

# **BGer 4A\_212/2025 vom 18. Dezember 2025**

Bundesgericht, 2025-12-18, DE

Quelle: [https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger\\_4A\\_212\\_2025](https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/bger_4A_212_2025)

FR: TF 4A\_212/2025 du 18 décembre 2025

IT: TF 4A\_212/2025 del 18 dicembre 2025

## **Erwägungen**

### **E. 1**

Die Eintretensvoraussetzungen sind erfüllt und geben zu keinen Bemerkungen Anlass. Auf die Beschwerde ist - unter Vorbehalt hinreichender Begründung (vgl. hiernach E. 2) - einzutreten.

### **E. 2**

Das Bundesgericht wendet das Recht von Amtes wegen an ( Art. 106 Abs. 1 BGG ). Es prüft aber unter Berücksichtigung der allgemeinen Begründungsanforderungen ( Art. 42 Abs. 1 und 2 BGG ) grundsätzlich nur die geltend gemachten Rügen, sofern die rechtlichen Mängel nicht geradezu offensichtlich sind. Es ist nicht gehalten, wie eine erstinstanzliche Behörde alle sich stellenden rechtlichen Fragen zu untersuchen, wenn diese vor Bundesgericht nicht mehr vorgetragen werden ( BGE 140 III 86 E. 2, 115 E. 2). Die Beschwerde ist dabei hinreichend zu begründen, andernfalls wird darauf nicht eingetreten. Unerlässlich ist im Hinblick auf Art. 42 Abs. 2 BGG , dass die Beschwerde auf die Begründung des angefochtenen Entscheids eingeht und im Einzelnen aufzeigt, worin eine Verletzung von Bundesrecht liegt. Die beschwerdeführende Partei soll in der Beschwerdeschrift nicht bloss die Rechtsstandpunkte, die sie im kantonalen Verfahren eingenommen hat, erneut bekräftigen, sondern mit ihrer Kritik an den als rechtsfehlerhaft erachteten Erwägungen der Vorinstanz ansetzen (vgl. BGE 134 II 244 E. 2.1). Für die Beschwerdeantwort gelten dieselben Begründungsanforderungen ( BGE 140 III 115 E. 2).

Soweit eine Verletzung von verfassungsmässigen Rechten geltend gemacht wird, gilt das strenge Rügeprinzip ( Art. 106 Abs. 2 BGG ). Es ist im Einzelnen anhand der vorinstanzlichen Erwägungen darzulegen, inwiefern verfassungsmässige Rechte missachtet wurden oder der Entscheid offensichtlich unhaltbar ist ( Art. 106 Abs. 2 BGG ; BGE 133 III 393 E. 6).

### **E. 3**

Das Bundesgericht legt seinem Urteil den Sachverhalt zugrunde, den die Vorinstanz festgestellt hat ( Art. 105 Abs. 1 BGG ). Dazu gehören sowohl die Feststellungen über den Streitgegenständlichen Lebenssachverhalt als auch jene über den Ablauf des vor- und erstinstanzlichen Verfahrens, also die Feststellungen über den Prozesssachverhalt ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Es kann die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz nur berichtigen oder ergänzen, wenn sie offensichtlich unrichtig ist oder auf einer Rechtsverletzung im Sinne von Art. 95 BGG beruht ( Art. 105 Abs. 2 BGG ). "Offensichtlich unrichtig" bedeutet dabei "willkürlich" ( BGE 140 III 115 E. 2, 264 E. 2.3). Überdies muss die Behebung des Mangels für den Ausgang des Verfahrens entscheidend sein können ( Art. 97 Abs. 1 BGG ).

Für eine Kritik am festgestellten Sachverhalt gilt das strenge Rügeprinzip von Art. 106 Abs. 2 BGG ( BGE 140 III 264 E. 2.3 mit Hinweisen). Die Partei, welche die Sachverhaltsfeststellung der Vorinstanz anfechten will, muss klar und substantiiert aufzeigen, inwiefern die genannten Voraussetzungen erfüllt sein sollen ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1 mit Hinweisen). Wenn sie den Sachverhalt ergänzen will, hat sie zudem mit präzisen Aktenhinweisen darzulegen, dass sie entsprechende rechtsrelevante Tatsachen und taugliche Beweismittel bereits bei den Vorinstanzen prozesskonform eingebracht hat ( BGE 140 III 86 E. 2). Genügt die Kritik diesen Anforderungen nicht, können Vorbringen mit Bezug auf einen Sachverhalt, der vom angefochtenen Entscheid abweicht, nicht berücksichtigt werden ( BGE 140 III 16 E. 1.3.1).

#### **E. 4**

Die Begründung hat in der Beschwerdeschrift selbst zu erfolgen. Die beschwerdeführende Partei darf eine allfällige Replik nicht dazu verwenden, ihre Beschwerde zu ergänzen oder zu verbessern. Zulässig sind nur Vorbringen, zu denen erst die Ausführungen in der Vernehmlassung eines anderen Verfahrensbeteiligten Anlass geben (vgl. BGE 135 I 19 E. 2.2 ; 132 I 42 E. 3.3.4).

#### **E. 5**

Die Beschwerdeführerin macht (wie bereits vor der Vorinstanz) geltend, sie könne - ungeachtet der Abweisung der Klage der Bauherrin gegen die Beschwerdegegnerin im Erstprozess - Regress gegen diese nehmen. Die Haftungsbefreiung der Beschwerdegegnerin wirke nur in deren Verhältnis zur Bauherrin und stehe ihrem Regressanspruch nicht entgegen.

##### **E. 5.1.1**

Die Vorinstanz erwog, im Erstprozess (vgl. hiervor Sachverhalt lit. A.e) sei die C. \_\_\_\_\_ AG für folgende Mängel haftbar gemacht worden: (i) Unterläufigkeit der Bauzeitabdichtung (ii) Mangelhaftigkeit der Tagesabschottungen und fehlender Einbau von Kontrollstutzen; sowie (iii) Mangelhaftigkeit der Dachwassereinläufe.

Im Verhältnis zwischen der Bauherrin und der Beschwerdegegnerin hätten Art. 157-182 der SIA-Norm 118 1977/1991 gegolten. Im Erstprozess habe das Gericht erwogen, dass die C. \_\_\_\_\_ AG die beschriebenen Mängel an den Arbeiten der Beschwerdegegnerin bei ordnungsgemässer Beaufsichtigung hätte erkennen können. Trotzdem habe sie keine Mängelrüge erhoben, weshalb die Mängel von der Bauherrin - der dieses Verhalten nach Art. 101 OR anzurechnen sei - genehmigt worden seien. Die Beschwerdegegnerin hafte somit nicht für einen allfälligen Mangelfolgeschaden infolge dieser Mängel. Zudem hätten es die Vertreter der Bauherrin versäumt, der Beschwerdegegnerin eine angemessene Nachfrist für die Behebung der Mängel am Focushallendach anzusetzen, weshalb ein allfälliger Anspruch der Bauherrin auf Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme verwirkt sei. Die Verwirkung der Ansprüche der Bauherrin gegenüber der Beschwerdegegnerin sei - so die Vorinstanz weiter - seitens der Beschwerdeführerin anerkannt.

Bei Bauarbeiten komme es regelmässig vor, dass der Mangel des vom Unternehmer abgelieferten Werks durch die fehlerhafte Leistung eines Architekten mitverursacht worden sei. Soweit die Haftungsvoraussetzungen beim Unternehmer und beim Architekten erfüllt seien, würden auch beide haften. Es sei grundsätzlich der Bauherrin überlassen, ob sie sich an den Unternehmer oder den Architekten oder an beide gleichzeitig halten wolle. Ein

Regressanspruch setze voraus, dass überhaupt ein Solidarschuldverhältnis bestehe, es also mindestens einen solidarisch haftenden Mitschuldner gebe.

Vorliegend sei die Klage der Bauherrin gegen die C. \_\_\_\_\_ AG teilweise gutgeheissen worden, woraufhin die Beschwerdeführerin - als Versicherer der C. \_\_\_\_\_ AG - am 24. September 2021 die Schuld beglichen habe. In diesem Zeitpunkt wäre allenfalls eine Regressforderung entstanden. Denn diese entstehe mit der tatsächlichen Leistung an den Gläubiger. Die Mithaftung eines Solidarschuldners müsse allerdings nicht zwingend noch in diesem Zeitpunkt bestehen. Es reiche aus, dass die Mithaftung bestanden habe, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr existiere (mit Verweis auf BGE 133 III 6 E. 5.3.4).

### **E. 5.1.2**

Wenn die Bauherrin den Architekten belange und von diesem (ganz oder teilweise) befriedigt werde, der Unternehmer hingegen gegenüber der Bauherrin befreit sei, weil diese das Werk genehmigt habe, werde in der Lehre ein Regressanspruch des Architekten gegenüber dem befreiten Unternehmer grossmehrheitlich verneint.

Zur Begründung werde häufig auf BGE 130 III 362 verwiesen. Diesem Entscheid habe folgender Sachverhalt zugrunde gelegen. In einem vorangehenden Verfahren habe eine Bauherrin erfolgreich eine Mängelhaftung der Ingenieurin geltend gemacht. Im Verlauf jenes Verfahrens habe sich herausgestellt, dass auch der - nicht beklagte - Architekt mitverantwortlich für den Schaden gewesen sei. Die Ingenieurin habe gegen den Architekten eine Regressforderung erhoben. Das Bundesgericht habe festgestellt, dass der Anspruch der Bauherrin gegen den Architekten bereits vor der Entdeckung von dessen Mitverantwortung verwirkt gewesen sei, weil die Bauherrin den - dannzumal noch unbekanntem - Anspruch nicht rechtzeitig gerügt habe. Gewährleistungsrechte, die nicht rechtzeitig gerügt würden, seien verwirkt (dort E. 4.3). Nachdem das Bundesgericht das Rückgriffsrecht als

Anspruch *ex jure proprio* qualifiziert habe, habe es auf das Erfordernis einer multiplen Haftung mehrerer Personen verwiesen und ausgeführt, die Versäumnisse des Architekten seien erst zu Tage getreten, als allfällige Ansprüche der Bauherrin ihm gegenüber schon verwirkt gewesen seien. Mithin habe die Haftung des Architekten gegenüber der Bauherrin gar nicht zum Zug gelangen können, und zwar unabhängig vom Willen bzw. einer Unterlassung der Bauherrin. Unter diesen Umständen könne dem Regresskläger kein Regressanspruch zugestanden werden, mit dem er eine Person belangen könnte, die ihm in keiner Weise hafte (dort E. 5.2).

Auch vorliegend - so die Vorinstanz weiter - seien durch die Genehmigung die Mängelrechte der Bauherrin gegenüber der Beschwerdegegnerin verwirkt. Anders als in BGE 130 III 362 wäre es der Bauherrin indessen möglich gewesen, die Mängel zu erkennen und fristgemäss zu rügen. Mithin sei die Genehmigung auf eine Unterlassung der Bauherrin (bzw. ihrer Hilfsperson) zurückzuführen. In BGE 130 III 362 E. 5.3 habe das Bundesgericht explizit gewisse "situations plus délicates" vorbehalten, bei denen die Voraussetzungen, die zu einer Regresspflicht hätten führen können, zunächst hätten erfüllt werden können, später - als der Regressanspruch hätte entstehen können - aber nicht erfüllt gewesen seien. Dies betreffe namentlich den Fall, in dem die Bauherrin Mängel nicht oder zu spät rüge, obwohl eine rechtzeitige Rüge möglich gewesen wäre. Allerdings - so die Vorinstanz weiter - führe die blosser Möglichkeit einer rechtzeitigen Rüge nicht zu einer anderen Beurteilung der hier

interessierenden Frage. Das Bundesgericht sei in BGE 130 III 362 davon ausgegangen, dass die Mängelhaftung des Architekten gar nie entstanden sei. Bei der blossen Möglichkeit der Erhebung einer Mängelrüge sei das Erfordernis einer multiplen Haftung noch nicht erfüllt. Erforderlich sei vielmehr eine tatsächlich erfolgte Rüge, andernfalls die Mängelhaftung nicht entstehe.

### **E. 5.1.3**

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Mängelhaftung der Beschwerdegegnerin gar nie bestanden habe. Eine solidarische Haftung der C.\_\_\_\_\_ AG und der Beschwerdegegnerin und ein daraus resultierender Regressanspruch der Beschwerdeführerin seien zu verneinen.

### **E. 5.2.1**

Bei Genehmigung des Werks und der daraus resultierenden Verwirkung der Mängelrechte besteht - unabhängig davon, ob man die rechtzeitige Mängelrüge als rechtserhaltende oder rechtsbegründende Tatsache qualifiziert - keine Haftung des Unternehmers gegenüber der Bauherrin mehr. Massgebend ist einzig, dass der Bauherrin im Aussenverhältnis gegenüber der Beschwerdegegnerin aufgrund der eingetretenen Verwirkung keine Ansprüche aus Sachgewährleistung zustehen. Es liegt mithin die nicht seltene Konstellation vor, dass der Unternehmer, wenn der Architekt auf ihn zurückgreifen will, von seiner Mängelhaftung gegenüber der Bauherrin befreit ist, weil diese das Werk hinsichtlich des betreffenden Mangels (stillschweigend) genehmigt hat (vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, S. 1140 Rz. 2753).

### **E. 5.2.2**

Die Beschwerdeführerin rügt, es liege in dieser Konstellation ein (analoger) Anwendungsfall von Art. 147 Abs. 2 OR vor. Sie macht geltend, es wäre stossend, wenn der Architekt vorliegend nicht auf die Beschwerdegegnerin regressieren könnte, obschon diese (behaupteterweise) die Hauptverantwortliche für die Mängel am Focushallendach sei.

Art. 147 Abs. 2 OR bestimmt für den Fall, dass ein Solidarschuldner ohne Befriedigung des Gläubigers befreit wird, dass die Befreiung zugunsten des anderen nur soweit wirkt, als die Umstände oder die Natur der Verbindlichkeit es rechtfertigen. Es gilt mit anderen Worten der Grundsatz der Einzelbefreiung (vgl. CHRISTOPH K. GRABER, in: Basler Kommentar, Obligationenrecht, Bd. I, 7. Aufl. 2020, N. 4 zu Art. 147 OR ). Die Beschwerdeführerin stützt sich in ihrer Beschwerde - jedenfalls im Ergebnis - auf die Ansicht, dass die Haftungsbefreiung des Unternehmers nicht zu Lasten des regressierenden Architekten gehen soll. Daraus leitet sie in (analoger) Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR ab, dass der Rückgriff des Architekten auf den befreiten Unternehmer zulässig sein müsse.

### **E. 5.2.3**

Diese Ansicht vertritt KRAUSKOPF im Zürcher Kommentar, allerdings mit einer anderen Begründung. Er meint, der Architekt könne - ungeachtet der im Aussenverhältnis eingetretenen Verwirkung der Mängelhaftung des Unternehmers - gegen diesen regressieren, sobald er der Bauherrin Schadenersatz geleistet habe (FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar, 2016, N. 92 ff., insbesondere N. 96 f. zu Art. 147 OR [nachfolgend zit: Zürcher Kommentar]). Zur Begründung führt er aus, das gesetzliche Wahlrecht nach Art. 144 Abs. 1 OR wolle den Gläubiger dahingehend privilegieren, dass er von mehreren Solidarschuldnern für die Befriedigung seines Leistungsinteresses nur einen

zu belangen brauche, während er sich um die übrigen Schuldner nicht zu kümmern brauche. Es reiche aus, dass der Gläubiger einen Schuldner belangen könne und dieser ihm die volle Leistung zu erbringen habe. Dies bedeute allerdings auch, dass der nicht belangte Mitschuldner - trotz der Verwirkung seiner Schuldpflicht im Aussenverhältnis - weiterhin damit rechnen müsse, auf dem Regressweg von einem Mitschuldner belangt zu werden (KRAUSKOPF, a.a.O., N. 97 zu Art. 147 OR ). Allerdings merkt der Autor mit Verweis auf BGE 130 III 362 an, das Bundesgericht scheine davon auszugehen, dass der Unternehmer diesfalls sowohl im Innen- wie auch im Aussenverhältnis befreit sei (KRAUSKOPF, a.a.O., N. 93 zu Art. 147 OR ; vgl. auch

derselbe , Die Planer und die Haftung mehrerer, in: Planerverträge, Stöckli/ Siegenthaler [Hrsg.], 2. Aufl. 2019, S. 831 Rz. 17.172 [nachfolgend zit: Planerverträge]; anders noch

derselbe, Solidarhaftung und Rückgriff unter Baubeteiligten, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, S. 48 und 56 [nachfolgend zit.: Solidarhaftung], wo vertreten wird, dass die Verwirkung auch auf das Regressverhältnis durchschlage).

#### **E. 5.2.4**

Die grosse Mehrheit der Lehre verneint hingegen für die beschriebene Konstellation einen Regressanspruch des Architekten gegenüber dem befreiten Unternehmer (WALTER FELLMANN, Regressausgleich zwischen Architekt und Unternehmer, in: 7. St. Galler Baurechtstagung, Alfred Koller [Hrsg.], 2006, S. 56; GAUCH, a.a.O., S. 1140 Rz. 2753 f.; Alfred Koller, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2023, S. 1273 f. Rz. 75.115 [nachfolgend zit.: OR AT];

derselbe , Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, S. 305 Rz. 829 [nachfolgend zit.: Werkvertragsrecht]; HANS NIGG, Die Haftung mehrerer für einen Baumangel, in: Haftung für Werkmängel, Alfred Koller [Hrsg.], 1998, S. 121 ff., 141 ff.; FRANZ SCHENKER, Der Architekt [Ingenieur] als Hilfsperson des Bauherrn im Verhältnis zum Unternehmer, in: Recht der Architekten und Ingenieure, Alfred Koller [Hrsg.], 2002, S. 30; vgl. HANNES ZEHNDER, Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht, BR 1998 S. 3. ff., 7).

#### **E. 5.2.5**

Gegen die Zulassung des Regresses des Architekten gegen den Unternehmer - der im Aussenverhältnis gegenüber der Bauherrin von seiner Haftung befreit ist - spricht, dass der Unternehmer dadurch um seinen Haftungsvorteil im Aussenverhältnis gebracht würde, weil er über den Regress dennoch bezahlen müsste; wenn auch dem Architekten und nicht der Bauherrin (GAUCH, a.a.O., S. 1140 Rz. 2754). Lässt man den Regress zu, müsste der Unternehmer dem Architekt (teilweise) das bezahlen, was er der Bauherrin nicht mehr schuldet (FELLMANN, a.a.O., S. 56). Verwirkung bedeutet nicht nur Verlust des Klagerechts, sondern Untergang der Forderung (GRABER, a.a.O., N. 37 zu Art. 51 OR ). Mit der (stillschweigenden) Genehmigung des Werks durch den Besteller wird fingiert, dass der Unternehmer ein mängelfreies Werk abgeliefert hat. Die Verwirkung im Verhältnis zwischen dem Unternehmer und der Bauherrin muss nach dem Sinn und Zweck der Genehmigung des Werks auch das Regressverhältnis erfassen (vgl. KOLLER, OR AT, S. 1273 f. Rz. 75.115). Wer nicht für einen Schaden haftet, soll auch nicht solidarisch dafür einstehen müssen ( BGE 133 III 6 E. 5.3.4; 130 III 362 E. 5.2; Urteile 4A\_337/2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.2; 4A\_431/2015 vom 19. April 2016 E. 5.1.1; 4A\_182/2007 und 4C.444/2006 vom 28. September 2007 E. 4.3.2). Anders zu entscheiden, hätte zur Folge, dass durch die Hintertür des Regresses eine Haftung eines im Aussenverhältnis gegenüber

der Bauherrin aufgrund der Verwirkung des Sachgewährleistungsanspruchs Nichtersatzpflichtigen eingeführt würde (vgl. ZEHNDER, a.a.O., S. 7). Ein Schuldner soll nicht dadurch benachteiligt werden, dass er mittels Rückgriff und nicht direkt in Anspruch genommen wird (SCHENKER, a.a.O., S. 30). Daran ändert nichts, dass die Beschwerdegegnerin über den drohenden Regress im Bild gewesen sein soll und entsprechende Rückstellungen habe bilden können, wie die Beschwerdeführerin behauptet. Nicht entscheidend ist auch, dass das Bundesgericht den Regressanspruch als Anspruch *ex jure proprio* qualifiziert, zumal dies nichts am Erfordernis der multiplen Haftung ändert.

#### **E. 5.2.6**

Entgegen der Beschwerdeführerin ist die Situation denn auch nicht ohne Weiteres vergleichbar mit einer verjährten Forderung der Bauherrin gegen den Unternehmer.

Wie die Vorinstanz zutreffend ausführt (dort S. 21), war in dem in BGE 133 III 6 zu beurteilenden Fall die Forderung des Geschädigten gegenüber dem Regressbeklagten nicht verwirkt, sondern verjährt. Das Bundesgericht gelangte zum Schluss, dass die Verjährung dem Regresskläger nicht entgegengehalten werden kann. Dabei nahm es explizit Bezug auf den Unterschied zwischen Verjährung und Verwirkung. Es führte aus, dass im Gegensatz zur Verwirkung, die ein vollumfängliches Erlöschen des subjektiven Rechts zur Folge hat, die Verjährung nur die Lähmung des Klagerechts bewirkt. Mithin besteht die Forderung als Naturalobligation weiterhin ( BGE 133 III 6 E. 5.3.4; vgl. auch BGE 149 III 304 E. 4.2). Entgegen der Beschwerdeführerin besteht für eine Unterscheidung zwischen der Verjährung und Verwirkung somit durchaus ein sachlicher Grund. Jedenfalls lässt sich aus BGE 133 III 6 nicht ableiten, dass die erfolgte Verwirkung der Mängelrechte der Bauherrin der Beschwerdeführerin (als Regressklägerin ["Rechtsnachfolgerin" der C.\_\_\_\_\_ AG]) nicht entgegengehalten werden könne. Auf die Frage, inwieweit die in BGE 133 III 6 festgelegten Grundsätze betreffend verjährte Forderungen im Aussenverhältnis auch für das Regressverhältnis zwischen Architekt und Unternehmer gelten (vgl. dazu KRAUSKOPF/SIEGENTHALER, Der Rückgriff unter Baubeteiligten - eine Praxisänderung?, BR 2007 S. 53, 55 f.), muss hier nicht weiter eingegangen werden.

#### **E. 5.2.7**

Anders als in BGE 130 III 362 wäre es der Bauherrin gemäss den für das Bundesgericht verbindlichen vorinstanzlichen Feststellungen vorliegend möglich gewesen, die genehmigten Mängel zu erkennen und fristgemäss zu rügen. Es liegt mithin eine "situation plus délicate" vor ( BGE 130 III 362 E. 5.3). Die Verwirkung der Mängelrechte der Bauherrin im Verhältnis zur Beschwerdegegnerin hat - wie dargelegt (vgl. hiervor E. 5.2.4 f.) - zur Folge, dass die Verwirkung auch auf das Regressverhältnis durchschlägt.

Dieses Ergebnis steht allerdings in einem gewissen Spannungsverhältnis mit der in der Literatur vertretenen Ansicht, dass die Haftungsbefreiung des Unternehmers nicht zu Lasten des Architekten gehen soll (vgl. GAUCH, a.a.O., S. 1140 Rz. 2754; SCHENKER, a.a.O., S. 30). SCHENKER hält es für stossend, dass sich der Architekt diesfalls mit der "Störung" des Regresses abzufinden habe und die finanziellen Folgen alleine tragen müsse (SCHENKER, a.a.O., S. 30; vgl. NIGG, a.a.O., S. 142). Es wird postuliert, es müsse deshalb eine Lösung angestrebt werden, die zulasten der geschädigten Bauherrin gehe (NIGG, a.a.O., S. 143).

Ein Teil der Lehre argumentiert, die Ersatzpflicht des Architekten sei in sinngemässer Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR von vornherein um den Betrag zu reduzieren, der im

Innenverhältnis auf den befreiten Unternehmer falle (GAUCH, a.a.O., S. 1140 f. Rz. 2753 f.; KOLLER, Werkvertragsrecht, a.a.O., S. 305 Rz. 829 [bei Verschulden der Bauherrin]; KRAUSKOPF, Solidarhaftung, a.a.O., S. 56; NIGG, a.a.O., S. 143 ff.). Für diese Lösung spricht, dass sie im Ergebnis die Bauherrin belastet, die sich die Haftungsbefreiung des Unternehmers zuzuschreiben hat (GAUCH, a.a.O., S. 1140 f. Rz. 2754). Gemäss GAUCH lässt sich diese Lösung gesetzlich untermauern, indem man in der Befreiung des Unternehmers einen Umstand erblickt, der es in analoger Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR rechtfertigt, die Ersatzpflicht des Architekten im beschriebenen Umfang zu kürzen (GAUCH, a.a.O., S. 1140 f. Rz. 2754).

Gemäss einem anderen Teil der Lehre soll dem Architekten, welcher der Bauherrin Schadenersatz leisten musste, der Bauherrin gegenüber gestützt auf Art. 149 Abs. 2 OR ein (verrechnungsfähiger) Schadenersatzanspruch im Umfang des infolge der Haftungsverwirkung unmöglich gewordenen Regresses gewährt werden (FELLMANN, a.a.O., S. 56 f.; Koller, OR AT, a.a.O., S. 1273 Rz. 75.115; SCHENKER, a.a.O., S. 30 f.; DANIEL SCHWANDER, Anmerkung zu Pra 94 [2005] Nr. 7 [ BGE 130 III 362 ]; vgl. ZEHNDER, a.a.O., S. 7). Beide Lösungsansätze führen zum selben Ergebnis (FELLMANN, a.a.O., S. 57; KRAUSKOPF, Zürcher Kommentar, N. 94 f. zu Art. 147 OR ; derselb e, Planerverträge, a.a.O., S. 832 Rz. 17.175).

Wie die Vorinstanz zu Recht ausführte, musste sie zu diesem Lösungsansatz vorliegend nicht Stellung nehmen. Gleiches gilt für das Bundesgericht. Denn wie die Vorinstanz zutreffend erwog, hätte eine entsprechende Reduktion der Ersatzpflicht der C. \_\_\_\_\_ AG im Aussenverhältnis bzw. die verrechnungsweise Berücksichtigung einer Schadenersatzforderung gestützt auf Art. 149 Abs. 2 OR im Erstprozess jedenfalls entsprechende Vorbringen der C. \_\_\_\_\_ AG in jenem Verfahren bedurft.

### **E. 5.2.8**

Zusammenfassend verletzt es kein Bundesrecht, dass die Vorinstanz einen Regressanspruch der Beschwerdeführerin (als "Rechtsnachfolgerin" der C. \_\_\_\_\_ AG) gegenüber der Beschwerdegegnerin für die aufgrund der eingetretenen Verwirkung genehmigten Mängel verneint hat.

### **E. 6**

Umstritten sind sodann die Schäden in der Akustikdecke der Focushalle. Die Beschwerdeführerin rügt, sie habe in ihrer Replik substantiiert und mit Bezeichnung der erforderlichen Beweismittel dargelegt, dass es als Folge der von der Beschwerdegegnerin verursachten Mängel zu Wassereinbrüchen in die Focushalle und damit zu Schäden in der unter dem Dach liegenden Akustikdecke gekommen sei. Sie habe hinreichend dargelegt, dass diese Mängel im Sinne einer kumulativen Kausalität genügt hätten, um den relevanten Schaden an der Akustikdecke zu verursachen. Die Vorinstanz verletze Art. 55 Abs. 1 ZPO sowie ihr Recht auf Beweis ( Art. 152 ZPO , Art. 8 ZGB und Art. 29 Abs. 2 BV ).

#### **E. 6.1**

Die Vorinstanz hielt fest, die Beschwerdeführerin mache geltend, die Undichtigkeit des Focushallendachs sei auf mehrere Mängel zurückzuführen, wobei zu unterscheiden sei zwischen (i) im Verhältnis zwischen der Bauherrin und der Beschwerdegegnerin genehmigten Mängeln (vgl. hiervor E. 5.1.1), (ii) Leckagen in der Abdichtungsebene und (iii) von der für die Erstellung des Vorbaudachs beigezogenen Baumeisterin verursachten

Mängeln. Da die Beschwerdegegnerin für die genehmigten Mängel und die Leckagen mitverantwortlich sei, habe sie das Focushallendach mangelhaft ausgeführt. Damit habe sie eine Teilursache gesetzt für die Notwendigkeit des Abbruchs und der Neuerstellung bzw. für die Wassereintritte in die Akustikdecke, also die dadurch verursachten Kosten.

Die Vorinstanz erwog, hinsichtlich der

Nachbesserungskosten falle ein Regressanspruch von vornherein ausser Betracht. Erstens habe die C.\_\_\_\_\_ AG im Erstprozess nicht für die Nachbesserung der Leckagen auf der Abdichtungsebene gehaftet. Zweitens hafte die Beschwerdegegnerin nicht für die Kosten der Nachbesserung der Leckagen auf der Abdichtungsebene, weil die Bauherrin ihr keine angemessene Frist für die Nachbesserung angesetzt habe. Hinsichtlich des Mangelfolgeschadens sei eine solidarische Haftung denkbar, soweit sowohl die von der C.\_\_\_\_\_ AG wie auch die von der Beschwerdegegnerin zu vertretenden Mängel für diesen Schaden mitursächlich gewesen seien. Eine solidarische Haftung könne nur für diejenigen Schadenspositionen bestehen, die überhaupt Mangelfolgeschaden darstellten. Als mögliche Positionen eines Mangelfolgeschadens verblieben solche im Zusammenhang mit der unter dem Dach liegenden Akustikdecke. Hiervon habe die C.\_\_\_\_\_ AG Fr. 11'387.23 tragen müssen. Die Regressklage der Beschwerdeführerin beziehe sich auf 70 %, also Fr. 7'971.06.

Gemäss Art. 117 SIA Norm 118 habe der Besteller bei Verschulden des Unternehmers Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens. Notwendig sei ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem geltend gemachten Mangelfolgeschaden. Die Haftung der Beschwerdegegnerin scheitere bereits am Kausalzusammenhang. In ihrer Klage führe die Beschwerdeführerin als Ursache dieser Schadenspositionen lediglich in allgemeiner Weise die Mangelhaftigkeit des Focushallendachs bzw. die mangelhafte Ausführung der Flachdacharbeiten am Focushallendach an. Es genüge aber nicht, wenn sie lediglich behaupte, die Schadenspositionen seien kausale Folge der mangelhaften Ausführung der Flachdacharbeiten durch die Beschwerdegegnerin. Dies gelte zum einen, weil die Beschwerdegegnerin einen Kausalzusammenhang zwischen den von der Beschwerdeführerin behaupteten Mängeln und den hier ausgeführten Schadenspositionen bestreite bzw. einen völlig anderen Kausalzusammenhang darlege, indem sie geltend mache, die für die Erstellung des Vorbaudachs beigezogene Baumeisterin sei für den ganzen Schaden an der Akustikdecke verantwortlich. Zum anderen seien diverse der behaupteten Mängel genehmigt worden, weshalb gestützt darauf kein Mangelfolgeschaden verlangt werden könne. Es bleibe unklar, welche Schadenspositionen den nicht genehmigten Mängeln zuzuordnen seien. In ihrer Replik nenne die Beschwerdeführerin gar einzig die genehmigten Mängel, ohne die Leckagen auf der Abdichtungsebene anzuführen. Indem die Beschwerdeführerin nicht einmal behaupte, die Leckagen auf der Abdichtungsebene seien ursächlich für die hier interessierenden Schadenspositionen, sondern nur andere Mängel anführe, fehle es an rechtsgenügenden Behauptungen zur Kausalität zwischen dem Mangel der Leckagen auf der Abdichtungsebene und den massgebenden Schadenspositionen.

## **E. 6.2**

Mit diesen vorinstanzlichen Erwägungen setzt sich die Beschwerdeführerin in ihrer Beschwerde nicht hinreichend auseinander. Stattdessen stellt sie diesen über mehrere Seiten

Zitate aus ihrer Replik im vorinstanzlichen Verfahren gegenüber. Sie zeigt dabei bereits nicht hinreichend auf, dass sie sich im vorinstanzlichen Verfahren betreffend den Mangelfolgeschaden prozesskonform auf Schadenspositionen berufen hätte, die nicht den genehmigten Mängeln zuzuordnen wären. Im Gegenteil macht sie in ihrer Beschwerde selbst geltend, prozessrelevant blieben die von der Beschwerdegegnerin mangelhaft ausgeführte Bauzeitabdichtung respektive Dampfsperre, die mangelhaft ausgeführten Tagesabschottungen und Kontrollstutzen sowie die mangelhaften Dachwassereinläufe. Diese stellen im Verhältnis zwischen der Bauherrin und der Beschwerdegegnerin genehmigte Mängel dar (vgl. hiervor E. 5.1.1). Die Beschwerdeführerin vermag jedenfalls insgesamt nicht darzutun, dass sie im vorinstanzlichen Verfahren hinreichend behauptet hätte, dass der Schaden an der Akustikdecke auch durch nicht genehmigte Mängel (das heisst die behaupteterweise der Beschwerdegegnerin anzulastenden Leckagen auf der Abdichtungsebene) verursacht worden ist.

#### **E. 7**

Mangels eines Regressanspruchs der Beschwerdeführerin für die Stammforderung besteht schliesslich folgerichtig auch kein Regressanspruch für den von ihr darauf bezahlten Zins im Betrag von Fr. 27'607.97. Aus diesem Grund ist es auch nicht zu beanstanden, wenn die Vorinstanz einen Anspruch der Beschwerdeführerin betreffend die Prozesskosten im Verfahren um vorsorgliche Beweisführung (HE150489-O; vgl. hiervor Sachverhalt lit. A.d) verneint hat. Damit muss nicht im Einzelnen auf die vorinstanzliche Alternativbegründung eingegangen werden, wonach es von vornherein an einer solidarischen Haftung der Beschwerdegegnerin fehle, die einen Regressanspruch begründen könnte, weil die fraglichen Prozesskosten einzig der C.\_\_\_\_\_ AG auferlegt worden seien. Im Übrigen wäre ohnehin nicht ersichtlich, dass die Vorinstanz diesbezüglich Bundesrecht verletzt hätte.

#### **E. 8**

Nach dem Gesagten ist die Beschwerde abzuweisen, soweit darauf einzutreten ist. Bei diesem Ergebnis wird die Beschwerdeführerin kosten- und entschädigungspflichtig (Art. 66 Abs. 1 und Art. 68 Abs. 1 und 2 BGG ).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.