



Was braucht es, damit die SIA-Normen gelten? Vom richtigen Einbezug der SIA-Normen

ARNOLD F. RUSCH*

Bei fast allen Bauvorhaben in der Schweiz gelangen die SIA-Normen zur Anwendung. Interessanterweise hat sie aber kaum jemand erhalten. Wie kann das sein? Dieser Aufsatz widmet sich dem vertraglichen Einbezug und der Zugänglichkeit der SIA-Normen. Dabei zeigen sich mehrere Herausforderungen: Ist das AGB-Korrektiv anwendbar, wenn ein Bauleiter für den Bauherrn den Einbezug der SIA-Normen vorschlägt? Wie klar muss der Einbezug sein – muss er auch Unter-AGB erwähnen und aushändigen?

Les normes SIA s'appliquent à la quasi-totalité des projets de construction en Suisse. Étrangement, peu de personnes les ont toutefois reçues. Comment cela se fait-il ? Le présent article se consacre à l'intégration des normes SIA dans les contrats ainsi qu'à leur accessibilité. Cette thématique révèle plusieurs problématiques : les correctifs relatifs aux CG s'appliquent-ils lorsqu'un directeur des travaux propose au nom du maître d'ouvrage d'intégrer les normes SIA ? Quel doit être le degré de précision de l'intégration des normes – faut-il également mentionner les CG secondaires et les remettre ?

Inhaltsübersicht

- I. Einführung
- II. Vertraglicher Verweis auf die SIA-Normen
- III. Aushändigung der SIA-Normen
- IV. Spezialfragen
 - A. Einbezug bei beurkundetem Vertrag
 - B. Unklarer Einbezug
 - C. Bauherr als AGB-Verwender?
 - D. Staffelverweisungen in SIA-Normen
 1. Unter-AGB
 2. Rangfolge der AGB
- V. Ausblick

I. Einführung

Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten nur, «wenn und soweit die Parteien sie für ihren Vertrag ausdrücklich oder konkludent übernommen haben».¹ Die Übernahme bedingt die Möglichkeit, von den AGB und deren Inhalt auf zumutbare Art und Weise Kenntnis zu nehmen.² Die herrschende Lehre verlangt dafür eine *vollständige Aushändigung* der AGB.³ Die SIA-Normen stellen allgemei-

ne Geschäftsbedingungen dar, für die diese Regeln auch gelten. Dennoch findet in der Praxis der Einbezug meist ohne Aushändigung der SIA-Texte statt. Geht das in Ordnung, weil man die SIA-Normen kaufen kann – oder weil häufig ein Bauleiter die Arbeiten organisiert, der diese Normen schon kennt?

In komplexeren Fällen stellt sich die Frage, ob der Verweis auf die SIA-Normen klar genug erfolgt. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn die einbezogene SIA-Norm auf weitere, nicht ausgehändigte Regelwerke verweist. Andere Probleme bei der Anwendung des AGB-Korrektivs zeigen sich, wenn der Bauherr selbst oder über seinen Bauleiter die Verwendung der SIA-Normen vorschlägt. Wirkt die Unklarheitenregel dann zu seinen Ungunsten? Dieser Aufsatz geht der Praxis zu diesen und weiteren Phänomenen nach und würdigt diese kritisch.

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur., LL.M., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ BGer, 4C.282/2003, 15.12.2003, E. 3.1; 4A_47/2015, 2.7.2015, E. 5.1.

² BGE 100 II 200 E. 5d; 77 II 154 E. 4.

³ CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. A., Zürich 2019, N 616: «In diesem Sinn müssen AGB direkt und ohne grössere Hindernisse einsehbar sowie verständlich und lesbar sein; sie sind dem Vertragspartner grundsätzlich vollständig auszuhändigen»; ROMAN PERRIG, in: Ernst A. Kramer/Thomas Probst/Roman Perrig, Schweizerisches Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Bern 2016 (zit. Kramer/Probst/Perrig-Verfasser), N 135: «In der schweizerischen Lehre wird teilweise vertreten, dass im b2c-Verkehr die Einräumung der Kenntnisnah-

memöglichkeit einzig durch die Aushändigung der AGB erreicht werden kann»; ROMAN PERRIG, Die AGB-Zugänglichkeitsregel, Diss. Basel, Basel 2011 (zit. PERRIG, Diss.), 185: ««Fast immer» erfüllt der Verwender seine Kenntnisverschaffungsobliegenheit nur, wenn er dem Kunden ein vollständiges Exemplar der AGB aushändigt oder zusendet»; KUKO OR-WIEGAND/HURNI, Art. 1 N 23, in: Heinrich Honsell (Hrsg.), Kurzkommentar OR, Zürich 2014: «Nach heutigem Verständnis genügt dafür nicht ein einfacher Aushang, erforderlich ist vielmehr eine Aushändigung, oder etwa im elektronischen Geschäftsverkehr, eine Möglichkeit, die AGB zu lesen und auszudrucken (dazu Wiegand, Geschäftsverbindung, 132 ff.; Thomann, 160 ff.).»

II. Vertraglicher Verweis auf die SIA-Normen

Der Vertrag muss *ausdrücklich* auf die SIA-Normen verweisen.⁴ Das ist als Grundsatz richtig. Das Bundesgericht akzeptiert jedoch auch den *konkludenten* Einbezug der SIA-Normen, sofern es sich um baugeschäftserfahrene Vertragsparteien handelt.⁵ Das Bundesgericht hat mehrfach festgehalten, dass die SIA-Normen keine Übung darstellen, die von einer Übernahme dispensieren würde.⁶ Nur wenn die SIA-Normen *Qualitätsstandards* umschreiben, dienen sie den Gerichten auch ohne Übernahme als *Indiz*.⁷

III. Aushändigung der SIA-Normen

Zur Übernahme gehört generell die Aushändigung der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Ein Verweis auf die kostenpflichtigen Internetangebote ist ungenügend.⁸ Die generelle Möglichkeit, die SIA-Normen zu kaufen, ist

somit erst recht nicht ausreichend.⁹ Ebenso wenig genügt eine «Leihe» des Regelwerks oder ein temporäres Vorlegen der SIA 118, weil sich relevante Fragen erst während der darauffolgenden Vertragsabwicklung ergeben können.¹⁰

Da das Bundesgericht den stillschweigenden Einbezug der SIA-Normen zulässt, heisst es damit logischerweise auch den Einbezug ohne Aushändigung gut. Diese Ausnahme sieht das Bundesgericht zwar nur für bauerfahrene Personen vor.¹¹ Nun ist es aber häufig so, dass sich der

⁴ OGer ZH, NG150006, 2.11.2015, E. 2.3.2; BGer, 4C.261/2005, 9.12.2005, E. 2.3.

⁵ BGer, 4C.261/2005, 9.12.2005, E. 2.3 f., und BGer, 4A_106/2015, 27.7.2015, E. 5.1.

⁶ BGer, 4A_393/2007, 3.12.2007, E. 2.1; BGE 118 II 295 E. 2a m.w.H.

⁷ BGer, 4A_511/2014, 4.3.2015, E. 3.2; ALFRED KOLLER, Schweizerisches Werkvertragsrecht, Zürich 2015, N 20.

⁸ Vgl. die Erwägungen zu einem ähnlichen Fall bei PERRIG, Diss. (FN 3), 169: «Ebenso wenig genügt ein Hinweis im Vertrag oder die anderweitige Ankündigung des Verwenders, die AGB würden auf Wunsch kostenlos zugesandt. Der Kenntnisverschaffungsobliegenheit wird der Verwender auch nicht gerecht, wenn er den Kunden lediglich darauf aufmerksam macht, das betreffende Klauselwerk könne über den Buchhandel bezogen werden»; Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 3), N 136: «Dies gilt beispielsweise bei einer Pauschalverweisung auf Branchenbedingungen, selbst wenn es sich um gebräuchliche oder veröffentlichte Bedingungen handelt»; bei geschäftlich nicht erfahrenen Vertragspartnern für eine Aushändigung PETER FORSTMOSER, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – eine Standortbestimmung, in: Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 23 ff., 39, HANS GIGER, Grundsätzliches zum Einbezug Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: Hans Giger/Walter R. Schlupe (Hrsg.), Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis, Zürich 1982, 59 ff., 68, und HANS GIGER, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 52 f. Es gibt mittlerweile auch kostenlose SIA-Regelwerke – allerdings nicht die SIA 118 – auf der SIA-Internetseite. In solchen Fällen stellt sich die Frage der Zumutbarkeit der Kenntnisnahme vor oder bei Vertragsschluss. Nach wie vor verfügen aber nicht alle Personen über einen Internetanschluss, was eine Beurteilung von Fall zu Fall verlangt.

⁹ Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 3), N 137: «Die Tatsache oder die Information, dass der Kunde die Kenntnisnahme anderweitig erlangen könne, namentlich durch Erwerb oder Anfordern eines AGB-Exemplars oder durch Abrufen der AGB über ein Publikationsorgan (z.B. Website), genügt folglich im b2c-Bereich im Allgemeinen nicht. Beispielsweise von vornherein ausser Betracht fällt ein Hinweis auf den entgeltlichen Erwerb der AGB (z.B. im Fachhandel)»; a.M. ROLAND HÜRLIMANN, Art. 2 SIA 118 N 9.1, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A., Zürich 2017: «Auf diese (Schutz-)Regel, welche sich generell bei AGB herausgebildet hat, wird sich der Bauherr bei fraglicher Anwendbarkeit der SIA-Norm 118 aber wohl in den wenigsten Fällen berufen können, wenn man die einfache Verfügbarkeit der Norm berücksichtigt (Stöckli, Private Baunormung, S. 5)»; und HUBERT STÖCKLI, Private Baunormung – ein Streifzug, BR 2005, 3 ff., 5: «Nach einer ersten Regel wird hier geschützt, wer keine Möglichkeit hatte, sich vom Inhalt der Allgemeinen Bedingungen in zumutbarer Weise Kenntnis zu verschaffen» (dazu BGE 77 II 156). Diese Regel dürfte in unserem Zusammenhang kaum zum Tragen kommen, wenn man die einfache Zugänglichkeit der einschlägigen Vertragsnormen in Rechnung stellt.»

¹⁰ Vgl. zu diesen Fragen zum deutschen Recht zutreffend OTTO TEMPEL, Die Einbeziehung der VOB/B und VOB/C in den Bauvertrag – zugleich ein Beitrag zum Erfordernis der «Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme» i.S. von § 305 II Nr. 2 BGB, NZBau 2003, 465 ff., 466: «Nach der Gesetzeskonzeption soll der Vertragspartner auch nicht mit zusätzlichen Tätigkeiten belastet werden, die über die unmittelbare Kenntnisnahme hinausgehen. Das gilt vor allem für den Verweis auf die eigene Beschaffung im Buchhandel oder den Hinweis auf das Abrufen der kostenlosen Übersendung durch den Verwender. Aus den gleichen Gründen ist die von Werner/Pastor befürwortete Wahlmöglichkeit der Einsichtnahme im Geschäftslokal oder die vorübergehende Ausleihe abzulehnen. Eine Einsichtnahme während der Vertragsverhandlungen haben gewisse andere Unterredungen zum Hauptgegenstand, als dass der Vertragspartner unter Zeitdruck eine Einsichtnahme den VOB/B vornehmen kann, um die Risikoabwägung für den Vertragsabschluss anzustellen, die der BGH ihm zubilligt. Die vorübergehende «Ausleihe» genügt ebenfalls nicht den Anforderungen, da der Vertragspartner dann im Ernstfalle bei Bedarf das Exemplar nicht mehr zur Verfügung hat. d) Ergebnis. Unter diesen Umständen ist jedenfalls bei der VOB/B die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme nur bei einer Aushändigung des Texts gegeben.»

¹¹ Vgl. die Hinweise in FN 5; zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland WOLFGANG VOIT, in: Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit, Privates Baurecht, 2. A., München 2012, Vorbemerkung vor § 1 VOB/B, N 1: «Da es sich um vorformulierte Bedingungen handelt, unterliegt die Einbeziehung in den Vertrag den Anforderungen des § 305 BGB, nur sofern nicht § 310 Abs. 1 BGB die Anwen-

unerfahrene Bauherr durch einen bauerfahrenen Architekten als Bauleiter vertreten lässt.¹² Dieser kennt die SIA-Normen sicher auswendig und benötigt deshalb kaum ein Exemplar für sich.¹³ Diese Argumentation greift jedoch zu kurz. Zeigen sich nämlich später Mängel des Bauwerks, besteht das Verhältnis zum bauleitenden Architekten längst nicht mehr.¹⁴ Der Bauleiter ist im Grundpaket nur zur Leitung der Garantierarbeiten verpflichtet, die während der *zweijährigen Rügefrist* gemäss Art. 172 f. SIA 118 auftreten.¹⁵ Für später auftretende Mängel besteht zwar noch eine Gewährleistung des Unternehmers während fünf Jahren seit Abnahme des Werks,¹⁶ doch muss der Bauherr diese Rechte selbst wahrnehmen.

Die richtige Antwort findet man, wenn man sich dem Zweck des Zugänglichkeitserfordernisses näher widmet. Soll man die AGB integral lesen und sich mit dem Inhalt auseinandersetzen können, wenn man dies tun möchte? Eigentlich schon, auch wenn es sich angesichts des Um-

fangs vieler AGB um eine naive Vorstellung handelt.¹⁷ Eine zusätzliche und bedeutend realitätsnähere Erklärung liefert SCHLOSSER: *«Einzig realistische Funktion der Vorschrift ist es, den Vertragspartner des Verwenders in die Lage zu versetzen, im Konfliktfall und zu seiner Orientierung während der Vertragsabwicklung mühelos einen Text der Bedingungen zur Verfügung zu haben.»*¹⁸ Ausgerechnet im Konfliktfall und bei der Abwicklung späterer Mängel ist der Bauherr jedoch allein und kann nicht mehr auf das Wissen des Bauleiters zählen. Der allfällige Verzicht eines Konsumenten auf die Aushändigung kann nur *individualvertraglich* und *explizit* erfolgen.¹⁹ Der Bauleiter müsste diese Entscheidung nicht für sich, sondern für den Bauherrn treffen. Aus diesem Verständnis folgt, dass einzig der erfahrene Bauherr aus dem Baufach, *der für sich selbst baut*, keiner Aushändigung der SIA-Normen bedarf.

IV. Spezialfragen

A. Einbezug bei beurkundetem Vertrag

Es gibt Konstellationen, in denen auch Werkverträge der öffentlichen Beurkundung bedürfen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn der Vertrag für das Grundstück und den Bau des Hauses einen Gesamtpreis vorsieht.²⁰ Es ist aber auch in Kaufverträgen üblich, die Gewährleistung des Verkäufers wegzubedingen, unter gleichzeitiger Abtretung der Gewährleistungsansprüche *«gemäss SIA»* gegenüber den Bauunternehmern.²¹ Wie muss man in solchen Fällen die Beurkundung vornehmen?

ding des § 305 Abs. 2 und 3 BGB ausschliesst. Bei Verbraucherbeteiligung setzt deshalb die Einbeziehung der VOB/B neben einer Vereinbarung auch die Möglichkeit der Kenntnisnahme voraus. Daran wird es häufig fehlen. Das blosse Angebot, die VOB/B zur Verfügung zu stellen, sollte auch dann nicht als ausreichend angesehen werden, wenn es bereits einige Zeit vor Vertragsschluss erfolgte. Die VOB/B ist nicht umfangreicher als andere allgemeine Geschäftsbedingungen, so dass kein Anlass besteht, die Einbeziehung gegenüber Verbrauchern zu erleichtern [...]. Dies gilt auch dann, wenn der Besteller von einem Architekten unterstützt wird. Nur wenn der Architekt als Vertreter des Bauherrn den Vertrag schliesst, kann eine Aushändigung der VOB/B nach der Wertung des § 166 BGB entbehrlich sein. Gleichzustellen sind Fälle, in denen der Architekt den Vertrag verhandelt und der Bauherr den fertigen Vertrag lediglich unterschreibt. Bei branchenerfahrenen Unternehmern kann der Inhalt der VOB/B als bekannt vorausgesetzt werden. Ihre Einbeziehung kann durch Verweisung (auch in AGB) oder auch kraft Übung in einer ständigen Geschäftsbeziehung geschehen. Einseitige Einbeziehungswünsche reichen nicht aus.»

¹² PETER GAUCH, *Der Werkvertrag*, 5. A., Zürich 2011, N 55; HGER ZH, HG080248, 20.2.2013, E. 5.1.

¹³ GAUCH (FN 12), N 286.

¹⁴ Vgl. TEMPEL (FN 10), 467; a.M. PERRIG, *Diss.* (FN 3), 174, und die deutsche Rechtsprechung, zitiert bei CHRISTIAN GRÜNEBERG, in: Otto Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 78. A., München 2019 (zit. Palandt-Verfasser), § 305 BGB N 32; vgl. insb. OLG Frankfurt a. M., 29 U 169/16, 3.4.2017, N 28, in: NJW-RR 2017, 982.

¹⁵ Art. 4.53 SIA 102; CHRISTOPH LOCHER, *Die Bauleitung*, in: Hubert Stöckli/Thomas Siegenthaler (Hrsg.), *Die Planerverträge*, 2. A., Zürich 2019, 431 ff., N 9.118: *«Die SIA-Ordnung 102 erwähnt nur die Mängel, die bis zum Ablauf der zweijährigen Rügefristen aufgetreten sind»*, und N 9.119: *«Aus dem Umstand, dass Leistungen nach Ablauf der zweijährigen Rügefristen besonders zu vereinbarenden Leistungen [...] sind, kann jedoch geschlossen werden, dass die entsprechenden Leistungen der Bauleitung ohne Zusatzvereinbarung nur während zweier Jahre ab Abnahme zu erbringen sind.»*

¹⁶ Art. 179 f. SIA 118.

¹⁷ Zu diesem Verständnis siehe BGH, VII ZR 16/89, 9.11.1989, E. 2c, in: NJW 1990, 715: *«Der Vertragspartner soll Gelegenheit erhalten, sich bei Vertragsschluss mit dem Inhalt der VOB/B vertraut zu machen, damit er die Rechtsfolgen und die Risiken eines Vertragsschlusses abschätzen kann.»*

¹⁸ PETER SCHLOSSER, *Staudinger-Kommentar*, Berlin 2013, § 305 BGB N 138.

¹⁹ Vgl. dazu ausführlich PERRIG, *Diss.* (FN 3), 278 ff.

²⁰ BGE 135 III 295 E. 3.2; 117 II 259 E. 2b; zur Abgrenzung des Kaufs einer zukünftigen Sache BGer, 4C.301/2002, 22.1.2003, E. 2.1; vgl. FRÉDÉRIC KRAUSKOPF/RAPHAEL MÄRKI, *Erwerb einer Stockwerkeinheit ab Plan*, in: Stephan Wolf (Hrsg.), *Aktuelles zum Stockwerkeigentum – insbesondere aus der Sicht des Notariats*, Bern 2017, 49 ff., 58 ff.

²¹ Dazu FRÉDÉRIC KRAUSKOPF, *Stockwerkeigentum und Mängelhaftung*, in: Schweizerische Baurechtstagung 2017, 149 ff., HUBERT STÖCKLI/LISA AESCHIMANN, Art. 8 UWG und die öffentliche Beurkundung, ZBGR 2014, 73 ff., und HUBERT STÖCKLI, *Stockwerkeigentum ab Plan*, in: Schweizerische Baurechtstagung 2009, 1 ff., 13 ff.; vgl. BGE 114 II 239 A: *«Hans-Rudolf D. und Hans St., die sich zu einer einfachen Gesellschaft zusammengeschlossen hatten, erstellten im Jahre 1973 in Möhlin zwei Mehrfamilienhäuser mit*

Notarielle Urkunden enthalten in der Praxis einen Verweis auf die SIA-Normen, zusammen mit der Erklärung, dass die Parteien vom Inhalt der SIA-Normen Kenntnis hätten.²² Nun ist es aber so, dass sich in der SIA 118 Normen befinden, deren Ungewöhnlichkeit auf der Hand liegt.²³ Müsste ein Notar aufgrund der Rechtsbelehrungspflicht²⁴ auf diese Normen hinweisen? Muss man die SIA-Normen oder nur den Verweis auf diese beurkunden?

Dass die Bauherren die SIA-Normen nicht kennen und sich spätestens im Gewährleistungsfall oft nicht mehr auf einen erfahrenen Bauleiter stützen können, spricht klar für einen vollen Einbezug der SIA-Normen in die öffentliche Urkunde – als Teil der Urkunde oder als Anhang. Aus den bereits genannten Argumenten ergibt sich zwangsläufig das Erfordernis der vollständigen Aushändigung der SIA-Normen. Wie bei allen Formvorschriften geht es nicht nur um die Warn- und Schutzfunktion der Form, sondern auch um die Praktikabilität der späteren Vertrags-

abwicklung (siehe FN 18). Dagegen sprechen beurkundungsrechtliche Praktikabilitätsgrundsätze. Die SIA 118 ist gut 70 Seiten stark und bläht das Vertragswerk massiv auf. Weshalb aber sollen das AGB-Korrektiv und insbesondere das Zugänglichkeitserfordernis ausgerechnet bei einem besonders dicken Regelwerk milder ausfallen? Die gegenteilige Folge ist angezeigt. Es gibt kein gottgegebenes Recht, AGB zu verwenden. Die SIA-Normen weisen für Bauherren auch keinen durchwegs positiven Gehalt auf. Private oder einmalige Bauherren waren bei deren Ausarbeitung nicht dabei. Bei der Entstehung der SIA 118 haben von Bauherrenseite nur die professionellen Bauherren KBOB, SBB und IBP mitgewirkt.²⁵ Es liegt folglich an den SIA-Normen, sich dem Zugänglichkeitserfordernis anzupassen, nicht umgekehrt. Sodann lehnen Stimmen die Anwendung des Art. 8 UWG und der Ungewöhnlichkeitsregel auf notarielle Urkunden gerade wegen der notariellen Belehrungspflicht ab²⁶ – dies würde jedoch bedeuten, dass die Belehrung auch wirklich stattfinden kann, was zumindest einen gewissen Bezug zum Text der AGB bei der Beurkundung notwendig macht.

Die deutsche Lehre hat die Frage der Beurkundung der VOB bereits intensiv diskutiert.²⁷ Die meisten Autoren lassen den beurkundeten Verweis genügen, da die VOB als solche im Bundesanzeiger veröffentlicht und stark verbreitet sei.²⁸ Für die Schweiz treffen beide Aussagen nicht zu. Die SIA-Normen sollen stets gelten, doch gesehen hat sie noch kaum jemand, was bei einem Preis von CHF 200 für die besonders häufig verwendete SIA 118

insgesamt 22 Wohnungen und einer Autoeinstellhalle. Anschliessend verkauften sie die in Stockwerkeigentum aufgeteilten Gebäude, wobei in den Kaufverträgen festgehalten wurde, die Verkäufer leisteten Garantie gemäss SIA, ausgenommen Schwund-, Setz- und Konstruktionsrisse.»

²² CHRISTIAN BRÜCKNER, Schweizerisches Beurkundungsrecht, Zürich 1993, N 1373: «Als vorbestehende normative Texte fallen etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Bank in Betracht, welche im Rahmen einer Bürgerschaftsbeurkundung vom Bürgen mit einem einzigen Satz anerkannt, nicht aber in extenso vor der Urkundsperson gelesen werden. Ähnliches kommt vor bei der Beurkundung von Verpfändungserklärungen beim Grundpfand. Beim Kauf einer Stockwerkeigentumsparzelle erklärt der Käufer zuweilen, er kenne und anerkenne das Reglement und die Hausordnung.»

²³ BGE 109 II 452 E. 5b; vgl. BGer, 4A_538/2011, 9.3.2012, E. 1.1, 2.2, 2.4.

²⁴ STÖCKLI/AESCHIMANN (FN 21), 81 f.; KRAUSKOPF/MÄRKI (FN 20), 62 ff.; BRÜCKNER (FN 22), N 1742: «Die beurkundungsrechtliche Belehrungspflicht der Urkundsperson ist namentlich dann bedeutsam, wenn der Urkundeninhalt sprachlich von der Urkundsperson oder von Dritten vorgeformt wird, wenn die Urkunde also nicht aus Eigenformulierungen der Erklärenden hervorgeht. Soll die öffentliche Urkunde den bewussten Geschäftswillen der Erklärenden mit verstärkter Beweiskraft dokumentieren und ist der Text nicht von den Erklärenden selber formuliert, so bedarf die Bewusstmachung des Geschäftsinhaltes unter Umständen einer Erläuterung des vorgeformten, den Erklärenden zunächst fremden Textes. Die Urkunden-Erläuterung fällt dann weitgehend zusammen mit der Erläuterung der im Urkundentext verwendeten Klauseln und Rechtsbegriffe», und N 1754: «Der Rechtsgedanke, der bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen die Gültigkeit ungewöhnlicher, klein gedruckter Klauseln in Frage stellt und etwa die graphische Hervorhebung von Schiedsabreden verlangt, muss aber analog auch im Beurkundungsverfahren gelten. Das Normale und Gewöhnliche bedarf keiner besonderen Erörterung, das Ungewöhnliche immer dann, wenn die Klienten nicht selber rechts- und geschäftskundig sind oder durch eigene Rechtsberater schon vor der Einleitung des Beurkundungsverfahrens juristisch betreut wurden [...]»; vgl. § 18 Notariatsverordnung ZH (LS 242.2).

²⁵ Vgl. Präambel der SIA 118.

²⁶ Vgl. die Hinweise in FN 24.

²⁷ Für die Beurkundungspflicht MICHAEL BARTSCH, Die korrekte Vereinbarung der VOB/B, BB 1982, 1699 ff.; dagegen FRIEDRICH SCHMIDT, Die Behandlung der VOB/B im Beurkundungsverfahren, BB 1983, 1308 ff.; PETER LICHTENBERGER, Muss die VOB/B öffentlich beurkundet werden?, NJW 1984, 159 ff.

²⁸ Vgl. die Hinweise bei VERA STAUF, Umfang und Grenzen der Verweisungsmöglichkeiten nach § 13a BeurkG und der eingeschränkten Vorlesungspflicht nach § 14 BeurkG, RNotZ 2001, 129 ff., 138; OLG Düsseldorf, 22 U 65/84, 18.5.1984, in: MDR 1985, 1035; SEBASTIAN RUHWINKEL, Münchener Kommentar, 8. A., München 2019, § 311b BGB N 70: «Grundlage jedes Rechtsgeschäfts sind die vom Gesetzgeber erlassenen abstrakten Rechtsnormen. Auf sie kann deshalb verwiesen werden, auch soweit dadurch der Inhalt des Grundstücksveräusserungsgeschäfts bestimmt wird. Das Gleiche gilt für Rechtsvorschriften und Standardbedingungen anderer Art, die in ähnlicher Weise zustande gekommen und veröffentlicht sind wie Rechtsnormen: etwa die Vorschriften der VOB/B, die sog. Düsseldorfer Tabelle, Kfz-Standards, die DIN-Normen, nicht aber für AGB, soweit sie nicht – wie teilweise bei öffentlichen Versorgungsunternehmen – Rechtsnormcharakter haben oder in ähnlicher Weise wie Rechtsnormen zustande gekommen und veröffentlicht sind und nicht für Verfahrensordnungen von institutionellen Schiedsgerichten.»

nicht erstaunt.²⁹ Als Fazit ergibt sich m.E. daraus, dass die SIA-Normen im Volltext als Anhang zur Urkunde gehören, ansonsten keine genügende Übernahme vorliegt.

B. Unklarer Einbezug

Der Einbezug der SIA-Normen ist nicht immer klar, wie folgendes Beispiel zeigt: Ein Bauherr liess sich ein schlüsselfertiges Haus bauen. Der Vertrag mit dem Bauunternehmer enthielt in einer einzigen Klausel einen Hinweis auf die SIA-Normen:

*«L'adjudication des travaux et des commandes aux entrepreneurs, artisans et fournisseurs est à la charge et de la compétence des entrepreneurs généraux, qui en sont seuls responsables. Les entrepreneurs généraux concluent les contrats en leur nom et pour leur propre compte. Pour la garantie de la bienfacture des travaux, une liste de chaque entreprise sera remise au propriétaire. Ces entreprises assumeront la garantie selon les normes SIA et SIA 118.»*³⁰

Geht aus dieser Klausel hervor, dass die SIA 118 auch für das Verhältnis zwischen Bauherrn und Bauunternehmer gilt? Das Bundesgericht verneint dies. Die Klausel halte lediglich fest, dass der Bauunternehmer mit den Subunternehmern Verträge unter Einschluss der SIA-Normen abschliesse.³¹

Ebenfalls strittig war der Einbezug der SIA 118 im Falle der Lieferung und Montage eines Futtersilos mit folgender Garantieabrede:

*«Folgende Garantien können wir Ihnen gewähren: Es gelten die normalen Garantiebedingungen nach SIA 118 und die Lieferbedingungen für Inlandgeschäfte. 5 Jahre Garantie für die Dichtigkeit und die Standfestigkeit des Silos. 2 Jahre Garantie für die Entnahmevorrichtung.»*³²

Als sich nach Ablauf von zwei Jahren ein Mangel der Entnahmevorrichtung zeigte, berief sich der Erwerber des Silos auf die Mitübernahme der fünfjährigen Frist gemäss Art. 180 SIA 118. Ohne Erfolg – das Bundesgericht beschied ihm nach Auslegung der Klausel, dass diese Verjährungsregel nicht Teil der Verweisung bilde. Interessanterweise verneinte das Bundesgericht nach subjektiver Auslegung der Klausel auch die Anwendbarkeit der in der Klausel enthaltenen Zweijahresfrist auf den Mangel

und bejahte die damalige Einjahresfrist des gesetzlichen Werk- und Kaufvertragsrechts.³³

Denkbar ist auch ein Streit über die relevante Fassung der SIA-Regelwerke, weshalb sich stets eine exakte Bezeichnung aufdrängt: SIA 118, Ausgabe 2013, deutsche Fassung.³⁴

C. Bauherr als AGB-Verwender?

Wie verhält es sich, wenn der Bauleiter als Vertreter des Bauherrn die Verwendung der SIA-Normen vorgeschlagen hat? Dann hat der Bauherr als Konsument die AGB in den Vertrag eingeführt: Er wäre der AGB-Verwender. Kann er sich dann noch auf die Ungewöhnlichkeits- und Unklarheitenregel sowie auf Art. 8 UWG berufen? Das Zürcher Handels- und das Obergericht haben die Frage verneint, das Bundesgericht hat sie offengelassen.³⁵ Wie muss man die Frage beantworten?

Bei der Ungewöhnlichkeitsregel liegt der Fokus auf der Zustimmung, die der Verwender bei ungewöhnlichen Klauseln nicht erwarten kann.³⁶ Die Unklarheitenregel richtet sich ebenfalls klar gegen den Verwender oder Verfasser, doch schlägt die Lehre gerade im hier interessierenden Fall Ausnahmen vor, die für das gesamte AGB-Korrektiv gelten müssen, also auch für die Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 UWG. Der *erste* Fall liegt in der Ausarbeitung der AGB durch einen Verband im Interesse der Gegenseite des Verwenders. Die *zweite* Ausnahme betrifft den Vertrag, den die Parteien ohnehin mit diesen AGB abgeschlossen hätten.³⁷ Beides kann man

³³ BGer, 4A_235/2008, 23.7.2008, E. 4 und 5.5.

³⁴ Vgl. dazu GAUCH (FN 12), N 284 f. m.w.H., und RAINER SCHUMACHER, Vertragsgestaltung, Zürich 2004, N 1661 f.

³⁵ OGer ZH, 29.1.1988, E. 4, in: ZR 1988, Nr. 135, 317; HGer ZH, HG080248, 20.2.2013, E. 5.1; BGer, 4A_538/2011, 9.3.2012, E. 2.4.

³⁶ Vgl. BGE 119 II 443 E. 1a; vgl. aber KGer SG, 12.8.1992, GVP 1992, Nr. 19, in dem das Gericht die Ungewöhnlichkeitsregel und Art. 8 aUWG prüfte, obwohl sich der *Unternehmer* auf das AGB-Korrektiv berief, was PETER GAUCH (BR 1993, 103) für den damaligen Art. 8 UWG, nicht aber für die Ungewöhnlichkeitsregel kritisierte.

³⁷ PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 10. A., Zürich 2014, N 1233 f.; vgl. STEPHAN HARTMANN, Grundlage und Konkretisierung der Ungewöhnlichkeitsregel, in: Jörg Schmid (Hrsg.), Hommage für Peter Gauch, Zürich 2016, 133 ff., 152 f.; CHRISTOPH MÜLLER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Allgemeine Bestimmungen mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Art. 1–18 OR, Bern 2018 (zit. BK-MÜLLER), Art. 1 OR N 363: «Es kann aber auch vorkommen, dass die Initiative vom Kunden ausgeht und er der Verwenderin die Einbeziehung bestimmter von einer Drittperson im Interesse der Verwenderin verfassten AGB be-

²⁹ Internet: <http://shop.sia.ch/normenwerk/recht/sia%20118/d/2013/D/Product> (Abruf 14.5.2019).

³⁰ BGer, 4A_667/2016, 3.4.2017, A.a.

³¹ BGer, 4A_667/2016, 3.4.2017, E. 3.3.

³² BGer, 4A_235/2008, 23.7.2008, A.

bejahen – einfache Bauherren haben bei der Ausarbeitung der SIA 118 nicht mitgewirkt³⁸ und die SIA 118 kommt bei Bauarbeiten praktisch immer zur Anwendung.³⁹

Lässt sich allerdings der Bauherr vom Bauleiter vertreten, bringen diese Ausnahmen für die Belange der Ungewöhnlichkeitsregel nur wenig: Nach vertretungsrechtlichen Grundsätzen beurteilt sich die Erfahrung des Bauherrn anhand des ihn vertretenden Bauleiters.⁴⁰ Das Bundesgericht geht bei Bauleitern und Architekten pauschal von einer Vertrautheit mit den SIA-Normen aus, was eine erfolgreiche Berufung auf die Ungewöhnlichkeitsregel trotz Passivität beim Einbezug wohl ausschliesst.⁴¹

Diese Gedanken zeigen sich für den Bereich des neuen Art. 8 UWG bestätigt. Die Anwendung des Art. 8 UWG setzt voraus, dass die Gegenseite des Verwenders *Konsument*⁴² ist. Die ausländische Rechtsprechung fragt bei ähnlichen Normen *nach dem Einfluss des Konsumenten*, wenn es darum geht, den Verwender zu ermitteln. Die AGB-Kontrolle fällt nur dann weg, wenn der Konsument sich hätte passiv verhalten können oder wenn er auch die Wahl gehabt hätte, *ein anderes Klauselwerk vorzuschlagen*.⁴³ In der Schweiz gibt es realistisch betrachtet keine alternativen Bauordnungen.⁴⁴ Die Frage, wer wann was vorgeschlagen hat, ist deshalb müssig – am Ende kommen in praktisch allen Fällen die SIA-Regeln zur Anwendung. Dann bleibt aber immer noch die Möglichkeit, sich als Bauherr passiv zu verhalten. Die deutsche Rechtsprechung akzeptiert diesbezüglich das Erfordernis des Stellens⁴⁵ durch die Gegenseite auch bei AGB, die ein Konsument *in vorauseilendem Gehorsam* vorschlägt, weil er

anträgt. Dies ist etwa der Fall, wenn eine Bauherrin dem Bauunternehmer den Einbezug der SIA-Normen [...] vorschlägt. Materiell bleibt der bloss zustimmende Bauunternehmer AGB-Verwender, sodass sich die vorschlagende Bauherrin dennoch auf die Ungewöhnlichkeitsregel berufen kann.»

³⁸ Vgl. FN 25.

³⁹ BGE 109 II 452 E. 5a.

⁴⁰ BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 24, in: Heinrich Honsell/Nedim Vogt/Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Obligationenrecht I*, Basler Kommentar, 6. A., Basel 2015, vgl. auch OLG Bremen, 3 U 14/08, 18.11.2008, E. II, in: BeckRS 2009, 17483.

⁴¹ BGer, 4A_106/2015, 27.7.2015, E. 5.1; OGer ZH, 29.1.1988, E. 4, in: ZR 1988, Nr. 135, 317; ebenso BGer, 24.11.1988, E. 3a, in: ZR 1988, Nr. 135, 317.

⁴² Vgl. dazu ALFRED KOLLER, *AGB-Recht*, AJP 2016, 279 ff., 289; HUBERT STÖCKLI, *Der neue Art. 8 UWG – offene Inhaltskontrolle, aber nicht für alle*, BR 2011, 184 ff., 186 m.w.H., und GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER (FN 37), N 1150c, 1152b.

⁴³ Vgl. Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG; vgl. JÜRGEN BASEDOW, *Münchener Kommentar zu § 310 BGB*, 8. A., München 2019, § 310 BGB N 91.

⁴⁴ Vgl. FN 39.

⁴⁵ Zum Erfordernis des Stellens vgl. § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB: *«Allgemeine Geschäftsbedingungen gelten als vom Unternehmer gestellt,*

*weiss, dass die AGB ohnehin zur Anwendung gelangen.*⁴⁶ Es ist deshalb richtig, die Unklarheiten- und Ungewöhnlichkeitsregel sowie Art. 8 UWG auch dann anzuwenden, wenn die SIA-Normen über den bauleitenden Architekten als Vertreter des Bauherrn Eingang in den Vertrag gefunden haben. Das Bundesgericht akzeptiert ein ähnliches Argument im verwandten Bereich der Übervorteilung gemäss Art. 21 OR – auch die Ausbeutung setzt nicht voraus, dass der vorgeschlagene Vertragsinhalt vom Ausbeuter selbst kommt.⁴⁷

Daraus ergibt sich m.E. die Anwendbarkeit des AGB-Korrektivs auch dann, wenn der Bauherr als Konsument den Einbezug der AGB vorschlägt. Sollten sich diese Überlegungen nicht durchsetzen, müsste man gegen den bauleitenden Architekten, der die SIA 118 zulasten des Bauherrn in den Werkvertrag einführt, als Korrektiv einen Schadenersatzanspruch wegen ungetreuen oder unsorgfältigen Tätigwerdens bejahen (Art. 398 Abs. 2 i.V.m. Art. 97 Abs. 1 OR). Dies wäre notwendig, weil er durch den aktiven Einbezug der AGB seinen Klienten des AGB-Schutzes beraubt.

D. Staffelverweisungen in SIA-Normen

1. Unter-AGB

Die SIA-Normen verweisen häufig auf weitere SIA-Normen. Diesbezüglich gilt nach meiner Auffassung, dass auch die weiteren Regelwerke unter die Einbezugserfordernisse des Hinweises und der Aushändigung fallen. So enthält beispielsweise Art. 65 Abs. 2 SIA 118 Verweise auf *drei eigenständige Regelwerke*, namentlich auf das Verfahren mit dem Produktionskostenindex (PKI, SIA 123), auf die Methode der Gleitpreisformel (GPF, SIA 122) und auf das Mengennachweisverfahren (MNV, SIA 124).

PERRIG schreibt dazu: *«Die Weiterverweisung auf andere AGB ist im Grundsatz zulässig, da durch die Aufspaltung des Regelungsgehalts auf mehrere Klauselwerke für sich genommen noch keine Intransparenz geschaffen wird. Damit sie aber effektiv Gültigkeit beanspruchen kann, muss vom Verwender die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme auch hinsichtlich der verwiesenen AGB in gleicher Weise wie hinsichtlich der verweisenden AGB erfüllt werden, ansonsten sind die AGB aus sich heraus*

es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden; [...].»

⁴⁶ Vgl. BGH, X ZR 141/95, 4.3.1997, E. 2c, in: NJW 1997, 2043; bestätigt in BGH, VII ZR 268/04, 9.3.2006, N 11, in: NJW-RR 2006, 740; vgl. Palandt-GRÜNEBERG (FN 14), § 305 BGB N 12.

⁴⁷ Vgl. BGE 123 III 292 E. 7.

nicht verständlich.»⁴⁸ Daraus folgt m.E. klar, dass auch die Aushändigung der Unter-AGB notwendig ist.

Muss man zusätzlich den Einbezug der Unter-AGB erwähnen? Diese Frage ist eindeutig zu bejahen. Aus ungelesenen AGB kann sich kein Wille zum Einbezug der Unter-AGB ergeben. Der Hinweis hat auf die gesamten AGB zu erfolgen und damit explizit auch auf die Unter-AGB, ansonsten der Einbezug der nicht erwähnten Teile nicht gelingen kann. PERRIG schreibt dazu folgerichtig: «Jede weitere Einbeziehung von neuen Klauselwerken erschwert die Übersicht [...] und verschärft die Anforderungen an den angemessen deutlichen Hinweis [...] um ein Vielfaches.»⁴⁹ Für jedes dieser Werke gilt deshalb meines Erachtens, dass der Verwender diese explizit erwähnen und auf adäquate Weise zugänglich machen muss, ansonsten sie keine Geltung erlangen.⁵⁰

2. Rangfolge der AGB

Art. 7 Abs. 3 und Art. 21 SIA 118⁵¹ enthalten eine Rangordnung der Normen und Formvorschriften für gewisse Abreden. Dies ist gleich *dreifach* problematisch. Dadurch ist es *erstens* möglich, dass in untergeordneten Dokumenten enthaltene Individualabreden ihren Vorrang verlieren.⁵² *Zweitens* ergibt sich ein Widerspruch zur Regelung

in Art. 2 Abs. 2 SIA 118, die den Vorrang aller Individualvereinbarungen festhält.⁵³ *Drittens* liegt bei genauer Betrachtung in der in Art. 21 SIA 118 statuierten Rangordnung für den Fall widersprechender Klauseln eine *salvatorische Klausel* vor, die man in AGB nicht gültig vereinbaren kann, weil sie das Verbot der *geltungserhaltenden Reduktion* aufhebt.⁵⁴

Diese Probleme gelten für alle mündlichen Abreden, für alle nicht der Formvorschrift gemäss Art. 21 Abs. 3 SIA 118 entsprechenden Abreden und für alle Individualabreden, die in nachrangigen Dokumenten enthalten sind. Der Vorrang der Individualabrede und die Unklarheitenregel gelten absolut. Sie sind nicht Teil der Inhaltskontrolle, sondern Teil der Ermittlung des Vertragsinhalts. Derogieren die AGB diesen Grundsatz generell, stehen sie im Widerspruch zur zwingenden gesetzlichen Ordnung,⁵⁵ was die entsprechende Klausel nichtig macht und überdies *a fortiori* einen Verstoss gegen Art. 8 UWG darstellt.⁵⁶ Die Prioritätsklauseln hebeln auch die Unklarheitenregel aus. Der Vorrang ergibt sich bei widersprüchlichen AGB aufgrund der Unklarheitenregel für die *günstigere Regel*, nicht für die gemäss AGB prioritär geltende Regel.⁵⁷ Art. 21 Abs. 1 SIA 118 versucht, die

⁴⁸ Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 3), N 148 und N 126, Fn 392: «Inwiefern eine Staffilverweisung tatsächlich Geltung erlangt, hängt hauptsächlich davon ab, ob der Kunde auch in Bezug auf die verwiesenen AGB die Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme hat»; SCHUMACHER (FN 34), N 1665: «Zu vermeiden ist auch die indirekte Übernahme (Verschachtelung), indem in (z.B. in der Rangordnungsklausel der Vertragsurkunde) übernommenen AGB auf weitere AGB verwiesen wird, die «mitgelten» sollen. Solche «mitübernommenen» AGB können aus verschiedenen Gründen nicht gelten (Nr. 1626). Zudem lässt sich der Wille der Gegenpartei, derart «verschleierte» AGB zuzustimmen, oft nicht nachweisen.»

⁴⁹ PERRIG, Diss. (FN 3), 117.

⁵⁰ PERRIG, Diss. (FN 3), 117 f. und 125; vgl. auch zu *Sammelverweisungen* Kramer/Probst/Perrig-PERRIG (FN 3), N 126: «Beim Einbezug mehrerer verschiedener «kollektiv übernommener» AGB (sog. *Sammelübernahme*) sollte der Verweis in der Vertragsurkunde eine klare Auflistung aller tatsächlich anwendbaren Regelwerke enthalten und dabei ein in sich geschlossenes Rang- bzw. Subordinationsverhältnis aufweisen, damit das Gesamtwerk in sich transparent bleibt.»

⁵¹ Art. 21 Abs. 1 SIA 118: «Widersprechen sich einzelne Vertragsbestandteile [...], so gilt folgende Rangordnung: [...]»; Art. 21 Abs. 3 SIA 118: «Abreden, welche nach dieser Norm in der Vertragsurkunde zu treffen sind (Art. 33 Abs. 2 und 4, Art. 93 Abs. 2, Art. 113, Art. 172 Abs. 1, Art. 190 Abs. 1), bleiben unwirksam, falls sie sich in anderen Vertragsbestandteilen finden. Solange die Vertragsurkunde nicht beidseitig unterzeichnet ist, gilt in diesem Zusammenhang der Text der vorgesehenen Vertragsurkunde (Art. 7 Abs. 2 Ziff. 1) als Vertragsurkunde.»

⁵² Vgl. GAUCH (FN 12), N 288, 314, 316.

⁵³ Vgl. GAUCH (FN 12), N 288, und BGer, 4C.420/2006, 3.8.2007, E. 4.

⁵⁴ Vgl. zu den Rangordnungsklauseln in der *Vertragsurkunde* und den *salvatorischen Klauseln* PERRIG, Diss. (FN 3), 125, 240, und konkreter zu Rangordnungen in den *AGB* STEFAN DECKERS, *Unwirksame VOB/B-Klauseln im Verbrauchervertrag*, NZBau 2008, 627 ff., 628: «§ 305c Absatz II BGB bestimmt, dass Unklarheiten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Lasten des Verwenders gehen. Widersprüche zwischen einzelnen Vertragsunterlagen sind Unklarheiten im Sinne dieser Vorschrift. § 1 Nr. 2 VOB/B will diese Widersprüche durch Anordnung einer Reihenfolge der Geltung der Unterlagen auflösen. Die Bestimmung hat damit die Wirkung einer *salvatorischen Klausel*. Solche können in Allgemeinen Geschäftsverbindungen nicht wirksam vereinbart werden. Entgegen § 1 Nr. 2 VOB/B gilt bei Widersprüchen zwischen einzelnen Vertragsunterlagen im Verbrauchervertrag daher die dem Verbraucher günstigste Auslegung»; grosszügiger HARRY SCHMIDT, in: Ulmer/Brandner/Hensen, *AGB-Recht*, 12. A., Köln 2016, § 306 BGB N 39 f. m.w.H.; grosszügiger ebenfalls SCHUMACHER (FN 34), N 1670; zum Konnex zwischen *salvatorischen Klauseln* und *Rangordnungsklauseln* siehe ARNOLD F. RUSCH, *Salvatorische Klauseln in AGB, sui-generis* 2016, 73 ff., N 12, Internet: <https://sui-generis.ch/25> (Abruf 14.5.2019).

⁵⁵ Vgl. die identischen Ideen im deutschen Recht bei JENS DAMMANN, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer, *AGB-Recht*, 6. A., München 2013, § 310 BGB Anh. S 98 ff.

⁵⁶ ARNOLD F. RUSCH/ANDREAS SCHIRRMACHER, *Konsumentenorganisationen im AGB-Streit*, ZBJV 2013, 683 ff., 688.

⁵⁷ Vgl. die zutreffenden Überlegungen bei DECKERS (FN 54), 628; a.M. CLAUS VON RINTELEN, in: Burkhard Messerschmidt/Wolfgang Voit (Hrsg.), *Privates Baurecht*, 2. A., München 2012, § 631 BGB N 72 m.w.H., und BGH, VII ZR 308/89, 21.6.1990, in: NJW 1990, 3197.

se ungünstigen Folgen des Widerspruchs ganz im Sinne einer salvatorischen Klausel zu heilen – zugunsten der vom Verwender mit Priorität ausgestatteten Norm. Man könnte argumentieren, dass die Prioritätenregel die Unklarheit zwischen den AGB-Werken gar nicht entstehen lässt, doch heben diese die Unklarheit nur vordergründig auf. In den AGB stehen nach wie vor Klauseln, deren Bedeutung sich isoliert nicht feststellen lässt. Erst mit einer systematischen Auslegung⁵⁸ lässt sich die Unklarheit auflösen – zum Preis einer *unverständlichen und auslegungsbedürftigen* Kaskade von Klauselwerken, was dem Transparenzgebot⁵⁹ zuwiderläuft. Das grundsätzliche Problem liegt wiederum darin, dass vorformulierte Klauseln (i.e. die Prioritätenordnung der SIA) den Schutz vor vorformulierten Klauseln (Unklarheitenregel, Vorrang der Individualabrede) aushebeln wollen, was nach allen Regeln der Logik nicht funktionieren kann.

Im Hinblick auf das enorme *Missbrauchspotential* und die gänzlich verloren gegangene Transparenz der Klauselwerke ist deshalb zusätzlich ein Verstoss gegen Art. 8 UWG zu bejahen, weil die Prioritätsklausel das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, die Unklarheitenregel und den Vorrang der Individualvereinbarung aufhebt.⁶⁰ Hinzu kommt: Für die Auslegung des Art. 8 UWG spielt die Übernahme des EU-Rechts eine entscheidende Rolle. Gerade Art. 1 lit. n des Anhangs zur Richtlinie 93/13/EWG erteilt Schriftformklauseln eine Absage, wenn «*die Verpflichtung des Gewerbetreibenden zur Einhaltung der von seinen Vertretern eingegangenen Verpflichtungen eingeschränkt wird oder diese Verpflichtung von der Einhaltung einer besonderen Formvorschrift abhängig gemacht wird*». Häufig dürften sich mündliche Individualabreden gerade mit Vertretern des Unternehmers ergeben. Der Verstoss gegen Art. 8 UWG ist damit gut begründbar.

V. Ausblick

Kann man die komplexe Tätigkeit der Bauarbeiten überhaupt mit AGB regeln? Könnte ein Gesetz die Bautätigkeit nicht besser erfassen? *Erstens* bestehen im Gesetzgebungsprozess grössere Einflussmöglichkeiten auch der Bauherren.⁶¹ *Zweitens* bedürfen Gesetze keines AGB-Ein-

bezugs. Besonders umfangreiche Regelwerke lassen sich auf diese Weise einfacher inkorporieren, was das Beispiel der Tarife des öffentlichen Verkehrs und der Post zeigt.⁶² *Drittens* zeigt sich die fehlende Eignung für eine AGB-Ausgestaltung in der Komplexität der Materie. So gibt es *Kommentare zur SIA 118* – als wäre es ein Gesetz! *Wozu dient ein Kommentar bei AGB?* Wenn man die Klauseln nicht aus sich heraus versteht oder diese auch anders verstehen kann, trägt eine offizielle Interpretation nichts zur Lösung bei – es gilt stets die *interpretatio contra proferentem*, also die Auslegung zulasten des Verwenders oder Verfassers. In Deutschland hat der Gesetzgeber damit begonnen, den Bauwerkvertrag in den §§ 650a ff. BGB genauer gesetzlich zu regeln. *Wäre das vielleicht auch etwas für die Schweiz?*

⁵⁸ Zur Unklarheitenregel, die erst bei Versagen *aller Auslegungsmethoden* greift, vgl. BGer, 4A_499/2018, 10.12.2018, E. 2.

⁵⁹ Dazu Kramer/Probst/Perrig-Perrig (FN 3), N 107; BK-MÜLLER (FN 37), Art. 1 OR N 327.

⁶⁰ Vgl. die Gedanken bei WOLFGANG FELL, *Hintereinandergeschaltete Allgemeine Geschäftsbedingungen*, ZIP 1987, 690 ff., 692.

⁶¹ Vgl. ob FN 25.

⁶² MICHAEL HOCHSTRASSER/ARNOLD F. RUSCH, *Der Vertrag des Passagiers mit den SBB*, Jusletter vom 8.10.2012, N 30–33.