Tribunale federale
Tribunal federal

{T 0/2}
4A 187/2007 /len

Urteil vom 9. Mai 2008
I. zivilrechtliche Abteilung

Besetzung
Bundesrichter Corboz, Präsident,
Bundesrichterin Rottenberg Liatowitsch,
Bundesrichter Kolly,
Gerichtsschreiber Gelzer.

Parteien
X._____ Versicherungs-Gesellschaft,
Beschwerdeführerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Roland Gfeller,

gegen

Schweizerische Unfallversicherungsanstalt (SUVA),
Beschwerdegegnerin,
vertreten durch Rechtsanwalt Prof. Dr. Walter Fellmann.

Gegenstand
Regress,

Beschwerde gegen das Urteil des Handelsgerichts
des Kantons Zürich vom 17. April 2007.

Sachverhalt:

A.
Die Personalverleihfirma Y._____ stellte A._____ an und vermittelte ihn ab dem 27. Juli 1998 der Z._____ AG. Am 28. Juli 1998 wurde er von B._____, einem Angestellten der Z._____ AG, angewiesen, ein Kamin zu isolieren. Bei diesen Arbeiten stürzte A._____ vom Dachaufbau und zog sich dabei schwere Verletzungen zu. Das Bezirksgericht Zürich verurteilte B._____ später wegen fahrlässiger Körperverletzung und stellte seine grundsätzliche Schadenersatz- und Genugtuungspflicht gegenüber A._____ fest.
Am 5. August 1998 meldete die Firma Y._____l den Unfall der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt, SUVA, welche A._____ in der Folge die gesetzlich geschuldeten Versicherungsleistungen erbrachte.
Am 20. Oktober 1998 machte die SUVA gegenüber der X._____ Versicherungsgesellschaft als Betriebshaftpflichtversicherung der Z._____ AG einen Regressanspruch geltend, den die X._____ Versicherungsgesellschaft bestritt.
Am 7. März 2000 wurde über die Z._____ AG der Konkurs eröffnet. Ihre Konkursverwaltung trat am 29. Januar 2004 die Ersatzansprüche der Z._____ AG gegenüber der X._____ Versicherungsgesellschaft, resultierend aus dem Unfall vom 28. Juli 1998, unter anderem an die SUVA ab.

B.
Am 8. März 2005 belangte die SUVA (Klägerin) die X._____ Versicherungsgesellschaft (Beklagte) beim Handelsgericht des Kantons Zürich auf Zahlung von Fr. 317'833.90 nebst Zins zu 5 % auf Fr. 169'471.60 seit dem 11. August 2000 und auf Fr. 148'362.30 seit dem 28. Januar 2005. Zur Begründung brachte die Klägerin

vor, die Z._____ AG hafte als Geschäftsherrin nach Art. 55 OR, aus Art. 41 OR oder aus Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter für den A._____ aus dem Unfall vom 28. Juli 1998 erwachsenen Schaden. Die Beklagte habe als Betriebshaftpflichtversicherung der Z._____ AG für diesen Schaden einzustehen. Die Beklagte bestritt die Haftung der Z._____ AG für den Unfall und lehnte deren Deckungsanspruch gestützt auf Art. 7 lit. b der Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) ab. Diese Bestimmung lautet:

"Von der Versicherung ausgeschlossen sind:
[...]
b) Ansprüche aus Personenschäden, von denen eine durch den Versicherungsnehmer aufgrund eines Arbeiterstellungsvertrages (Arbeitsmiete bzw. Dienstmiete) beschäftigten Person in Ausübung ihrer arbeitsvertraglichen oder geschäftlichen Verrichtung für den versicherten Betrieb betroffen wird. Der Ausschluss ist dabei auf den Teil des Schadens beschränkt, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte.
[...]. "
In einem aussergerichtlichen Teilvergleich einigten sich die Parteien darüber, dass die umstrittene klägerische Forderung der Höhe nach Fr. 182'330.– betrage.
Mit Urteil und Beschluss vom 17. April 2007 verpflichtete das Handelsgericht die Beklagte, der Klägerin Fr. 182'330.– zu bezahlen und schrieb die Klage im Mehrbetrag als durch Rückzug erledigt ab.
Auf eine gegen dieses Urteil gerichtete Beschwerde der Beklagten trat das Kassationsgericht des Kantons Zürich am 27. Februar 2008 nicht ein.

C.
Die Beklagte erhob Beschwerde in Zivilsachen mit den Anträgen, das Urteil und der Beschluss des Handelsgerichts vom 17. April 2007 seien aufzuheben, die Sache sei an die Vorinstanz zum Neuentscheid zurückzuweisen, eventuell sei die Klage vollumfänglich abzuweisen. Zudem stellte die Beschwerdeführerin ein Gesuch um aufschiebende Wirkung, das mit Verfügung vom 9. April 2008 gutgeheissen wurde.
Die Beschwerdegegnerin schliesst auf Abweisung der Beschwerde. Das Handelsgericht verzichtet auf eine Vernehmlassung.

Erwägungen:

1.
1.1 Die Beschwerde ist insoweit zulässig, als sie unter Einhaltung der gesetzlichen Frist (Art. 100 Abs. 1 BGG) und Form (Art. 42 BGG) von der mit ihren Anträgen unterliegenden Partei (Art. 76 Abs. 1 BGG) eingereicht wurde und der erforderliche Streitwert von Fr. 30'000.– erreicht ist.

1.2 Die Beschwerde in Zivilsachen ist gegen Entscheide letzter kantonaler Instanzen zulässig (Art. 75 Abs. 1 BGG). Die Letztinstanzlichkeit setzt voraus, dass die vor Bundesgericht erhobenen Rügen mit keinem kantonalen Rechtsmittel hätten geltend gemacht werden können (Urteil 4A 385/2007 vom 28. November 2007 E. 1.1). Das Urteil des Handelsgerichts konnte grundsätzlich mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden. Diese ist jedoch unzulässig, soweit der angefochtene Entscheid dem Weiterzug an das Bundesgericht unterliegt und dieses mit freier Kognition prüfen kann, ob der geltend gemachte Mangel vorliegt und nicht die Verletzung von Art. 8, 9, 29 oder 30 BV oder von Art. 6 EMRK geltend gemacht wird (§ 258 Abs. 1 und 2 ZPO/ZH).

1.3 Da das Bundesgericht die Anwendung von Bundeszivilrecht im Beschwerdeverfahren mit freier Kognition prüft, ist die kantonale Nichtigkeitsbeschwerde bezüglich der Rügen der Verletzung dieses Rechts ausgeschlossen und das angefochtene Urteil insoweit letztinstanzlich.

1.4 Die Rügen der Verletzung des rechtlichen Gehörs gemäss Art. 29 Abs. 2 BV hätten mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde geltend gemacht werden können. Auf diese Rügen ist daher mangels Ausschöpfung des kantonalen Instanzenzugs nicht einzutreten.

1.5 Soweit die Beschwerdeführerin die Feststellung der Vorinstanz kritisiert, C._____ sei entgegen ihrer Behauptung nicht explizit auf die Bedeutung von Art. 7 lit. b AVB hingewiesen worden, laufen ihre Vorbringen, auch soweit sie sich auf Art. 8 ZGB beruft, auf die Rüge der willkürlichen (antizipierten) Beweiswürdigung hinaus, welche mit kantonaler Nichtigkeitsbeschwerde hätten erhoben werden können (vgl. BGE 130 III 591 E. 5.4 S. 601 f.; 128 III 22 E. 2d S. 25, je mit Hinweisen). Die Beschwerde in Zivilsachen ist insoweit unzulässig.

1.6 Betreffend die Rüge der unterlassenen Einvernahme von C._____ zur Frage, ob er als Vertreter der Z._____ AG vor dem Abschluss der Betriebshaftpflichtversicherung speziell auf Art. 7 lit. b AVB hingewiesen wurde, ist der Beschwerdeführerin im Übrigen entgegenzuhalten, dass sie gemäss dem angefochtenen Urteil den betreffenden Sachverhalt nicht hinreichend konkret behauptet hat. Diese Feststellung wird in der Beschwerde nicht widerlegt, weshalb insoweit eine Verletzung des Beweisführungsanspruchs nicht hinreichend begründet wird. Auf die Rüge wäre daher auch aus diesem Grund nicht einzutreten, und dem Antrag auf Einvernahme von C._____ vor Bundesgericht ist nicht stattzugeben (vgl. 99 Abs. 1 BGG).

2.
2.1 Das Handelsgericht ging davon aus, zwischen A._____ und der Z._____ AG als Einsatzbetrieb habe ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis bestanden. Die daraus resultierenden Fürsorgepflichten habe B._____ als Hilfsperson der Z._____ AG verletzt, was zum Unfall von A._____ geführt habe. Die Z._____ AG sei daher für den eingetretenen Schaden haftbar, weil sie für das Verhalten ihrer Hilfsperson gemäss Art. 101 Abs. 1 OR wie für eigenes Verhalten einzustehen habe. Zudem bejahte das Handelsgericht eine ausservertragliche Haftung der Z._____ AG gestützt auf Art. 55 OR. Alsdann nahm es an, das Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG komme nach der Rechtsprechung auf den Einsatzbetrieb bei Berufsunfällen von Temporärangestellten nicht zur Anwendung.

2.2 Die Beschwerdeführerin anerkennt das Vorliegen eines faktischen Arbeitsverhältnisses zwischen A._____ und der Z._____ AG, rügt jedoch, das Handelsgericht habe deshalb der Z._____ AG das Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG zugestehen müssen. Demnach hafte sie nur für Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit, weshalb zu klären sei, ob ein solches Verschulden vorgelegen habe.

2.3 Gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG steht dem obligatorisch versicherten Arbeitnehmer aus einem Berufsunfall nur ein Haftpflichtanspruch gegen seinen Arbeitgeber zu, wenn dieser den Unfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführt hat. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts beinhaltet Art. 44 Abs. 2 aUVG sowohl ein Haftungs- wie auch ein Regressprivileg (BGE 127 III 580 E. 1 mit Hinweisen). Die Frage, ob der Begriff des Arbeitgebers im Sinne von Art. 44 Abs. 2 aUVG auch den Einsatzbetrieb eines Temporärarbeitnehmers erfassen könne, wurde vom Bundesgericht eingehend geprüft und verneint, da es annahm, das Haftungsprivileg gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG gelte nur für Arbeitgeber, die gestützt auf einen Arbeitsvertrag gemäss Art. 91 Abs. 1 UVG verpflichtet sind, für den Arbeitnehmer die Prämien der obligatorischen Unfallversicherung zu bezahlen (BGE 123 III 280 E. 2 mit zahlreichen Hinweisen).

2.4 Gemäss dieser Rechtsprechung hat das Handelsgericht bundesrechtskonform angenommen, die Z._____ AG könne sich als Einsatzbetrieb nicht auf das Arbeitgeberprivileg gemäss Art. 44 aUVG berufen. Demnach musste das Handelsgericht entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin nicht abklären, ob die Z._____ AG den vorliegenden Arbeitsunfall absichtlich oder grobfahrlässig herbeiführte.

3.
Den Ausführungen des Handelsgerichts zu einer zusätzlichen ausservertraglichen Geschäftsherrenhaftung der Z._____ AG nach Art. 55 OR kommt keine entscheiderhebliche Bedeutung zu. Auf die dagegen gerichtete Kritik der Beschwerdeführerin ist daher nicht einzutreten.

4.
4.1 Vor dem Handelsgericht war umstritten, ob die Beschwerdeführerin ihre Haftung gegenüber der Z._____ AG gemäss Art. 7 lit. b ihrer AVB rechtswirksam ausgeschlossen hatte.

4.2 Das Handelsgericht führte bezüglich des Sinnes von Art. 7 lit. b AVB aus, der erste Satz schliesse die Haftung des Einsatzbetriebes gegenüber Temporärangestellten aus. Die im zweiten Satz vorgesehene Beschränkung dieses Ausschlusses auf jenen Teil des Schadens, für den der Versicherungsnehmer nicht ersatzpflichtig wäre, wenn er die Prämie für die obligatorische Versicherung von Berufsunfällen und Berufskrankheiten selber bezahlt hätte, d.h. wenn der Temporärangestellte ein Arbeitnehmer des Versicherungsnehmers gewesen wäre, nehme Bezug auf das ehemalige Haftungsprivileg des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG. Diese im Zeitpunkt des Unfalls von A._____ massgebliche Bestimmung beschränke den Haftpflichtanspruch des Arbeitnehmers aus einem Berufsunfall gegen den Arbeitgeber auf von diesem absichtlich oder grobfahrlässig herbeigeführte Unfälle. Die Haftung setze somit ein ihm oder bei juristischen Personen einem Organ im Sinne von Art. 55 ZGB vorwerfbares grobes Verschulden voraus. Liege ein solches Verschulden vor, so gewähre die Versicherung Deckung.

4.3 Die Beschwerdeführerin geht mit dem Handelsgericht davon aus, Art. 7 lit. b AVB sei dahingehend zu verstehen, dass die Deckung des Versicherungsnehmers für Ansprüche aus Personenschäden von Temporärangestellten (nur) zum Tragen kommt, wenn ein haftungsrelevantes Verhalten der Versicherungsnehmerin oder eines ihrer Organe als grobfahrlässig oder vorsätzlich qualifiziert werden kann.

5.
Unter den Parteien ist hauptsächlich umstritten, ob sich die Versicherungsnehmerin Art. 7 lit. b AVB in der vom Handelsgericht ermittelten Bedeutung entgegenhalten lassen müsste.

5.1 Geltungsgrund für die AVB bildet deren Übernahme durch die Parteien, wobei es nicht darauf ankommt, ob der Versicherungsnehmer die betreffenden Bedingungen des Versicherers tatsächlich gelesen hat. Die Geltung vorformulierter AVB wird namentlich durch die so genannte Ungewöhnlichkeitsregel eingeschränkt. Danach sind von der global erklärten Zustimmung zu den AVB alle ungewöhnlichen Klauseln ausgenommen, auf deren Vorhandensein die schwächere oder weniger geschäftserfahrene Partei nicht gesondert aufmerksam gemacht worden ist. Der Versicherer, der die AVB in den Vertrag eingebaut hat, muss nach dem Vertrauensgrundsatz davon ausgehen, dass ein unerfahrener Versicherungsnehmer ungewöhnlichen Klauseln nicht zustimmt. Die Ungewöhnlichkeit beurteilt sich aus der Sicht des Zustimmenden im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Die Beurteilung erfolgt bezogen auf den Einzelfall; auch eine branchenübliche Klausel kann für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein. Nach Massgabe des Vertrauensgrundsatzes sind die persönlichen Vorstellungen des Versicherungsnehmers soweit massgebend, als sie für den Versicherer erkennbar sind; es genügt nicht, dass der Versicherungsnehmer in der Branche unerfahren ist. Neben der subjektiven Voraussetzung muss
die fragliche Klausel auch objektiv beurteilt einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führen und in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Je stärker eine Klausel die Rechtsstellung des Versicherungsnehmers beeinträchtigt, desto eher ist sie als ungewöhnlich zu qualifizieren (BGE 119 II 443 E. 1a S. 445 f.; Urteil 5C.220/2000 vom 11. Dezember 2000 E. 2a mit Hinweisen). Entsprechend kann eine Haftungsbeschränkung der Versicherung als ungewöhnlich qualifiziert werden, wenn der durch Bezeichnung und Werbung beschriebene Deckungsumfang erheblich reduziert wird, so dass gerade die häufigsten Risiken nicht mehr gedeckt sind (Urteil 5C.134/2004 vom 1. Oktober 2004 E. 4.2).

5.2 Das Handelsgericht erwog, die in Art. 7 lit. b AVG vorgesehene Haftungsbeschränkung verstosse gegen die Ungewöhnlichkeitsregel und sei daher gegenüber der Z._____ AG unwirksam. Die Betriebshaftpflichtversicherung werde zum Zweck geschlossen, den Betrieb vor Haftungsrisiken zu schützen, die mit seiner unternehmerischen Tätigkeit verbunden sind und an die Substanz gehen können. Dazu gehöre auch die Haftung für Unfälle von Temporärangestellten, für welche dem Einsatzbetrieb das Haftungsprivileg nach Art. 44 Abs. 2 a UVG gerade nicht zustehe. Die Absicherung gegen dieses Haftungsrisiko gehöre mithin zu den berechtigten Deckungserwartungen des Versicherungsnehmers im Rahmen einer Betriebshaftpflichtversicherung. Deren Ausschluss laufe der Natur einer solchen Versicherung entgegen. Überraschend sei auch die durch Art. 7 lit. b AVB nicht ausgeschlossene Deckung für vorsätzlich oder grobfahrlässig verursachte Schäden von Temporärangestellten. Erwartungsgemäss schliesse ein Versicherer gerade die vorsätzlich und grobfahrlässige Herbeiführung des versicherten Ereignisses von der Deckung aus. So sehe Art. 14 des Versicherungsvertragsgesetzes

vor, dass der Versicherer bei Absicht bzw. Vorsatz nicht hafte und bei grober Fahrlässigkeit
seine Leistungen kürzen könne. Sinnwidrig und ungewöhnlich sei es daher, dem Versicherungsnehmer für schwere Sorgfaltspflichtverletzungen Versicherungsschutz zu gewähren, bei minder schweren Verfehlungen aber die Haftung abzulehnen. Die Klausel sei somit objektiv von ihrem Inhalt her wie auch subjektiv für die Z._____ AG als einem kleinen oder mittleren Unternehmen ungewöhnlich gewesen. Die jahrelange Anwendung der Klausel in der Versicherungsbranche sei bezüglich der Ungewöhnlichkeit nicht erheblich, da diese aus der Sicht des einzelnen Versicherungsnehmers zu beurteilen sei, der die Usanzen in dieser Branche nicht kenne. Als schwächere Partei sei die Z._____ AG befugt gewesen, die Ungewöhnlichkeit der Klausel geltend zu machen.
Darüber hinaus nahm das Handelsgericht an, die Geltung von Art. 7 lit. b AVB sei auch deshalb ausgeschlossen, weil der Sinngehalt dieser Bestimmung für die Z._____ AG nicht erkennbar gewesen sei. Von ihr habe das juristische Spezialwissen bezüglich des Haftungsprivilegs des Arbeitgebers nach Art. 44 Abs. 2 aUVG und der dazu ergangenen Rechtsprechung, das für die Erfassung des Sinnes der Klausel unabdingbar gewesen sei, nicht erwartet werden können.

5.3 Die Beschwerdeführerin rügt, der in Art. 7 lit. b AVB vorgesehene Haftungsausschluss für leichtes Verschulden bzw. für das Verschulden von Hilfspersonen falle nicht unter die Ungewöhnlichkeitsregel. Die Z._____ AG habe sich diesen Haftungsausschluss bereits aufgrund seiner verbreiteten Verwendung und Bekanntheit entgegenhalten müssen. Zudem habe das Handelsgericht der Struktur und inhaltlichen Abstufung dieser Bestimmung keine Rechnung getragen. So sei zumindest der erste Satz von Art. 7 lit. b AVB auch für eine Partei ohne juristisches Fachwissen verständlich. Dieser sehe einen kompletten Ausschluss der Haftung für Schäden vor, die ein Temporärarbeiter bei seiner Tätigkeit für den Einsatzbetrieb erleide. Sollte ein Versicherungsnehmer den zweiten Satz dieser Klausel nicht verstehen, so müsste er von einem viel weitergehenden Deckungsausschluss ausgehen, als wenn er beide Sätze erfasse. Schliesse eine Versicherungsnehmerin eine Betriebshaftpflichtversicherung in der Meinung ab, alle Ansprüche aus Schäden, die ein Temporärarbeitnehmer bei der Tätigkeit in ihrem Betrieb erleide, seien nicht gedeckt, sei zwingend davon auszugehen, sie würde die Versicherung erst recht abschliessen, wenn sie auch den zweiten Satz verstanden
hätte, weil darin der Deckungsausschluss wieder beschränkt werde. Im Ergebnis stehe damit der Geltung von Art. 7 lit. b AVB die Ungewöhnlichkeitsregel nicht entgegen.
5.4
5.4.1 Mit ihren Mutmassungen darüber, ob die Z._____ AG Art. 7 lit. b AVB möglicherweise nur teilweise verstanden hat, lässt die Beschwerdeführerin ausser Acht, dass der Versicherungsnehmer sich die von ihm global übernommenen Allgemeinen Versicherungsbedingungen - unabhängig davon, ob er sie tatsächlich gelesen und verstanden hat - grundsätzlich so anrechnen lassen muss, wie sie nach Treu und Glauben zu verstehen sind. Dieser Sinn ist vorliegend nicht umstritten (vgl. E. 4 hiervor). Indem die Beschwerdeführerin die Z._____ AG bei einem möglicherweise erfolgten unrichtigen, sich zu ihren Lasten auswirkenden Verständnis behaften will, verkennt sie die Bedeutung des normativen Konsenses.
5.4.2 Entscheidend ist, ob der gemäss vertrauenstheoretischer Vertragsauslegung aus Art. 7 lit. b AVB folgende Haftungsausschluss für die Z._____ AG - mangels eines besonderen Hinweises - ungewöhnlich und überraschend war. Dabei ist in objektiver Hinsicht zu beachten, dass in der Baubranche die Beschäftigung von Temporärangestellten häufig vorkommt und das damit für den Einsatzbetrieb verbundene Haftungsrisiko erheblich ist. Ein gänzlicher Ausschluss diese Risikos widerspricht daher den berechtigten Deckungserwartungen eines Bauunternehmens beim Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung. Art. 7 lit. b AVB sieht denn auch nur einen teilweisen Haftungsausschluss vor. Dass dabei die Deckung für Haftung ohne oder für leichtes Verschulden ausgeschlossen ist, bei schwerem Verschulden aber Bestand hat, ist gemäss den zutreffenden Ausführungen des Handelsgerichts als ungewöhnlich bzw. überraschend zu qualifizieren. Weil dem Einsatzbetrieb - anders als dem gewöhnlichen Arbeitgeber - gemäss Art. 44 Abs. 2 aUVG gerade kein Haftungsprivileg zustand, ist der Einsatzbetrieb im Streitfall gegenüber der Versicherung gezwungen, sich grobfahrlässigen Verhaltens zu berühmen, um den Deckungsanspruch zu begründen, wogegen die Versicherung zu
ihrer Entlastung die gehörige Erfüllung der Sorgfaltspflichten der Gegenpartei zu behaupten hat. Dass eine Partei bei regelkonformem oder bloss leicht fahrlässigem Verhalten schlechter gestellt ist als bei schwerem Verschulden, widerspricht den Grundwerten der Rechtsordnung. Die zu einem derartigen Ergebnis führende Regelung in Art. 7 lit. b AVB war daher von der Z._____ AG nicht zu erwarten und wurde vom Handels-

gericht zu Recht als ungewöhnlich qualifiziert.
5.4.3 An der Ungewöhnlichkeit von Art. 7 lit. b AVB vermag entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin auch nichts zu ändern, dass diese Klausel in der Versicherungsbranche üblich war, weil auch branchenübliche Klauseln für einen Branchenfremden ungewöhnlich sein können. Die Z._____ AG verfügte gemäss den Feststellungen des Handelsgerichts über keine besonderen Kenntnisse der Versicherungsbranche, weshalb die Ungewöhnlichkeit auch in subjektiver Hinsicht gegeben ist. Demnach hat das Handelsgericht bundesrechtskonform angenommen, Art. 7 lit. b AVB verstosse im vorliegenden Fall gegen die Ungewöhnlichkeitsregel und sei daher gegenüber der Z._____ AG unwirksam.

5.5 Nach dem Gesagten ist nicht entscheiderheblich, ob das Handelsgericht die Wirksamkeit von Art. 7 lit. b AVB auch deshalb verneinen durfte, weil diese Bestimmung für Personen ohne juristische Spezialkenntnisse kaum verständlich ist. Auf die dagegen vorgebrachten Einwände der Beschwerdeführerin ist daher mangels Beschwer nicht einzutreten. Dasselbe gilt bezüglich der Ausführungen der Beschwerdeführerin zur Unklarheitsregel.

6.
Gemäss den vorstehenden Erwägungen ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ausgang des Verfahrens wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 2 BGG).

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1.
Die Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2.
Die Gerichtskosten von Fr. 6'000.– werden der Beschwerdeführerin auferlegt.

3.
Die Beschwerdeführerin hat die Beschwerdegegnerin für das bundesgerichtliche Verfahren mit Fr. 7'000.– zu entschädigen.

4.
Dieses Urteil wird den Parteien und dem Handelsgericht des Kantons Zürich schriftlich mitgeteilt.
Lausanne, 9. Mai 2008
Im Namen der I. zivilrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts
Der Präsident: Der Gerichtsschreiber:

Corboz Gelzer