

ZH_HANDELSGERICHT HG220137 vom 24. März 2025

Zh Handelsgericht, 2025-03-24, DE

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/zh_handelsgericht_HG220137

FR: ZH_HANDELSGERICHT HG220137 du 24 mars 2025

IT: ZH_HANDELSGERICHT HG220137 del 24 marzo 2025

Erwägungen

E. 1

Formelles

E. 1.1

Zuständigkeit Die örtliche Zuständigkeit der Gerichte Zürichs ist gestützt auf Art. 10 Abs. 1 lit. b ZPO gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 4; act. 11 S. 11). Die sachliche Zuständigkeit des Handelsgerichts ist gestützt auf Art. 6 Abs. 2 ZPO i.V.m. § 44 lit. b GOG gegeben und unbestritten (act. 1 Rz. 3; act. 11 S. 11).

E. 1.2

Keine materielle Rechtskraft Die Rechtskraft eines Urteils im Verfahren des Geschädigten gegen einen oder mehrere Solidarschuldner ist grundsätzlich auf das Aussenverhältnis beschränkt und erstreckt sich nicht auf das Verhältnis der Solidarschuldner untereinander, also nicht auf das Regressverfahren (BK-BREHM, Art. 51 OR N 10, 48c; BUGNON, *L'action récursoire en matière de concours de responsabilités civiles*, 1982, 127; DESCHENAUX/TERCIER, *La responsabilité civile*, 2. Aufl. 1982, § 36 Rz. 52; BK-KRATZ, Art. 143 OR N 415, Art. 148 N 304; KUMMER, *Das Klagerecht und die materielle Rechtskraft im schweizerischen Recht*, 1954, 179 ff.; OFTINGER/STARK, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, 1995, § 10 Rz. 82; VON HOLZEN, *Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess*, 2006, 246, 258; vgl. auch BGE 93 II 329 E. 3b, 3d, 3e). Insbesondere die Abweisung einer Klage des Geschädigten gegen einen Regressbeklagten entfaltet daher keine materielle Rechtskraft für das Innenverhältnis zwischen Regresskläger und Regressbeklagtem (BUGNON, a.a.O., 127; KUMMER, a.a.O., 180 f.). Die jeweils auf die Parteien beschränkte materielle Rechtskraftwirkung gilt selbst dann, wenn Regresskläger und Regressbeklagter vom Geschädigten im gleichen Verfahren eingeklagt wurden (BK-KRATZ, Art. 148 OR N 306). Denn die materielle Rechtskraft eines Urteils, das einfache Streitgenossen betrifft, ist für jeden Streitgenossen sowie den Gegner der Streitgenossen jeweils separat zu prüfen, da in diesen Fällen ebenso viele Streitgegenstände wie Kläger- und Beklagtenpaare bestehen (BGE 140 III 520 E. 3.2.2; siehe auch SHK-HAHN, Art. 71 ZPO N 13; ferner Beschluss des Handelsgerichts ZH HG120163 vom 6. Dezember 2012, ZR 111/2012 Nr. 95, E. 3.2, wonach der eine streitgenössische Be-

- 10 - klagte hinsichtlich des Prozesses gegen den anderen streitgenössischen Beklagten als Drittperson zu qualifizieren sei). Die Rechtskraft des Urteils wirkt daher nicht im Verhältnis der Streitgenossen untereinander (FRANK/STRÄULI/MESSMER/WIGET/WIGET, *Kommentar zur zürcherischen Zivilprozessordnung*, 3. Aufl. 1997, § 40 N 20; GEIGER, *Streitgenossenschaft und Nebenintervention unter besonderer Berücksichtigung des zürcherischen Zivilprozessrechtes*, 1969, 48; zum Ganzen auch LEHMANN, *Neue*

Haftungsordnung für Revisionsstellen, GesKR 2017, 339). Vorbehalten sind Fälle, in denen eine Streitverkündung erfolgt oder die Aufteilung im Innenverhältnis aufgrund einer Streitverkündungsklage bereits Gegenstand des Gesamtverfahrens gewesen und im Urteil mitentschieden worden ist (BK-KRATZ, Art. 143 OR N 415, Art. 148 OR N 307). Vorliegend erfolgte keine Streitverkündung und wurde auf die Streitverkündungsklage der Rechtsvorgängerin der Klägerin nicht eingetreten. Nach dem Gesagten entfaltet das Urteil im Erstprozess also keine materielle Rechtskraftwirkung für das (Innen-)Verhältnis zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten. Namentlich steht die Abweisung der Klage der Bauherrin gegen die Beklagte der vorliegenden Regressklage nicht entgegen.

E. 2

Grundlagen zu Solidarschuld und Regressanspruch Die Klägerin macht einen auf Art. 148 Abs. 2 OR gestützten Regressanspruch geltend (act. 1 Rz. 5, 77). Nach Art. 148 Abs. 2 OR hat der Solidarschuldner, der mehr als seinen Teil leistet, für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner. Ein Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR setzt voraus, dass (ZK-KRAUSKOPF, Art. 148/149 OR N 23; vgl. auch BK-KRATZ, Art. 148 OR N 55, 61 ff.): (i) ein Solidarschuldverhältnis besteht; (ii) einer der Solidarschuldner im Rahmen seiner solidarischen Verpflichtung an den Gläubiger geleistet hat; und (iii) dieser Solidarschuldner mehr geleistet hat, als er im Verhältnis zu den anderen Mitschuldnern an der Leistungslast tragen muss. Ein Solidarschuldverhältnis (i) entsteht nach Art. 143 OR entweder durch Vertrag oder aufgrund des Gesetzes (SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2020, Rz. 88.11). Vorliegend kommt eine un-

- 11 - echte solidarische Haftung gemäss Art. 51 Abs. 1 OR in Frage. Eine solche setzt voraus, dass mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen für einen Schaden einzustehen haben, also der Geschädigte konkurrierende Ansprüche gegen mehrere Ersatzpflichtige hat (BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 1, 5). Es geht darum, dass mindestens zwei Personen ohne gemeinsames Verschulden einen Schaden verursachen und dafür haften (KRAUSKOPF, Solidarhaftung und Rückgriff unter Baubeteiligten, in: Stöckli et al [Hrsg.], Schweizerische Baurechtstagung 2009, 2008, 30 [zit.: Solidarhaftung]). Mit der Klägerin in ihrer Replik (act. 33 Rz. 57) sind nachfolgend die von der Bauherrin genehmigten Mängel einerseits und die Leckagen auf der Abdichtungsebene andererseits zu unterscheiden.

E. 3

Im Verhältnis zwischen Bauherrin und Beklagter genehmigte Mängel Im Erstprozess wurde die Rechtsvorgängerin der Klägerin für folgende Mängel, die als kausale Ursachen für den Schaden der Bauherrin betrachtet wurden, haftbar gemacht (act. 33 Rz. 60; act. 37 Rz. 36, 39): i. Unterläufigkeit der Bauzeitabdichtung d.h. Unterläufigkeit der Dampfsperre; ii. Mangelhaftigkeit der Tagesabschottungen und fehlender Einbau von Kontrollstutzen; und iii. Mangelhaftigkeit der Dachwassereinläufe. Es ist unbestritten, dass diese Mängel (nachfolgend: genehmigte Mängel) – wenn sie überhaupt vorlagen – im Verhältnis zwischen der Bauherrin und der Beklagten genehmigt wurden (act. 11 Rz. 30.4, 31.1 sowie 15, 18, 26; act. 33 Rz. 31, 60, 64 f.). Auch im Urteil im Erstprozess erwog das Gericht, diese Mängel seien zwischen Bauherrin und Beklagter genehmigt worden, weshalb es eine Haftung Letzterer hierfür verneinte (act. 3/2 S. 70 ff.).

E. 3.1

Parteistandpunkte

E. 3.1.1

Die Klägerin vertritt die Ansicht, sie könne ungeachtet der Abweisung der Klage der Bauherrin gegen die Beklagte Regress nehmen (act. 1 Rz. 72 ff.; act. 33

- 12 - Rz. 1 ff.). Die genehmigten Mängel seien von ihrer Rechtsvorgängerin und der Beklagten gemeinsam verursacht worden und eine massgebliche Ursache für den Schaden gewesen (act. 33 Rz. 68, 127 f., S. 104). Zwar seien sie von der Bauherrin genehmigt worden, wodurch die Beklagte der Bauherrin gegenüber von der Haftung befreit worden sei. Die Haftungsbefreiung wirke aber nur im Verhältnis zur Bauherrin und stehe ihrem Regressanspruch nicht entgegen (act. 33 Rz. 31, 34, 60, 64 f., 67, 104, 118, 126, S. 93, 101). Zur Begründung verweist sie zunächst auf eine von KRAUSKOPF im Zürcher Kommentar vertretene Ansicht (act. 1 Rz. 81 f. m.V.a. ZK-KRAUSKOPF [3. Aufl. 2016], Art. 147 OR N 97). Sodann (und vor allem) argumentiert sie, der Regressanspruch nach Art. 51 OR sei gemäss BGE 133 II 6 ein selbstständiger Anspruch, ein Recht ex jure proprio. Mit dieser selbstständigen Natur vertrage es sich nicht, den Anspruch von besonderen Modalitäten abhängig zu machen, die im Verhältnis zwischen Gläubiger und Regressbeklagtem gegolten hätten. Ferner führt sie insbesondere Art. 147 Abs. 2 OR an, der den Grundsatz der Einzelbefreiung statuiere, und macht geltend, die von der Beklagten propagierte Verwirkung auch im Innenverhältnis bewirke eine nicht hinzunehmende Abschwächung der Solidarität. Ihre Ansicht entspreche der Rechtsprechung des deutschen Bundesgerichtshofs (act. 1 Rz. 82 ff.; act. 33 Rz. 5 ff., S. 87 ff. und 124 ff.).

E. 3.1.2

Die Beklagte macht geltend, die genehmigten Mängel seien nicht gegeben bzw. gar keine Mängel (act. 37 Rz. 38, 47 ff., 74 ff., 81 ff., 109, 204). Jedenfalls stehe die Verwirkung infolge Genehmigung einem Regressanspruch entgegen, zumal die Rechtsvorgängerin selbst als Hilfsperson der Bauherrin für die Verwirkung verantwortlich sei (act. 37 Rz. 41). Mangels Forderung der Bauherrin gegen sie, die Beklagte, sei sie nicht Mitschuldnerin i.S.v. Art. 148 Abs. 2 OR, womit ein Regressanspruch ausser Betracht falle (act. 1 Rz. 6, 99.1). Denn wer nicht hafte, hafte auch nicht solidarisch (act. 37 Rz. 14, 20). Sie befasst sich sodann mit den Argumenten der Klägerin und der von KRAUSKOPF vertretenen Ansicht und macht insbesondere geltend, der befreite Schuldner dürfe nicht schlechter gestellt werden, nur weil er Solidarschuldner sei, und der Gläubiger sei trotz Solidarschuldverhältnis nicht davon entbunden, seine Rechte gegenüber den einzelnen Solidarschuldnern zu wahren. Konstellationen wie die vorliegende seien so zu lösen, dass auch die anderen, nicht direkt befreiten Solidarschuldner in Anwendung von Art. 147 Abs. 2

- 13 - OR im entsprechenden Umfang von ihrer Schuld befreit würden. Dies entspreche der herrschenden Lehre und selbst KRAUSKOPF habe seine Ansicht später nicht wiederholt. Im Übrigen entspreche dies auch der herrschenden deutschen Lehre (act. 11 Rz. 84 ff.; act. 37 Rz. 17 ff.).

E. 3.2

Rechtliches und Würdigung

E. 3.2.1

Bei Bauarbeiten kommt es nicht selten vor, dass der Mangel des vom Unternehmer abgelieferten Werks durch die fehlerhafte Leistung eines Architekten mitverursacht worden ist. Dies ist etwa der Fall, wenn der Architekt durch ungenügende Überwachung des Unternehmers zur Mangelentstehung beigetragen hat. Soweit die Haftungsvoraussetzungen sowohl beim Unternehmer als auch beim Architekten erfüllt sind, haften beide. Mithin haben beide auf ihre Art für den Mangel einzustehen, an dessen Verursachung sie beteiligt sind (FELLMANN, Regressausgleich zwischen Architekt und Unternehmer, in: Koller [Hrsg.], 7. St. Galler Baurechtstagung 2006, 2006, 37; GAUCH, Der Werkvertrag, 6. Aufl. 2019, Rz. 2735, 2741; KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, 2015, Rz. 782 [zit. Werkvertragsrecht]; KRAUSKOPF, Die Planer und die Haftung mehrerer, in: Stöckli/Siegenthaler [Hrsg.], Planerverträge, 2. Aufl. 2019, Rz. 7.112 [zit. Planerverträge]). Weil sich die Haftung sowohl des Architekten als auch des Unternehmers auf dasselbe Leistungsinteresse des Bauherrn – ein mängelfreies Werk und Ersatz eines allfälligen Mangelfolgeschadens – bezieht, besteht solidarische Haftung. Namentlich besteht zwischen ihnen eine sog. unechte Solidarität (BGE 130 III 362 E. 5.2; FELLMANN, a.a.O., 37; GAUCH, a.a.O., Rz. 2745; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rz. 785; ZK-KRAUSKOPF, Art. 147 OR N 96; ders., Planerverträge, Rz. 7.58, 7.63; ders., Solidarhaftung, 49; NIGG, Die Haftung mehrerer für einen Baumangel, in: Koller [Hrsg.], Haftung für Werkmängel, 1998, 130; SCHENKER, Der Architekt [Ingenieur] als Hilfsperson des Bauherrn im Verhältnis zum Unternehmer, in: Koller [Hrsg.], Recht der Architekten und Ingenieure, 2002, 25; WERRO/PICHONNAZ, Besprechung von BGE 130 III 362, BR 2004 Nr. 482, 180; ZEHNDER, Gedanken zur Mehrpersonenhaftung im Baurecht, BR 1998, 3). Dieser solidarischen Haftung steht nicht entgegen, dass die Mängelrechte des Bauherrn gegenüber dem Unternehmer (Wandelungs-, Minderungs- und Nachbesserungsrecht) ihrer rechtlichen Natur nach ver-

- 14 - schieden sind von der Schadenersatzforderung gegenüber dem Architekten (GAUCH, a.a.O., Rz. 2745; ZK-KRAUSKOPF, Art. 147 OR N 96; ders., Planerverträge, Rz. 7.58, 7.66, 7.74). Es ist grundsätzlich dem Bauherrn überlassen, ob er sich an den Unternehmer oder den Architekten oder an beide gleichzeitig halten will (GAUCH, a.a.O., Rz. 2741, 2744; ZK-KRAUSKOPF, Art. 147 OR N 96). Wie bereits erwähnt, setzt ein Regressanspruch nach Art. 148 Abs. 2 OR voraus, dass überhaupt ein Solidarschuldverhältnis besteht, d.h. es mindestens einen solidarisch haftenden Mitschuldner gibt. Ist keine solche multiple Haftung vorhanden, besteht auch kein Regressanspruch. Wer nicht für einen Schaden verantwortlich ist, muss auch nicht solidarisch dafür einstehen (BGE 143 III 79 E. 6.1.3.2; BGE 133 III 6 E. 5.3.4; BGE 130 III 362 E. 5.2; Urteile des BGer 4A_337/2018 vom 9. Mai 2019 E. 4.3; 4A_431/2015 vom 19. April 2016 E. 5.1.1; 4A_182/2007 vom 28. September 2007 E. 4.3.2; KELLER, Haftpflicht im Privatrecht, 2. Aufl. 1998, 179; KRAUSKOPF, Planerverträge, Rz. 17.5; NIGG, a.a.O., 130; SCHENKER, a.a.O., 30).

E. 3.2.1.1

Vorliegend bestand ein Anspruch der Bauherrin gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin: Das Handelsgericht hiess die Klage der Bauherrin gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin teilweise gut, woraufhin die Klägerin am 24. September 2021 die Schuld beglich. In diesem Zeitpunkt wäre gegebenenfalls eine Regressforderung entstanden. Denn ein Regressanspruch entsteht mit der tatsächlichen Leistung an den Gläubiger (BGE 133 III 6 E. 5.3.3; BGE 130 III 362 E. 5.2; FELLMANN, a.a.O., 53; BK-KRATZ, Art. 148 OR N 55,

57; KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 43; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 8.39). Die Mithaftung eines Solidarschuldners muss nicht zwingend in diesem Zeitpunkt noch bestehen, damit ein Regressanspruch entstehen kann. Vielmehr reicht es aus, dass die Mithaftung bestanden hat, selbst wenn sie im Zeitpunkt der Zahlung nicht mehr existiert (BGE 133 III 6 E. 5.3.4).

E. 3.2.1.2

Im Verhältnis zwischen der Bauherrin und der Beklagten galten Art. 157- 182 der SIA-Norm 118 1977/1991 (act. 33 Rz. 85; act. 3/2 S. 37; vgl. auch act. 1 Rz. 88). Demnach haftet der Unternehmer dafür, dass sein Werk keine Mängel aufweist (Art. 165 Abs. 1 SIA-Norm 118). Diese Mängelhaftung äussert sich in den Mängelrechten, die dem Bauherrn nach Art. 169-171 zustehen (GAUCH/STÖCKLI,

- 15 - Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl. 2017, Art. 165 N 2). Der Bauherr hat bei einem Mangel zunächst nur das Recht, vom Unternehmer dessen Beseitigung innerhalb angemessener Frist zu verlangen (Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118). Ausserdem hat er das Recht auf Schadenersatz, wenn wegen des Mangels ein Mangel- folgeschaden entstanden ist (Art. 171 Abs. 1 SIA-Norm 118). Will der Bauherr von seinem Nachbesserungsrecht Gebrauch machen, muss er dem Unternehmer eine angemessene Nachbesserungsfrist ansetzen (Art. 174 Abs. 2 SIA-Norm 118). Missachtet er dieses Vorgehen, indem er den Mangel selbst beseitigt oder beseitigen lässt, ohne dem Unternehmer zunächst eine angemessene Frist anzusetzen und deren Ablauf abzuwarten, handelt er auf eigene Kosten und Gefahr (BGE 110 II 53 E. 4). Diesfalls geht die Nachbesserungsschuld unter (BRÄNDLI, Die Nachbesserung im Werkvertrag, 2007, Rz. 947; KOLLER, Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 1995, Rz. 125, 284 [zit. Nachbesserungsrecht]); der Bauherr hat keinen Anspruch auf Kostenersatz, denn die nachgelagerten Rechte sind verwirkt (BGE 116 II 450 E. 2b/bb; Urteil des BGer 4C.91/2006 vom 29. Mai 2006 E. 4; GAUCH, a.a.O., Rz. 2502, 2665; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N 7.3; SHK-SPIESS/HUSER, Art. 169 SIA-Norm 118 N 11). Hat die Bauleitung bei der gemeinsamen Prüfung einen Mangel zwar erkannt, auf dessen Geltendmachung aber ausdrücklich oder stillschweigend verzichtet, so gilt das Werk für den Mangel, soweit er erkannt wurde, als genehmigt. Die Haftung des Unternehmers entfällt (Art. 163 Abs. 1 SIA-Norm 118). Dies bedeutet, dass die Mängelrechte des Bauherrn gemäss Art. 169-171 SIA-Norm 118 verwirken (GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 163 N 11; SHK-SPIESS/HUSER, Art. 163 SIA-Norm 118 N 10). Die Verwirkung erfasst insbesondere auch das Recht auf Ersatz eines Mangelfolgeschadens (GAUCH, a.a.O., Rz. 2160). Sie bedeutet das Erlöschen bzw. den Untergang der Mängelrechte des Bauherrn (BGE 133 III 6 E. 5.3.4; SCHWENZER/FOUNTOULAKIS, a.a.O., Rz. 83.04). Stillschweigender Verzicht wird vermutet für Mängel, die bei der gemeinsamen Prüfung offensichtlich waren (auch wenn sie von der Bauleitung tatsächlich nicht erkannt wurden), jedoch nicht geltend gemacht wurden. Diese Vermutung ist unwiderlegbar (Art. 163 Abs. 2 SIA-Norm 118).

- 16 - Was die hier interessierenden Mängel betrifft, wurde im Urteil im Erstprozess erwogen, die Rechtsvorgängerin der Klägerin hätte diverse Mängel an den Arbeiten der Beklagten bei ordnungsgemässer Beaufsichtigung erkennen können. Trotzdem habe sie keine Mängelrüge erhoben. Daher seien die Mängel von der Bauherrin, der dieses Verhalten nach Art. 101 OR anzurechnen sei, genehmigt worden. Entsprechend hafte die Beklagte nicht für den allfälligen Mangelfolgeschaden infolge dieser Mängel (act. 11 Rz. 30.4; act. 33 Rz. 62 f.; act. 3/2 S. 70 ff.). Darüber hinaus wurde erwogen, die Vertreter der Bauherrin

hätten es versäumt, der Beklagten eine angemessene Nachbesserungsfrist für die Mängel am R. _____-hallendach anzu- setzen. Deshalb sei ein allfälliger Anspruch der Bauherrin auf Ersatz der Kosten der Ersatzvornahme inkl. Begleitkosten verwirkt (act. 1 Rz. 2; act. 11 Rz. 30.2; act. 3/2 E. S. 64 ff.). Die Verwirkung der Ansprüche der Bauherrin gegenüber der Beklagten ist seitens der Klägerin anerkannt.

E. 3.2.2

Wenn der Bauherr nur den Architekten belangt und von diesem ganz oder teilweise befriedigt wird, der Unternehmer hingegen durch Verwirkung von seiner Mängelhaftung gegenüber dem Bauherrn befreit ist, weil Letzterer das Werk hinsichtlich des betreffenden Mangels genehmigt hat, verneint die grosse Mehrheit der schweizerischen Lehre einen Regressanspruch des Architekten gegenüber dem befreiten Unternehmer (FELLMANN, a.a.O., 56 f. [zur Befreiung des Unternehmers durch Genehmigung des Werks]; GAUCH, a.a.O., Rz. 2753 [zur Befreiung des Unternehmers durch Genehmigung des Mangels]; KOLLER, OR AT, 5. Aufl. 2023, Rz. 75.115 [zit. OR AT], ders., Werkvertragsrecht, Rz. 829 [zum Fall einer nicht rechtzeitigen Mängelrüge] und ders. Das Nachbesserungsrecht im Werkvertrag, 1995, FN 642 [zit. Nachbesserungsrecht]; KRAUSKOPF, Planerverträge, Rz. 7.172, und ders., Solidarhaftung, 48, 56 [zum Fall einer nicht bzw. nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist erfolgten Mängelrüge bzw. zu Mängelrechten, die nicht rechtzeitig oder nicht richtig wahrgenommen werden]; NIGG, a.a.O., 146; SCHENKER, a.a.O., 30 [zur Befreiung des Unternehmers u.a. durch Genehmigung des Mangels]; SCHWANDER, Anm. zu Pra 94 [2005] Nr. 7; ZEHNDER, a.a.O., 7 [zu Fällen der Wegbedingung der Haftung und Verjährung]; wohl auch JUNG, Regressprobleme bei Privilegierung eines Solidarschuldners, in: Gauch/Werro/Pichonnaz [Hrsg.], Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, 2008, 306 f. [zur individuellen Zustimmung des

- 17 - Geschädigten zum pflichtwidrigen Verhalten eines potenziellen Solidarschuldners]; allgemein auch Urteil des BVGer A-7102/2013 vom 16. Oktober 2014 E. 3.3.2.3; BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 37; BK-KRATZ, Art. 145 OR N 60, 65, Art. 147 N 91 f., Art. 148 OR N 64; WERRO, La responsabilité civile, 3. Aufl. 2017, Rz. 1794; a.M. soweit ersichtlich in der Schweiz nur ZK-KRAUSKOPF, Art. 147 OR N 96 f., der aber in den weiter vorne zitierten Publikationen auch der Mehrheitsmeinung folgt). Der Unternehmer sei nicht nur im Aussenverhältnis, sondern auch im Innenverhältnis befreit (KOLLER, OR AT, Rz. 75.115; ders., Werkvertragsrecht, Rz. 829; KRAUSKOPF, Planerverträge, Rz. 7.172); die Verwirkung der Mängelrechte schlage auch auf das Innen- bzw. Regressverhältnis zwischen den Solidarschuldern durch (KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 48). Zur Begründung wird häufig auf BGE 130 III 362 verwiesen (KOLLER, OR AT, Rz. 75.115; ders., Werkvertragsrecht, Rz. 829; KRAUSKOPF, Planerverträge, Rz. 7.172; ders., Solidarhaftung, 48, 56; siehe auch Urteil des BVGer A-7102/2013 vom 16. Oktober 2014 E. 3.3.2.3; BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 37; auch ZK-KRAUSKOPF, Art. 147 OR N 93, der in dieser Publikation ebenfalls gegen die Mehrheitsmeinung antritt, versteht dieses Urteil im Sinn einer Befreiung des Unternehmers sowohl im Aussen- als auch im Innenverhältnis). Sodann wird argumentiert, bei Genehmigung des Werks bzw. Verwirkung der Mängelrechte bestehe keine Haftung des Unternehmers, weswegen er auch nicht aus solidarischer Haftpflicht in Anspruch genommen werden könne, da Solidarität eine Haftung jedes Solidarschuldners voraussetze (KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 48, 56; ZEHNDER, a.a.O., 7, nach dem durch die Hintertür des Regresses keine Haftung eines Nichtersatzpflichtigen eingeführt werden solle; siehe auch Urteil des

BVGer A-7102/2013 vom 16. Oktober 2014 E. 3.3.2.3; BSK OR I-GRABER, Art. 51 N 37; JUNG, a.a.O., 307; BK-KRATZ, Art. 148 OR N 64). Ferner wird geltend gemacht, eine Zulassung des Regresses des Architekten gegen den Unternehmer würde gegen den Grundsatz verstossen, dass ein Schuldner nicht benachteiligt werden darf, wenn er rückgriffsweise und nicht direkt in Anspruch genommen wird (KOLLER, Nachbesserungsrecht, Rz. 554, 556 und FN 642; SCHENKER, a.a.O., 30; in diesem Sinn auch FELLMANN, a.a.O., 57; GAUCH, a.a.O., Rz. 2754; NIGG, a.a.O., 146). Schliesslich wird angeführt, der Verlust des Regressanspruchs durch den Architekten sei zwar in Art. 370 OR nicht ausdrücklich vorgesehen, entspreche aber der

- 18 - ratio legis dieser Bestimmung (KOLLER, OR AT, Rz. 75.115 m.V.a. BGE 81 II 56 E. 2b). Dem besagten BGE 130 III 362 (= Pra 94 [2005] Nr. 7) lag folgender Sachverhalt zugrunde: In einem vorangehenden Verfahren hatte ein Bauherr erfolgreich eine Mängelhaftung der Ingenieurin geltend gemacht. Im Verlauf jenes Verfahren hatte sich herausgestellt, dass auch der (nicht beklagte) Architekt mitverantwortlich für den Schaden war. Nun erhob die Ingenieurin gegen den Architekten eine Regressforderung (a.a.O., Sachverhalt). Das Bundesgericht stellte fest, dass der Anspruch des Bauherrn gegen den Architekten bereits vor der Entdeckung von dessen Mitverantwortung verwirkt war, weil der Bauherrn den (dannzumal noch unbekanntem) Anspruch nicht innert der Verjährungsfrist gerügt hatte. Denn Gewährleistungsrechte, die nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist gerügt würden, seien verwirkt (a.a.O., E. 4.3). Nachdem es das Rückgriffsrecht als Anspruch ex jure proprio qualifiziert hatte, verwies das Bundesgericht auf das Erfordernis einer multiplen Haftung mehrerer Personen und führte aus: Die Versäumnisse des Architekten seien erst zu Tage getreten, als allfällige Ansprüche des Bauherrn ihm gegenüber schon verwirkt waren. Mithin habe die Haftung des Architekten gegenüber dem Bauherrn gar nicht zum Zug kommen können, und zwar unabhängig vom Willen bzw. einer Unterlassung des Bauherrn. Unter derartigen Umständen könne dem Regresskläger kein Regressanspruch aus unechter Solidarität zugestanden werden, mit dem er eine Person belangen könnte, die ihm in keiner Weise hafte (a.a.O., E. 5.2). Auch vorliegend verwirkten durch die Genehmigung die Mängelrechte der Bauherrin gegenüber der Beklagten. Anders als im bundesgerichtlichen Entscheid war es indessen möglich, die Mängel zu erkennen und fristgemäss zu rügen. Mithin ist die Genehmigung auf eine Unterlassung der Bauherrin (bzw. ihrer Hilfsperson) zurückzuführen. In E. 5.3 von BGE 130 III 362 behielt das Bundesgericht explizit gewisse "situations plus délicates" vor, 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 waren. Dies betreffe namentlich den Fall, dass der Bauherr die Mängel nicht oder zu spät gerügt habe, obwohl eine Rüge vor Ablauf der Verjährungsfrist möglich gewesen wäre.

- 19 - Allerdings führt diese Möglichkeit einer rechtzeitigen Rüge nicht zu einer anderen Beurteilung der hier interessierenden Frage (Bestand eines Regressanspruchs): Das Bundesgericht ging in BGE 130 III 362 davon aus, dass die Mängelhaftung des Architekten gar nie entstanden sei (a.a.O., E. 5.3 i.f.). Dies entspricht seiner Rechtsprechung, wonach die rechtzeitige Mängelrüge eine Anspruchsvoraussetzung, mithin eine rechtsbegründende Tatsache sei (BGE 118 II 142 E. 3a; HONSELL, Schweizerisches Obligationenrecht, 2017, S. 313; KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 48, nach dem "Mängelrechte, die nicht rechtzeitig oder nicht richtig wahrgenommen werden, verwirken, so dass eine Mängelhaftung des

Unternehmers [...] erst gar nicht entsteht"). Die blosser Möglichkeit einer Rüge lässt aber die Mängelhaftung noch nicht entstehen; auch bei der Möglichkeit einer Rüge ist das Erfordernis einer multiplen Haftung noch nicht erfüllt. Vielmehr braucht es eine tatsächliche Rüge, andernfalls die Mängelhaftung nicht entsteht. Die Möglichkeit einer rechtzeitigen Rüge ist relevant für die Frage, ob das Versäumnis der Bauherrin zum Nachteil gereicht. In der grossmehrheitlichen schweizerischen Lehre, die – wie gesagt – einen Regressanspruch des belangten Architekten gegenüber dem durch Verwirkung befreiten Unternehmer verneint, werden zwei in der Herleitung unterschiedliche, im Ergebnis aber ähnliche Ansichten vertreten, wie mit dem Versäumnis der Bauherrin umzugehen sei: Gemäss einem Teil der Lehre soll die Ersatzpflicht des Architekten in sinngemässer Anwendung von Art. 147 Abs. 2 OR von vornherein um den Betrag reduziert werden, der im Innenverhältnis auf den befreiten Unternehmer fällt (GAUCH, a.a.O., Rz. 2753 f., mit Verweis auf die herrschende Lehre in Deutschland; KOLLER, Werkvertragsrecht, Rz. 829 [bei Verschulden des Bauherrn]; KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 56; im Ergebnis auch JUNG, a.a.O., 306; BK-KRATZ, Art. 145 OR N 60, 65, 67; NIGG, a.a.O., 143 ff.). Gemäss einem anderen Teil der Lehre soll der Bauherr gestützt auf Art. 149 Abs. 2 OR verpflichtet werden, dem Architekten Schadenersatz für den Entfall des Regressanspruchs zu leisten (FELLMANN, a.a.O., 56 f.; KOLLER, OR AT, Rz. 75.115; SCHENKER, a.a.O., 30 f.; SCHWANDER, Anm. zu Pra 94 [2005] Nr. 7; ZEHNDER, a.a.O., 7). Diese Frage muss vorliegend nicht entschieden werden. Daher muss auch nicht darauf eingegangen werden, wie sich eine Reduktion der Haftung des Architekten im Ausserverhältnis mit dem von der Klägerin angeführten Grundsatz der Einzelbefreiung

- 20 - (vgl. Art. 147 Abs. 2 OR) vertragen würde (vgl. act. 33 Rz. 20). Jedenfalls hätte eine Reduktion bzw. verrechnungsweise Berücksichtigung einer Schadenersatzforderung im Erstprozess entsprechender Vorbringen der Rechtsvorgängerin der Klägerin in jenem Verfahren bedurft. Nach dem Gesagten ist vorliegend in Übereinstimmung mit BGE 130 III 362 davon auszugehen, dass die Mängelhaftung der Beklagten gar nie bestanden hat. Eine solidarische Haftung und ein daraus folgender Regressanspruch sind zu verneinen. Wohlgemerkt würde sich der vorliegende Fall auch dann nicht von BGE 130 III 362 unterscheiden, wenn man der Ansicht folgte, dass die Mängelrechte bei Mängelhaftigkeit des Werks grundsätzlich gegeben seien und eine Genehmigung diese Mängelrechte wieder untergehen lasse, sodass die Mängelrüge keine Voraussetzung für deren Entstehung, sondern eine rechtserhaltende Tatsache sei (GAUCH, a.a.O., Rz. 2069, 2160, 2166; ZK-KRAUSKOPF, Art. 148/149 OR FN 63; in diesem Sinn auch BGE 107 II 437). Denn unter dieser Prämisse hätte auch in BGE 130 III 362 eine Mängelhaftung latent bestanden, obgleich die Verantwortlichkeit des Architekten noch unbekannt war. Nichtsdestotrotz verneinte das Bundesgericht einen Regressanspruch aufgrund des Erfordernisses der multiplen Haftung. Die dogmatische Erklärung läge diesfalls wohl darin, dass entweder die multiple Haftung im Zeitpunkt der Bezahlung der Forderung durch den belangten Schuldner bestehen muss (anders aber BGE 133 III 6 E. 5.3.4) oder die Verwirkung der Forderung im Ausserverhältnis auch die Forderung im Innenverhältnis erfasst, sodass auch die Letztere untergeht (etwa im Sinn von KOLLER, OR AT, Rz. 75.115, der den Entfall des Regressrechts mit der ratio legis von Art. 370 OR begründet). Im Übrigen unterscheidet sich der vorliegende Fall massgeblich von BGE 133 III 6 (= Pra 96 [2007] Nr. 104): In jenem Fall verwies das Bundesgericht zunächst auf BGE 130 III 362 und hielt dazu fest, das Prinzip, dass eine Person, die nicht für einen Schaden verantwortlich sei, dafür auch nicht

solidarisch hafte, sei "la raison pour laquelle le droit de recours découlant de la solidarité imparfaite ne permet pas de rechercher une personne qui ne pouvait en aucune façon être tenue pour re- sponsable à l'égard du lésé parce que les droits de celui-ci envers elle étaient périmés" (a.a.O., E. 5.3.4). Im zu beurteilenden Fall war die Forderung des Ge-

- 21 - schädigten gegenüber dem Regressbeklagten allerdings nicht verwirkt, sondern verjährt. Das Bundesgericht kam zum Schluss, dass diese Verjährung dem Re- gresskläger nicht entgegengehalten werden könne. Es nahm explizit auf den Un- terschied zwischen Verjährung und Verwirkung Bezug und führte aus, dass im Ge- gensatz zur Verwirkung, die ein vollumfängliches Erlöschen des subjektiven Rechts zur Folge habe, die Verjährung nur die Lähmung des Klagerechts bewirke. Mithin bestehe die Forderung als Naturalobligation oder unvollkommene Obligation wei- terhin. Auf die Verjährung könne verzichtet werden und das Gericht dürfe sie nicht von Amtes wegen berücksichtigen. Die befreiende Wirkung der Erfüllung der Obli- gation durch einen der Solidarschuldner schliesse weiterhin auch den Mithaftenden ein, dessen Schuld verjährt sei (a.a.O., E. 5.3.4). Mithin schloss das Bundesgericht, das Erfordernis der multiplen Haftung sei trotz der Verjährung erfüllt. Dies ist vor- liegend wegen der Verwirkung aber gerade anders. BGE 133 III 6 besagt nichts anderes, sondern stützt mit der eingehenden Abgrenzung zwischen Verjährung und Verwirkung gerade diesen Schluss. Nicht zuzustimmen ist der von KRAUSKOPF im Zürcher Kommentar vertretenen An- sicht. Demnach könne der Architekt ungeachtet der im Aussenverhältnis eingetre- tenen Verwirkung der Mängelhaftung des Unternehmers gegen diesen regressie- ren, sobald er dem Bauherrn Schadenersatz geleistet habe. Das gesetzliche Wahl- recht nach Art. 144 Abs. 1 OR wolle den Gläubiger dahingehend privilegieren, dass er von mehreren Solidarschuldnern nur einen zu belangen brauche, während er sich um die übrigen – bzw. deren "Verpflichtungsmodalitäten" – nicht kümmern müsse. Der nichtbelangte Mitschuldner müsse trotz Verwirkung seiner Schuld- pflicht im Aussenverhältnis weiterhin damit rechnen, auf dem Regressweg belangt zu werden. Dem Regressanspruch bleibe er grundsätzlich solange ausgesetzt, als er sich weder auf die Verjährung noch die Verwirkung des Regressrechts berufen könne (ZK-KRAUSKOPF [2016], Art. 147 OR N 96 f., der freilich in N 93 mit Verweis auf BGE 130 III 362 bemerkt, das Bundesgericht scheine davon auszugehen, dass der Unternehmer sowohl im Aussen- als auch im Innenverhältnis befreit sei; vgl. auch KRAUSKOPF, Planerverträge [2019], Rz. 7.172 ff., wo der Autor mit Verweis auf BGE 130 III 362 vertritt, wenn die Mängelhaftung des Unternehmers bereits verwirkt sei, werde der Unternehmer sowohl im Aussen- als auch im Innenverhältnis befreit,

- 22 - ohne auf seine im Zürcher Kommentar vertretene Ansicht einzugehen; vgl. ferner KRAUSKOPF, Solidarhaftung [2008], 48, 56, wo der Autor mit Verweis auf BGE 130 III 362 vertritt, dass nicht rechtzeitig oder nicht richtig wahrgenommene Mängel- rechte verwirkten, sodass eine Mängelhaftung des Unternehmers erst gar nicht ent- stehe, wobei diese Verwirkung auch auf das Regressverhältnis durchschlage). Das gesetzliche Wahlrecht nach Art. 144 Abs. 1 OR kommt aber nur zur Anwendung, wenn eine Solidarschuld besteht. Dies ist jedoch nach dem Gesagten in den hier interessierenden Konstellationen gar nicht erst der Fall. Sodann mag die durch Art. 144 Abs. 1 OR bewirkte Privilegierung des Gläubigers zwar ein Argument ge- gen Eingriffe in dessen Rechtsstellung sein. Selbst wenn man sich gegen solche Eingriffe stellen wollte, könnte die Lösung aber immer noch so aussehen, dass der Gläubiger den Architekten auf die volle Summe belangen, der Architekt

aber (auf- grund der Verwirkung) keinen Regress auf den Unternehmer nehmen könnte. Dass der Architekt diesfalls das Nachsehen hätte, ist unter dem Gesichtspunkt der Privilegierung des Gläubigers irrelevant. Mit anderen Worten lässt sich mit Art. 144 Abs. 1 OR allenfalls eine Privilegierung (bzw. Nicht-Benachteiligung) des Gläubigers im Aussenverhältnis begründen, nicht aber der Bestand der Regressforderung im Innenverhältnis. Schliesslich geht die hier diskutierte Ansicht nicht auf den Grundsatz ein, dass ein Schuldner nicht benachteiligt werden darf, wenn er rück- griffshalber und nicht direkt in Anspruch genommen wird (zu diesem Grundsatz FELLMANN, a.a.O., 47; KELLER, a.a.O., 184; siehe auch BGE 95 II 333 E. 5). Zusammengefasst ist der Regressanspruch zwar ein Recht ex jure proprio des Regressgläubigers, ein selbstständiger Anspruch, der originär in der Person des Rückgriffsberechtigten entsteht (GAUCH, a.a.O., Rz. 2748; KOLLER, Werkvertrags- recht, Rz. 826; KRAUSKOPF, Planerverträge, Rz. 7.101; NIGG, a.a.O., 136 f.). Davon ging auch das Bundesgericht in BGE 130 III 362 aus, denn es nahm in E. 5.2 explizit auf diese Qualifikation Bezug. Ungeachtet dieser Qualifikation müssen aber erst die Voraussetzungen erfüllt sein, damit dieses Recht entsteht. Namentlich hat sie keinen Einfluss darauf, dass der Bestand eines Regressanspruchs eine solidari- sche Haftung mehrerer Personen voraussetzt. Ebendiese Voraussetzung war in BGE 130 III 362 und ist vorliegend aufgrund der Verwirkung nicht erfüllt.

- 23 -

E. 3.3

Zwischenfazit Die Klägerin hat keinen Regressanspruch gegen die Beklagte für die genehmigten Mängel bzw. den daraus resultierenden Schaden. Denn infolge Genehmigung bzw. Verwirkung besteht keine Mängelhaftung der Beklagten gegenüber der Bauherrin für diese Mängel und damit kein Solidarschuldverhältnis zwischen der Rechtsvor- gängerin der Klägerin und der Beklagten.

E. 4

Leckagen in der Abdichtungsebene

E. 4.1

Unstrittig haftete die Rechtsvorgängerin der Klägerin für Leckagen in der Abdichtungsebene im Erstprozess nicht, weil ihr gegenüber diesbezüglich keine kon- kreten Pflichtverletzungen vorgetragen worden waren (act. 11 Rz. 20, act. 33 Rz. 140; act. 3/2 S. 98).

E. 4.2

Parteistandpunkte

E. 4.2.1

Die Klägerin macht (neben den genehmigten Mängeln) auch Leckagen in der Abdichtungsebene als von der Beklagten zu verantwortende Mängel geltend (act. 33 Rz. 57, 129 ff., 155, 225, S. 95). Diese Mängel seien verdeckte Mängel gewesen, die ihre Rechtsvorgängerin auch bei hinreichender Beaufsichtigung der Arbeiten der Beklagten nicht hätte erkennen können (act. 33 Rz. 140). Der Gutach- ter I._____ habe mittels Gasleckortung etwa 25 Undichtigkeiten verteilt über die ganze Abdichtung festgestellt (act. 1 Rz. 16; act. 33 Rz. 130, 132, S. 111). Nament- lich habe er Leckagen gefunden bei

Aufbordungen, Schweissnähten, Ecken der Oblichter sowie Anschlagpunkten der Personensicherungsanlage, die er dokumentiert habe (act. 33 Rz. 131 f.). Die Klägerin verweist zudem auf einen Ausschnitt des Gutachtens I._____, worin undichte Abdichtungsanschlüsse an Einfassungen der Anschlagpunkte der Absturzsicherung, nicht abgeschottete Dachwassereinflüsse, falsche Anschlussbreiten an Klebeflächen und undichte Verklebungen aufgeführt werden. Dies seien Mängel auf der Abdichtungsebene, die der Beklagten zuzuordnen seien (act. 1 Rz. 19). Die Klägerin macht sodann geltend, der Gutachter I._____ habe diverse Fehler der Beklagten bei der Ausführung des Flachdachs konstatiert, und zählt mit Verweis auf das Gutachten I._____ unter anderem un-

- 24 - dichte Eckausbildungen und Schweissnahtbereiche auf (act. 1 Rz. 20). Die Undichtigkeiten hätten zu Wassereintritten in die Wärmedämmung und ins Innere der R._____ -halle geführt, was auch der Gutachter festgestellt habe (act. 1 Rz. 17 f.; act. 33 Rz. 135, S. 111). Nicht nur wegen der genehmigten Mängel, sondern auch wegen der mangelhaften Abdichtung habe das R._____ -hallendach ersetzt werden müssen (act. 33 Rz. 136 f., 139). Selbiges gelte für die Schäden infolge der dadurch verursachten Wassereintritte in die R._____ -halle (act. 33 Rz. 139). Die Leckagen hätten nicht lokal behoben werden können (act. 33 Rz. 178 f., S. 99). Für diese Mangelhaftigkeit des R._____ -hallendachs sei die Beklagte verantwortlich (act. 1 Rz. 18; act. 33 Rz. 134). Zwar habe ihre Rechtsvorgängerin im Erstprozess nicht für die Leckagen in der Abdichtungsebene gehaftet (act. 33 Rz. 140). Jedoch hafte die Beklagte ihr im Rahmen des Regresses auch für diese Mängel (act. 33 Rz. 141 f., S. 99, 132).

E. 4.2.2

Die Beklagte macht geltend, die Rechtsvorgängerin der Klägerin sei für die behaupteten Leckagen in der Abdichtungsebene im Erstprozess nicht haftbar gemacht worden. Deshalb bestehe diesbezüglich kein gemeinsam verursachter Mangel und damit von vornherein keine solidarische Haftung und kein Regressanspruch. Denn wofür jemand nicht verantwortlich gemacht worden sei, könne er auch keinen Regress nehmen (act. 11 Rz. 20, 28, 31.2, 42.4, 43.2, 44.2, 45.2, 54.3, 63.3, 82.2, 92.6, 99.3; act. 37 Rz. 90, 98). Zudem sei die Forderung der Bauherrin gegen die Beklagte auf Ersatz der Nachbesserungskosten wegen Nichtansetzung einer angemessenen Nachbesserungsfrist verwirkt, weshalb jedenfalls insoweit kein Regress möglich sei (act. 11 Rz. 20 f., 30.2, 82.4, 99.5). Ohnehin habe sie die Abdichtungsebene einwandfrei ausgeführt, sei nie Wasser durch diese eingetreten und sei diese bis zum Abbruch des Dachs dicht gewesen (act. 37 Rz. 91, 93 ff., 159). Der Gutachter I._____ habe keinerlei Wassereintritte durch die Abdichtungsebene dokumentiert (act. 11 Rz. 10, 42.3; act. 37 Rz. 11, 92, 95). Mit den festgestellten Gasundichtigkeiten liessen sich keine Wasserundichtigkeiten belegen (act. 11 Rz. 10, 42.3; act. 37 Rz. 91 f.). Namentlich bestreitet die Beklagte die behaupteten undichten Abdichtungsanschlüsse an Einfassungen der Einzelschlagspunkte der Absturzsicherungen als unzutreffend, nicht nachvollziehbar bzw. nicht ursächlich für allfällige Wassereintritte und macht geltend, diese hätten ohne

- 25 - grössere Umstände neu erstellt werden können (act. 11 Rz. 45.3). Die behaupteten Fehler bei den nicht abgeschotteten Dachwassereinflüssen, falschen Anschlussbreiten an Klebeflächen und undichten Verklebungen seien nicht nachvollziehbar, widersprüchen den Feststellungen im Gutachten I._____ und wären gegebenenfalls ohne grossen Aufwand ausbesserbare Bagatellmängel (act. 11 Rz. 45.4). Die mit Verweis auf das Gutachten I._____ behaupteten Ausführungsfehler seien unzutreffend und unsubstanziert (act. 11

Rz. 46). Die angeblichen Undichtigkeiten hätten abgedichtet und eingedrungenes Wasser beseitigt werden können (act. 11 Rz. 28, 49.3, 64.1.4, 92.7, 102; act. 37 Rz. 97, 102). Der Totalersatz des Dachs wegen der behaupteten Mängel in der Abdichtungsebene sei daher unnötig und unverhältnismässig gewesen (act. 11 Rz. 48, 92.7; act. 37 Rz. 96).

E. 4.3

Rechtliches und Würdigung

E. 4.3.1

Ein Sonderfall liegt vor, wenn Architekt und Unternehmer jeder für sich allein einen (separaten) Baumangel verursachen, aber beide Baumängel Ursachen für den gleichen Mangelfolgeschaden sind. Das ist etwa der Fall, wenn einerseits der Architekt einen Planungsfehler begeht, den der Unternehmer nicht abmahnen musste und für den der Architekt allein verantwortlich ist, und andererseits der Unternehmer das Werk mangelhaft erstellt, indem er einen eigenen, sich nicht aus dem Planungsfehler ergebenden Fehler macht, den der Architekt auch bei sorgfältiger Bauaufsicht nicht erkennen konnte. In diesem Fall haften Architekt und Unternehmer je einzeln (nicht solidarisch) für die Nachbesserungskosten infolge der beiden Baumängel. Hingegen haften sie für den Mangelfolgeschaden unecht solidarisch, soweit jeder Baumangel für diesen Schaden mitursächlich ist (KRAUSKOPF, Solidarhaftung, 50; SCHUMACHER, in: Gauch/Tercier [Hrsg.], Das Architektenrecht, 3. Aufl. 1995, Rz. 687).

E. 4.3.2

Hinsichtlich der Nachbesserungskosten (d.h. Kosten der Ersatzvornahme samt Begleitkosten) fällt vorliegend – selbst wenn von Leckagen in der Abdichtungsebene ausgegangen würde – ein Regressanspruch ausser Betracht:

E. 4.3.2.1

Erstens haftete die Rechtsvorgängerin der Klägerin im Erstprozess nicht für die Nachbesserung der Leckagen auf der Abdichtungsebene. Im vorliegenden

- 26 - Prozess stellt sich die Klägerin wiederum auf den Standpunkt, es handle sich um Fehler der Beklagten bzw. versteckte Mängel, die ihre Rechtsvorgängerin auch bei sorgfältiger Bauaufsicht nicht habe erkennen können. Mithin streitet die Klägerin eine Haftung ihrer Rechtsvorgängerin für diese Leckagen ab. Damit besteht – aus den angeführten rechtlichen Gründen – keine solidarische Haftung der Beklagten mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin für allfällige Nachbesserungskosten aufgrund der behaupteten Leckagen und ist diese Voraussetzung für die Regressforderung nicht erfüllt. Die bereits abgehandelten Ausführungen der Klägerin zur Selbstständigkeit des Regressanspruches ändern daran nichts.

E. 4.3.2.2

Zweitens haftet die Beklagte nicht für die Kosten der Nachbesserung der Leckagen auf der Abdichtungsebene. Denn die Bauherrin hat der Beklagten keine angemessene Frist für die Nachbesserung angesetzt, weder für die genehmigten Mängel noch für die hier interessierenden Leckagen auf der Abdichtungsebene. Damit sind aber ihre nachgelagerten Rechte und namentlich ihr Anspruch auf Ersatz der Kosten für eine Ersatzvornahme verwirkt (vgl. vorne E. 3.2.1.2). Auch deshalb besteht keine solidarische Haftung und fehlt eine Voraussetzung für den Regressanspruch.

E. 4.3.3

Hinsichtlich des Mangelfolgeschadens wäre eine solidarische Haftung denkbar, soweit sowohl die von der Rechtsvorgängerin der Klägerin wie auch die von der Beklagten zu vertretenden Mängel für diese Schaden mitursächlich waren. Mit hin würde eine solidarische Haftung voraussetzen, dass ■ sowohl die genehmigten Mängel, die der Haftung der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Erstprozess zugrunde lagen und mit denen die Klägerin auch vorliegend die Haftung ihrer Rechtsvorgängerin begründet (d.h. die Unterläufigkeit der Bauzeitabdichtung d.h. Unterläufigkeit der Dampfsperre, die Mangelhaftigkeit der Tagesabschottungen und der fehlende Einbau von Kontrollstutzen sowie die Mangelhaftigkeit der Dachwassereinläufe), ■ als auch die arguendo der Beklagten anzulastenden Leckagen auf der Abdichtungsebene

- 27 - für die einzelnen Positionen des Mangelfolgeschadens, für die die Rechtsvorgängerin der Klägerin im Erstprozess haftbar gemacht wurde, mitursächlich sind. Nebenbei bemerkt steht das hier Gesagte unter der Annahme, dass die unterlassene Ansetzung einer angemessenen Nachbesserungsfrist einer Haftung der Beklagten für den Mangelfolgeschaden nicht entgegensteht, weil der Vorrang des Nachbesserungsrechts nur für das Wandlungs- und Minderungsrecht gilt, nicht auch für das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens (siehe den Vorbehalt in Art. 169 Abs. 1 SIA-Norm 118; BRÄNDLI, a.a.O., Rz. 951; GAUCH, a.a.O., Rz. 2660, GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 169 N 3, Art. 171 N 1.2; a.M. SHK-SPIESS/HUSER, Art. 169 SIA-Norm 118 N 11, nach denen der Bauherr, der dem Unternehmer das Nachbesserungsrecht nicht gewährt, sämtliche nachgelagerten Mängelrechte gemäss Art. 169 Ziff. 1-3 SIA-Norm 118 sowie den Anspruch auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verliert). Würde man davon ausgehen, dass die unterlassene Ansetzung einer angemessenen Nachbesserungsfrist auch das Recht auf Ersatz des Mangelfolgeschadens verwirken lässt, würde eine solidarische Haftung der Beklagten auch hinsichtlich des Mangelfolgeschadens entfallen und wäre ein Regressanspruch der Klägerin von vornherein zu verneinen.

E. 4.3.3.1

Eine solidarische Haftung der Beklagten mit der Rechtsvorgängerin der Klägerin kann also nur für diejenigen Schadenspositionen bestehen, die überhaupt Mangelfolgeschaden und nicht (von der Verwirkung erfasste) Nachbesserungskosten sind. Der Mangelfolgeschaden ist ein Schaden, der seine Ursache in einem Werkmangel des abgelieferten Werks hat, aber ausserhalb des Werks liegt. Zwischen Mangel und Mangelfolgeschaden muss ein Kausalzusammenhang bestehen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1855, 1864 ff.; SHK-SPIESS/HUSER, Art. 171 SIA-Norm 118 N 3 f.). Nicht zum Mangelfolgeschaden, sondern zur Nachbesserung gehören Begleitkosten einer Nachbesserung bzw. Ersatzvornahme (GAUCH, a.a.O., Rz. 1860). Der Mangelfolgeschaden ist ein Vermögensschaden (GAUCH, a.a.O., Rz. 1866). Er entspricht der ungewollten Verminderung des Reinvermögens des Geschädigten, d.h. der Differenz zwischen dem gegenwärtigen Vermögensstand und dem Stand, den das Vermögen ohne das schädigende Ereignis hätte (BGE 144 III 155 E. 2.2; BGE 142 III 23 E. 4.1; BGE 132 III 321 E. 2.2.1).

- 28 - Die Rechtsvorgängerin der Klägerin wurde im Erstprozess für folgende Positionen für haftbar erklärt (act. 1 Rz. 30; wovon sie wegen des Selbstverschuldens der Bauherrin jeweils die Hälfte übernehmen musste): Gläubiger/ Zahlstelle Titel der Position CHF A J._____ Absaugen der Nutzschiene 16'650.00 B K._____ AG Rückbau R._____ -hallendach 42'048.00 C K._____ AG Neuerstellung R._____ -hallendach 140'472.90 D L._____

Begutachtung des Flachdachs 1'407.60 E M. _____ AG Malerarbeiten 1'520.30 F H. _____ AG Öffnen des westlichen Dachrands zum Neuen Vorbau zwecks Sonda- 9'103.95 gen G N. _____ AG Sondierungen und Sofortmassnahmen an der Akustikdecke aufgrund 7'724.00 des Wasserschadens H O. _____ AG Scherenbühne 1'025.00 I P. _____ AG Demontage Blende Oblicht, Teildemontage Dachrand Neuer Vorbau 1'287.25 J N. _____ AG Sanierung der Akustikdecke 9'815.00 K Q. _____ AG Innengerüst R. _____ -halle 4'210.45 Total 235'264.45 Alle Kosten, die für den Ersatz des Dachs entstanden sind (inkl. Begleitkosten), sind Nachbesserungskosten und stellen keinen Mangelfolgeschaden dar. Die Klä- gerin qualifiziert die Positionen A, B, C, D und E als Kosten im Zusammenhang mit dem Totalersatz des R. _____ -hallendachs (act. 33 Rz. 206 f.; siehe auch act. 1 Rz. 36, 41, 44 f., 54 f.). Weiter bezeichnet die Klägerin auch Position I als für den Rückbau des R. _____ -hallendachs und dessen Neuerstellung notwendig (act. 1 Rz. 64). Dies deckt sich mit den Erwägungen im Urteil im Erstprozess, worin diese Positionen ebenfalls als Kosten der Ersatzvornahme und nicht als Mangelfolge- schaden qualifiziert wurden (act. 3/2 S. 77). Position F schliesslich betrifft gemäss der klägerischen Darstellung Untersuchungsarbeiten am R. _____ -hallendach selbst bzw. dessen Öffnung und Rückbau und die Vornahme von Sofortmassnah- men zur Verhinderung weiterer Wassereintritte (act. 1 Rz. 59; act. 33 S. 117). Da- her geht es auch hier nicht um einen Schaden, der seine Ursache in einem Werk- mangel des abgelieferten Werks hat, aber ausserhalb des Werks liegt, sondern vielmehr um Arbeiten im Hinblick auf die Nachbesserung des Werks selbst. Alle genannten Positionen sind vom Mangelfolgeschaden abzugrenzen. Als mögliche Positionen eines Mangelfolgeschadens, für den die Beklagte gemeinsam mit der

- 29 - Rechtsvorgängerin der Klägerin solidarisch haftbar sein könnte, verbleiben solche im Zusammenhang mit der unter dem Dach liegenden Akustikdecke: Gläubiger/ Zahlstelle Titel der Position CHF G N. _____ AG Sondierungen und Sofortmassnahmen an der Akustikdecke aufgrund 7'724.00 des Wasserschadens H O. _____ AG Scherenbühne 1'025.00 J N. _____ AG Sanierung der Akustikdecke 9'815.00 K Q. _____ AG Innengerüst R. _____ -halle 4'210.45 Total 22'774.45 Hiervon musste die Rechtsvorgängerin der Klägerin angesichts des Selbstver- schuldens der Bauherrin die Hälfte tragen, also CHF 11'387.23. Die vorliegende Regressklage der Klägerin bezieht sich auf 70%, also CHF 7'971.06.

E. 4.3.3.2

Hinsichtlich dieser Positionen ist nun zu prüfen, ob die Voraussetzungen einer Haftung der Beklagten gegeben sind. Gemäss Art. 171 SIA Norm 118 hat der Besteller bei Verschulden des Unternehmers Anspruch auf Ersatz des Mangelfol- geschadens nach Massgabe der Art. 368 und 97 ff. OR. Notwendig ist ein ursäch- licher Zusammenhang zwischen dem Werkmangel und dem geltend gemachten Mangelfolgeschaden. Dem Unternehmer dürfen nur Schäden zugerechnet werden, für die der konkrete Werkmangel eine adäquate Ursache bildet, indem er nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Lebenserfahrung geeignet ist, einen Schaden der eingetretenen Art herbeizuführen (GAUCH, a.a.O., Rz. 1885; GAUCH/STÖCKLI, a.a.O., Art. 171 N 3; vgl. auch BGE 123 III 110 E. 3a). Vorausset- zungen für die Haftung für den Mangelfolgeschaden sind Werkmangel, Schaden, Kausalzusammenhang zwischen Mangel und Schaden sowie ein Verschulden des Unternehmers. Den Unternehmer trifft die Beweislast für fehlendes Verschulden (Art. 171 Abs. 2 SIA Norm 118), während die Beweislast für die übrigen Haftungs- voraussetzungen dem Besteller obliegt (SHK-SPIESS/HUSER, Art. 171

SIA-Norm 118 N 10 ff., 18 f.). Die Haftung der Beklagten für die hier interessierenden Posten scheidet jedenfalls an der Voraussetzung des Kausalzusammenhangs: Die Klägerin behandelt die hier interessierenden Schadenspositionen (bzw. die Positionen G, H, J und K gemeinsam mit den weiteren Positionen F und I) unter dem Titel "Schäden infolge der Wassereintritte in die R.____-halle" (act. 1 Rz. 57 ff.; act. 33 Rz. 208 ff.). In der Klage führt sie als Ursache dieser Schadenspositionen

- 30 - lediglich in allgemeiner Weise die Mangelhaftigkeit (Undichtigkeit) des R.____-hallendachs bzw. die mangelhafte Ausführung der Flachdacharbeiten am R.____-hallendach an (act. 1 Rz. 57 f., 60, 63, 69 f.). Es genügt aber (wie schon im Erstprozess, vgl. act. 3/2 S. 75) nicht, wenn die Klägerin behauptet, die Schadenspositionen seien kausale Folge der mangelhaften Ausführung der Flachdacharbeiten durch die Beklagte. Dies gilt zum einen, weil die Beklagte einen Kausalzusammenhang zwischen den von der Klägerin behaupteten Mängeln und den hier ausgeführten Schadenspositionen bestreitet (act. 11 Rz. 69 ff.; act. 37 Rz. 131, 208 f.; 215 f.; siehe auch act. 37 Rz. 134, 136 f.) bzw. einen völlig anderen Kausalzusammenhang darlegt, indem sie geltend macht, die für die Erstellung des Vorbaudachs beigezogene Baumeisterin sei für den ganzen Schaden an der Akustikdecke bzw. die hier verbleibenden Schadenspositionen verantwortlich (act. 11 Rz. 12, 69 ff.; act. 37 Rz. 136, 208, 211). Zum anderen wurden diverse der behaupteten Mängel genehmigt. Gestützt auf diese Mängel kann kein Mangelfolgeschaden verlangt werden. Mangels konkreter Behauptungen zur Kausalität bleibt aber unklar, welche Schadenspositionen den genehmigten und welche den nicht genehmigten Mängeln zuzuordnen wären. In der Replik nennt die Klägerin in den relevanten Passagen, in denen sie sich konkret mit den massgebenden Schadenspositionen befasst (act. 33 Rz. 208 ff.), als deren Ursache gar einzig die genehmigten Mängel, ohne die Leckagen auf der Abdichtungsebene anzuführen (act. 33 Rz. 210, 212). Auch bei ihren Einzelbestreitungen begründet die Klägerin den Kausalzusammenhang zu den hier relevanten Schadenspositionen mit den "von der Beklagten verursachten Mängel[n], wofür vom Handelsgericht des Kantons Zürich eine Mithaftung der D.____ AG infolge nicht hinreichender Überwachung der Arbeiten angenommen wurde" (act. 33 S. 117 ff.). Die Rechtsvorgängerin der Klägerin haftete aber nur für die genehmigten Mängel, nicht für Mängel auf der Abdichtungsebene. Mit diesen Vorbringen führt die Klägerin die hier interessierenden Schadenspositionen konkret nur auf andere Mängel als die Leckagen auf der Abdichtungsebene zurück. Daran ändert auch nichts, dass gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung von einer Anspruchstellerin nicht verlangt werden kann, konkrete Ausführungen zur Kausalität zwischen Mängeln und Feuchtigkeitsschäden sowie eine klare Zuordnung der Schadensposten zu den einzelnen Mängeln zu machen (act. 33 Rz. 213; Urteil des

- 31 - BGer 4A_412/2019 vom 27. April 2020 E. 7.4.2). Denn indem die Klägerin nicht einmal behauptet, die Leckagen auf der Abdichtungsebene seien ursächlich für die hier interessierenden Schadenspositionen, sondern nur andere Mängel anführt, fehlen auch unter Berücksichtigung dieser Rechtsprechung rechtsgenügende Behauptungen zur Kausalität zwischen dem Mangel der Leckagen auf der Abdichtungsebene und den massgebenden Schadenspositionen. Die Behauptungen, die Schadenspositionen seien auf andere Mängel als die Leckagen auf der Abdichtungsebene zurückzuführen, stehen vorab im Widerspruch dazu, dass die Klägerin andernorts behauptet, es liege eine kumulative Konkurrenz oder "eine kumulative Kausalität" für die Schäden bzw. die die dadurch verursachten

Wassereintritte in die R.____-halle vor; jede dieser Ursachen ("genehmigte" Mängel einerseits und Leckagen in der Abdichtungsebene andererseits) hätte genügt, um den eingetretenen Schaden zu verursachen (act. 33 Rz. 139). Selbst wenn man von einer rechtsgenügenden Behauptung einer "kumulativen Kausalität" ausgehen würde, wäre die Beklagte diesbezüglich beweisbelastet. Allerdings offeriert die Klägerin in act. 33 Rz. 139 keinen Beweis. Auch an den anderen besagten Stellen, an denen sie auf die Ursache der hier interessierenden Schadenspositionen eingeht, offeriert sie grossmehrheitlich gar keine Beweismittel, die zum Beweis der Ursächlichkeit der behaupteten Leckagen in der Abdichtungsebene geeignet wären. Namentlich das in act. 33 Rz. 216 offerierte, einzuholende Gutachten soll nur die Ursächlichkeit der genehmigten Mängel, nicht diejenige der Leckagen betreffen. In act. 33 Rz. 211 referenziert die Klägerin zwar das Gutachten I.____ und zitiert die Aussage, die Fehlleistungen der für die Erstellung des Vorbaudachs beigezogenen Baumeisterin könnten nicht als alleinige Ursache für die Wasserinfiltrationen dienen. Es kann aber nicht genügen, gestützt auf diese Erkenntnis auch die nicht näher unterschiedenen Pflichtverletzungen der Beklagten als nachgewiesen teilursächlich für den Schaden zu erachten. Denn im Gegensatz zum Urteil zulasten der Rechtsvorgängerin der Klägerin im Erstprozess (act. 3/2 S. 114), in welchem sich die Frage einer Genehmigung von bestimmten Mängeln nicht stellte, muss die Klägerin vorliegend nachweisen, dass der Schaden konkret durch nicht genehmigte Mängel (d.h. die Leckagen) verursacht wurde, damit eine

- 32 - Haftung bejaht werden könnte. Der Ausschluss der alleinigen Verantwortung der Baumeisterin im Gutachten I.____ vermag diesen Nachweis nicht zu erbringen.

E. 4.4

Zwischenfazit Die Klägerin hat keinen Regressanspruch gegen die Beklagte für die Leckagen in der Abdichtungsebene: hinsichtlich der Nachbesserungskosten mangels solidarischer Haftung bzw., weil die Bauherrin keinen diesbezüglichen Anspruch gegen die Rechtsvorgängerin der Klägerin und (infolge Verwirkung) gegen die Beklagte hat, hinsichtlich der Mangelfolgeschäden, weil die Bauherrin mangels Kausalität keinen diesbezüglichen Anspruch gegen die Beklagte hat. Daher fehlt ein Solidarschuldverhältnis zwischen der Rechtsvorgängerin der Klägerin und der Beklagten.

E. 5

Zins und Prozesskosten im Verfahren HE150489-O Mangels Regressanspruch der Klägerin gegen die Beklagte für die Stammforderung besteht auch kein Regressanspruch für den von ihr darauf bezahlten Zins (CHF 27'607.97). Ebenso wenig kann sie für die von ihr im Verfahren HE150489-O getragenen und in den Anspruch der Bauherrin eingerechneten Prozesskosten (CHF 12'184.50; siehe vorne beim Prozessgegenstand sowie act. 1 Rz. 71) auf die Beklagte zurückgreifen. Diesbezüglich fehlt von vornherein eine solidarische Haftung der Beklagten, die einen Regressanspruch begründen könnte. Denn die fraglichen Prozesskosten wurden der Rechtsvorgängerin der Klägerin auferlegt, nicht auch der Beklagten. Einen diesbezüglichen Schadenersatzanspruch (nicht: Regressanspruch) macht die Klägerin nicht geltend, wobei dieser nur schon deshalb zu verneinen wäre, weil Prozesskosten nicht zum materiell-rechtlichen Schaden gehören, sondern vielmehr einen prozessualen Anspruch darstellen (vgl. BGE 139 III 190 E. 4.2, 4.4).

E. 6

Fazit Die Klägerin hat keinen Regressanspruch gegen die Beklagte. Die Klage ist abzuweisen.

- 33 -

E. 7

Kosten- und Entschädigungsfolgen

E. 7.1

Gerichtskosten Die Höhe der Gerichtskosten bestimmt sich nach der Gebührenverordnung des Obergerichts vom 8. September 2010 (GebV OG; Art. 96 ZPO i.V.m. § 199 Abs. 1 GOG) und richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert bzw. nach dem tatsächlichen Streitinteresse (§ 2 Abs. 1 lit. a GebV OG). Vorliegend beträgt der Streitwert CHF 110'197.30 (vgl. act. 1 Rz. 2). In Anwendung von § 4 Abs. 1 und 2 GebV OG ist die Grundgebühr auf CHF 9'200.– festzusetzen, ausgangsgemäss der Klägerin aufzuerlegen (Art. 106 Abs. 1 ZPO) und vorab aus dem von ihr geleisteten Kostenvorschuss zu decken (Art. 111 Abs. 1 ZPO).

E. 7.2

Parteientschädigung Aufgrund des Prozessausgangs ist die Klägerin zu verpflichten, der Beklagten eine Parteientschädigung zu bezahlen. Bei berufsmässig vertretenen Parteien bestimmt sich die Höhe der Parteientschädigung nach der Verordnung über die Anwaltsgebühren vom 8. September 2010 (AnwGebV; Art. 95 Abs. 3 lit. b und Art. 96 ZPO i.V.m. § 48 Abs. 1 lit. c und Abs. 2 des Anwaltsgesetzes vom 17. November 2003). Sie richtet sich in erster Linie nach dem Streitwert (§ 2 Abs. 1 lit. a AnwGebV). Beim vorliegenden Streitwert beträgt die nach § 4 Abs. 1 AnwGebV ermittelte Grundgebühr CHF 11'512.–. Sie ist mit der Begründung bzw. Beantwortung der Klage verdient und deckt auch den Aufwand für die Teilnahme an der Hauptverhandlung ab (§ 11 Abs. 1 AnwGebV). Für die Teilnahme an zusätzlichen Verhandlungen und für weitere notwendige Rechtsschriften wird ein Einzelzuschlag von je höchstens der Hälfte der Gebühr oder ein Pauschalzuschlag berechnet (§ 11 Abs. 2 AnwGebV). Vorliegend hat die Beklagte an einer Vergleichsverhandlung teilgenommen sowie eine Stellungnahme und eine zweite Rechtsschrift verfasst. Die Parteientschädigung ist daher auf CHF 16'200.– zu erhöhen. Das Handelsgericht erkennt:

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