

Haftpflicht- und vertragsrechtliche Fragen im Zusammenhang mit Normierungen - dargestellt anhand der Betonnorm SN EN 206-1:2000*

Dr. Hans-Ulrich Brunner, LL.M.
Prager Dreifuss, Mühlebachstrasse 6, 8008 Zürich

Übersicht

1. Normierungen im Allgemeinen	2
1.1 Abgrenzungen	2
1.2 Zur Rechtsverbindlichkeit privater Normen.....	4
1.2.1 Geltung technischer Normen als "anerkannte Regeln der Technik"	4
1.2.2 Geltung kraft Parteivereinbarung	5
1.2.3 Private Technische Normen und Rechtsanwendung / Beweisrecht	6
2. Die Normierung gemäss Betonnorm SN EN 206-1:2000	7
2.1 Zur Rechtsverbindlichkeit der Betonnorm im Allgemeinen	7
2.2 Exkurs: Verhältnis zum Bauproduktegesetz und Produktesicherheitsgesetz im Speziellen	8
2.3 Inhaltliche Aspekte – Insbesondere Produktionsüberwachung und Zertifizierung	10
3. Haftpflicht- und vertragsrechtliche Fragen bei Verletzung der Betonnorm.....	11
3.1 Fallkonstellationen	11
3.2 Öffentliches Beschaffungswesen: Risiko des Ausschlusses / Anfechtung des Zuschlags	12
3.3 Mängelhaftung gegenüber dem Vertragspartner	13
3.4 Haftung gegenüber Dritten.....	15
3.5 Haftungsfragen für Ingenieure und Architekten	17
4. Zusammenfassende Schlussbemerkungen.....	17

* Vortrag anlässlich der Veranstaltung FSKB, Haftpflicht- und Vertragsrecht für Kies- und Betonproduzenten, Berufliche Weiterbildung 2009/2010

1. Normierungen im Allgemeinen

1.1 Abgrenzungen

Das Bauwesen ist ein Lebensbereich, der sehr stark und vielseitig von Normen geprägt ist. Aufgrund der Vielseitigkeit dieser Normen drängt es sich auf, vorab einige Abgrenzungen vorzunehmen und dadurch zu verdeutlichen, was unter "Normen"¹ verstanden wird und inwieweit dadurch das Thema des vorliegenden Vortrages einzugrenzen ist.

- Zum einen lässt sich nach dem Urheber einer Norm unterscheiden zwischen staatlichen Normen (Rechtsnormen) und Normen, die von Privaten (i.d.R. Fachverbände) erarbeitet wurden. Was Regelwerke privater Organisationen anbelangt, sind im Bauwesen insbesondere die Normwerke von Bedeutung, die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverband (SIA) bzw. mit dessen Beteiligung erlassen wurden.²
- Zum anderen lässt sich nach dem Inhalt einer Norm zwischen vertraglichen und technischen Normen unterscheiden. Vertragsnormen regeln Vertragsverhältnisse zwischen Vertragsparteien. Technische Normen sind dagegen fokussiert auf die Beschreibung von technischen Lösungen und von Regeln der Technik.³
- In der Kombination ergeben sich daraus unter anderem private Vertragsnormen (z.B. SIA-Norm 118) und private technische Normen (z.B. SIA-Norm 262 "Betonbau", Betonnorm) sowie staatliche Vertragsnormen (z.B. die Regeln des Obligationenrechts) und staatliche technische Normen (z.B. Richtlinie der Stadt Zürich vom 30. März 2007 betreffend Absturzsicherungen).

		Unterscheidung nach Inhalt	
		vertragliche Normen	technische Normen
Unterscheidung nach Urheber	Staat	Obligationenrecht	Richtlinie Stadt Zürich betr. Absturzsicherungen
	Private	z.B. SIA-Norm 118	z.B. SIA-Norm 262; Betonnorm

¹ Vgl. z.B. auch Hans Michael Riemer, Nicht staatliche Normensysteme und andere Gesetze und ihr Verhältnis zum System der staatlichen Rechtsnormen – ein Überblick, in: recht 2007, 114 f.

² Vgl. hierzu SIA – Reglement R72, "leitfaden für das normenschaffen beim sia".

³ Vgl. z.B. die Umschreibung zu "technischen Normen" in SIA R72, Ziff. 1.4: "Festlegungen von Anforderungen an Baustoffe, Bauteile und Bauwerke, die nach dem aktuellen Stand des Wissens die Sicherheit und Gebrauchstauglichkeit gewährleisten (anerkannte Regeln der Baukunde)." – SIA R 72, Ziff. 1.4 führt ferner die Kategorie "Verständigungsnormen" auf, bei welchen es um "Definitionen, Klassifizierungen, Kennwerte und Erläuterungen, die der Vereinfachung und Koordination der Zusammenarbeit der am Bau Beteiligten dienen", geht. – Für weitere Umschreibungen vgl. z.B. EN 45020:2006 - Normung und damit zusammenhängende Tätigkeiten - Allgemeine Begriffe, sowie die Hinweise bei A. Brunner (zit. in Fn 5, S. 12 ff.).

Die beschriebenen Kategorien dienen der Orientierung, sind aber weder starr noch abschliessend abgegrenzt bzw. abgrenzbar und stehen auch untereinander in gegenseitigen Wechselwirkungen. Das lässt sich mit folgenden Beispielen illustrieren:

- *Vertrags- und technische Normen.* Im Bereich Tragwerksnormen war ein gewichtiger Teil der SIA-Normen inhaltlich gemischt, d.h. diverse Regelwerke enthielten sowohl technische als auch vertragliche Bestimmungen. In Umsetzung eines der Prinzipien des Europäischen Komitees für Normung (CEN), wo die Schweiz durch die Schweizerische Normvereinigung (SNV) vertreten wird, wurden deshalb die Projekte Swissscodes und Swisconditions gestartet mit dem Ziel, technische und vertragliche Regelungen zu entflechten und in getrennten Dokumenten darzustellen. Im Ergebnis entstanden daraus die neuen Tragwerksnormen ("Swissscodes"; SIA-Normen 260 etc.) sowie die Normenreihe ABB 118/XXX ("Swisconditions") mit Allgemeinen Baubedingungen (ABB), welche die SIA-Norm 118 ergänzen und welche die früher in den entsprechenden SIA-Normen festgehaltenen vertraglichen Teile enthalten⁴.
- *Staatliche und private technische Normen.* Staatliche Erlasse beziehen sich in verschiedenen Bereichen auf private technische Normen und implementieren diese durch direkten Verweis oder indirekt durch Generalklauseln oder unbestimmte Rechtsbegriffe.⁵ So verweist Art. 32 LSV⁶ beispielsweise direkt auf die SIA-Norm 181. In einem anderen, in den letzten Jahren stark beachteten Beispielsbereich, der Erdbebenvorsorge, verankern einzelne Kantone⁷ und der Bund⁸ die Verbindlichkeit der SIA-Normen entweder explizit oder durch die Vorschrift "erdbebensicheren Bauens". Ganz allgemein stellt sich die Frage nach der (indirekten) Rechtswirksamkeit privater technischer Normen überall dort, wo staatliche Erlasse auf "anerkannte Regeln der Technik" bzw. "anerkannte Regeln der Baukunde" verweisen.⁹

⁴ Vgl. z.B. Reto Jenatsch, Neue Entwicklungen in der Baunormung - Das Projekt SWISSCONDITIONS kurz vor dem Ziel, in: Baurecht 2003, 79 ff.

⁵ Vgl. zum Ganzen z.B. Andreas Brunner, Möglichkeiten der Nutzbarmachung von technischen Normen in Rechtssätzen und Vollzugshilfen - Rechtsgutachten erstellt im Auftrag des Bundesamtes für Umwelt BAFU, Reinach 2008 (zugänglich via: <http://www.bafu.admin.ch/recht>)

⁶ "Der Bauherr eines neuen Gebäudes sorgt dafür, dass der Schallschutz bei Aussenbauteilen und Trennbauteilen lärmempfindlicher Räume sowie bei Treppen und haustechnischen Anlagen den anerkannten Regeln der Baukunde entspricht. Als solche gelten beim Lärm der zivilen Flugplätze mit Verkehr von Grossflugzeugen insbesondere die erhöhten Anforderungen und beim Lärm der übrigen ortsfesten Anlagen insbesondere die Mindestanforderungen nach der SIA-Norm 181 des Schweizerischen Ingenieur- und Architekten-Vereins", Art. 32 Abs. 1 der Lärmschutz-Verordnung (LSV;SR 814.41).

⁷ Vgl. Erdbebenprävention der Kantone, Empfehlungen der Schweizerische Bau-, Planungs- und Umweltdirektoren-Konferenz BPUK, Schlussbericht 18.10.2007, S. 19: Die Kantone BS, GR, SO, VD und VS sowie das FL kennen bereits heute spezielle Vorschriften (Gesetze oder Verordnungen) hinsichtlich Erdbebensicherheit, indem sie erdbebensicheres Bauen und/oder die Verbindlichkeit der SIA-Normen explizit verankern; in den Kantonen BS und VS sowie im FL wird die Anwendung der Norm SIA 261 und des Merkblattes SIA 2018 ausdrücklich verlangt. – Gemäss § 19 der Bau- und Planungsverordnung (BPV) Basel-Stadt müssen Bauten und Anlagen nach den anerkannten Regeln der Technik und der Baukunde erstellt, ausgestattet, betrieben und unterhalten werden. Das Bauinspektorat führt eine Liste der Normen und Richtlinien, die es als dem Stand der Technik und der Baukunde entsprechend anerkennt.

⁸ So verlangt die Weisung des Eidgenössischen Finanzdepartements EFD vom 18. Januar 2008 die Anwendung des vom BAFU erarbeiteten Instrumentariums „Erdbebensicherheit von Bundesbauten“ bei der Projektierung und Ausführung von (Bundes-)Bauten und Anlagen, welches seinerseits Bezug nimmt auf die Nutzungsvereinbarung gemäss SIA Norm 260 - Teil Erdbebensicherheit sowie Merkblatt SIA 2018.

⁹ Vgl. hierzu sogleich unter Ziff. 1.2.1.

1.2 Zur Rechtsverbindlichkeit privater Normen

Privaten Normen kommt nicht die gleiche Rechtsverbindlichkeit wie dem im ordentlichen Verfahren gesetzten Recht zu. Wenn private Verbände oder Vereinigungen Regelungen erlassen, so gelten diese vorerst nur einmal für die Mitglieder dieser Vereinigungen oder für Personen, welche sich den Regeln ausdrücklich oder stillschweigend unterworfen haben. Das trifft namentlich auch für Normen des SIA zu.¹⁰

Weitergehende Bindungswirkung kann den privaten Normen *allgemein kraft Verweis bzw. durch Implementierung in ein Gesetz, als anerkannte Regeln der Technik, im Parteiverhältnis* und schliesslich bei der *Rechtsanwendung* zukommen. Auf den ersten Fall, wo ein direkter gesetzlicher Verweis eine private Norm zur staatlichen Regel macht, wurde oben hingewiesen; zu den anderen Fällen sind folgende Ergänzungen anzubringen:

1.2.1 Geltung technischer Normen als "anerkannte Regeln der Technik"

Private technische Normen werden zu gesetzlichen (und damit allgemein gültigen) Vorschriften, wenn immer ein staatlicher Erlass die Einhaltung "anerkannter Regeln der Technik" bzw. "anerkannter Regeln der Baukunde" verlangt und die privaten technischen Normen solche "anerkannten Regeln" darstellen. Derartige Verweise sind relativ häufig, und zwar sowohl bei Erlassen auf kantonaler als auch auf Bundesebene:

- Sehr viele kantonale Baugesetze verlangen, dass Bauten und Anlagen den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen müssen und weder Personen noch Sachen gefährden dürfen.¹¹
- Art. 229 StGB pönalisiert die vorsätzliche und fahrlässige Gefährdung von Leib und Leben bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches durch Verletzung anerkannter Regeln der Baukunde¹².

Die Voraussetzungen, unter denen technische Regeln privater Organisationen "anerkannte Regeln" sind, lassen sich nach etablierter Formel¹³ wie folgt definieren: Anerkannt sind

¹⁰ Der SIA ist ein privater Verein, dem kein Auftrag zur Rechtsetzung übertragen worden ist. Die SIA-Normen haben daher grundsätzlich nur für die Vereinsmitglieder verbindliche Wirkung. So hält Art. 7 Abs. 2 der SIA-Statuten (vgl. http://www.sia.ch/download/statuten_df.pdf) unter dem Randtitel Standesordnung / Einhaltung der Ordnungen und Normen fest: "Sie [d.h. die Mitglieder des SIA] verpflichten sich, ihre berufliche und ethische Verantwortung gegenüber den Auftraggeberinnen und Auftraggebern, der Gesellschaft und der Umwelt wahrzunehmen, die vom Verein diesbezüglich aufgestellten Ordnungen, Richtlinien, Normen und Empfehlungen einzuhalten und mögliche Interessenkonflikte offenzulegen."

¹¹ Als Beispiel anstelle vieler sei § 239 Abs. 1 des Gesetzes des Kantons Zürich vom 7. September 1975 über die Raumplanung und das öffentliche Baurecht (Planungs- und Baugesetz; PBG) erwähnt: "Bauten und Anlagen müssen nach Fundation, Konstruktion und Material den anerkannten Regeln der Baukunde entsprechen. Sie dürfen weder bei ihrer Erstellung noch durch ihren Bestand Personen oder Sachen gefährden."

¹² Art. 229 StGB: ¹ Wer vorsätzlich bei der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes oder eines Abbruches die anerkannten Regeln der Baukunde ausser acht lässt und dadurch wesentlich Leib und Leben von Mitmenschen gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe bestraft. Mit Freiheitsstrafe ist eine Geldstrafe zu verbinden. ² Lässt der Täter die anerkannten Regeln der Baukunde fahrlässig ausser Acht, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe. – Zur Beachtung: (a) Selbst wer die konkreten Merkmale für das genannte Gefährdungsdelikt nicht erfüllt (weil nicht mit "Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes" befasst), kann – falls effektiv etwas passiert – strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden wegen einer fahrlässigen Tötung oder Körperverletzung durch Unterlassung der obliegenden Schutzpflichten (vgl. zur Illustration: Franz Riklin, Fataler Liftunfall – fahrlässige Tötung und Verletzung der Regeln der Baukunde?, in: Baurecht 2003, 138 ff.). (b) Hinzu kommt die Möglichkeit, dass Art. 227 StGB (Verursachen einer Überschwemmung oder eines Einsturzes) verletzt ist.

technische Normen, wenn sie von der Wissenschaft als theoretisch richtig anerkannt wurden, feststehen und sich nach einer klaren Mehrheitsmeinung der fachkompetenten Anwender in der Praxis bewährt haben.

- Was nun diese Kriterien anbelangt, sind im Falle von technischen Baunormen die ersten beiden Voraussetzungen (Feststehen, wissenschaftliche Legitimation) regelmässig erfüllt. Soweit solche Normen unter repräsentativer Mitwirkung führender Fachleute ausgearbeitet wurden, spricht eine tatsächliche (natürliche) Vermutung dafür, dass sie "anerkannte Regeln der Technik" sind.¹⁴
- Streitig kann dagegen die praktische "Akzeptanz" und "Bewährung" sein. Dies namentlich in der zeitlichen Dimension¹⁵: Neu veröffentlichte Regeln können (zu Beginn) zwar durchaus wissenschaftlich "richtig", in der Praxis aber noch nicht akzeptiert und bewährt sein. Im Laufe der Zeit und mit zunehmender Verbreitung wachsen Akzeptanz und Bewährung, so dass solche Regeln zu anerkannten Regeln der Technik mutieren. In der Folge ist es aber schliesslich möglich, dass die Normen, wenn sie z.B. nicht regelmässig überarbeitet und "gewartet" werden, hinter der technischen Weiterentwicklung zurückbleiben und schliesslich überholt sind, womit "Akzeptanz" und "Bewährung" wieder wegfallen.¹⁶

1.2.2 Geltung kraft Parteivereinbarung

Private Vertragsnormen (wie z.B. SIA Norm 118) sind (allgemeine) Vertragsbedingungen, geniessen aber keine allgemeine Verbindlichkeit. Verbindlich werden sie immer nur zwischen bestimmten Vertragsparteien, wenn und falls sie in einen konkreten Einzelvertrag übernommen wurden. Eine solche Übernahme in den konkreten Vertrag erfolgt dadurch, dass die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend bzw. durch blossen Verweis verabre-

¹³ Vgl. so statt vieler z.B. Peter Gauch, *Der Werkvertrag*, 4.A., Zürich 1996, Nr. 846; BGE 106 IV 264 E. 3 und aktuell BGE 4A_428/2007 vom 2. Dezember 2008, E. 3.1.

¹⁴ Gauch, *Werkvertrag* (zit. in Fn 13), Nr. 850.

¹⁵ Gauch, *Werkvertrag* (zit. in Fn 13), Nr. 851.

¹⁶ Ein gutes Beispiel zum zeitlichen Wandel der Ansichten stellen die neuen Tragwerksnormen im Zusammenhang mit der Erdbebenvorsorge dar. So vertrat die vom Bundesamt für Wasser und Geologie (BWG; das BWG und das BUWAL wurden per 1. Januar 2006 zum Bundesamt für Umwelt [BAFU] zusammengeführt) geführte Koordinationsstelle des Bundes für Erdbebenvorsorge im Januar 2005 noch den Standpunkt, dass die SIA-Norm 160 nicht als anerkannte Norm bezeichnet werden kann und dies erst recht für die seither verabschiedeten und in Kraft getretenen Nachfolgevorschriften (SIA-Normen 260 ff.) zutreffen dürfte (dies im Detailbericht „Erdbebenvorsorge – Massnahmen des Bundes“, 2005, S. 23). Dieser Meinung, die neuen Erdbebennormen seien mangels Praxisakzeptanz bzw. –bewährung (noch) nicht anerkannte Regeln der Technik, wurde jedoch von verschiedener Seite heftig widersprochen. So argumentierten Prof. R. Schumacher (z.B. im Beitrag "Rechtliche Tragweite der SIA-Erdbebennormen" tec21, 8/2006 S. 11 ff.) und – in etwas abgeschwächter Form auch der SIA (vgl. z.B. Walter Maffioletti, *Technische Normen des SIA und vertragliche Pflicht zu deren Einhaltung seitens des Auftragnehmers: ein Rätsel oder doch nicht?* Jusletter 13. Juni 2005) –, die mangelnde Umsetzung in der Praxis sei kein Grund, um den vom SIA erarbeiteten und publizierten technischen Regeln zur Erdbebenvorsorge die Anerkennung und damit die Verbindlichkeit abzuspochen. Mittlerweile haben offensichtlich auch die Bundesbehörden ihre Ansichten revidiert. Jedenfalls fehlt im aktuellen Bericht zur Erdbebenvorsorge die seinerzeitige strikte Ablehnungshaltung (vgl. Bundesamt für Umwelt – BAFU, *Erdbebenvorsorge und Lifelines 2005-2008 - Bericht an den Bundesrat vom 26. Januar 2009, Standbericht und Massnahmenvorschläge für den Zeitraum 2009-2012*, S. 41 f.), und das BAFU hat – wie bereits angesprochen (vgl. Fussnote 8) – ein "Instrumentarium" entwickelt, welches explizit auf die einschlägigen SIA-Normen und Merkblätter Bezug nimmt. – Gleicher Ansicht auch: Thomas Siegenthaler, *Haftung für mangelhafte Erdbebensicherheit von Gebäuden Planer, Werkeigentümer und Verkäufer*, Baurecht 2009, 14 ff., 5 f.

den, dass Vertragsbedingungen ganz oder zum Teil als Inhalt ihres Vertrages (als Vertragsbestandteil) gelten sollen.¹⁷

Bei den *technischen Normen* verhält es sich zum einen gleich wie bei den Vertragsnormen. Sie erlangen Geltung zwischen den Parteien kraft vertraglicher Übernahme, was sehr häufig durch mehrstufige Verweise umgesetzt wird.¹⁸ Hinzu kommt aber zum anderen, dass technische Normen auch im Parteiverhältnis selbst ohne Vertragsübernahme dann Geltung erlangen, wenn sie "anerkannte Regeln der Baukunde" umschreiben. Auch ohne ausdrückliche Abrede – und unter Umständen sogar entgegen einer ausdrücklichen Abrede¹⁹ – ist z.B. ein Planer oder Unternehmer verpflichtet, seine Leistung, die erforderliche Sorgfalt bzw. das versprochene Werk im Einklang mit "anerkannten Regeln der Technik" zu erbringen.

Schliesslich ist zu beachten, dass die Einhaltung anerkannter Regeln der Baukunde auch von privater Drittseite verlangt werden kann bzw. dass deren Nichteinhaltung mit einem Rechtsverlust verbunden wird. Dies gilt insbesondere für Versicherungen: In den allgemeinen Versicherungsbedingungen für Bauwesen- und Bauherrenhaftpflichtversicherungen (bzw. kombinierte Bauversicherungen) wird regelmässig die Obliegenheit der Versicherten statuiert, die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten bzw. für deren Einhaltung besorgt zu sein. Wird diese Obliegenheit schuldhaft nicht eingehalten und resultiert deswegen ein Schadensfall, so entfällt bzw. reduziert sich der Versicherungsschutz.

1.2.3 Private Technische Normen und Rechtsanwendung / Beweisrecht

Private technische Normen spielen eine bedeutende Rolle in der Rechtsanwendung, indem sie bei der Auslegung und Lückenfüllung von staatlichem Recht als Hilfsmittel dienen. Das betrifft z.B. den bereits dargestellten Aspekt der "anerkannten Regeln der Technik", im weiteren aber auch andere unbestimmte Rechtsbegriffe wie "Sorgfaltpflichtverletzung" etc.

In diesem Zusammenhang ist auf die Figur der "*tatsächlichen*" (oder "*natürlichen*") *Vermutung* hinzuweisen, die im Beweisrecht von Bedeutung ist. Bei einer natürlichen (oder tatsächlichen) Vermutung stützt sich ein Gericht auf die allgemeine Lebenserfahrung und

¹⁷ Vgl. zum Ganzen statt vieler Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 193 ff. – Das Bundesgericht hält in konstanter Rechtsprechung fest (BGE 4A_393/2007 vom 3. Dezember 2007, E. 2.1): "Das Bundesgericht anerkennt die vom Schweizerischen Ingenieur- und Architektenverein (SIA) herausgegebenen Normen, denen die Bedeutung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zukommt, nicht als regelbildende Übung und stellt darauf nur ab, wenn die Parteien sie zum Vertragsinhalt erhoben haben. Vorgeformte Vertragsinhalte können zwar Ausdruck der Verkehrsauffassung oder -übung sein. Zu vermuten ist dies aber nicht, sondern muss im Einzelfall nachgewiesen werden (BGE 118 II 295 E. 2a mit Hinweisen). Die SIA-Normen können nicht nur ausdrücklich, sondern auch stillschweigend übernommen werden (Urteil 4C.261/2005 vom 9. Dezember 2005, E. 2.3 mit Hinweisen). Dies gilt ebenso für SIA-Empfehlungen."

¹⁸ Regelmässig werden z.B. in einem Werkvertrag unter SIA-Norm 118 selbst oder via Ausschreibungsunterlagen im Sinne von Art. 7 SIA-Norm 118 unter dem Stichwort "durch das Bauobjekt bedingten, allgemeinen Bestimmungen" (auch) technische Normen zum Vertragsinhalt erklärt: die "übrigen Normen des SIA und die im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellten Normen anderer Fachverbände" sowie die "weiteren Normen anderer Fachverbände". – Kritisch zu einem solch übermässig offenen Katalog möglicher Bestimmungen: Hubert Stöckli, Kommentar zur SIA Norm 118, Art. 1-37, Zürich/Basel/Genf 2009, Art. 7 N 27.

¹⁹ So wäre beispielsweise ein vereinbarter Verzicht auf die Einhaltung technischer Normen mit "anerkannten Regeln der Baukunde" (oder die Vereinbarung anderer, z.B. veralteter, technischer Normen), die zu einer unerlaubten Gefährdung von Leib und Leben führen, ungültig, weil rechts- oder sittenwidrig im Sinne von Art. 20 Abs. 1 OR (Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr.843). – Im weiteren gehen die aktuellen "anerkannten Regeln der Technik" einem übernommenen Regelwerk vor, auf das bei Vertragsabschluss verwiesen wurde, wenn dieses im Zeitpunkt der Vertragsabwicklung überholt ist (Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 852).

den gewöhnlichen Lauf der Dinge und schliesst – im Sinne einer Wahrscheinlichkeitsfolgerung – vom Bekannten auf Unbekanntes.²⁰ Solche tatsächlichen Vermutungen greifen namentlich bei privaten technischen Normen, z.B. wie folgt:

- Für Normen, die unter repräsentativer Mitwirkung führender Fachleute ausgearbeitet wurden, spricht die tatsächliche Vermutung, dass sie "anerkannte Regeln der Technik" darstellen.²¹
- Die Einhaltung privater technischer Normen lässt den Schluss zu, dass anerkannte Regeln der Baukunde eingehalten wurden, und umgekehrt ergibt sich aus der Verletzung privater technischer Normen vermutungsweise eine Verletzung anerkannter Normen der Baukunde und eine Unsorgfalt. In der Folge profitiert ein Unternehmer oder Planer, der die anerkannten Regeln der Baukunde einhält, von der natürlichen Vermutung, dass er sorgfältig handelt. Und bei einem Werk, das wider die anerkannten Regeln der Technik erstellt wurde, spricht eine natürliche Vermutung dafür, dass es mangelhaft ist.

2. Die Normierung gemäss Betonnorm SN EN 206-1:2000

2.1 Zur Rechtsverbindlichkeit der Betonnorm im Allgemeinen

Seit 1. Januar 2003 ist in der Schweiz die europäische Betonnorm Euronorm (EN) 206-1 unter der Bezeichnung SN EN 206-1:2000 "Beton – Teil 1: Festlegung, Eigenschaften, Herstellung und Konformität" (nachfolgend: "*Betonnorm*") in Kraft. Sie ist eine "europäische" Norm, d.h. eine Norm des Europäischen Komitees für Normierung (CEN). CEN-Normen werden in der Schweiz durch die Schweizerische Normen Vereinigung (SNV) als Mitglied der CEN übernommen und als SN EN-Normen publiziert. Im Bereich der Betonnorm sind der Schweizerische Ingenieur und Architektenverein (SIA) und der Schweizerischer Verband der Strassen- und Verkehrsfachleute (VSS) diejenigen Mitglieder des SNV, die für die Umsetzung bzw. Publikation zuständig sind. SN EN-Normen können ein "Nationales Vorwort" und einen "Nationalen Anhang" haben; dies trifft auch auf die Betonnorm zu, wobei diese über mehrere Anhänge verfügt, die regelmässig überarbeitet werden²². Beide Teile, "Nationales Vorwort" und "Nationale Anhänge", haben den gleichen Stellenwert und dieselbe Verbindlichkeit wie die Norm selbst.

Was diese Verbindlichkeit anbelangt, so ergibt sich aus den Ausführungen unter Ziff. 1.2, dass die Betonnorm nicht von einer Behörde im Rahmen eines ordentlichen Gesetzgebungsprozesses erlassen wurde und daher im Grundsatz keine Allgemeinverbindlichkeit beanspruchen kann. Dennoch ist zu beachten:

- Wie andere technische Normen kann die Betonnorm privatautonom – im Rahmen von Verträgen (z.B. Werkvertrag) und bereits im Vertragsabschlussverfahren (Submission) – als anwendbar erklärt werden, etwa dadurch, dass sie direkt als Vertragsbestandteil angeführt wird oder dass eine andere übernommene Norm,

²⁰ BGE 117 II 258 E. 2b. – Die natürliche Vermutung ist eine Erscheinungsform des Indizienbeweises (oder auch Anscheinsbeweises). Sie dient der Beweiserleichterung, hat aber keine Umkehr der Beweislast zur Folge. Die daraus gezogenen Schlüsse stellen grundsätzlich Beweiswürdigung dar.

²¹ Vgl. vorne Ziff. 1.2.1.

²² Vgl. z.B. die regelmässige Aktualisierung der Tabelle NA.3, letztmals vom 30. April 2009.

welche Vertragsbestandteil ist, die Betonnorm mitübernimmt. Auch eine solche "Mitübernahme" kann über eine oder mehrere Stufen erfolgen: durch expliziten Verweis – so wird die Betonnorm insbesondere in SIA-Norm 262 (Betonbau) als mitgeltende Norm aufgeführt und in Anhang E zur SIA-Norm 118/262 (Allgemeine Bedingungen für den Betonbau) als Bezugspunkt erwähnt – oder durch indirekten Verweis, wenn "übrige Norm des SIA" bzw. "im Einvernehmen mit dem SIA aufgestellte Normen eines anderen Fachverbandes" als Vertragsbestandteil erklärt werden (vgl. Art. 7 Abs. 2 Ziff. 5b und Art. 21 Abs. 1 Ziff. 5b der SIA-Norm 118; ferner auch Art. 136 SIA-Norm 118²³). Angesichts der weiten Verbreitung von Werkverträgen mit Implementierung der SIA-Norm 118 ist davon auszugehen, dass die Betonnorm inkl. Nationalem Vorwort und Nationalen Anhängen eine bedeutende privatautonome Verbindlichkeit erlangt hat.

- Hinzu kommt: Die Betonnorm hat – wie jede Normung – vorerst einmal das Ziel, national wie international den Austausch von Waren und Dienstleistungen zu fördern und technische Handelshemmnisse zu verhindern. Im Sinne dieser Zielsetzung schafft die Betonnorm vorab eine "gemeinsame Sprache", indem sie Begriffe, Symbole, Abkürzungen und Klasseneinteilungen bestimmt und den Informationsaustausch regelt. Auf dieser Grundlage werden sodann einheitliche Produktvorschriften (Anforderungen an Beton, Konformitätskriterien) aufgestellt, deren Einhaltung durch harmonisierte Prüfverfahren (Konformitätskontrolle, Produktionskontrolle, Zertifizierung) gewährleistet werden soll (vgl. Ziff. 2.3). Gerade dieser letztgenannte Aspekt verdeutlicht, dass es bei der Betonnorm nicht nur um Rationalisierung, Kompatibilität und Austauschbarkeit geht, sondern auch um die Gewährleistung von Gebrauchstauglichkeit, Qualitätsverbesserung und -sicherung sowie Sicherheit ganz allgemein. Unter dem Gesichtspunkt, dass die Betonnorm (auch) dem Schutze der Sicherheit dient, erlangt sie überall dort rechtliche Relevanz, wo – von jedermann und insofern unabhängig von einer parteiautonomen Übernahme – auf den Stand der Technik und die Regeln der Baukunde verwiesen wird.
- Ob die Betonnorm den Status einer anerkannten Regel der Baukunde genießt, wurde meines Wissens noch nicht gerichtlich entschieden, doch wäre dies wohl zu bejahen. Wie bereits erwähnt, führt bei der Betonnorm bereits die Tatsache, dass sie unter repräsentativer Mitwirkung führender Fachleute ausgearbeitet wurde, zur Vermutung, dass sie als anerkannte Regel der Technik qualifiziert wird. Hinzu kommt (in Bezug auf Anerkennung und Bewährung), dass sie im Kern seit rund sechs Jahren in Kraft ist und – unter einer aktiven Normenkommission SIA 262 "Betonbau" – regelmässig angepasst und ergänzt wird.²⁴

2.2 Exkurs: Verhältnis zum Bauproduktgesetz und Produktsicherheitsgesetz im Speziellen

Beton ist ein Produkt, das hergestellt wird, um dauerhaft in Bauwerke des Hoch- oder Tiefbaus eingebaut zu werden, und unterliegt deshalb dem Bauproduktgesetz

²³ In Bezug auf die "vorausgesetzte" Qualität gilt im Anwendungsbereich der SIA-Norm 118 ganz allgemein, dass die zu verwendenden Baustoffe den "anerkannten Normen", d.h. den allgemein anerkannten Regeln der Technik, zu entsprechen haben, soweit sich weder aus den vertraglich umschriebenen Qualitätsanforderungen noch aus einer Beststellungsänderung etwas anderes ergibt (Art. 136 SIA-Norm 118).

²⁴ Vgl. z.B. die mehrmaligen Aktualisierungen von Tabelle NA.3 des Nationalen Anhangs NA, letztmals am 30. April 2009 mit Wirkung ab 1.1.2010.

("BauPG"²⁵), welches das Inverkehrbringen von Bauprodukten regelt. Das BauPG verlangt dabei, dass nur solche Bauprodukte in Verkehr gebracht werden dürfen, welche die Voraussetzungen nach anderen Bundeserlassen erfüllen und brauchbar sind. Das verlangte Kriterium der "Brauchbarkeit" lässt sich erfüllen, indem ein Produkt (a) nach einer bundesbehördlich bestimmten, technischen Norm oder (b) nach den Regeln der Technik hergestellt wird. Letzteres genügt namentlich, wenn ein Produkt (nur) in der Schweiz in Verkehr gebracht und nicht exportiert wird, da das BauPG im Interesse kleinerer und mittlerer Unternehmen für diesen Fall Erleichterungen vorsieht. — Ohne auf Einzelheiten des BauPG einzugehen, ist im vorliegenden Kontext der Betonnorm folgendes zum Brauchbarkeitskriterium festzuhalten:

- Die Betonnorm ist keine "technische Norm" im Sinne von Art. 4 BauPG, d.h. keine vom zuständigen Bundesamt (konkret: Bundesamt für Bauten und Logistik; "BBL") bezeichnete und in einer Liste im Bundesblatt veröffentlichte Norm²⁶. Da die Betonnorm insbesondere keine "harmonisierte europäische Norm" darstellt, d.h. sie ist nicht von den europäischen Normenorganisationen aufgrund eines Mandats der Kommission erstellt und auch nicht im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften veröffentlicht worden (vgl. Art. 7 der Europäischen Bauprodukterichtlinie), ist eine Aufnahme in der Liste im Bundesblatt derzeit nicht möglich, und es ist in naher Zukunft auch nicht mit einer solchen Aufnahme zu rechnen. Auch wenn hergestellter Beton der Betonnorm entspricht, profitiert er nicht von der gesetzlichen Vermutung, dass ein solches Bauprodukt "brauchbar" im Sinne des BauPG ist.
- Nach Betonnorm SN EN 206-1 hergestellter Beton entspricht jedoch den "Regeln der Technik" und garantiert damit ein unproblematisches Inverkehrbringen auf dem Schweizer Binnenmarkt. Auch wenn die Betonnorm nicht ausreicht, um die gesetzliche Vermutung der Brauchbarkeit (im Sinne von Art. 3 Abs. 4 i.V. mit Abs. 2 BauPG) herbeizuführen, geht von ihr jedenfalls die natürliche Vermutung aus, dass ihre Befolgung den anerkannten Regeln der Technik entspricht.

Das BauPG regelt die *Brauchbarkeit* von Bauprodukten im Hinblick auf die Erfüllung der wesentlichen Anforderungen der Bauwerke, in welche sie eingebaut werden (Art. 3 BauPG). Nicht geregelt wird die *Sicherheit* der Bauprodukte vor ihrem Einbau in ein Bauwerk; diesen Aspekt erfasst vielmehr das Produktesicherheitsgesetz ("PrSG")^{26a}.

²⁵ Das Bauproduktegesetz vom 8. Oktober 1999 (BauPG; SR 933.0; in Kraft seit: 1. Januar 2001) und die Bauprodukteverordnung vom 27. November 2000 (BauPV; SR 933.01) setzen zusammen mit der Interkantonalen Vereinbarung vom 23. Oktober 1998 zum Abbau von technischen Handelshemmnissen (IVTH; SR 946.513) die Europäische Bauprodukterichtlinie (Richtlinie 89/106/EWG des Rates vom 21. Dezember 1988 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Bauprodukte inkl. Änderungen gemäss Richtlinie 93/68/EWG) um.

²⁶ Vgl. aktuell die am 13. Oktober 2009 publizierte Liste (BBL 2009, 6845 ff.)

^{26a} Das Bundesgesetz vom 12. Juni 2009 über die Produktesicherheit (PrSG, SR 930.11, in Kraft seit: 1. Juli 2010) kommt zur Anwendung, wenn es um die Sicherheit eines Bauprodukts geht. BauPG und PrSG sollen sich ergänzen und nicht ausschliessen. — Das PrSG regelt die Inverkehrbringung in Bezug auf *alle* Produkte und die Nachmarktpflichten, letzteres jedoch nur in Bezug auf Konsumentenprodukte (so dass hier wohl nur "Bau-/Hobbymarktfälle" in Betracht fallen). Betreffend Inverkehrbringung sind PrSG und BauPG sehr ähnlich. In beiden Gesetzen wird im Wesentlichen abgestellt auf die Herstellung nach technischen Normen bzw. nach dem Stand der Technik (vgl. Art. 3 Abs. 2 i.V.m. Art. 4 und Art. 6 PrSG), bei deren Einhaltung die Brauchbarkeit bzw. die Erfüllung der vorausgesetzten grundlegenden Sicherheits- und Gesundheitsanforderungen vermutet wird (Art. 5 PrSG).

2.3 Inhaltliche Aspekte – Insbesondere Produktionsüberwachung und Zertifizierung

In inhaltlicher Hinsicht beschäftigt sich die Betonnorm, wie bereits kurz angetönt, im wesentlichen mit zwei Themen, nämlich erstens der *Festlegung* von Produktvorschriften und zweitens der *Einhaltung* dieser Produktvorschriften durch harmonisierte Prüfverfahren. Auf das erste, sehr technische Thema soll vorliegend nicht weiter eingegangen werden. Zum zweiten Bereich – den Anforderungen hinsichtlich der Produktionsüberwachung für Betonhersteller und dem auf drei Ebenen ansetzenden Prüfverfahren – ist hingegen folgendes zu verdeutlichen:

- In erster Linie steht der Betonhersteller in der Pflicht. Jeder Beton ist unter seiner Verantwortung einer *Produktionskontrolle* zu unterziehen (Betonnorm, Ziff. 9.1). Die Produktionskontrolle umfasst dabei alle Massnahmen, die für die Aufrechterhaltung der Konformität des Betons mit den festgelegten Anforderungen erforderlich sind.
- Zur Garantie einer konsequenten Produktionskontrolle dient die Fremdüberwachung durch eine *Überwachungsstelle* (auch Inspektionsstelle genannt). Deren Aufgaben umfassen nach Betonnorm, Anhang C, Ziff. C.2 die Erstbewertung der Produktionskontrolle und die laufende Überwachung der Produktionskontrolle mittels Regelüberwachungen und Sonderüberwachungen.
- Gestützt auf die Berichterstattung der Überwachungsstelle wird schliesslich die *Zertifizierungsstelle* aktiv (Betonnorm, Anhang C, Ziff. C.3). Sie zertifiziert die Produktionskontrolle des Herstellers auf der Grundlage der Erstbewertung der Überwachungsstelle und entscheidet danach, gestützt auf die laufende Überwachung der Überwachungsstelle über die weitere Gültigkeit des Zertifikats. Hält der Hersteller die erforderlichen Kriterien nicht mehr ein, wird die Zertifizierungsstelle nach erfolgloser Aufforderung zur Mängelbehebung innert kurzer Nachfrist eine Sonderprüfung anordnen. Erfüllt der Hersteller auch bei dieser Sonderprüfung die Kriterien nicht, entzieht sie dem Hersteller das Zertifikat. Der Hersteller darf sich nicht mehr auf das Übereinstimmungszertifikat berufen bzw. seinen Beton nicht mehr als Beton nach Betonnorm vertreiben (Anhang C.3.2).

Die werkeigene Produktionskontrolle und die übergeordnete Fremdkontrolle und Zertifizierung bedeuten für einen Betonhersteller einen zeitlichen, administrativen und letztlich auch finanziellen Mehraufwand. Dem stehen Vorteile wie Vereinfachungen bei der Ausschreibung des Betons, grössere Freiheit für den Hersteller beim Festlegen der Betonzusammensetzung und bessere Betonqualität gegenüber, die sich für den Betonhersteller letztlich auch preislich auswirken sollten. Jedenfalls ist aber zu beachten, dass die Überwachungs- und Zertifizierungsbestimmungen klarer Bestandteil der Betonnorm sind und deren Einhaltung eindeutig vorausgesetzt ist für jeden Hersteller, der Beton unter dem "Label" SN EN 206-1 vertreiben will. Anders gesagt: Ein Betonhersteller kann nicht Beton entsprechend SN EN 206-1 anbieten, ohne seine Produktionskontrolle überwachen und zertifizieren zu lassen. Neben dem Entzug eines (allfälligen) Zertifikats im Rahmen der Sonderprüfung bringt die Nichtbeachtung der Norm auch die nachfolgend dargestellten Risiken mit sich.

3. Haftpflicht- und vertragsrechtliche Fragen bei Verletzung der Betonnorm

3.1 Fallkonstellationen

In Anlehnung an die beschriebenen zwei Hauptthemen der Betonnorm lassen sich für Betonhersteller zwei wesentliche Normverletzungsbereiche herausgreifen, nämlich die Verletzung der Produktvorschriften einerseits und die Nichteinhaltung der Regelungen zum Prüfverfahren (fehlende Zertifizierung) andererseits. In der Kombination (und bei unterstellter Vereinbarung der Betonnorm²⁷) ergeben sich daraus 4 Fallkonstellationen:

Übersicht:

		Einhaltung Prüfverfahren / Zertifizierung ("Formelles")	
		erfüllt	nicht erfüllt
Einhaltung der Produktvorschriften ("Inhalt")	erfüllt	1a	1b
	nicht erfüllt	2a	2b

- (1) Das Betonwerk sichert dem Vertragspartner zu, Beton nach Betonnorm zu liefern und liefert Beton in der Folge nach den Produktvorschriften der Betonnorm; hierbei kann unterschieden werden zwischen Fällen, in welchen tatsächlich ein Zertifikat vorliegt (1a), und solchen, in welchen kein Zertifikat vorliegt (1b);
- (2) Das Betonwerk sichert dem Vertragspartner zu, Beton nach Betonnorm zu liefern, die gelieferte Ware entspricht in der Folge aber den Produktvorschriften der Betonnorm *nicht*; auch hier kann man unterscheiden, ob das Betonwerk über eine Zertifizierung verfügt (2a) oder nicht (2b).

Fall 1a, der in der Praxis wohl den Standard darstellt, ist unter juristischen Gesichtspunkten unproblematisch – was zugesichert wurde, ist auch erfüllt. Alle anderen Fälle beinhalten rechtliche Probleme:

- Diese betreffen erstens Fragen des *Vertragsabschlussverfahrens*, wo die Fälle 1b, 2b namentlich im öffentlichen Beschaffungswesen zu Problemen führen können (das "Formelle" stimmt nicht).
- Zweitens ergeben sich Haftungsprobleme im Parteiinnenverhältnis, aber auch im Aussenverhältnis gegenüber Dritten, wenn die gelieferte Qualität nicht dem ver-

²⁷ Die aufgezeigte Matrix wird verdoppelt, wenn man die Konstellation einbezieht, dass zwischen den Vertragsparteien die Betonnorm nicht vereinbart wurde, das Betonwerk also nicht verspricht, Beton nach Betonnorm zu liefern. Auf die daraus entstehenden Sonderfälle wird, soweit relevant, im Folgenden punktuell eingegangen.

sprochenen entspricht (Fälle 2a und 2b; "Inhalt stimmt nicht"), wobei prozessual das Vorliegen bzw. Fehlen eines Zertifikats beweisrechtlich zu beachten bleibt.

Nachstehend wird zuerst auf Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens eingegangen, bevor Ausführungen zu Haftungsfragen folgen.

3.2 Öffentliches Beschaffungswesen: Risiko des Ausschlusses / Anfechtung des Zuschlags

Das Vergabeverfahren bei öffentlichen Beschaffungen ist gesetzlich geregelt, wobei je nach Bauherr und Art des Bauprojekts ein kompliziertes Netz von gesetzlichen Bestimmungen zu beachten ist²⁸. Ungeachtet der Rechtszersplitterung im Bereich des Vergaberichts, lassen sich zur vorliegenden Fragestellung doch allgemeine Aussagen machen.

- *Ausschluss.* Wird in einem öffentlichen Vergabeverfahren Beton nach Betonnorm SN EN 206-1 ausgeschrieben²⁹ und gibt ein Unternehmer bzw. Betonhersteller ein Angebot ein, obwohl er nicht über ein Zertifikat verfügt, so stimmen Offerte und Ausschreibung nicht überein. Beton nach SN EN 206-1, der den Anforderungen der Ausschreibung entspricht, liegt nur vor, wenn die Erfordernisse der Produktionskontrolle erfüllt und das Zertifikat vorliegt. Ein Angebot, das dem nicht entspricht, ist deshalb aus dem Verfahren auszuschliessen, weil es an einer wesentlichen Voraussetzung für den Zuschlag fehlt³⁰.
- *Anfechtbarkeit.* Hat die ausschreibende Behörde (bzw. deren Hilfspersonen) hingegen (in Missachtung ihrer Pflicht zur Prüfung der Angebote) übersehen, dass ein Angebot den Anforderungen der Offerte nicht entspricht und keinen Ausschluss verfügt bzw. diesem Anbieter sogar den Zuschlag erteilt, ist der Zuschlag in einem verwaltungsrechtlichen Verfahren anfechtbar, sofern die übrigen Voraussetzungen

²⁸ Vergaben, bei welchen Bundesstellen als Auftraggeberin auftreten, sind grundsätzlich dem Bundesgesetz vom 16. Dezember 1994 über das öffentliche Beschaffungswesen (BoeB; SR 172.056.1) sowie der Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VoeB, SR 172.056.11) unterstellt. Für kantonale und kommunale Vergaben stellt die revidierte Interkantonale Vereinbarung vom 25. November 1994/15. März 2001 über das öffentliche Beschaffungswesen (revIVöB; SR 172.056.5) vereinheitlichende Verfahrensgrundsätze auf und setzt gleichzeitig Verpflichtungen aus den Bilateralen Abkommen Schweiz/EU bzw. GATT/WTO-Vorgaben ins kantonale Recht um. Soweit die revIVöB keine Regeln aufstellen, gilt kantonales Beschaffungsrecht. Vorschriften für das kantonale Vergaberecht ergeben sich auch aus dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über den Binnenmarkt (BGBM; SR 943.02). Das Beschaffungsrecht des Bundes (BoeB, VoeV) soll revidiert werden: Am 30. Mai 2008 gab der Bundesrat den Vorentwurf zur Totalrevision des BoeB in die Vernehmlassung. Angesichts der Wirtschaftslage hat sich der Bundesrat in der Folge für ein gestaffeltes Vorgehen entschieden: Neuerungen, die sich günstig auf die Konjunktur auswirken könnten, sollen rasch auf Verordnungsebene und ihm Rahmen einer Teilrevision des Gesetzes umgesetzt werden und bereits auf den 1. Januar 2010 in Kraft gesetzt werden. Die Totalrevision wird anschliessend fortgesetzt. Auf eine nationale Teilvereinheitlichung des Beschaffungsrechts wird verzichtet (vgl. www.efd.admin.ch/dokumentation/zahlen/00579/00610/00825/index.html?lang=de).

²⁹ Gemäss Art. VI Abs. 2 des WTO-Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen vom 15. April 1994 (GPA; SR 0.632.231.422) sind in Vergabeverfahren technische Spezifikationen soweit vorhanden auf internationale Normen, ansonsten auf nationale technische Vorschriften, anerkannte nationale Normen oder Bauvorschläge zu stützen.

³⁰ Art. 19 Abs. 3 BoeB; Art. 15 Abs. 1bis Bst d revIVöB; vgl. etwa BVR 2004 S. 229 E. 2.2; BLVGE 1998 S. 295 E. 5. – Vgl. auch AGVE 2002, Nr. 75, 313 ff. (Baurecht 2003, No S32, 151 f.): Die in einer Ausschreibung enthaltenen technischen Spezifikationen sind Produkteanforderungen und damit absolute Kriterien; ihre Nichterfüllung führt zur Nichtberücksichtigung des Angebots. Ferner kann bereits in der Präqualifikation geprüft werden, ob die von einem Unternehmer zu offerierenden Produkte die verlangten technischen Vorgaben einhalten können.

für einen Rechtsmittelweg vorliegen³¹. Das Beschwerderecht steht den im Verfahren nicht berücksichtigten oder ausgeschlossenen Mitbewerbern zu. Ist der Vertrag noch nicht abgeschlossen, kann die Beschwerdeinstanz bei Erfolg einer Beschwerde den Zuschlag aufheben³². Ist der Vertrag bereits abgeschlossen und erweist sich die Beschwerde als begründet, stellt das Gericht fest, dass die Verfügung rechtswidrig ist; der Vertrag kann nicht mehr aufgehoben werden, der geschädigte Bewerber hat (nur noch) Anspruch auf Schadenersatz³³.

Eine Verletzung der Submissionsvorschriften kann damit in den Fällen 1b und 2b (kein Zertifikat trotz entsprechender Zusicherung / Vorschriften der Ausschreibung nicht erfüllt) vorliegen. Hinzu kommt ein Weiteres: Für den Fall, dass die öffentliche Vergabe sich auf den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages richtet (und natürlich auch bei einer privaten Submission), untersteht der Vertrag dem privaten Vertragsrecht und damit z.B. auch den gesetzlichen bzw. vereinbarten *Ungültigkeits- und Auflösungsbestimmungen*. Damit bleibt einem Besteller von Beton nach Betonnorm, dessen Lieferant nicht über ein Zertifikat verfügt, die Möglichkeit offen, sich auch nach Vertragsabschluss auf Irrtum oder sogar absichtliche Täuschung zu berufen oder den Vertrag aus wichtigen Gründen aufzulösen.

Die geschilderten Konsequenzen machen klar, dass nicht nur die "inhaltlichen", sondern auch die "formellen" Anforderungen nach SN EN 206-1 von Betonlieferanten erfüllt werden müssen.

3.3 Mängelhaftung gegenüber dem Vertragspartner

Wer Beton liefert, der die vertraglich zugesicherten Qualitäten nicht aufweist, liefert mangelhaften Beton und unterliegt deshalb der Mängelhaftung gegenüber dem Vertragspartner. Dies ist selbstverständlich, so dass nur drei Ergänzungen anzubringen sind:

- Entspricht ein Werk nicht den anerkannten Regeln der Technik, so liegt in aller Regel ein Mangel vor, weil es dem Werk an der vorausgesetzten Eigenschaft, der Gebrauchstauglichkeit oder Werthaltigkeit fehlt. Umgekehrt gibt es Fälle, in denen selbst die Ausführung des Werkes nach den "anerkannten Regeln der Technik" nicht ausreicht, um einen Werkmangel zu vermeiden. So kann auch ein technisch einwandfreies Werk mangelhaft sein, weil ihm eine vereinbarte, vom Unternehmer zugesicherte Eigenschaft fehlt, weil es sonstwie (z.B. infolge eines Schönheitsfehlers) von der berechtigterweise zu erwartenden Normalbeschaffenheit abweicht, oder

³¹ Die Verfahrens- und Rechtsschutzbestimmungen des Submissionsrechts gelten z.B. nicht für Bagatellvergaben. Was im Bagatellbereich liegt, ergibt sich aus den jeweiligen Schwellenwerten. Der Schwellenwert gemäss revIVöB liegt für Lieferungen für die freihändige Vergabe bei CHF 100'000; für das Einladungs- bzw. offene/selektive Verfahren bei CHF 250'000.--. Kantone können tiefere Schwellenwerte festsetzen (Art. 12bis Abs. 3 revIVöB). In einigen Kantonen können Gemeinden diese Schwellenwerte in Kommunalen Submissionsordnungen noch unterschreiten (vgl. BGE 131 I 137 E. 2.4).

³² Und den Zuschlag direkt an einen Mitbewerber erteilen oder die Sache an die Auftraggeberin mit oder ohne verbindliche Anordnungen zurückweisen; vgl. z.B. Art. 18 Abs. 1 revIVöB.

³³ Vgl. z.B. Art. 18 Abs. 2 revIVöB. – Die Frage, welches rechtliche Schicksal den Vertrag ereilen soll, den ein öffentlicher Auftraggeber in Missachtung der ihm auferlegten vergaberechtlichen Vorschriften abgeschlossen (oder abgeändert) hat, ist freilich sehr kontrovers; vgl. neuestens z.B. Martin Beyeler, Welches Schicksal dem vergaberechtswidrigen Vertrag? Ein Vorschlag, der die Mitte sucht, in: AJP 2009, 1141 ff.

weil trotz Einhaltung aller anerkannter Normen die erforderliche Gebrauchstauglichkeit nicht erreicht wird.³⁴

- Bei fehlerhaftem Beton wird der Bauherr oftmals von seinem Nachbesserungsrecht Gebrauch machen wollen, weil eine Wandelung in der Regel ausgeschlossen sein wird (da der Beton auf dem Grundstück des Bestellers verbaut ist) und eine bloss Minderung den Besteller kaum zufriedenstellen dürfte. Der Nachbesserungspflicht kann sich der Unternehmer sowohl nach Art. 368 Abs. 2 OR als auch nach Art. 169 Abs. 1 Ziff. 1 SIA-Norm 118 dann nicht mit dem Argument entziehen, eine Verbesserung verursache übermässige Kosten, wenn ein Mangel Auswirkungen auf die Sicherheit hat.³⁵ Derartige Sicherheitsaspekte spielen gerade bei einem Grundbaustoff wie Beton regelmässig eine grosse Rolle.³⁶
- Beton (z.B. Transportbeton) wird häufig vom Betonwerk im Rahmen eines Subunternehmer-Werkvertrages an den Unternehmer geliefert, welcher ihn nachher unter seinem Werkvertrag mit dem Bauherrn (Erst-Besteller) verbaut. Dadurch ergibt sich betreffend Mängelhaftung bei fehlerhaftem Beton in der Regel folgende Konstellation: Dem Bauherrn (Erst-Besteller) stehen (werk-³⁷)vertragliche Ansprüche nur gegenüber seinem Vertragspartner, dem Unternehmer³⁸, zu, nicht auch gegenüber dem Subunternehmer. Die Mängelhaftung des Subunternehmers richtet sich demgegenüber nach der Vertragsregelung mit dem Unternehmer. Dies kann zu Schnittstellenproblemen führen, beispielsweise dadurch, dass bei fehlerhaftem Beton der Bauherr unter Umständen (vgl. den vorstehenden Absatz) gegenüber dem Unternehmer die Verbesserung des mangelhaften Werkes verlangen kann, das Nachbesserungsrecht des Unternehmers sich aber auf Ersatzlieferung von vertragsgemäsem Beton beschränkt. Aus Sicht des Subunternehmerverhältnisses erweist sich die Verbesserung des Werkes, die (kostenmässig) über die Nachlieferung von mängelfreiem Beton hinausgeht, als Mangelfolgeschaden, für den der Subunternehmer dem Unternehmer bei Verschulden (nicht aber kausal) einzustehen hat.

Da die Lieferung von fehlerhaftem Beton, dessen Mangelhaftigkeit nicht sofort erkannt wird, regelmässig sehr hohe Kostenfolgen nach sich zieht, rechtfertigt sich ein kurzer Seitenblick auf Versicherungsaspekte:

- Grundsätzlich nicht versicherbar ist die auf richtige Erfüllung des Werkvertrages gerichtete Mängelhaftung des Unternehmers (d.h. Wandlungs-, Minderungs- und Nachbesserungsverpflichtungen); Ansprüche aus den kausalen Mängelrechten be-

³⁴ Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 1398, 1422, 1429.

³⁵ Geht es "um die Beseitigung eines Mangels, der Leib und Leben der Benutzer oder Dritter gefährdet, so gibt es keine Kompromisse: der Mangel ist auf Verlangen des Bestellers zu beseitigen, unbekümmert um die Höhe der Kosten und auch dann, wenn die Gefahr nicht den Besteller persönlich trifft" (Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 1760; vgl. auch Gauch, Kommentar zur SIA-Norm 118, Art. 157-190, Zürich 1991, Art. 169, N 14).

³⁶ Beispiel: Als Folge einer defekten Düse produziert die Betonmischanlage vor Ort einen Beton mit zu hohem Wasser- und zu tiefem Zementanteil, wodurch eine Decke mit Magerbeton eingebaut wird, die den Anforderungen an die Tragkraft der Decke in keiner Weise entsprechen kann. Rückbau der Decke und Neueinbau sind deshalb unumgänglich.

³⁷ Auch für einen Werkmangel, der seine Ursache in einem Mangel des vom Unternehmer gelieferten Stoffes hat, haftet der Unternehmer nach den Regeln über die werkvertragliche Mängelhaftung (Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 1477 ff.).

³⁸ Der Unternehmer haftet unabhängig vom Verschulden auf Wandelung, Minderung oder Nachbesserung für Mängel des abgelieferten Werkes. "Das gilt unter Einschluss solcher Mängel, die ihren Grund in der Arbeit eines Subunternehmers haben; oder darin, dass der Stoff mangelhaft ist, den der Unternehmer für das Werk geliefert, jedoch bei einem Dritten bezogen hat" (Gauch, Werkvertrag (zit. in Fn 13), Nr. 1504).

schlagen, wie die Verpflichtung auf Vertragserfüllung selbst, das Unternehmerrisiko.³⁹

- Allerdings bestehen gewisse Möglichkeiten, sich im Rahmen einer Spezialversicherung Zusatzdeckung zu verschaffen. So kann der Unternehmer Sachschäden infolge Ermittlung und Behebung von Mängel und Schäden versichern. Ebenso besteht für Zulieferer von Bau- bzw. Werkstoffmaterialien die Möglichkeit, sich über eine Zusatzversicherung Deckung für "Aus- und Einbaukosten" zu verschaffen, womit der Versicherungsschutz erstreckt wird auf sämtliche Aufwendungen für die Entfernung, den Ausbau, die Freilegung von mangelhaften und den nachfolgenden Einbau, das Anbringen oder Verlegen von mangelfreien Sachen.⁴⁰

3.4 Haftung gegenüber Dritten

Wer mangelhaften Beton liefert, setzt sich nicht nur einer Haftung gegenüber dem Vertragspartner (wegen Vertragsverletzung) aus, sondern auch der Verantwortlichkeit gegenüber Dritten.⁴¹ Führt eine Verletzung der Betonnorm dazu, dass ein Dritter einen Körper- oder Sachschaden erleidet, so ist der fehlbare Unternehmer/Hersteller zu Schadenersatz verpflichtet. Dies gilt nach der allgemeinen Haftungsnorm von Art. 41 OR und der diesbezüglichen Rechtsprechung, wonach eine Verletzung von technischen Normen (zumindest vermutungsweise) als Unsorgfalt zu werten ist.⁴²

Noch strenger ist freilich die Haftung im Produkthaftungsgesetz (PrHG) geregelt. Nach Art. 1 PrHG haftet der Hersteller für den Schaden, wenn ein fehlerhaftes Produkt dazu führt, dass eine Person getötet oder verletzt oder eine Sache des privaten Ge- oder Verbrauchs beschädigt oder zerstört wird. Als haftungsbegründende Voraussetzungen eines Anspruches muss der Geschädigte den Schaden, das Vorliegen eines fehlerhaften Produktes, den Kausalzusammenhang zwischen dem Fehler des Produktes und dem Schaden und die Herstellereigenschaft des Beklagten, jedoch kein Verschulden beweisen. – Im Einzelnen ist zu diesen Voraussetzungen zu erwähnen⁴³:

- Der *Produktbegriff* des PrHG (Art. 3 PrHG) umfasst zwar nicht ein unbewegliches Bauwerk, ist ansonsten aber ausserordentlich weit und beinhaltet namentlich auch aus der Natur gewonnene Grundstoffe wie Mineralien, Sand oder Kies sowie nahezu alle Baustoffe und Bauteile wie namentlich auch Beton und Mörtel oder vorgefertigte Bauelemente.

³⁹ Vgl. hierzu im Detail z.B. Bruno Schatzmann, Versicherungsschutz für die nichtgehörige Erfüllung von Kauf- und Werkverträgen in der Betriebshaftpflicht, Diss. Bern 1999, Daniel Trümpy / Roland Hürlimann, Die Betriebshaftpflichtversicherung für das Baugewerbe, Baurecht 1999, 83 ff.

⁴⁰ Romuald Fuchs, Haftungs- und Versicherungsdeckungssituation bei Aus- und Einbaukosten mangelhafter Baumaterialien bzw. Produkte, in: Jusletter 13. Juni 2005

⁴¹ Wie vorstehend gerade erwähnt, kommt als "Dritter" auch der Bauherr in Frage, der über keine direkte Vertragsbeziehung zum Betonhersteller verfügt, welcher Beton als Subunternehmer an den Unternehmer liefert.

⁴² Vgl. Roland Brehm, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Bern 2006, Art. 41, N 186 und den dort zitierten (nicht publizierten) Bundesgerichtsentscheid vom 16. Juni 1984 im Zusammenhang mit der Verletzung einer SIA-Norm: Dass es sich bei dieser SIA-Norm nicht um Rechtsnormen handelte und die Empfehlung auch nicht zum Gegenstand einer baupolizeilichen Auflage gemacht worden war, ändert nichts an der Einschätzung des Bundesgerichts, dass "solche Empfehlungen eines Fachverbandes ... Ausdruck der üblicherweise zu beachtenden Sorgfalt" seien.

⁴³ Vgl. hierzu auch Walter Fellmann: Das neue Produkthaftungsgesetz: Ein erster Kommentar – Namentlich für die Baubranche, in: Baurecht 1994, S. 28 f.

- Der Begriff des *Herstellers* (Art. 2 PrHG) erfasst den Hersteller des Endproduktes, eines Teilproduktes oder eines Grundstoffes, insbesondere auch einen Unternehmer, der Baustoffe oder andere Materialien, die für den Bau verwendet wurden, selbst hergestellt hat.
- Der *Fehlerbegriff* des PrHG (Art. 4 PrHG) orientiert sich allein an der Sicherheit eines Produkts und deckt sich insofern nicht zwingend mit dem Mangelbegriff nach Werkvertragsrecht. Während der Mangel im Werkvertragsrecht im vertragswidrigen Zustand des Werkes liegt, besteht der Produktfehler in der Verletzung des geforderten Sicherheitsstandards: Das Produkt bietet nicht die Sicherheit, die man unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist⁴⁴.
- In Bezug auf die Sicherheitserwartungen, die an das Bauprodukt "Beton" geknüpft werden, kommt der Betonnorm insoweit Relevanz zu, als sie (auch) dem Schutze der Sicherheit dient. Man wird nicht soweit gehen können, jeden Beton, der nicht nach Betonnorm produziert wurde, pauschal als mit einem Produktfehler behaftet zu qualifizieren. Doch lässt sich immerhin umgekehrt sagen: Wer Beton nach Betonnorm herstellt und liefert, ist jedenfalls in Einklang mit den "Regeln der Technik" und profitiert von der tatsächlichen Vermutung, dass er fehlerfrei und sicher produziert hat.⁴⁵ Für Produzenten ist es daher auch aus haftungsrechtlichen Gründen im eigenen Interesse, sich nach den Vorgaben der Betonnorm zu richten. Die Implementierung und Aufrechterhaltung des Produktionsüberwachungs- und Zertifizierungssystem nach Betonnorm schafft einerseits die organisatorischen Voraussetzungen dafür, dass (präventiv) unsichere Produkte vermieden werden, und andererseits die dokumentarischen Grundlagen, damit ein entlastender Nachweis von Sorgfalt in Organisation und Prozessen erbracht werden kann.

Die vorstehend beschriebene Situation betrifft jeweils den Fall einer Direkthaftung gegenüber einem Dritten. Der Vollständigkeit halber ist zu erwähnen, dass einem geschädigten Dritten unter Umständen (alternative) Ansprüche gegen mehrere Haftpflichtige (z.B. einen nach Art. 58 OR verantwortlichen Werkeigentümer und den Unternehmer) zustehen und er es vorzieht, nicht den "Betonverantwortlichen", sondern einen anderen Haftpflichtigen (allein) ins Recht zu fassen. Die Haftung desjenigen, der für den mangelhaften Beton einzustehen hat, kann in der Folge erst in einem zweiten Schritt, über einen Rückgriff, zum Tragen kommen.

⁴⁴ Im sogenannten Kaffeekannenentscheid (BGE 133 II 81 = 4C.298/2006 vom 19 Dezember 2006) äusserte das Bundesgericht erste höchstrichterliche Überlegungen zur Auslegung des Fehlerbegriffs bzw. was unter "berechtigten Sicherheitserwartungen" zu verstehen sei. Das Bundesgericht lehnt dabei eine "konstitutive Bedeutung" der in der Lehre entwickelten Fehlerkategorien nach Art der Fehlerursache (Konstruktions-, Fabrikations- oder Darbietungsfehlers) ab und spricht sich für eine "europarechtskonforme Auslegung" aus. Es erinnert daran, dass die Fehlerdefinition in Art. 4 Abs. 1 PrHG nahezu wörtlich von Art. 6 der Richtlinie 85/374/EWG übernommen wurde. In der Folge bezieht es sich auf die in der Produkthaftpflicht-Richtlinie enthaltenen «Erwägungen». "... *Damit der Verbraucher in seiner körperlichen Unversehrtheit und seinem Eigentum geschützt wird, ist zur Bestimmung der Fehlerhaftigkeit eines Produkts nicht auf dessen mangelnde Gebrauchsfähigkeit, sondern auf einen Mangel an Sicherheit abzustellen, die von der Allgemeinheit berechtigterweise erwartet werden darf. Bei der Beurteilung dieser Sicherheit wird von jedem mißbräuchlichen Gebrauch des Produkts abgesehen, der unter den betreffenden Umständen als unvernünftig gelten muß.*" – Wegen der offensichtlichen Analogie zwischen der EG-Richtlinie und dem PrHG seien die dort angestellten Überlegungen auch gültig, um den vom PrHG angestrebten Zweck zu definieren.

⁴⁵ Zudem steht unter Umständen der Entlastungsbeweis nach Art. 5 lit. e PrHG offen, dass "der Fehler nach dem Stand der Wissenschaft und Technik im Zeitpunkt, in dem das Produkt in Verkehr gebracht wurde, nicht erkannt werden konnte."

3.5 Haftungsfragen für Ingenieure und Architekten

Abschliessend noch ein Seitenblick auf die Haftungssituation der Ingenieure und Architekten, die sich mit der Ausschreibung von Beton und der (Fach-) Bauleitung befassen.

- Der Bauingenieur bzw. Architekt hat gegenüber dem auftraggebenden Bauherrn eine allgemeine Sorgfaltspflicht zu erfüllen und dabei die berechtigten Interessen seines Vertragspartners in guten Treuen zu wahren. Bauingenieure, Architekten usw. sind deshalb bereits aus dem Vertragsverhältnis mit dem Bauherrn verpflichtet, die allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik einzuhalten. Im vertraglichen Kontext können Architekt/Ingenieur und Bauherr zwar zum Thema "anerkannte Regeln der Technik" anderslautende Abreden treffen. Allerdings bestehen diesbezüglich gewichtige gesetzliche Einschränkungen der Privatautonomie.⁴⁶ Ferner gilt es zu beachten, dass eine solche Parteivereinbarung Auswirkungen auf Drittverträge haben kann, so namentlich z.B. auf Versicherungsverträge, die häufig die Obliegenheit beinhalten, dass die Versicherten die allgemein anerkannten Regeln der Baukunde einzuhalten bzw. für deren Einhaltung besorgt zu sein haben⁴⁷.
- Wie bereits erwähnt, hat der Ingenieur bzw. Architekt sich daneben aber auch unabhängig vom konkreten Vertragsverhältnis an die "anerkannten Regeln der Technik" zu halten. Diese gehören zu den "Regeln der Baukunde", deren Beachtung gerade von Ingenieuren und Architekten (als Personen, die mit der Leitung oder Ausführung eines Bauwerkes beschäftigt sind) strafrechtlich sanktioniert ist⁴⁸, sodann zur Beurteilung der zivilrechtlichen Verantwortlichkeit gegenüber Dritten, die durch Verletzung der Regeln der Baukunde einen Personen- oder Sachschaden erleiden, beigezogen werden und schliesslich direkt oder indirekt Eingang in das öffentliche Baubewilligungs- bzw. Baupolizeirecht finden können.

Vor diesem Hintergrund spricht für Architekten und Ingenieure alles dafür, bei Ausschreibung und Bauabwicklung die Betonnorm vereinbaren zu lassen und für deren Beachtung zu sorgen.⁴⁹

4. Zusammenfassende Schlussbemerkungen

Die Betonnorm ist zwar kein allgemeinverbindliches Gesetz, sondern "bloss" eine private technische Norm. Dennoch hat sie weitreichende Bedeutung, weil sie (a) im SIA-Baubereich regelmässig direkt oder indirekt privatautonom vereinbart wird und (b) mittlerweile (zumindest gestützt auf eine natürliche Vermutung) den Stand der Technik und die Regeln der Baukunde repräsentiert.

Wann immer die Anwendung der Betonnorm privatautonom vereinbart bzw. für einen Vertragsabschluss vorausgesetzt wurde, ist sie vom Unternehmer/Betonlieferanten in ih-

⁴⁶ So wäre – selbst im Parteiinnenverhältnis – die Vereinbarung eines Vorgehens ungültig, das Leib und Leben von Mitmenschen in unerlaubter Weise gefährdet (vgl. vorne Fn 19; zur Situation des Tragwerkplaners, dessen Bauherr explizit die empfohlene Prüfung der Erdbebensicherheit bzw. die erforderliche Erdbebenertüchtigung gemäss SIA-Normen nicht will, vgl. Siegenthaler, zit. Fn 16, S. 6 f.). – Dass Mitglieder des SIA ferner eine vereinsrechtliche Pflicht zur Einhaltung von SIA-Normen haben, wurde bereits erwähnt (Fn 10).

⁴⁷ Vgl. vorne Ziff. 1.2.2.

⁴⁸ Vgl. vorne Ziff. 1.2.1.

⁴⁹ In der Tat führen denn auch die von Architekten und Ingenieuren benutzten Softwareprogramme für NPK-Ausschreibungen standardmässig die Betonnorm zu Beginn als "weitere Bestandteile" der Ausschreibung bzw. des Werkvertrages auf.

rer Gesamtheit einzuhalten. Dies bedeutet namentlich, dass nicht nur die Produktvorschriften, sondern auch die Prüfverfahren, welche die Einhaltung der Produktvorschriften sicherstellen sollen, zu erfüllen sind. Die Lieferung von "Beton nach Betonnorm" kann nur derjenige zusichern, der über ein entsprechendes Zertifikat verfügt. Wer ohne Zertifikat an einer Submission teilnimmt, die Beton nach Betonnorm voraussetzt, muss – im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens – ausgeschlossen werden bzw. würde (falls kein Ausschluss stattfindet) einen anfechtungsbehafteten Zuschlag erhalten. Bei öffentlicher wie privater Submission könnte ein allenfalls abgeschlossener Vertrag ferner wegen Willensmängeln angefochten bzw. aus wichtigen Gründen aufgelöst werden.

Weil die Betonnorm als Stand der Technik und als anerkannte Regel der Baukunde qualifiziert werden kann (und sogar selbst, wenn dies nicht gelten würde), erweist sich die Einhaltung der Betonnorm als von Vorteil. Dies betrifft namentlich: (a) das Inverkehrbringen von Beton auf dem Schweizer Binnenmarkt, was eine Herstellung nach den Regeln der Technik verlangt; (b) die Haftung des Betonproduzenten, der bei Einhaltung der Betonnorm jedenfalls in Einklang mit den "Regeln der Technik" steht und von der tatsächlichen Vermutung profitiert, dass er fehlerfrei und sicher produziert hat; (c) die Haftung der Ingenieure und Architekten, die bei Ausschreibung und Bauleitung die allgemein anerkannten Regeln der Bautechnik einzuhalten haben.