



Baurecht (1): Bauleitung genehmigt Schlussrechnung gemäss SIA 118

ARNOLD F. RUSCH*

Frage

Muss sich der Bauherr im Anwendungsbereich der SIA 118 gefallen lassen, dass der bauleitende Architekt die Schlussrechnung der Unternehmerin mitsamt Kostenüberschreitung selbständig genehmigt?

Antwort

Nein, die Genehmigungsbefugnis ist ungewöhnlich und widerspricht Art. 8 UWG.

Question

Dans le cadre de l'application de la norme SIA 118, le maître d'ouvrage doit-il accepter que l'architecte chargé de la direction des travaux approuve de manière autonome le décompte final de l'entrepreneur, y compris le dépassement des coûts ?

Réponse

Non, le pouvoir d'approbation est insolite et contraire à l'art. 8 LCD.

I. Sachverhalt

Der bauleitende Architekt des Bauherrn hat die Vertragswerke ausgehandelt und dabei die SIA 118 gültig einbezogen. Nach Abschluss der Bauarbeiten genehmigt er selbständig die Schlussrechnung der Unternehmerin mit Kostenüberschreitung. Der übergangene Bauherr will diese jedoch nicht bezahlen.

II. Diskussion

A. Nachteilsanalyse

Gemäss Art. 154 SIA 118 reicht die Unternehmerin die Schlussabrechnung spätestens zwei Monate nach der Abnahme der Bauleitung ein. Diese hat die Rechnung innert Monatsfrist zu prüfen und gibt der Unternehmerin unverzüglich Bescheid. Art. 154 Abs. 3 SIA 118 hält sodann fest: «*Ergeben sich bei der Prüfung keine Differenzen, so gilt die Schlussabrechnung mit dem Prüfungsbescheid der Bauleitung als beidseitig anerkannt.*»

Wer rechnet schon damit, dass der bauleitende Architekt über eine derart weitreichende Kompetenz verfügt? Die Bauherren können es gar nicht wissen, denn sie haben ihren Architekten kaum je eine solche Kompetenz verliehen. Sie geht nämlich über die Kompetenzen der SIA 102 als AGB des Architektenvertrags hinaus, die gar keine Genehmigungskompetenz vorsieht.¹ Erst recht wissen die

Bauherren nicht, dass sie gegenüber der Unternehmerin eine so weit gefasste Vollmacht in der SIA 118 kundgeben.² Die Unternehmerinnen als Profis wissen demgegenüber regelmässig, dass die Bauherren dies nicht wissen.³ *Wo liegt also der Kern des Problems?* Eine Vollmachtskundgabe greift nach stellvertretungsrechtlichen Grundsätzen nur, wenn die Dritte, also die Unternehmerin, bezüglich der Vollmachtskundgabe *gutgläubig* ist (vgl. Art. 33 Abs. 3, Art. 34 Abs. 3 OR).⁴ Man müsste die Unternehmerinnen häufig als bösgläubig bezeichnen. Ohne Berücksichtigung der Gut- oder Bösgläubigkeit der Unternehmerin hat Art. 154 Abs. 3 SIA 118 eine *freizeichnende Wirkung* – auch für grob verschuldetes und vorsätzliches Handeln der Unternehmerin bezüglich der Kostenüberschreitung. Diese Ungereimtheiten schaffen *einerseits* ein erhebliches Ungleichgewicht zwischen vertraglichen Rechten und Pflichten. Der Verstoss gegen Art. 100 Abs. 1 OR führt *andererseits* zur Nichtigkeit dieser Klausel in Anwendung der *kundenfeindlichsten Auslegung*. Da auch ein abstraktes AGB-Kontrollverfahren existiert, lassen sich die im konkreten Fall vielleicht noch zulässigen Verschuldensformen nicht berücksichtigen.⁵ Ein weiterer Nachteil für den Bauherrn besteht darin, dass der anerkannte Forderungsbetrag den Weg zur Eintragung des Bauhandwerkerpfandrechts erleichtert. Diese Nachteile

* ARNOLD F. RUSCH, Prof. Dr. iur. LL.M., Rechtsanwalt, Universität St. Gallen.

¹ Vgl. RAINER SCHUMACHER/VALENTIN MONN, Art. 154 SIA 118 N 24.2, in: Peter Gauch/Hubert Stöckli (Hrsg.), Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. A., Zürich 2017: «*So räumen insbesondere Art. 1.2.3 SIA-*

Ordnung 102 und Art. 1.2.3 SIA-Ordnung 103 der Bauleitung keine Vollmacht ein, die es ihr gestatten würde, Rechnungen des Unternehmers anzuerkennen [...]. Im Leistungsbescheid der SIA-Honorarordnungen wird die Bauleitung nämlich nur zur Kontrolle von Unternehmerrechnungen verpflichtet, jedoch nicht zu deren Genehmigung bevollmächtigt [...].»

² Vgl. BGE 109 II 452 E. 3, 3a und 5c.

³ Vgl. BGE 109 II 452 E. 3.

⁴ HGer ZH, HG080248, 20.2.2013, E. 5.1.

⁵ ARNOLD F. RUSCH, Bitte recht feindlich, AJP 2014, 205 ff., 206, 208 f.

lassen sich im Rahmen der Ungewöhnlichkeitsregel, aber auch durch Art. 8 UWG als Missverhältnis von vertraglichen Rechten und Pflichten erfassen, doch ist Art. 8 UWG vielen Gerichten unbekannt. Die aus dem Hühnerstall-Fall bekannte bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Ungewöhnlichkeitsregel besagt jedenfalls, dass Art. 154 Abs. 3 SIA 118 *nur für den unerfahrenen Bauherrn* ungewöhnlich ist.⁶ Damit spricht das Bundesgericht die subjektive Ungewöhnlichkeit an.

B. Berufung auf Ungewöhnlichkeit und Unlauterkeit

Kann sich der Bauherr wirklich auf die Ungewöhnlichkeit und die Unlauterkeit des Art. 154 Abs. 3 SIA 118 berufen, wenn er die SIA 118 über seinen Architekten und damit über seine eigene Hilfsperson in den Vertrag mit der Unternehmerin einbeziehen liess?

Das Obergericht Zürich lässt dies explizit zu: *«Die Vorinstanz hat sodann unter Bezugnahme auf neuere Äusserungen in der Lehre festgehalten, auf die Ungewöhnlichkeitsregel könne sich auch diejenige Partei berufen, welche die ungewöhnliche Bestimmung zur Verwendung vorgeschlagen habe (act. 181 E. 2.1.3.3. S. 15 unter Verweis auf Gauch, Werkvertrag, 6. A. 2019, Rz 286c m.w.H.; Rusch, Was braucht es, damit die SIA-Normen gelten?, AJP 2019 636), was unangefochten geblieben ist.»*⁷ Das Bundesgericht hat davon Kenntnis genommen, sich jedoch wohl aufgrund der fehlenden vorinstanzlichen Anfechtung damit nicht mehr befasst.⁸ Bislang hat das Bundesgericht die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel in solchen Konstellationen offengelassen.⁹ Die Lehre bejaht diese mögliche Geltendmachung trotz des selbst herbeigeführten Einbezugs in zwei Fällen: 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 *ohne*

mit diesen AGB abgeschlossen hätten.¹⁰ Beides kann man bejahen – einfache Bauherren haben bei der Ausarbeitung der SIA 118 nicht mitgewirkt¹¹ und die SIA 118 kommt bei Bauarbeiten praktisch immer zur Anwendung.¹² Fraglich ist die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel jedoch nicht bloss, weil der Bauherr die SIA 118 über seinen Bauleiter vorschlagen liess. Der Bauherr wäre überdies keine schwächere oder unerfahrene Partei im Sinne der Ungewöhnlichkeitsregel, denn sein Wissensstand beurteilt sich anhand des fachkundigen Vertreters.¹³ Das Bundesgericht hat das spezifische Wissen des Bauleiters bei der Beurteilung der Erfahrungheit des Bauherrn regelmässig nicht berücksichtigt, ohne dies speziell zu thematisieren.¹⁴

Somit bleibt die Unternehmerin für die AGB-Belange Verwenderin. Blicke eine allfällige Ungewöhnlichkeit in dieser Konstellation unberücksichtigt, müsste man gegen den bauleitenden Architekten, der die SIA 118 zulasten des Bauherrn in den Werkvertrag eingeführt hat, 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,¹⁵ aber auch, weil er eine nicht genehmigungsfähige Schlussrechnung ausserhalb seiner Kompetenzen abgesegnet hat.

⁶ BGE 109 II 452 E. 5c.

⁷ OGer ZH, LB200023, 9.12.2020, E. 2.2.1.

⁸ BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021, E. 3.1.3; vgl. BGE 143 III 290 E. 1.1: *«Der Begriff der Letztinstanzlichkeit bedeutet, dass der kantonale Instanzenzug nicht nur formell durchlaufen werden soll, sondern dass die Rügen, die dem Bundesgericht unterbreitet werden, soweit möglich schon vor Vorinstanz vorgebracht werden müssen [...]»*

⁹ Offengelassen in BGer, 4A_538/2011, 9.3.2012, E. 2.4; verneint in OGer ZH, 29.1.1988, E. 4, in: ZR 1988, Nr. 135, 317 f.; HGer ZH, HG080248, 20.2.2013, E. 5.1; OGer TG, 25.10.1996, in: RB TG 1996, Nr. 6, in: VIKTOR AEPLI, BR 1997, 127 (allerdings war der Architekt hier auch Mitglied des Baukonsortiums).

¹⁰ ARNOLD F. RUSCH, Was braucht es, damit die SIA-Normen gelten?, AJP 2019, 631 ff., 635 f.; vgl. PETER GAUCH, Der Werkvertrag, 6. A., Zürich 2019, N 202, 286c; PETER GAUCH/WALTER SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band I und II, 11. A., Zürich 2020, N 1136a und 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, Art. 1–18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern 2018, 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 beantragt. 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.»*

¹¹ Vgl. Präambel der SIA 118.

¹² Vgl. BGE 109 II 452 E. 5a.

¹³ Vgl. BSK OR I-WATTER, Art. 32 N 24, in: Corinne Widmer Lüchinger/David Oser (Hrsg.), Obligationenrecht I, Basler Kommentar, 8. A., Basel 2026.

¹⁴ Vgl. dazu die Konstellation in BGE 109 II 452 und in BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021.

¹⁵ Vgl. RUSCH (FN 10), AJP 2019, 636.

C. Beweislast

Gemäss Bundesgericht liegt bei der Ungewöhnlichkeit die Beweislast für die mangelnde Erfahrung in Bausachen beim Bauherrn.¹⁶ Bei genauer Betrachtung ist diese Beweislastverteilung undenkbar. *Erstens* trägt der Verwender die Beweislast dafür, dass die Parteien AGB einbezogen haben.¹⁷ Es besteht *zweitens* die Vermutung, dass eine Globalübernahme erfolgt ist.¹⁸ Den Verwender trifft *drittens* die Beweislast für die Behauptung, dass er auf eine ungewöhnliche Klausel speziell hingewiesen habe.¹⁹ Das Zusammenspiel dieser Regeln kann nur bedeuten, dass der Verwender ungewöhnlicher Klauseln in AGB auch die Beweislast dafür trägt, dass der Bauherr bauerfahren ist. Nur in dieser Konstellation könnte er von einer Vertragswirkung ausgehen und daraus im Sinne von Art. 8 ZGB Rechte ableiten. Die meisten Menschen bauen, wenn überhaupt, *nur einmal im Leben*, weil sie sich dort permanent niederlassen oder nach diesem Erlebnis die Nase endgültig voll haben.²⁰ Erfahrung in Bausachen stellt die Ausnahme dar.²¹ Gerade der Regel-Ausnahme-Tatbestand spielt im Beweisrecht eine entscheidende Rolle.²² Somit muss der AGB-Verwender *ab initio* davon ausgehen, dass es eines speziellen Hinweises oder gar einer Erläuterung²³ bedarf, womit ihn die Beweislast für die Erfahrung trifft. Ich stütze mich dabei auf die frühere, vergleichbare Beweislage bei den Gerichtsstandsklauseln. Das Bundesgericht hielt in diesem Zusammenhang stets fest, eine Abweichung vom Wohnsitzgerichtsstand sei ungewöhnlich

und bedürfe deshalb bei nicht geschäftserfahrenen Personen eines bewussten Entscheids, *den der Verwender zu beweisen habe*.²⁴

¹⁶ BGer, 5A_86/2021, 2.11.2021, E. 3.1.5.2.

¹⁷ BGer, 4A_548/2013, 31.3.2014, E. 3.3.1.

¹⁸ OGer ZH, 2.8.1988, in: ZR 1991, Nr. 2, E. II/4; Bezirksgericht Meilen, 10.5.2004, in: ZR 2005, Nr. 42, E. IV.1c; PETER JÄGGI, Zürcher Kommentar, Obligationenrecht, Art. 1–17 OR, 3. A., Zürich 1973, Art. 1 OR N 468 (zit. ZK-JÄGGI).

¹⁹ OGer ZH, 2.8.1988, in: ZR 1991, Nr. 2, E. II/4; BGE 135 III 1 E. 2.3.

²⁰ Vgl. die TV-Serie des NDR «Einmal im Leben – Geschichte eines Eigenheims», Internet: https://de.wikipedia.org/wiki/Einmal_im_Leben_%E2%80%93_Geschichte_eines_Eigenheims (Abruf 6.1.2026); die Schweiz ist ohnehin ein Volk von Mietern, vgl. dazu Bundesamt für Statistik, das für das Jahr 2023 einen Mieteranteil von 58,2% ausweist, Internet: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/statistiken/bau-wohnungswesen/wohnungen/wohnverhaeltnisse/mieter-eigentuemer.html> (Abruf 6.1.2026).

²¹ Vgl. dazu auch ARNOLD F. RUSCH, Ungewöhnliches zur Ungewöhnlichkeitsregel, AJP 2026, 276 ff. (in diesem Heft).

²² HANS PETER WALTER, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Die Beweislast, Art. 8 ZGB, Bern 2012, Art. 8 ZGB N 222, der dies gerade im Bereich des Vertrauensschutzes vorschlägt, der für die Geltung ungewöhnlicher Klauseln von entscheidender Bedeutung ist.

²³ Vgl. BGE 104 Ia 278 E. 3.

²⁴ BGE 98 Ia 314 E. 5a: «Bemerkt sei immerhin, dass in der neuern Zivilrechtslehre mit beachtlichen Gründen die Auffassung vertreten wird, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene ungewöhnliche Regeln und insbesondere freiheitsbeschränkende Regeln wie der Verzicht auf den ordentlichen Gerichtsstand durch eine blosser globale Zustimmungserklärung nicht verbindlicher Vertragsinhalt werden, sondern nur dann, wenn der Geschäftspartner diesen Regeln bewusst zugestimmt hat, was derjenige, der dies behauptet, zu beweisen habe [...]»; ZK-JÄGGI (FN 18), Art. 1 OR N 468, 498, 501–504; vgl. auch RUDOLF SCHWAGER, Der Architekt als Vertreter des Bauherrn, BR 1980, 19 ff., 24: «Ungewöhnlich weitgehende Kompetenzen der Bauleitung, welche sich aus Art. 33 Abs. 2 oder aus andern Bestimmungen der SLA-Norm 118 ergeben, können somit dem branchenfremden «einmaligen» Bauherrn nicht entgegengehalten werden, sofern nicht nachgewiesen wird, dass er sich deren Tragweite bewusst war.»