

Johannes Zuppiger

Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118

Der Beweislastumkehr im Zusammenhang mit dem Vorliegen von Vertragsabweichungen in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 wird in der Praxis zuwenig Beachtung geschenkt – zu unrecht, wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen.

Inhaltsübersicht

- I. Der Wortlaut von Art. 174 SIA-Norm 118
- II. Mit der Übernahme der SIA-Norm 118 als Vertragsgrundlage schliessen die Parteien einen Beweislastvertrag
- III. Die Umkehr der Beweislast in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 bezieht sich «lediglich» auf das Vorliegen von Vertragsabweichungen
- IV. Die Beweislastvereinbarung in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist zeitlich auf die Garantiefrist beschränkt
- V. Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist auf den anfänglichen Wissensvorsprung des Unternehmers in fachlicher und projektspezifischer Hinsicht zurückzuführen
- VI. Beweislastverteilung, Beweismass und Beweiswürdigung als Korrektiv im Beweisverfahren
- VII. Zusammenfassung

I. Der Wortlaut von Art. 174 SIA-Norm 118

Art. 174 SIA-Norm 118 lautet:

¹ Der Unternehmer haftet für alle Mängel (Art. 166), die der Bauherr während der Garantiefrist (Rügefrist) rügt (Art. 173). Von der Haftung ausgenommen sind einzig Mängel, für die das Werk (oder der Werkteil) gemäss Art. 163 als genehmigt gilt.

² Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Verbesserung eines gerügten Mangels an. Die Art. 169-171 sind anzuwenden.

³ Wird streitig, ob ein behaupteter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Unternehmer.

II. Mit der Übernahme der SIA-Norm 118 als Vertragsgrundlage schliessen die Parteien einen Beweislastvertrag

[Rz 1] Mit dem vertraglichen Einbezug von Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118, wonach dem Unternehmer der Nachweis obliegt, dass ein behaupteter Mangel keine Vertragsabweichung darstellt, weichen die Parteien von der gesetzlichen Beweislastregel in Art. 8 ZGB ab. Gemäss Art. 8 ZGB hätte grundsätzlich diejenige Partei das Vorhandensein einer Tatsache zu beweisen, die aus ihr Rechte ableitet ¹.

[Rz 2] Von Art. 8 ZGB abweichende Abreden über die Beweislast, sogenannte Beweislastverträge, sind unter Vorbehalt von Art. 20 OR und Art. 27 ZGB zulässig ². Das Kantonsgericht ³ St. Gallen hat sich mit Urteil vom 12. August 1992 nach der hier vertretenen Ansicht richtigerweise auf den Standpunkt gestellt, dass Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 weder die persönliche Freiheit (Art. 27 ZGB) in unzulässiger Weise einschränke noch widerrechtlich oder unsittlich sei (Art. 20 OR) ⁴. Im Übrigen verneinte das Kantonsgericht das Vorliegen von missbräuchlichen Geschäftsbedingungen (Art. 8 UWG) ohne weitergehende Begründung ⁵.

[Rz 3] Die Beweislastvereinbarung in der SIA-Norm 118 basiert auf Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB).

Das ist problematisch, denn die Parteien haben in den wenigsten Fällen Kenntnis vom Inhalt des Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118. Die 51-seitige und 190 Artikel umfassende Norm wird häufig global übernommen, weshalb das Risiko besteht, dass die Beweislastvereinbarung rechtlich als ungewöhnlich und somit als unverbindlich qualifiziert werden könnte⁶.

[Rz 4] Eingeschränkt wird der Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel insbesondere dadurch, dass diejenige Partei, die sich darauf beruft, im Verhältnis zur andern Vertragspartei schwächere⁷ oder unerfahrenere⁸ Partei und der Inhalt der betreffenden Bestimmung für sie subjektiv und objektiv als geschäftsfremd⁹ zu qualifizieren sein muss¹⁰. Diese Voraussetzungen dürften bei dem durch Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 gegenüber Art. 8 ZGB benachteiligten Unternehmer regelmässig nicht vorliegen.

[Rz 5] Eine weitere Einschränkung erfährt der Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsregel dadurch, dass dem Unternehmer, der seinerseits AGB als Vertragsgrundlage vorschlägt, eine Berufung auf die Ungewöhnlichkeit der entsprechenden Bestimmungen nach der hier vertretenen Ansicht normalerweise verwehrt bleiben dürfte, weil er durch sein Verhalten das berechtigte Vertrauen des Vertragspartners erweckt hat, dass er die vorgeschlagenen Bestimmungen auch kennt.¹¹

III. Die Umkehr der Beweislast in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 bezieht sich «lediglich» auf das Vorliegen von Vertragsabweichungen

[Rz 6] Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 bezieht sich nach klarem Wortlaut lediglich auf das Vorliegen von Vertragsabweichungen, mithin auf Abweichungen des effektiv ausgeführten Werkes vom vertraglich Vereinbarten¹². Konkret hat der Unternehmer nachzuweisen, dass im Einzelfall eben gerade keine Vertragsabweichung vorliegt¹³. Gelingt ihm dieser Nachweis nicht, hat er die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Die (objektive) Beweislast für die Rechtzeitigkeit und die rechtsgenügende Substantiierung der Mängelrüge liegt hingegen unverändert beim Bauherrn¹⁴.

[Rz 7] Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 hat auch keinen Einfluss auf das Prinzip, dass die Beweislast für ein «Selbstverschulden» des Bestellers im Sinne von Art. 166 Abs. 4 SIA-Norm 118 resp. Art. 369 OR beim Unternehmer liegt¹⁵. Ein solches Selbstverschulden liegt nicht nur dann vor, wenn der Besteller trotz Abmahnung des Unternehmers an einer Ausführungsanordnung festhält. Der hier verwendete Verschuldensbegriff ist viel mehr in einem «untechnischen Sinn» zu verstehen¹⁶. Er erfasst alle Risikosachverhalte¹⁷, welche vertraglich oder gesetzlich der Risikosphäre des Bestellers zugeordnet sind¹⁸.

IV. Die Beweislastvereinbarung in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist zeitlich auf die Garantiefrist beschränkt

Art. 179 SIA-Norm 118 lautet:

¹ Verdeckte Mängel im Sinne dieser Norm sind Mängel, die der Bauherr erst nach Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) (Art. 172 ff.) entdeckt.

² Der Unternehmer haftet für verdeckte Mängel, sofern sie vom Bauherrn sofort nach der Entdeckung gerügt werden (vgl. aber Art. 178 Abs. 2 und Art. 179 Abs. 3 und 4). Der Bauherr setzt dem Unternehmer eine angemessene Frist zur Beseitigung der Mängel an. Die Art. 169-171 sind anzuwenden.

³ Der Unternehmer haftet indessen nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), welche die Bauleitung schon bei der gemeinsamen Prüfung (Art. 158 Abs. 2) hätte erkennen können; es sei denn, er habe die Mängel absichtlich verschwiegen.

⁴ Im Falle einer Abnahme ohne Prüfung (Art. 164) haftet der Unternehmer nicht für verdeckte Mängel (Abs. 1), die der Bauherr durch Prüfung des abgenommenen Werkes (oder Werkteils) noch vor Ablauf der Garantiefrist (Rügefrist) hätte erkennen können; es sei denn, der Unternehmer habe die Mängel absichtlich verschwiegen.

⁵ Wird streitig, ob ein behaupteter verdeckter Mangel wirklich eine Vertragsabweichung darstellt und daher ein Mangel im Sinne dieser Norm ist, so liegt die Beweislast beim Bauherrn.

[Rz 8] Die Beweislastvereinbarung gemäss Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist zeitlich auf die grundsätzlich 2-jährige Garantiefrist (vgl. Art. 172 Abs. 1 SIA-Norm 118) begrenzt, denn nach Art. 179 Abs. 5 SIA-Norm 118 soll bei verdeckten Mängeln, d.h. Mängeln, welche erst nach Ablauf der Garantiefrist entdeckt werden¹⁹, abweichend zu Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 die gesetzliche Beweisregel gemäss Art. 8 ZGB zur Anwendung gelangen.

[Rz 9] Dass die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 temporär beschränkt ist, lässt darauf rückschliessen, dass die Gründe für die Beweislastumkehr zeitabhängig sind.

V. Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist auf den anfänglichen Wissensvorsprung des Unternehmers in fachlicher und projektspezifischer Hinsicht zurückzuführen

[Rz 10] Dass die SIA-Norm 118 eine zeitlich beschränkte Beweislastumkehr für das Vorliegen von Vertragsabweichungen vorsieht, ist darauf zurückzuführen, dass der Unternehmer bis zur Werkablieferung gegenüber dem Besteller einen erheblichen Vorsprung an projektspezifischem Wissen aufbaut. Dieser Vorsprung an projektspezifischem Wissen sowie das bereits vorhandene Fachwissen des Unternehmers rechtfertigen eine anfängliche Umkehr der Beweislast für das Vorliegen einer Vertragsabweichung.

[Rz 11] Nach Werkablieferung ändert die Sachlage jedoch wesentlich. Einerseits steigt die Wahrscheinlichkeit kontinuierlich, dass ein behaupteter Mangel auf fehlerhafte Nutzung zurückzuführen und daher vom Bauherrn zu verantworten ist. Andererseits geht der Vorsprung des Unternehmers an projektspezifischem Wissen aus der Ausführungsphase teilweise verloren. Dazu kommt, dass dem Unternehmer im Gegensatz zum Bauherrn meist nicht bekannt ist, welcher Nutzung das Werk zwischenzeitlich ausgesetzt war. Durch dieses Manko an Information wird ihm der Nachweis des möglichen Einwandes, dass ein behaupteter Mangel auf nicht vertragskonforme Nutzung zurückzuführen ist, praktisch verunmöglicht. In Anbetracht dieser bauprojektspezifischen Umstände ist es sachlich gerechtfertigt, dass nach einer bestimmten Zeit nicht mehr der Unternehmer, sondern der Bauherr beweisbelastet ist.

[Rz 12] Die SIA-Norm 118 ist für die Abwicklung von Bauprojekten konzipiert, d.h. insbesondere, für komplexe²⁰ Projekte mit einer Vielzahl von Beteiligten.

[Rz 13] Im Rahmen der Planung von Bauprojekten beauftragt der Bauherr regelmässig sachverständige Planer wie Architekten, Ingenieure, Geologen etc. mit der Projektausarbeitung. Dem Architekten kommt normalerweise die Rolle des Gesamtkoordinators zu. Neben der eigentlichen Planung muss er in Absprache mit dem Bauherrn die Bedürfnisse, die Ziele und die Rahmenbedingungen des Projektes definieren, Lösungsstrategien entwickeln, allfällige damit verbundene Probleme erkennen und den Bauherrn auf die Erforderlichkeit von weitergehend spezialisierten Planern hinweisen resp. im Weigerungsfalle abmahnen²¹.

[Rz 14] Während der Ausführungsphase werden dann die Werkleistungen von den Unternehmern (Baumeister, Sanitärinstallateur, Zimmermann, Schreiner, Heizungsmonteur etc.) entsprechend den Ausführungsanordnungen²² und unter Kontrolle der Bauleitung erstellt. Die Gesamtbauleitung erfolgt üblicherweise durch den Architekten.

[Rz 15] Technische und ausführungstechnische Fragen sind praktisch ausschliesslich den Planern und den Unternehmern überlassen. Die Mitwirkung des Bestellers bei Bauprojekten beschränkt sich daher auf einige wesentliche qualitative und funktionale sowie auf kostenmässige Aspekte. Infolge seiner vergleichsweise geringen Baustellenpräsenz und seinem beschränkten fachlichen Know-how wird der Bauherr auf der Baustelle gegenüber den Unternehmern normalerweise durch die Bauleitung vertreten²³.

[Rz 16] Aus dem Gesagten ergibt sich, dass es dem Besteller mangels fachlichem und projektspezifischem Know-how regelmässig nicht möglich sein wird, das Vorliegen einer Vertragsabweichung mit genügender Sicherheit zu erkennen, geschweige denn die Ursache für die Vertragsabweichung zu bestimmen. Der Bauherr ist bei der Mängelabwicklung auf sachverständige Hilfe angewiesen²⁴. Das Manko an fachlichem Know-how kann er wohl durch den kostspieligen²⁵ Beizug eines Fachspezialisten²⁶ kompensieren, nicht hingegen das projektspezifische Know-how²⁷. Der Bauherr trägt daher das Risiko, dass er einen Fachspezialisten beauftragt, welcher die Sachlage

auf falscher Basis beurteilt. Unter Berücksichtigung dieser bauprojektspezifischen Umstände scheint die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 sachgerecht und adäquat.

[Rz 17] Selbstverständlich geht es im Rahmen der Beweislastumkehr nicht an, dass der Bauherr einfach irgendwelche Mängel behauptet, deren Nichtbestehen der Unternehmer dann aufgrund der vereinbarten Beweislastumkehr nachweisen müsste²⁸. Ganz im Gegenteil trägt der Bauherr die Beweislast für den Zustand²⁹, von dem er behauptet, dass er einen Mangel darstellen soll³⁰. Obwohl eine entsprechende Regelung nicht ausdrücklich in der SIA-Norm 118 enthalten ist, dürfte sich eine solche ohne weiteres durch Auslegung des Vertrages ergeben³¹.

[Rz 18] Mit der Ablieferung geht das Werk in die Obhut des Bestellers über, welcher fortan die Gefahr trägt³². Gleichzeitig wird das Werk von der Herstellungsphase der Nutzungsphase zugeführt. Dies bedeutet, dass der Unternehmer, welcher sich bis anhin aufgrund seiner Baustellenpräsenz ein äusserst umfangreiches projektspezifisches Know-how³³ angeeignet hat, das Werk dem Bauherrn zur Nutzung überlässt³⁴.

[Rz 19] Mit fortschreitender Nutzungsdauer steigt aber nun kontinuierlich das Risiko, dass behauptete Vertragsabweichungen auf fehlerhafte Nutzung³⁵ oder die Verwirklichung anderer Risikosachverhalte während der Nutzungsphase zurückzuführen sind³⁶. Zudem geht projektspezifisches Know-how des Unternehmers verloren³⁷, so dass sich der anfängliche Know-how-Vorsprung gegenüber dem Bauherrn reduziert³⁸. Aufgrund dieser bauprojektspezifischen Umstände ist es sachlich gerechtfertigt, dass die Beweislastumkehr in der SIA-Norm 118 lediglich temporär erfolgt.

VI. Beweislastverteilung, Beweismass und Beweiswürdigung als Korrektiv im Beweisverfahren

[Rz 20] Auch dort, wo die SIA-Norm 118 nicht als Vertragsgegenstand vereinbart ist, sind spezielle (resp. vorliegend bauprojektspezifische) Umstände im Rahmen des Beweisverfahrens entsprechend zu berücksichtigen³⁹. Dies kann via Beweislastverteilung, Anpassung des Beweismasses oder Beweiswürdigung erfolgen.

[Rz 21] *Beweislastverteilung*: Die in der Schweiz wohl bekannteste Regel zur Beweislastverteilung wird aus Art. 8 ZGB abgeleitet. Demnach hat diejenige Partei eine rechtsbegründende Tatsache zu beweisen, die aus ihr Recht als entstanden behauptet, während rechtshindernde oder rechtsaufhebende Tatsachen dartun muss, wer sie anruft. In Ergänzung zu Art. 8 ZGB finden weitere Theorien wie z.B. die Verteilung der Beweislast nach richterlichem Ermessen oder die Verteilung der Beweislast nach bestimmten Prinzipien⁴⁰ nicht nur in der Lehre, sondern auch in der Praxis zunehmend Anerkennung. Die (objektive) Beweislast beurteilt sich demzufolge nicht ausschliesslich nach Art. 8 ZGB. Sachliche Gründe, die im Einzelfall gegen eine Anwendung von Art. 8 ZGB sprechen, sind bei der Beweislastverteilung angemessen zu berücksichtigen.⁴¹

[Rz 22] Nach der hier vertretenen Ansicht kann der Vorsprung des Unternehmers an projektspezifischem und fachlichem Know-how eine (zeitlich beschränkte) Beweislastumkehr durchaus rechtfertigen. Ob und wie lange im Einzelfall eine Beweislastumkehr zur Anwendung gelangen soll, ist aufgrund der konkreten Umstände zu beurteilen.

[Rz 23] *Festlegung des Beweismasses*: Im Zusammenhang mit der Reduktion des Beweismasses⁴² führte das Bundesgericht in BGE 128 III 271, S. 275 f. E. 2b.aa, aus: «Bundesrecht steht somit der analogen Anwendung von Art. 42 Abs. 2 OR grundsätzlich nicht entgegen. Eine Herabsetzung des Beweismasses setzt indessen – entsprechend Lehre und Rechtsprechung zu dieser Bestimmung – voraus, dass ein strikter Beweis nach der Natur der Sache nicht möglich oder nicht zumutbar ist. Die Herabsetzung des Beweismasses darf im Ergebnis nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen. Die beweispflichtige Partei hat alle Umstände, die für die Verwirklichung des behaupteten Sachverhaltes sprechen, soweit möglich und zumutbar zu behaupten und zu beweisen.»

[Rz 24] Nach der hier vertretenen Ansicht kann eine Beweismassreduktion nur bei allgemeinen Beweisschwierigkeiten Anwendung finden, nicht jedoch in denjenigen Fällen, wo eine Asymmetrie beim fachlichen und projektspezifischen Know-how der Parteien vorliegt. Vorstellbar ist jedoch eine Kombination von reduziertem Beweismass aufgrund allgemeiner Beweisschwierigkeiten und Beweislastumkehr oder Beweiswürdigung infolge asymmetrischer Verteilung von Know-how.

[Rz 25] *Beweiswürdigung*: Bauprojektspezifische Umstände können auch im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung berücksichtigt werden⁴³. Letztendlich geht es darum, dass der Bauherr eine Vermutungsbasis in tatsächlicher Hinsicht nachzuweisen hat, welche vom Unternehmer durch den Gegenbeweis beseitigt werden kann⁴⁴.

[Rz 26] Nach der hier vertretenen Ansicht ist – sofern im Einzelfall nicht gar eine Beweislastumkehr gerechtfertigt ist – der Vorsprung des Unternehmers an bauprojektspezifischem und fachlichem Know-how im Rahmen der richterlichen Beweiswürdigung entsprechend zu berücksichtigen.

VII. Zusammenfassung

[Rz 27] Die SIA-Norm 118 (vgl. Art. 174 Abs. 3 i.V.m. Art. 179 Abs. 5) sieht – in Abweichung von Art. 8 ZGB – eine in zeitlicher Hinsicht auf die Garantiefrist beschränkte Beweislastumkehr für das Vorliegen von Vertragsabweichungen vor. Demnach ist der Unternehmer während der grundsätzlich 2-jährigen Garantiefrist beweissbelastet. Er muss beweisen, dass ein behaupteter Mangel keine Vertragsabweichung darstellt (und nicht umgekehrt).

[Rz 28] Die Umkehr der Beweislast in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 beschränkt sich auf das Vorliegen von Vertragsabweichungen, mithin Abweichungen des Ist-Zustandes vom Soll-Zustand des Werkes.

[Rz 29] Die zeitlich begrenzte Umkehr der Beweislast in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 ist auf das oftmals fehlende fachliche und projektspezifische Know-how⁴⁵ des Bauherrn zurückzuführen. Dieser Umstand führt regelmässig zu Beweisschwierigkeiten beim Bauherrn im Zusammenhang mit Vertragsabweichungen. Im Gegensatz zum Bauherrn besitzt der Unternehmer entsprechendes Know-how, was ihm erlaubt, den streitigen Sachverhalt nachweisen zu können.

[Rz 30] Nach Ablauf der Garantiefrist (vgl. Art. 179 Abs. 5 SIA-Norm 118) wechselt die (objektive) Beweislast vom Unternehmer auf den Bauherrn. Diese Beweislastverteilung entspricht derjenigen, welche sich aus Art. 8 ZGB ergibt. Der Wechsel der Beweislast ist dadurch begründet, dass der projektspezifische Know-how-Vorsprung des Unternehmers kontinuierlich verloren geht und zugleich die Wahrscheinlichkeit steigt, dass behauptete Mängel auf fehlerhafte Nutzung zurückzuführen sind.

[Rz 31] Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 befreit den Bauherrn nicht vom Nachweis für den Zustand, von dem er behauptet, dass er ein Mangel sei.

[Rz 32] Bauprojektspezifische Umstände sind auch im Beweisverfahren ausserhalb des Anwendungsbereichs der SIA-Norm 118 gehörig zu berücksichtigen. In der Praxis kann dies über die Beweislastverteilung, durch eine Beweismassreduktion oder durch entsprechende Beweiswürdigung erfolgen. Auch wenn im Anwendungsbereich von Art. 8 ZGB die Beweislast für das Vorliegen von Vertragsabweichungen grundsätzlich beim Bauherrn liegt, kann der Richter bei entsprechender Würdigung der Asymmetrie zwischen Unternehmer und Bauherr bezüglich fachlichem und projektspezifischem Know-how im Einzelfall von dieser (objektiven) Beweislastverteilung abweichen. Sind die Voraussetzungen dazu nicht gegeben, sollte das Gericht die konkreten Umstände im Rahmen der Beweiswürdigung berücksichtigen. Letztendlich läuft dies darauf hinaus, dass sich das Beweisverfahren im Anwendungsbereich von Gesetz und SIA-Norm 118 lediglich in der Folge der Beweislosigkeit unterscheidet (objektive Beweislast), nicht jedoch in den von den Parteien nachzuweisenden Sachverhalten (subjektive Beweislast).

[Rz 33] Da nicht alle Richter den bauprojektspezifischen Sachverstand aufweisen, um im Rahmen der Beweiswürdigung alle relevanten bauprojektspezifischen Umstände und Eigenheiten angemessen zu berücksichtigen, trägt Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 wesentlich zur Rechtssicherheit bei. Die Bestimmung legt exakt fest, wer wie lange die Beweislast für das Vorliegen von Vertragsabweichungen zu tragen hat.

[Rz 34] Der Anwendungsbereich der Ungewöhnlichkeitsklausel (und auch von Art. 8 UWG) ist aufgrund des Gesagten stark eingeschränkt. Je näher im Einzelfall die Beweislastverteilung nach Art. 8 ZGB in subjektiver und objektiver Hinsicht derjenigen der SIA-Norm 118 kommt, desto geringer ist das Risiko, dass Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 als ungewöhnlich⁴⁶ qualifiziert werden könnte.

Lic. iur. et dipl. Ing. ETH Johannes Zuppiger ist Rechtsanwalt bei Schumacher Baur Hürlimann in Zürich.

- ¹ Vogel/Spühler, Grundriss des Zivilprozessrechts, 7. Aufl., Bern 2001, N 10.34 ff.
- ² Vgl. BGE 85 II 504; Vogel/Spühler, a.a.O., N 10.57; ausführlich zum Beweislastvertrag: Schmid, Zum Beweislastvertrag, in: SJZ 100 (2004), Nr. 20, S. 477 ff. Im Vorentwurf der Expertenkommission zu einer Schweizerischen Zivilprozessordnung vom Juni 2003 ist übrigens folgender Wortlaut für Art. 8 Abs. 2 ZGB vorgesehen: «Die Parteien können die Beweislast durch schriftliche Vereinbarung regeln, sofern sie über das Recht frei verfügen können.»
- ³ Eine diesbezügliche Rechtsprechung des Bundesgerichts existiert nicht.
- ⁴ In: SGGVP 1992, Nr. 19; zustimmend Gauch, Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Nr. 2698 (nachfolgend zitiert als: «Gauch, Werkvertrag, Nr. ...»).
- ⁵ Das Kantonsgericht St. Gallen nahm im zitierten Entscheid (Fn. 4) zum Vorwurf der Verletzung von Art. 8 UWG (Verwendung missbräuchlicher Geschäftsbedingungen) wie folgt Stellung: «Nicht anders zu beurteilen wäre die Beweislastvereinbarung unter dem Gesichtspunkt von Art. 8 UWG. Nach dieser Bestimmung handelt unlauter, wer vorformulierte allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet, die in irreführender Weise von der unmittelbar oder sinngemäss anwendbaren gesetzlichen Ordnung erheblich abweichen. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte als Unternehmung der Baubranche durch die keinesfalls unklare oder zweideutige Klausel nicht irreführt. Die Klausel weicht auch nicht erheblich vom dispositiven Recht ab.»; kritischer: Gauch, in: BR 1993, S. 103.
- ⁶ Vgl. BGE 109 II 452, S. 456 ff.; vgl. auch Bühler, Beweislast im Bauprozess, in: Koller (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, S. 325 f.
- ⁷ Vgl. BGE 109 II 452, S. 457 f., zum Begriff «schwächer»: «Als schwächere Partei muss allerdings auch diejenige gelten, welche unabhängig von ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit oder anderen Umständen, die sie als stärkere Partei erscheinen lassen, gezwungen ist, allgemeine Geschäftsbedingungen als Vertragsbestandteil zu akzeptieren, weil sie andernfalls kaum einen Vertragspartner findet. Da es in der Baubranche üblich ist, beim Abschluss von Werkverträgen über umfangreiche Arbeiten die SIA-Norm 118 als anwendbar zu erklären, wäre das auch im vorliegenden Fall denkbar.»
- ⁸ Hervorzuheben ist, dass das Bundesgericht in BGE 109 II 452 ff. im Zusammenhang mit dem Begriff «unerfahren» den Sachverstand der dem Bauherrn als Berater resp. gar als Vertreter zur Seite stehenden Planer nicht mitberücksichtigte.
- ⁹ Auszug aus dem zitierten Entscheid des Kantonsgerichts St. Gallen (Fn. 4) zu den Begriffen «subjektiv» und «objektiv geschäftsfremd»: «Die Beklagte ist eine Unternehmung, die sich für Holz-, Textil- und Kunststoffbodenbeläge anbietet. Sie gehört damit der Baubranche an. Die in dieser Branche häufig angewandte SIA-Norm 118 kann für sie daher nicht fremd sein. Aus diesem Grund fehlt bereits die subjektive Voraussetzung für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel.» (...) «Entgegen der Ansicht der Beklagten bildet Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 aber auch in objektiver Hinsicht nicht eine Bestimmung, die zu einer wesentlichen Änderung des Vertragscharakters führt oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fällt. Der Unternehmer kennt sein Produkt besser als der Besteller. Er kann daher mit wirksamen Mitteln zur Aufdeckung der Schadenursache beitragen. Der Besteller kennt sich demgegenüber meistens im fraglichen Fachgebiet nicht aus. Er hat daher oftmals Schwierigkeiten, den Beweis zu erbringen, dass der Mangel nicht auf eine Beeinträchtigung nach Ablieferung, sondern auf eine Vertragswidrigkeit zurückzuführen ist. Die Beweislastregel von Art. 174 Abs. 3 der SIA-Norm 118 erscheint daher nicht als unsachgemäss. Sie berücksichtigt durchaus beidseitige Interessen. Dass diese Beweislastregel in Rechtsprechung und Lehre als ungewöhnlich gelte, ist – entgegen der Ausführungen der Beklagten – nicht ersichtlich.»; Gauch (in: BR 1993, S. 103) dazu: «Bei richtigem Verständnis der Ungewöhnlichkeitsregel ist insbesondere möglich, dass die Geltung des global übernommenen Art. 174 III im Einzelfall eben doch an der Ungewöhnlichkeitsregel scheitert, weil der konkrete Unternehmer unter den gegebenen Umständen mit einer solchen Bestimmung nicht rechnen musste.»

10

Vgl. BGE 109 II 452, S. 457 f. E. 5a/b.

¹¹ Aus BGE 109 II 452 ff. geht nicht hervor, ob die AGB (SIA-Norm 118) vom Unternehmer oder vom Bauherrn vorgeschlagen worden war. Selbst wenn die AGB seitens des Bauherrn, d.h. durch dessen Architekten, im Rahmen der Auftragsvergabe ausgeschrieben worden wären, könnte sich der Bauherr nach der hier vertretenen Ansicht dennoch auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen, vorausgesetzt, dass die weiteren Voraussetzungen erfüllt wären. Da sich der Bauherr das Wissen seiner sachverständigen Planer im Zusammenhang mit der Ungewöhnlichkeitsregel nicht anrechnen lassen muss (vgl. Fn. 8), darf der Unternehmer konsequenterweise auch nicht darauf vertrauen, dass der Bauherr von seinen sachverständigen Planern über jede AGB-Regelung einzeln aufgeklärt wird.

¹² Nach der hier vertretenen Ansicht geht es um den Nachweis, dass zum Zeitpunkt der Werkablieferung keine Vertragsabweichung vorgelegen hat. Folglich kann der Nachweis, dass keine Vertragsabweichung vorliegt, auch dadurch erfolgen, dass die heutige Werkqualität unter Berücksichtigung der normalen (Ab)Nutzung bei Ablieferung dem vertraglich Vereinbarten entsprochen hat.

¹³ Beispiel für einen komplexen Fall: Der Unternehmer hat nach Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 nachzuweisen, dass das durch eine Gebäudemauer drückende Grundwasser beim sogenannten Bemessungsgrundwasserspiegel (auch dieser kann streitig sein) einen vertraglich definierten Wert für die Wasserdurchlässigkeit nicht überschreitet. Ist ein entsprechender Durchlässigkeitswert nicht explizit vereinbart, hat der Unternehmer grundsätzlich den Nachweis zu erbringen, dass die Menge der eindringenden Feuchtigkeit den Regeln der Baukunde entspricht, mithin aufgrund der gewählten Ausführungsart zu erwarten war.

¹⁴ Vgl. Bühler, a.a.O., S. 326 ff.; die Rechtsprechung des Bundesgerichts in BGE 118 II 142, S. 147, E. 3a, hinsichtlich der Rechtzeitigkeit der Mängelrüge wird in der Lehre teilweise kritisiert (dazu stellvertretend Gauch, Werkvertrag, Nr. 2164 ff. und 2190 ff.).

¹⁵ Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1992, Ziff. 8b zu Art. 174.

¹⁶ Gauch, Werkvertrag, Nr. 1924.

¹⁷ Ausführlich dazu: Gauch, Werkvertrag, Nr. 1912-2068; illustrativ: Egli, Die Haftung des Unternehmers für Mängel seines Werkes, in: Lendi/Nef/Trümpy (Hrsg.), Das private Baurecht der Schweiz, Zürich 1994, S. 94; Bühler, a.a.O., S. 332. Vertragsabweichungen sind entweder auf ein Fehlverhalten von Projektbeteiligten (inkl. Zulieferer) während der Projektabwicklung zurückzuführen, oder auf die Verwirklichung von «reinen» (nicht beeinflussbaren) Risikosachverhalten wie z.B. das Baugrund- oder das Schlechtwetterrisiko. Diese Sachverhalte sind vertraglich oder gesetzlich abschliessend dem Bauherrn oder dem Unternehmer zugeordnet. Ursachen für Vertragsabweichungen, welche regelmässig Risikosachverhalte im Verantwortungsbereich des Bauherrn darstellen und folglich ein «Selbstverschulden» implizieren, sind Planungsfehler (mangelhaft ausgearbeitete Projektgrundlagen), Bauleitungsfehler (mangelhafte Ausführungsanordnungen, Verletzung von Mitwirkungspflichten), mangelhafte oder verspätete Nebenunternehmerleistungen, Baugrundrisiko, Nachbarrisiko etc. Ebenfalls als «selbstverschuldet» zu qualifizieren sind nach der hier vertretenen Ansicht Vertragsabweichungen, die auf fehlerhafte Nutzung oder die Verwirklichung von Risikosachverhalten während der Nutzungsphase zurückzuführen sind.

¹⁸ Vgl. z.B. Koller, Vom Recht des Bauherrn auf Verbesserung des mangelhaften Werkes, in: Ders. (Hrsg.), Aktuelle Probleme des privaten und öffentlichen Baurechts, St. Gallen 1994, Nr. 48 ff.

¹⁹ Vgl. Art. 179 Abs. 1 SIA-Norm 118.

²⁰ Sowohl in zeitlicher, qualitativer, ausführungstechnischer und finanzieller Hinsicht.

²¹ Schumacher, Die Haftung des Architekten aus Vertrag, in: Gauch (Hrsg.), Das Architektenrecht, 3. Aufl., Freiburg 1995, Nr. 484; vgl. dazu die Gesamtleitungsaufgaben in Art. 3.4 Ordnung SIA 102 (2003).

²² Z.B. in Form von Ausführungsplänen oder mündlichen Anordnungen.

²³ Vgl. Art. 33 Abs. 2 SIA-Norm 118 resp. Art. 1.3.3 Ordnung SIA 102 (2003).

²⁴

- Gemäss Art. 4.53 Ordnung SIA 102 (2003) hat der Architekt den Bauherrn während der Garantiefrist bei der Mängelabwicklung zu unterstützen. In der Praxis hat dieses Konzept der Mängelabwicklung jedoch seine Schwäche darin, dass Architekt und Unternehmer oftmals gute «Geschäftspartner» sind und sich nicht gegenseitig «anschwärzen» wollen. Zudem hat der Architekt zu befürchten, dass die Verantwortlichkeit über den unternehmerischen Nachweis des «Selbstverschuldens» letztendlich an ihm hängen bleibt. Daher ist gut nachvollziehbar, dass sich Unternehmer und Architekt gegenüber dem Besteller manchmal gemeinsam auf den Standpunkt stellen, es läge in casu gar keine Vertragsabweichung vor. In diesem Fall bleibt dem Besteller nichts anderes übrig, als einen Fachspezialisten mit der Feststellung der Mangelhaftigkeit des Werkes zu beauftragen.
- 25 Kostspielig ist der Beizug eines Fachspezialisten vor allem auch deshalb, weil die Aneignung des projektspezifischen Know-hows mit viel Aufwand verbunden ist. Zudem ist nicht zu erwarten, dass sich die Unternehmer diesbezüglich kooperativ zeigen werden.
- 26 Alleine schon aufgrund der Tatsache, dass die Unternehmer bereits über fachliches und projektspezifisches Know-how verfügen, wäre ein Beizug eines Fachspezialisten unverhältnismässig und daher sachlich nicht gerechtfertigt.
- 27 Das projektspezifische Know-how ist grundlegend zur Bestimmung, ob eine Vertragsabweichung vorliegt und was allenfalls die Ursache wäre. Bereits die Bestimmung des Vertragsinhaltes bereitet regelmässig Mühe, da dieser durch Bestellungsänderungen (diese können z.B. durch Abgabe modifizierter Ausführungspläne oder einfache Ausführungsanordnungen erfolgen) oftmals noch erheblich modifiziert worden ist.
- 28 Z.B., dass die (heute nicht mehr sichtbare) Armierung mangelhaft verlegt worden sei.
- 29 So muss z.B. der Besteller nachweisen, dass ein Riss in der Decke vorhanden ist, dass regelmässig Feuchtflecken auf dem Gips auftreten, dass die Raumtemperaturen sehr tief sind, dass sich der Mauerverputz löst etc.
- 30 Vgl. Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, a.a.O., Ziff. 8a zu Art. 174 Abs. 3. In den meisten Fällen wird sich der Besteller bereits aufgrund seiner Substantiierungslast dazu gezwungen sehen, Indizien für das Vorliegen einer Vertragsabweichung zu liefern. Eine rechtsgenügeliche Substantiierung erfordert, dass die Parteien die rechtserheblichen Tatsachen nicht nur in den Grundzügen, sondern so umfassend und klar darlegen, dass darüber Beweis abgenommen werden kann (vgl. Vogel/Spühler, a.a.O., N 10.55).
- 31 Die Vereinbarung über die Beweislastumkehr ist m.E. dahingehend zu interpretieren, dass der Besteller bestimmte Indizien/Anhaltspunkte für das Vorliegen von Vertragsabweichungen darlegen muss und nicht einfach ins «Blaue» behaupten kann, wenn möglich mit der Absicht, aus Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118 Profit zu schlagen.
- 32 Vgl. Art. 157 SIA-Norm 118 und Art. 376 Abs. 1 OR.
- 33 Dieses Know-how ist leider nur teilweise dokumentiert in Plänen, Baustellenprotokollen, Nachträgen, Tagesrapporten, Regierapporten etc.
- 34 Art. 175 SIA-Norm 118 berechtigt den Unternehmer immerhin, das Werk während der Garantiefrist (Rügefrist) nach jeweiliger Vereinbarung zu besichtigen.
- 35 Z.B. fehlerhaften Betrieb oder Unterhalt; Beispiel a): Der Ferienseigentümer vergisst die Heizung auf die Grundtemperatur einzustellen, weshalb die Wasserleitungen gefrieren; Beispiel b): Während der Nutzungsphase wird ein Boden mit einer Flüssigkeit gereinigt, deren chemische Zusätze die Rutschfestigkeit des Bodens beeinträchtigen; Beispiel c): Während der Nutzungsphase wird eine Decke temporär stark überbelastet, so dass sich an der Deckenunterseite bleibende Risse bilden. Es liegt in der Natur von Bauwerken, dass die meisten Mängel bei Werkablieferung nicht (ohne weiteres) erkennbar sind. Regelmässig zeigt sich erst während der Nutzungsphase, ob ein Werk den vertraglich vorausgesetzten Anforderungen zu genügen vermag, sprich mängelfrei ist.
- 36 Bereits die Frage, ob ein Zustand des Werkes eine Vertragsabweichung darstellt oder auf normale Abnutzung/Alterung zurückzuführen ist, bereitet in der Praxis vielfach Schwierigkeiten.
- 37 Mitarbeiter, welche als Zeugen in Betracht fallen würden, erinnern sich nicht mehr an den Sachverhalt oder haben den Arbeitgeber gewechselt.
- 38 Auf das dokumentierte projektspezifische Know-how hat der Bauherr – soweit er nicht bereits selber im Besitze der entsprechenden Dokumente ist oder diese vom Architekten verlangen kann – in prozeduraler Hinsicht via Edition Zugang.
- 39

Das Kantonsgericht St. Gallen hat im zitierten Entscheid (Fn. 4) ausgeführt: «Die aus dem Gesetz abgeleitete Beweislastregel, wonach der Besteller zu beweisen hat, dass das Werk nach Ablieferung nicht beeinträchtigt worden ist, gilt im übrigen auch nicht absolut. Da die Zuteilung der Beweislast an den Besteller für diesen oft zu den genannten Beweisschwierigkeiten führt, kann der Unternehmer nach Treu und Glauben zur Mitwirkung verpflichtet werden. Verweigert er seine Mitwirkung, kann dies im Rahmen der Beweiswürdigung zu seinen Ungunsten ausschlagen (Gauch, a.a.O., N 1030). Damit wird im Einzelfall in gleicher Weise die Beweislast umgekehrt, wie es die SIA-Norm generell vorsieht.»

⁴⁰ Z.B. obliegt nach dem Prinzip der Beweismöglichkeiten derjenigen Partei der Beweis, die ihn einfacher erbringen kann; vgl. Rumo-Jungo, Entwicklungen zu Art. 8 ZGB, in: Gauch/Schmid (Hrsg.), Die Rechtsentwicklung an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, Zürich 2001, S. 42 f.

⁴¹ Vgl. z.B. Rumo-Jungo, a.a.O., S. 42 f.; Meier (Zum Problem der Beweislastverteilung im schweizerischen Recht, in: ZSR 106 (1987) I, 705 ff.) dazu: «Die Frage der Beweislastverteilung wird vom Gesetz nur ausnahmsweise beantwortet. Mit Art. 8 ZGB können keine Beweislastprobleme gelöst werden. Die Lösung von Beweislastproblemen mit dem Wortlaut von Art. 8 ZGB (Beweislastzuteilung an diejenige Partei, die aus der zu beweisenden Tatsache einen Anspruch oder Verteidigungsrechte herleitet) beruht auf einer Scheinargumentation. Die wichtige Bedeutung von Art. 8 ZGB für die Beweislast besteht hingegen darin, dass er deren Regelung dem Bundesrecht zuteilt. Der Privatrechtsgesetzgeber hat (wenigstens in der Schweiz) mit der Formulierung und Systematik des Gesetzes auch nicht indirekt Beweislastfragen regeln wollen.»

⁴² Kaufmann (Bewiesen? Gedanken zu Beweislast – Beweismass – Beweiswürdigung, in: AJP 10/2003, S. 1203) im Zusammenhang mit der Reduktion des Beweismasses: «In diesen Fällen liegt regelmässig ein besonderer Grund vor, um nicht auf der vollen Überzeugung des Gerichtes zu beharren. Ein solcher Grund kann in der besonderen Schwierigkeit liegen, einen behaupteten Sachverhalt zu beweisen. In Frage kommt aber auch die fehlende Mitwirkung der Partei.»

⁴³ Vgl. z.B. Deschenaux (Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, S. 260) dazu: «Es kann sein, dass die andere Partei allein keine genaue Kenntnis der Tatsachen hat, oder dass sie allein über Beweismittel verfügt. Das Prozessrecht kann es ihr zur Pflicht machen (oder zur Auflage), den Richter aufzuklären, eine Urkunde vorzulegen, sich für eine Untersuchung ihrer Person oder von Sachen in ihrem Besitz zur Verfügung zu stellen. Im Falle einer Weigerung zieht der Richter seine Folgerungen im Hinblick auf die Beweiswürdigung entsprechend den Vorschriften seiner Prozessordnung (Art. 40, 50, 55 BZivP).»

⁴⁴ Vogel/Spühler, a.a.O., N 10.50 ff.

⁴⁵ Beim professionellen Bauherr, der regelmässig Bauwerke erstellt und dabei auch Planungs- oder andere Bauleistungen erbringt, dürfte das Manko an projektspezifischem und fachlichem Know-how regelmässig gering sein.

⁴⁶ Ungewöhnlich sind Klauseln nach BGE 109 II 452 ff. dann, wenn sie einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen, d.h. zu einer wesentlichen Änderung des Vertragsinhaltes führen oder in erheblichem Masse dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus entfallen.

Rechtsgebiet: Baurecht

Erschienen in: Jusletter 13. Juni 2005

Zitiervorschlag: Johannes Zuppiger, Die Beweislastumkehr in Art. 174 Abs. 3 SIA-Norm 118, in: Jusletter 13. Juni 2005

Internetadresse: <http://www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=4024>