

ter Rechtsprechung des Bundesgerichts Folgendes: «Die Partei, die den Ersatz vorprozessualer Anwaltskosten einklagt, hat substantiiert darzutun, das heisst die Umstände zu nennen, die dafür sprechen, dass die geltend gemachten Aufwendungen haftpflichtrechtlich als Bestandteil des Schadens zu betrachten sind, mithin gerechtfertigt, notwendig und angemessen waren, der Durchsetzung der Schadenersatzforderung dienen und nicht durch die Parteientschädigung gedeckt sind (zit. Urteil 4A_264/2015 E. 4.2.2)» (Urteil 4A_501/2021 vom 22. Februar 2022 E. 9.1). Wenn ein Geschädigter eine Anwältin beigezogen hat, muss der Geschädigte die Notwendigkeit und die Angemessenheit des entsprechenden Anwaltsaufwandes substantiieren. Wenn der Geschädigte dagegen Bauunternehmer für Sanierungsarbeiten nach einem Brandfall beigezogen hat, muss der Geschädigte die Notwendigkeit und die Angemessenheit des Handwerker-aufwandes *nicht* substantiieren (so das Bundesgericht in E. 6.2.4 des hier besprochenen Entscheids). Das leuchtet nicht wirklich ein: Wieso sollen für Anwaltskosten gänzlich andere Regeln gelten als für alle andern Schadenspositionen?

b. Auch nicht wirklich einleuchtend ist, warum bei einer Vergütung nach Art. 374 OR der Unternehmer nicht nur seinen Aufwand substantiieren und beweisen muss, sondern auch, dass dieser Aufwand angemessen und notwendig war. Dies ist zwar gefestigte Rechtslehre und Rechtsprechung (P. GAUCH, *Der Werkvertrag*, 6. Aufl., Zürich 2019, N 1021;

F. CHAIX, in: L. Thevenoz/F. Werro [Hrsg.], *Commentaire romand, Code des obligations I*, 2. Aufl., Basel 2012, N 15 zu Art. 374 OR; Urteil 4A_183/2010 vom 27. Mai 2010, E. 3.2; Urteil 4A_446/2020 vom 8. März 2021, E. 6.1 m.w.H.), aber m.E. trotzdem falsch: Die Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht (hier: die Leistung von unnötigem Aufwand) ist eine positive Vertragsverletzung. Eine positive Vertragsverletzung hat nach den allgemeinen Grundsätzen diejenige Partei zu beweisen, welche die Verletzung geltend macht – und das wäre im Fall von Art. 374 OR eben nicht der Unternehmer, sondern der Besteller (R. HÜRLIMANN/T. SIEGENTHALER, in: C. Huguenin/M. Müller-Chen [Hrsg.], *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, 3. Aufl., Zürich 2016, N 4 zu Art. 374 OR; vgl. zu dieser Debatte P. GAUCH, *Aufwandvergütung und unnötiger Mehraufwand – Ein Kurzaufsatz zu Art. 374 OR*, BR/DC 5/2022 S. 250 ff.). Es ist auch nicht wirklich einsichtig, warum bei einer nach dem Aufwand bemessenen Vergütung die Beweislast derart anders verteilt sein soll als bei einem nach dem Aufwand bemessenen vertraglichen Schadenersatzanspruch, wo eben die Verletzung der Schadenminderungspflicht vom Schädiger zu behaupten und zu belegen ist. Oder gibt es irgendeinen Grund, Parteien, welche nach Aufwand bemessene vertragliche Vergütungsansprüche geltend machen, anders zu behandeln als Parteien, welche einen nach Aufwand bemessenen vertraglichen Schadenersatzanspruch geltend machen?

Nochmals zur Notorietät der SIA-Norm 118

Das Bundesgericht befasste sich in dieser Entscheidung ein weiteres Mal damit, ob der Inhalt der SIA-Norm 118 als gerichtsnotorisch im Sinne von Art. 151 ZPO gelten kann oder gar gelten muss.

Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral a à nouveau examiné si le contenu de la norme SIA 118 peut, voire doit être considéré comme un fait notoirement connu du tribunal au sens de l'art. 151 CPC.

Urteil des Bundesgerichts vom 26. Januar 2022 (4A_455/2021)

Thomas Siegenthaler, Dr. iur., Rechtsanwalt, M.Jur., Fachanwalt SAV für Bau- und Immobilienrecht, Winterthur

Der Fall

(558) Strittig war der Werklohn für Gipsarbeiten. Der Rechtsstreit eskalierte via Handelsgericht Zürich bis zum Bundesgericht, wo der Unternehmerin letztinstanzlich CHF 262 815.70 zugesprochen wurden (Urteil 4A_605/2020 vom 24. März 2021, zusammengefasst und kommentiert durch H. STÖCKLI, BR/DC 6/2021, Nr. 617, S. 333). Allerdings hob das Bundesgericht das vorinstanzliche Urteil in einem Punkt auf, nämlich betreffend die Berechnung des Zinsenlaufs. Das Handelsgericht beurteilte die Berechnung

des Zinsenlaufs daher neu und die Angelegenheit gelangte wiederum ans Bundesgericht. Hier machte die Unternehmerin eine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes gemäss Art. 55 Abs. 1 ZPO geltend: Die Bestellerin habe keine Prüfungs- oder Zahlungsfristen gemäss SIA-Norm 118 angerufen. Mangels entsprechender Behauptungen seien diese Fristen nicht anzuwenden. Dies habe zur Folge, dass die Forderungen bereits früher fällig geworden und zu verzinsen seien.

Der Entscheid

Die SIA-Norm 118 ist das Regelwerk des privaten Schweizerischen Ingenieur- und Architektenvereins und nach der Praxis des Bundesgerichts kommt Regelwerken privater Organi-

sationen auch dann nicht die Qualität von Rechtsnormen zu, wenn sie sehr detailliert und ausführlich sind wie eben die SIA-Norm 118. Auch gilt die SIA-Norm 118 nicht als regelbildende Übung, so dass nur darauf abgestellt werden kann, wenn sie zum Vertragsinhalt erhoben wurde. «Beruft sich eine Partei auf die SIA-Norm 118, dann hat sie zu behaupten und zu beweisen, dass diese Vertragsbestandteil geworden ist (BGE 118 II 295 E. 2a mit Hinweisen; Urteile 4A_156/2018 vom 24. April 2019 E. 3; 4A_288/2018 vom 29. Januar 2019 E. 3.1 mit Hinweisen)» (E. 5.2).

Eine andere Frage ist dagegen, ob der Inhalt der SIA-Norm 118 vor Gericht als bekannt vorausgesetzt werden kann oder ob die einzelnen Bestimmungen im Sachvortrag der Parteien zitiert und durch die Einreichung eines Exemplars der SIA-Norm 118 belegt werden müssen. Das Bundesgericht fasste seine Rechtsprechung dazu (in E. 5.2) folgendermassen zusammen: «Offenkundige und gerichtsnotorische Tatsachen sowie allgemein anerkannte Erfahrungssätze bedürfen keines Beweises (Art. 151 ZPO). Im Urteil 4A_423/2019 vom 20. Januar 2020 E. 4.2 wird ausgeführt, das Bundesgericht habe im Urteil 4A_582/2016 vom 6. Juli 2017 offengelassen, ob der Inhalt der SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch sei - in der Tat wurde in jenem Entscheid die Frage der Gerichtsnotorietät gemäss Art. 4 Abs. 2 ZPO/VD und Art. 151 ZPO nicht beantwortet (...). Allerdings hatte das Bundesgericht fast zwei Jahrzehnte früher im zit. Urteil 4P.209/2001 erkannt, es sei keineswegs willkürlich, die SIA-Norm als notorisch zu bezeichnen, selbst wenn lediglich das allgemeine Wissen um den Bestand sowie die Zugänglichkeit zum Inhalt der SIA-Norm gewährleistet sei; Detailwissen um die einzelnen Bestimmungen sei nicht erforderlich (vgl. dort E. 3a). Im Urteil 4A_486/2017 vom 23. März 2018 E. 3.2.1 erklärte das Bundesgericht nebenbei, die SIA-Norm 118 sei notorisch. Dies tat es unter Verweis auf das Urteil 4A_582/2016 vom 6. Juli 2017, welches die Frage aber – wie gesagt – offengelassen hatte.»

Im vorliegenden Fall war unbestritten, dass die Parteien die SIA-Norm 118 zum Bestandteil des Werkvertrags erklärt hatten. Daraus folgerte das Bundesgericht ohne Weiteres: «Somit brauchte weder die Beschwerdeführerin noch die Beschwerdegegnerin ausdrücklich auf die SIA-Norm 118 hinzuweisen, um sie in den Prozess einzuführen. Vielmehr genügte es, sich auf den Werkvertrag als Ganzes zu berufen, zu dessen Inhalt die SIA-Norm 118 erhoben worden war. Bei dieser Ausgangslage war es der Vorinstanz unbenommen, im Rahmen der Rechtsanwendung von Amtes wegen das gesamte Vertragswerk unter Einschluss der global übernommenen SIA-Norm 118 zu würdigen. Ebenso konnte die Vorinstanz aus den einzelnen Vertragsbestimmungen Schlüsse mit Bezug auf die vertraglichen Pflichten ziehen, auch wenn die Parteien ihren Anspruch nicht im Einzelnen auf die einschlägigen Vertragsabreden abstützen. Es liegt keine Verletzung des Verhandlungsgrundsatzes vor (vgl. zit. Urteil 4P.209/2001 E. 2). Die Beschwerdeführerin durfte namentlich nicht darauf vertrauen, dass die von der Beschwerdegegnerin nicht explizit angerufenen Bestimmungen unerheblich seien und von der Vorinstanz nicht angewendet würden (zit. Urteil 4P.209/2001 E. 3a). Da die SIA-Norm 118 wie dargelegt un-

bestrittenermassen integral zum Vertragsinhalt erhoben wurde, ist nicht ersichtlich, weshalb unter diesem Gesichtspunkt einzelne Artikel von der Anwendung ausgenommen sein sollten (zit. Urteil 4P.209/2001 E. 3b)» (E. 5.3.2).

Die Anmerkungen

Gerichtsnotorisch ist eine Tatsache, die eine Gerichtsperson aus ihrer amtlichen Tätigkeit kennt und daher nach Art. 151 ZPO keines Beweises bedarf. Was gerichtsnotorisch ist, kann entsprechend von einem Gericht zum anderen variieren. Zur Frage, ob der Inhalt der SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch ist, haben wir im Jahre 2008 eine Umfrage bei den erstinstanzlichen Gerichten durchgeführt (T. SIEGENTHALER/H. STÖCKLI, «Ist die SIA-Norm 118 gerichtsnotorisch?» – Eine Umfrage bei Zivilgerichten, BR/DC 1/2008, S. 34 ff.). Die Umfrage erfolgte vor dem Hintergrund, dass es das Bundesgericht weder als willkürlich erachtete, die SIA-Norm 118 integral als gerichtsnotorisch zu berücksichtigen (Urteil 4P.209/2001 vom 4. Dezember 2001), noch sie nicht als notorisch anzusehen (Urteil 4P.47/2006 vom 2. Juni 2006).

Die Frage nach der Gerichtsnotorietät einer Tatsache, wie eben auch des Inhaltes der SIA-Norm 118, ist nicht generell abstrakt zu beurteilen, sondern hängt vom Kenntnisstand der einzelnen Gerichtspersonen ab. Insofern ist es schon im Ansatz falsch, die Frage nach der Gerichtsnotorietät des Inhaltes der SIA-Norm 118 mit dem Argument zu verneinen, dass der Inhalt allgemeiner Geschäftsbedingungen generell nicht gerichtsnotorisch sein könne (so aber Tribunale d'appello TI 12.2012.143, 14.4.2014, BR/DC 6/2014, Nr. 623, S. 309 f. Anm. SIEGENTHALER; vgl. Urteil 4A_15/2016 vom 1.3.2017, BR/DC 6/2017, Nr. 801, S. 378 f. Anm. PICHONNAZ). Grundsätzlich gilt auch das Umgekehrte: Es lässt sich nicht sagen, dass der Inhalt der SIA-Norm 118 für alle Gerichtspersonen notorisch ist. Aber auch Gerichtspersonen dürfen nicht einfach Ignoranz vortäuschen: Wenn ein Gericht den Inhalt der SIA-Norm 118 mit minimalem Aufwand in Erfahrung bringen könnte, ist es exzessiver Formalismus, dennoch darauf zu bestehen, dass der Inhalt behauptet und bewiesen wird. So verwies das Bundesgericht im Urteil 4A_582/2016 vom 6. Juli 2017 E. 4.5 darauf, dass es für ein Gericht ein Leichtes sei, sich den Inhalt der SIA-Norm 118 aus den in Rechtsbibliotheken vorhandenen Kommentaren zu erschliessen (vgl. A. EGLI et al., Kommentar zur SIA-Norm 118, 2. Aufl., 2017; H. R. SPIESS/M.-T. HUSER, Norm SIA 118, 2014).

Im vorliegenden Entscheid bestätigte das Bundesgericht, dass die Vorinstanz die unbestrittenermassen als Vertragsbestandteil vereinbarte SIA-Norm 118 würdigen durfte – auch hinsichtlich einzelner Vertragsbestimmungen, auf die sich die Parteien in ihren Sachvorträgen nicht abgestützt hatten. Das Bundesgericht bestätigte damit, dass für ein konkretes Gericht die SIA-Norm 118 notorisch sein *kann*. Das bedeutet indessen nicht, dass der Inhalt der SIA-Norm 118 für jedes Gericht notorisch sein muss.