen ergebe sich, dass er die Folgen seines Handelns abschätzen und gemäss dieser Einsicht handeln konnte. Er sei somit urteilsfähig gewesen. Das Ergebnis des Strafverfahrens bestätige diese Ansicht. Wenn D1___ urteilsfähig gewesen sei, könnten die AVB der G___ vorliegend keine Geltung beanspruchen, werde dort doch ausdrücklich statuiert, dass auf Wunsch des Versicherungsnehmers bei urteilsunfähigen Kindern, Stief-, Adoptivkindern und Hausgenossen bezahlt werde. Folglich habe keine vertragliche Pflicht der G___ bestanden, eine Leistung zu erbringen. Sie habe nicht auf Wunsch des Versicherungsnehmers eine Leistung erbringen müssen, womit es sich um eine freiwillige Leistung gehandelt habe. Gestützt werde diese Auffassung dadurch, dass die G___ ihre Leistungen „ohne Anerkennung einer Rechtspflicht“ erbracht habe. Freiwillige Leistungen

Dritter würden nicht an den Schaden angerechnet. Dass die G___ die Leistung aus einem anderen Grund erbracht habe, habe die Vorinstanz nicht ausgeführt.

2.3.5 Die **Beklagte** lässt vortragen (act. B 9, S. 16 ff.), eine Zahlung aus Wunschhaftung sei insofern nicht freiwillig, als die Versicherung eine solche Zahlung aufgrund einer vertraglichen Verpflichtung leiste. Damit solle eine eventuell vorhandene gesetzliche Haftung übernommen werden. Aus diesem Grund habe die Vorinstanz festgehalten, die Zahlung von CHF 100'000.00 durch die Versicherung sei nicht vergleichbar mit einer Spende oder Ähnlichem und die Klägerin müsse sich die Zahlung anrechnen lassen. Eine Zahlung aus Wunschhaftung sei somit in jedem Falle darauf gerichtet, den entstandenen Schaden auszugleichen. Es gehe nicht darum, den Geschädigten zu begünstigen. Im Übrigen könne es nicht zulasten der Beklagten gehen, wenn die Klägerin es versäumt habe, die Familie D___ ins Recht zu fassen. Er verweise auf die Ausführungen in der Duplik, wo ausführlich vorgebracht worden sei, dass eine Haftung von D1___ sowie von dessen Eltern zu bejahen sei. Letztlich könne der Vorinstanz nicht vorgeworfen werden, sie habe den Sachverhalt nicht richtig festgestellt. Die Leistung der G___ und deren versicherungsrechtliche Grundlage sei nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Es könne daher auch offen bleiben, ob die G___ die Voraussetzungen der Wunschhaftung korrekt abgeklärt habe oder nicht.

2.3.6 Die Versicherungsbedingungen halten in Ziff. A5 AVB fest (act. B 3/30/27, S.5), dass auf Wunsch des Versicherungsnehmers die G___ bis zu einem Betrag von CHF 100'000.00 pro Ereignis bezahlt, ohne Bestehen einer gesetzlichen Haftpflicht bei 1. Ansprüchen aus Schäden, die von dessen urteilsunfähigen Kindern verursacht worden sind, selbst wenn die Sorgfaltspflicht in der Beaufsichtigung nicht verletzt wurde, 2. Ansprüche einer Aufsichtsperson (Familienoberhaupt für Schäden, verursacht durch unmündige Kinder) aus Schäden, welche ihr von versicherten unmündigen Kindern zugefügt worden sind.

Im E-Mail vom 10. November 2014 hielt O___, der zuständige Sachbearbeiter bei der G___, an P___ unter anderem fest (act. B 3/30/28): „... Unsere Zahlungen gegenüber Frau A___ haben schadensausgleichenden Charakter. Im Zuge einer gesamtheitlichen und vor allem auch zeitnah ausgestalteten Schadenerledigung wurde das Schadensausmass nur sehr rudimentär überprüft. ... Da die Versicherungssumme für die Wunschhaftung auf CHF 100'000.00 begrenzt ist, das gesamte Schadensausmass diesen Betrag aber insgesamt erheblich übersteigt, wurden an die Substantiierungspflicht von Frau A___ keine hohen Anforderungen gestellt, insbesondere wurden auch nicht alle Schadenspositionen auf deren Höhe und haftpflichtrechtliche Ausgewiesenheit überprüft. ...“.

2.3.7 Viele Eltern begleichen mit grosser Selbstverständlichkeit die Schäden, die ihr Kind angerichtet hat, Haftung hin oder her. Die Versicherungsgesellschaften sind diesem Rechtsgefühl gefolgt und zahlen aus ihren Haftpflichtpolicen - auch wenn der Sorgfaltsbeweis dem Familienoberhaupt gelänge - auf dessen Wunsch den Schaden²⁹. Man spricht daher von Wunschhaftung. Mit anderen Worten werden auch ohne rechtlich feststehende Haftung auf Wunsch des Versicherungsnehmers Schäden übernommen. Im Rahmen der Wunschhaftung besteht keine gesetzliche Haftung³⁰. Im Rahmen der Wunschhaftung ist die allgemeine Leistungsumschreibung deshalb so zu verstehen, wie wenn im Rahmen der Zusatzdeckung eine gesetzliche Haftung bestünde³¹. „Ausgeschlossen sind in allen Fällen der Deckung der Wunschhaftung Regress- und Ausgleichsansprüche Dritter für Leistungen, die sie den Geschädigten erbracht hat“³². Nach der Differenzmethode ist Schaden definiert als Differenz zwischen dem Stand des Vermögens der Geschädigten vor dem schädigenden Ereignis und dem Stand, den es ohne dieses Ereignis hätte³³. Aus der Differenztheorie ergibt sich, dass sich die Geschädigte Vermögensvorteile, die aufgrund des schädigenden Ereignisses entstehen, auf ihren Schaden anrechnen lassen muss, ansonsten sie bereichert wäre³⁴. Allerdings werden freiwillige Leistungen Dritter, namentlich Spenden und dergleichen regelmässig nicht angerechnet, weil sie der Dritte nicht erbringt um den Haftpflichtigen zu entlasten³⁵.

2.3.8 Die Vorinstanz hat sich ausführlich mit der Natur der sogenannten Wunschhaftung auseinander gesetzt. Ihre diesbezüglichen Erwägungen sind zutreffend. Diese können mit den nachfolgenden Ergänzungen übernommen werden.

- Es ist eindeutig, dass die G___ die Zahlung auf Wunsch ihrer Versicherungsnehmerin, der Familie D___, gestützt auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen, d.h. in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht, vorgenommen hat (Ziff. A5 AVB; act. B 3/30/27, S.5). Aus dem E-Mail des zuständigen Sachbearbeiters, O___, geht auch der Zweck der Zahlung, konkret der Schadensausgleich, klar hervor. Abwegig ist demgegenüber die Argumentation, dass eine Versicherung eine freiwillige Leistung gemacht haben soll.

²⁹ ALFRED KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, Band I, 159.

³⁰ STEPHAN FUHRER, Kind als Täter und Opfer - privatversicherungsrechtliche Aspekte, HAVE 2014, Personen-Schaden-Forum 2014, S. 173.

³¹ STEPHAN FUHRER, a.a.O., S. 173.

³² STEPHAN FUHRER, a.a.O., S. 173.

³³ FELLMANN/KOTTMANN, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Band I, Allgemeiner Teil sowie Haftung aus Verschulden und Persönlichkeitsverletzung, gewöhnliche Kausalhaftungen des OR, ZGB und PrHG, 2012, Rz. 1333.

³⁴ FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., Rz. 1388 m.w.H.

³⁵ FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., Rz. 1392.

- Nach FELLMANN/KOTTMANN³⁶ ist bezüglich der Vorteilsanrechnung massgebend, dass zwischen dem schädigenden Ereignis und dem Vorteil ein **innerer Zusammenhang** besteht, der es rechtfertigt, diesen dem Geschädigten anzurechnen. Ein solcher Zusammenhang ist hier zu bejahen.
- Die Frage, ob die G___ die Zahlung über CHF 100'000.00 an die Klägerin gestützt auf ihre AVB zu Recht erbracht hat, ist nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und spielt bezüglich der Anrechnung des Betrages keine Rolle.
- Nur der Vollständigkeit halber ist festzuhalten, dass selbst RA AA¹___, welcher die Klägerin im erstinstanzlichen Verfahren vertreten hat, eine Anrechnung der Zahlung (zunächst) als gerechtfertigt angesehen hat (act. B 3/1, S. 33).

3. Fazit

Wie die Vorinstanz, erachtet das Obergerichts die Schadenspositionen „teilweise Erwerbsunfähigkeit“ und „Leguanterrarium“ als nicht nachgewiesen und vertritt zudem die Auffassung, dass sich die Klägerin, die unter dem Titel „Wunschhaftung“ durch die G___ erbrachte Leistung von CHF 100'000.00, auf ihren Schaden anrechnen lassen muss. Es resultiert somit kein Vermögensnachteil, welchen die Beklagte zu ersetzen hätte, selbst wenn die übrigen, hier nicht geprüften Haftungsvoraussetzungen (Brandursache, Kausalzusammenhang, fehlerhaftes Produkt etc.) gegeben wären. Entsprechend sind die Berufung und die Klage abzuweisen.

III. Prozesskosten

1. Erstinstanzliche Gerichtskosten und Parteientschädigungen

Trifft die Rechtsmittelinstanz einen neuen Entscheid, so entscheidet sie auch über die Prozesskosten des erstinstanzlichen Verfahrens (Art. 318 Abs. 3 ZPO). Die Prozesskosten beinhalten sowohl die Gerichtskosten wie auch die Parteientschädigung (Art. 95 Abs. 1 ZPO). Das Obergericht hat keinen neuen Entscheid getroffen, sondern das

³⁶ FELLMANN/KOTTMANN, a.a.O., Rz. 1390 ff.

angefochtene Urteil des Kantonsgerichts vom 14. März 2016 bestätigt (Art. 318 Abs. 1 lit. a ZPO). Somit kann es bei den in jenem Urteil in den Ziffern 2 und 3 getroffenen Regelungen der Prozesskosten bleiben.

2. Gerichtskosten im Berufungsverfahren

Die Prozesskosten werden der unterliegenden Partei auferlegt (Art. 106 Abs. 1 ZPO). Die Gerichtskosten werden mit den geleisteten Vorschüssen der Parteien verrechnet (Art. 111 Abs. 1 ZPO). Ausgangsgemäss hat die vor Obergericht vollumfänglich unterliegende Klägerin die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens zu bezahlen. Als dem Umfang sowie dem Streitwert der Streitsache angemessen erachtet das Obergericht eine Entscheidgebühr von CHF 7'000.00 (Art. 19 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 20 Abs. 1 lit. b Gebührenordnung, bGS 233.3), welche mit dem von der Klägerin geleisteten Kostenvorschuss von CHF 18'000.00 verrechnet wird. Der Mehrbetrag von CHF 11'000.00 wird im Umfang von CHF 3'764.00 mit den noch ungedeckten erstinstanzlichen Gerichtskosten verrechnet und im Restbetrag an die Klägerin zurückerstattet.

3. Parteientschädigung im Berufungsverfahren

Unter Hinweis auf vorstehende E. 2 und Art. 106 Abs. 1 i.V.m. Art. 95 Abs. 1 lit. b ZPO hat die unterliegende Klägerin der obsiegenden Beklagten den Ersatz notwendiger Auslagen und die Kosten ihrer berufsmässigen Vertretung (Art. 95 Abs. 3 lit. a und b ZPO) im zweitinstanzlichen Verfahren vollumfänglich zu ersetzen.

Die Honorarnote von RA BB____ (act. B 16) erweist sich nicht als tarifkonform. Wurde das Honorar im erstinstanzlichen Verfahren nach Streitwert oder pauschal bemessen, so beträgt es für das Rechtsmittelverfahren ohne mündliche Verhandlung maximal 50 % (Art. 20 Abs. 1 lit. a Anwaltstarif, AT, bGS 145.53).

Das Kantonsgericht hat das erstinstanzliche Honorar gemäss Streitwert bemessen und es hat der Beklagten - zuzüglich Zuschlägen von insgesamt 40 % für die Einigungsverhandlung, den doppelten Schriftenwechsel und das Beweisverfahren - sowie geschätzten Barauslagen von CHF 200.00 eine Entschädigung in Höhe von

CHF 20'940.55 zugesprochen (act. B 2, E. 3, S. 32). Von einem Mehrwertsteuerzuschlag sah die Vorinstanz mit der Begründung ab, dass die obsiegende Partei ihren Sitz im Ausland hat und in der Schweiz somit nicht mehrwertsteuerpflichtig ist. Diese Argumentation überzeugt. Demzufolge hat die Klägerin die Beklagte für das Berufungsverfahren mit CHF 10'370.30 zu entschädigen. Dazu kommen 3 % Barauslagen (CHF 311.10), was total einen geschuldeten Betrag von CHF 10'681.40 ergibt.

Das Obergericht erkennt in Abweisung der Berufung:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die erstinstanzliche Regelung der Prozesskosten (Gerichtskosten und Parteientschädigung) wird bestätigt.
3. Die Gerichtskosten des Berufungsverfahrens, bestehend aus einer Gerichtsgebühr von CHF 7'000.00, werden der Berufungsklägerin auferlegt, unter Verrechnung mit dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss von CHF 18'000.00. Der Mehrbetrag von CHF 11'000.00 wird im Umfang von CHF 3'764.00 mit den noch ungedeckten erstinstanzlichen Gerichtskosten verrechnet und im Restbetrag an die Berufungsklägerin zurückerstattet.
4. Die Berufungsklägerin hat die Berufungsbeklagte für die Kosten ihrer Rechtsvertretung im Berufungsverfahren mit CHF 10'681.40 (inkl. Barauslagen) zu entschädigen.
5. **Rechtsmittel:**
Gegen diesen Entscheid kann innert 30 Tagen seit der Zustellung Beschwerde in Zivilsachen erhoben werden. Die Zulässigkeit einer solchen Beschwerde richtet sich nach Art. 72 ff. Bundesgerichtsgesetz (BGG, SR 173.110). Die Beschwerde ist beim Schweizerischen Bundesgericht, Avenue du Tribunal fédéral 29, 1000 Lausanne 14, schriftlich einzureichen. Die Beschwerdeschrift hat die Begehren, deren Begründung mit Angabe der Beweismittel und die Unterschrift zu enthalten; der angefochtene Entscheid sowie die als Beweismittel angerufenen Urkunden sind - soweit vorhanden - beizulegen (Art. 42 BGG). Die Beschwerde hat in der Regel keine aufschiebende Wirkung (Art. 103 BGG). Der Streitwert beträgt CHF 173'172.00.
6. Zustellung am 10. August 2017 an:
 - RA AA²____, eingeschrieben
 - RA BB____, eingeschrieben
 - Kantonsgericht, Trogen, intern (Verfahren Nr. K3Z 13 31)

Der Obergerichtspräsident:

Die Gerichtsschreiberin:

