



DIE QUALIFIKATION DES GUTACHTERVERTRAGES

SEMINARARBEIT IM OR

Vorgelegt von

Daniel Conca / 00-205-740

Rte Ste-Agnès 4
1700 Fribourg

Daniel.Conca@unifr.ch

cand. iur. 8. Semester

bei Prof. Marc Amstutz
Universität Freiburg i.Ue.

Session April/Mai 2004

INHALTSVERZEICHNIS

LITERATURVERZEICHNIS	III
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS.....	VI
I. EINLEITUNG	1
1. AUFGABENSTELLUNG	1
2. PROBLEMKREISE UND DEREN ABGRENZUNGEN	1
II. DIE TYPENVERTRÄGE UND DEREN UNTERSCHIEDUNG	1
1. AUSGANGSLAGE	1
1.1. <i>Historie</i>	1
1.2. <i>Zur Systematik</i>	2
1.3. <i>Die „Fussangel“</i>	2
2. DER ARBEITSVERTRAG	2
2.1. <i>Die Begriffsmerkmale</i>	2
2.2. <i>Abgrenzungskriterien</i>	3
3. DER WERKVERTRAG	3
3.1. <i>Die Begriffsmerkmale und Abgrenzungskriterien</i>	3
3.2. <i>Besondere Problemkreise des Werkvertragsrechts</i>	4
4. DER AUFTRAG	7
4.1. <i>Die Charakterisierung</i>	7
4.2. <i>Abgrenzung</i>	7
III. DER GUTACHTERVERTRAG	8
1. NATUR DES GUTACHTENS	8
1.1. <i>Im Allgemeinen</i>	8
1.2. <i>In der Praxis</i>	8
2. DAS ZIEL EINES GUTACHTENS	9
2.1. <i>Inhalt und Aussagen</i>	9
2.2. <i>Die Überprüfbarkeit</i>	9
3. DIE QUALIFIKATION	10
3.1. <i>Lehre und Rechtsprechung</i>	10
3.2. <i>Das Beispiel des Vertrages über die Schätzung einer Liegenschaft</i>	11
3.3. <i>Die Konklusion</i>	12
IV. ERGEBNIS	13

LITERATURVERZEICHNIS

Zitierweise:

Die aufgeführten Werke werden mit dem Namen des Verfassers, der Seitenzahl und/oder der Randnote bzw. Ziffer der Fundstelle zitiert.

- BELLANGER FRANCOIS Das schweizerische Umweltschutzgesetz, Rechtsprechung von 1995 bis 1999, in: URP 2001, S. 619 ff.
- BRINER HANS Privatrechtliche Baumängel, in: Münch Peter/Karlen Peter/Geiser Thomas (Hrsg.), Handbücher für die Anwaltspraxis, IV. Band, Beraten und Prozessieren in Bausachen, Basel/Genf/München 1998.
- BUCHER EUGEN Obligationenrecht – Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988.
- BÜHLER THEODOR Art. 363-379 OR, in: Gauch Peter / Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Teilband V 2d: Der Werkvertrag, Art. 363 – 379 OR, 3. Aufl., Zürich 1998 (zit.: BÜHLER, ZüKomm.).
- DASSER FELIX Vertragstypenrecht im Wandel, Konsequenzen mangelnder Abgrenzbarkeit der Typen, Zürich 2000.
- DESSEMONTET FRANCOIS Les contrats de service, in: ZSR 1987 (II), 106, S. 93 ff.
- ENGEL PIERRE Contrats de droit suisse, Bern 2000.
- FELLMANN WALTER Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner Kommentar), VI. Band: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 4. Teilband: Der einfache Auftrag, Art. 394-406 OR, 4. Aufl., Bern 1992 (zit.: FELLMANN, BeKomm.).
- FICK F. Titel 1 – 22 mit leicht fasslichen Erläuterungen, in: Schneider A. / Fick H. (Hrsg.), Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, 4. Aufl., Zürich 1915.
- FUNK FRITZ Handkommentar des Obligationenrechtes, Aarau 1928.
- GAUCH PETER Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996.
- DERSELBE Zurück zum Geist-Werkvertrag!, in: recht 1983, S. 132 ff. (zit.: GAUCH, Geist-Werkvertrag).
- DERSELBE Vom Architekturvertrag, seiner Qualifikation und der SIA-Ordnung 102, in: Gauch Peter / Tercier Pierre (Hrsg.), Das Architektenrecht – Le droit de l'architecte, 3. Aufl., Fribourg 1995 (zit.: GAUCH, Architekturvertrag).

- GAUCH PETER/
AEPLI VIKTOR/
STÖCKLI HUBERT Präjudizienbuch zum OR, Rechtsprechung des Bundesgerichts,
Zürich 2002.
- GAUCH PETER/
SCHLUEP WALTER R./
SCHMID JÖRG/
REY HEINZ Schweizerisches Obligationenrecht , Allgemeiner Teil ohne
Haftpflichtrecht , Band I , 8. Aufl. , Zürich 2003 (zit.:
GAUCH/SCHLUEP/SCHMID).
- GAUTSCHI GEORG Zur Qualifikation des Architektenvertrages in BGE 98 II 305 ff., in:
SJZ 70, 1974, S. 21 ff.
- DERSELBE Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner
Kommentar), VI. Band: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die
einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag, Art.
363-379 OR, 2. Aufl., Bern 1967 (zit.: GAUTSCHI, BeKomm.).
- HAFNER H. Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen
und Sachregister, 2. Aufl., Zürich 1905.
- HAGER GÜNTER Der Werkmangel: Begriff und Abgrenzungen, in: Koller Alfred
(Hrsg.), Haftung für Werkmängel, St. Gallen 1998.
- HOFSTETTER JOSEF Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in: Vischer
Frank (Hrsg.), Schweizerisches Privatrecht, Band VII/2,
Obligationenrecht – Besondere Vertragsverhältnisse, Basel 1979.
- HÜRLIMANN ROLAND Der Architekt als Experte, in: Gauch Peter / Tercier Pierre (Hrsg.),
Das Architektenrecht – Le droit de l'architecte, 3. Aufl., Fribourg
1995.
- JAVILLIER JEAN-CLAUDE Droit du travail, 6. Aufl., Paris 1998.
- KASER MAX Das Römische Privatrecht, Die nachklassischen Entwicklungen, in:
Von Müller Iwan/Otto Walter/Bengtson Hermann (Hrsg.), Handbuch
der Altertumswissenschaften, München 1959.
- KOLLER ALFRED Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Berner
Kommentar), VI. Band: Das Obligationenrecht, 2. Abteilung: Die
einzelnen Vertragsverhältnisse, 3. Teilband: Der Werkvertrag, Art.
363-366 OR, Bern 1998 (zit.: KOLLER, BeKomm.).
- DERSELBE Der Werkvertrag, in: Guhl Theo/Koller Alfred/Schnyder Anton
K./Druey Jean Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9.
Aufl. , Zürich 2000 (zit.: GUHL / KOLLER).
- KRELLER HANS Römisches Recht II, Grundlehren des gemeinen Rechts,
Wien 1950.
- MERGEN ARMAND Das kriminologische Gutachten, Mainz-Gonsenheim 1959.
- REHBINDER MANFRED Schweizerisches Arbeitsrecht, 14. Aufl., Bern 1999.

- ROMPE G. Das orthopädische Gutachten – Qualitätsaspekte, in: SZS, 1996, S.177 ff.
- SCHLUEP WALTER R./
AMSTUTZ MARC Einleitung vor Art. 184 ff., in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3. Aufl., Basel 1992 (zit.: SCHLUEP/AMSTUTZ, BaKomm.).
- SCHOENENBERGER WILHELM/
STAEHELIN ADRIAN Art. 319-330a, in: Gauch Peter / Schmid Jörg (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Zürcher Kommentar), Obligationenrecht, Teilband V 2: Der Arbeitsvertrag, Art. 319 – 362 OR, 3. Aufl., Zürich 1981 (zit.: SCHOENENBERGER/STAEHELIN, ZüKomm.).
- SEILER HANS HERMANN Werkvertrag und ähnliche Verträge, Vorbemerkungen zu § 631 BGB, in : Westermann Harm Peter (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 10. Aufl., Köln 2000.
- STÖCKLI HUBERT Die Qualifikation des Gutachtervertrages, in: BRT 2003, S. 233 ff.
- TERCIER PIERRE Le point sur la partie spéciale du droit des obligations/Entwicklungen im Obligationenrecht, Besonderer Teil, in : SJZ 98 (2002), S. 304 ff.
- DERSELBE Les contrats spéciaux, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2003 (zit.: TERCIER CS).
- WEBER ROLF H. Kommentar zu Art. 404, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3. Aufl., Basel 1992 (zit.: WEBER, BaKomm.).
- WERRO FRANZ/
HAAS JOSIANE La qualification du contrat d'expertise ATF 127 III 328, in: Zufferey Jean-Baptiste, Droit de la construction 2/2002, S. 63 ff. (Elektronische Vorlage in <https://swisslex.westlaw.com>).
- WESTHOFF KARL/
KLUCK MARIE-LUISE Psychologische Gutachten schreiben und beurteilen, 2. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York 1994.
- ZINDEL GAUDENZ G./
PULVER URS Vorbemerkungen zu Art. 363-379, in: Honsell Heinrich / Vogt Nedim Peter / Wiegand Wolfgang (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht (Basler Kommentar), Obligationenrecht I, Art. 1 – 529 OR, 3. Aufl., Basel 1992 (zit.: ZINDEL/PULVER, BaKomm.).
- ZÖLLNER WOLFGANG/
LORITZ KARL-GEORG Arbeitsrecht, 5. Aufl., München 1998.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.M.	anderer Meinung
aOR	Bundesgesetz über das Schweizerische Obligationenrecht vom 14. Juni 1881
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BBl	Bundesblatt
BaKomm.	Basler Kommentar
Bd.	Band
BeKomm.	Berner Kommentar
betr.	betreffend
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch des deutschen Rechts
BGE	Amtliche Sammlung der Entscheide des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer.	Bundesgericht
BRT	Schweizerische Baurechtstagung Freiburg 2003
bzw.	beziehungsweise
CC	Code civil des französischen Rechts
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung
f. / ff.	und folgende Seite(n)
Fn	Fussnote
h.L.	herrschende Lehre
Hrsg.	Herausgeber / herausgegeben
i.d.R.	in der Regel
i. S.	im Sinn
i.e.S.	im engeren Sinn
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
JdT	Journal des Tribunaux
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
m.M.	meiner Meinung
N	Note, Randnote

OR	Bundesgesetz vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220)
plädoyer	plädoyer – Magazin für Recht und Politik
Pra	Die Praxis des Schweizerischen Bundesgerichts (private Sammlung)
recht	recht – Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis (Bern 1983 ff.)
S.	Seite
sep.	separat(e)
sog.	sogenannt(e)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff.)
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge
u.a.	unter anderem
usw.	und so weiter
u.v.	unter vielen
vgl.	vergleiche
Vorbemerk.	Vorbemerkungen
vs.	versus
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff.)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
z.T.	zum Teil
ZüKomm.	Zürcher Kommentar

I. EINLEITUNG

1. Aufgabenstellung

In dieser Arbeit soll der Frage nach der Qualifikation des Gutachtervertrages nachgegangen werden. Dabei kann nicht direkt zum Kernproblem vorgestossen werden. Zuerst gilt es – neben der Definition des Gutachtens – die bestehenden Typenverträge auf deren Leistungsinhalte hin zu überprüfen.

2. Problemkreise und deren Abgrenzungen

Es versteht sich, dass nicht alle Typenverträge geprüft werden können. Es sind daher Abgrenzungen zu treffen oder besser gesagt, Problemkreise zu bilden. Ich beschränke mich daher auf die wohl gängigsten Problemstellungen aus der Lehre und Rechtsprechung. Im Ergebnis sollen Überlegungen aus der jüngsten Bundesgerichtspraxis einfließen¹. Wo ist der Gutachtervertrag systematisch im Gesetz zu situieren? Dieser Problemkreis wird dadurch abgegrenzt, als eine mögliche Zuordnung auf die im Besonderen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts geregelten Typen Arbeitsvertrag (Art. 319 ff.), Werkvertrag (Art. 363 ff.) und Auftrag (Art. 393 ff.) beschränkt wird. Ein weiterer Problemkreis betrifft denjenigen des Telos und der damit verbundenen rechtspolitischen Historie. Abschliessende Problemkreise sind die Frage nach dem Leistungsinhalt und der Überprüfbarkeit dieser Leistung. Dabei knüpft die Überprüfbarkeit der Leistung an die in der Rechtsprechung wiederholt geäusserten „objektiven Garantiefähigkeit“ der Richtigkeit des Ergebnisses an².

II. DIE TYPENVERTRÄGE UND DEREN UNTERSCHIEDUNG

1. Ausgangslage

1.1. Historie

Im Ergänzungsbericht des Bundesrates zur Botschaft zum Revisionsentwurf des alten Schweizerischen Obligationenrechts (aOR) standen u.a. auch die „altrechtlichen“ Vertragstypen Dienst- und Werkvertrag sowie Auftrag im Zentrum³. Die drei Vertragstypen leiten sich aus der römischrechtlichen *locatio conductio operarum* (Dienstvertrag), der *locatio conductio operis* (Werkvertrag) und dem *mandatum* (Auftrag) her⁴. Wogegen damals – gegenüber der „heutigen“ sozialen Gesetzgebung – die Römer beim Dienstvertrag von einer geistigen Tätigkeit gegen Entgelt ausgingen, stand im Revisionsentwurf von 1905 die Arbeitsverrichtung als ganzes (körperliche und geistige) und der Schutz der Arbeitnehmer im Vordergrund. Zum Werkvertrag ergaben sich – damals wie heute – nur minimale Unterschiede, so vorab bei der versprochenen Leistung. Dort die versprochene Dienstleistung; hier die Herstellung des versprochenen Werkes. Beides waren sog. „Lohnverträge“, was sie entscheidend vom *unentgeltlichen* Auftrag abgrenzte⁵.

¹ BGE 127 III 328: Der Fall betrifft mich insofern persönlich, als ich mich in meiner studienbegleitenden Arbeitstätigkeit mit der Bewertung von Liegenschaften beschäftige und selber auch Mitglied der Schweizerischen Schätzungsexperten-Kammer des Schweizerischen Verbandes der Immobilienwirtschaft (SVIT Schweiz) bin.

² BGE 127 III 328 E. 2 c.

³ BBl 1909, Band III, S. 742 ff.

⁴ KRELLER, S. 359 ff.

⁵ KRELLER, a.a.O.: Das Dienst- und Werkverhältnis stand zwar den freien Bürgern offen, wurde jedoch mit der Abhängigkeit von Arbeit und damit auch Lohn betrachtet, wogegen die in der Gesellschaft besser angesehenen „Geschäfte

1.2. Zur Systematik

Der römischrechtliche Standpunkt (besser „die rechtsoziologische Auffassung“) scheint unbestritten und wirkt sich in den neuzeitlichen europäischen Kodifikationen unisono – zumindest was den positivistischen Ansatz betrifft – durch folgende (Tatbestands)Merkmale aus ⁶:

- a) Der Dienst- bzw. Arbeitsvertrag ist die entgeltliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf Zeit.
- b) Der Werkvertrag ist die entgeltliche Verpflichtung zur Werkleistung.
- c) Der Auftrag ist die unentgeltliche Verpflichtung zur Arbeitsleistung auf Zeit.

1.3. Die „Fussangel“

Aus dem Gesagten ergibt sich folgender (erster) Schluss: Beim Arbeitsvertrag und Auftrag steht die Arbeit im Vordergrund; beim Werkvertrag das Werk. Vereinfacht kann gesagt werden, dass bei den Verträgen auf Arbeitsleistung ein *Wirken* und beim Werkvertrag ein *Werken* geschuldet ist ⁷. Beim Arbeitsvertrag kommt hinzu, dass der Leistende im Gegensatz zum Auftrag nicht selbständig ist und damit in einem sog. *Subordinationsverhältnis* zur anderen Vertragspartei steht ⁸. Beim Werkvertrag wird dies ebenfalls ausgeschlossen, was sich dem Wort „Unternehmer“ im Gesetzestext entnehmen lässt. Es stellt sich aber umgekehrt die Frage, ob nicht auch das *Wirken* zu einem Werk führen kann und wenn ja, ob dann nicht auch durch ein *Werken* eine Arbeitsleistung möglich ist? Es scheint, als führe uns die (Wort)Auslegung zum Ergebnis, dass es sich um Synonyme handle. Also muss es andere Unterschiede geben.

2. Der Arbeitsvertrag

2.1. Die Begriffsmerkmale

Im Gegensatz zum eingangs erwähnten römischen Recht kann jegliche Arbeitsleistung, also auch diejenige der sog. liberalen Berufe – auch freie Berufe genannt – Gegenstand eines Arbeitsvertrages sein ⁹. Als Arbeitsvertrag i.e.S. wird hier der Einzelarbeitsvertrag nach Art. 319 ff. OR bezeichnet. Ein weiteres Merkmal ist die Zeitdauer: Die Arbeitsleistung ist auf bestimmte oder unbestimmte Dauer zu leisten. Der Einzelarbeitsvertrag ist somit ein Dauerschuldverhältnis. Es beschränkt sich somit nicht auf den einmaligen Austausch einer Leistung und Gegenleistung. Auch handelt es sich beim Arbeitsvertrag um einen entgeltlichen Vertrag (vgl. oben II 1.2.): Der Arbeitgeber schuldet dem Arbeitnehmer einen Lohn für die geleistete Arbeit. Letztlich ist auch die Abhängigkeit und Unterordnung im Dienste des Arbeitgebers ein gewichtiges Merkmal¹⁰. Auf die durchaus mögliche Abhängigkeit bzw. Subordination bei den freien Berufen soll hier nicht weiter eingetreten werden. Nur soviel: Auch Anwälte (z.B. bei einem Bankinstitut oder bei einer Versicherung) oder Ärzte (z.B. in einer Privatklinik) können sich mit einem Arbeitsvertrag anstellen lassen.

für Freunde“ ohne Honorar vorgenommen wurden. Interessanterweise hat sich diese gesellschaftliche Wertvorstellung diesbezüglich bis heute gehalten: „Siter öper oder nämeter Lohn“ ist ein den Bernern bekanntes Zitat aus der Patrizierzeit.

⁶ Vgl. Art. 319 OR (Einzelarbeitsvertrag), Art. 363 OR (Werkvertrag), Art. 394 OR, (Auftrag); § 611 BGB (Dienstvertrag), § 631 BGB (Werkvertrag), § 662 BGB (Auftrag); Art. 1710 CC (Werkvertrag bzw. Werkmiete), Art. 1780 (Dienstvertrag; im französischen Recht gibt es den sep. „Code du travail“, Art. 1984 CC (Mandat).

⁷ ZINDEL/PULVER, BaKomm., N 8: „Der Unternehmer schuldet ein Werk, der Beauftragte lediglich ein Wirken.“

⁸ ZINDEL/PULVER, a.a.O., N 11.

⁹ SCHOENENBERGER/STAEHELIN, ZüKomm., Art. 319, N 5: Unter die liberalen Berufen fallen u.a. Anwälte, Ärzte, Architekten und Künstler.

¹⁰ SCHOENENBERGER/STAEHELIN, ZüKomm., a.a.O., N 16 ff.

2.2. Abgrenzungskriterien

Im Gegensatz zum Werkvertrag soll beim Arbeitsvertrag die Arbeitsleistung als solche im Vordergrund stehen. Diese wird umschrieben als eine planmässige – auf die Befriedigung eines Bedürfnisses ausgerichtete – körperliche oder geistige Verrichtung einer Tätigkeit. Ein eigentlicher Arbeitserfolg wird als nicht geschuldet, ja gar „gleichgültig“ betrachtet¹¹. Dies mag als Abgrenzungskriterium zum Werkvertrag nicht ganz zu befriedigen. Zwar gilt die Faustregel, die hier der deutschen Dogmatik entnommen wurde, dass der Werkvertrag primär *erfolgsbestimmt*, der Arbeitsvertrag – wie übrigens auch der Auftrag – dagegen primär *tätigkeitsbestimmt* ist. Beide Vertragstypen weisen jedoch eine Arbeitsleistung als Leistungsgegenstand auf und dass beim Arbeitsvertrag der blosse Arbeitseinsatz als Leistungsgegenstand genügt, scheint mehr als fraglich¹². Wesentlich klarer kann die Trennung vorgenommen werden, wenn die Verantwortung für die Leistung in den Vordergrund gestellt wird. Hat der Schuldner die Leistung in eigener Verantwortung zu erbringen, so fehlt es am Abhängigkeitsverhältnis, welches das deutlichste Abgrenzungskriterium ist, weil es auch gerade die Abgrenzung zum Auftrag enthält¹³. Auch die französische Rechtsdogmatik sieht das Abhängigkeitsverhältnis als zentrales Element der Definitionsfrage. Dieses zeigt sich u.a. dadurch, dass der Leistungserbringer als *Lohnbezüger* bezeichnet wird¹⁴.

3. Der Werkvertrag

3.1. Die Begriffsmerkmale und Abgrenzungskriterien

Der Werkvertrag ist als Typenvertrag in den Art. 363 – 379 OR geregelt. Die eine Leistung besteht in der *Herstellung eines Werkes* und die andere in der *Leistung einer Vergütung*. Die Herstellung des Werkes bildet also die typische Leistung des Werkvertrages¹⁵. Gegenstand des Werkes bildet also nicht die Arbeit per se, wie dies beim Arbeitsvertrag und Auftrag der Fall ist, sondern ein Arbeitserfolg; ein Produkt der Arbeit, aus welchem ein Arbeitsergebnis resultiert¹⁶. Es geht um die Ablieferung eines Werkes als Ganzes und nicht bloss um die Arbeitsleistung als Arbeitskraft. Das erzielte bzw. zu erzielende *Resultat* steht im Vordergrund. Ein weiteres Unterscheidungsmerkmal ist, dass die Arbeitsleistung beim Werkvertrag nicht wie beim Arbeitsvertrag und Auftrag nach der Zeit oder der Dienstleistung bemessen wird, sondern dem Werkergebnis nach bewertet wird¹⁷. Bei der Dienstleistung ist also von einer rein „dienenden“ Leistung i.S. eines blossen tätig werden auszugehen und beim Werkvertrag von einer „werkenden“ Leistung mit dem Ziel, ein Erzeugnis hervorzubringen.

¹¹ REHBINDER, N 19.

¹² ZÖLLNER/LORITZ, S. 42: Der Rechtsvergleich mit dem deutschen Arbeitsrecht lohnt sich an dieser Stelle, weil m.E. durch die sprachlichen Feinheiten der uns nicht gleich geläufigen „Schriftsprache“ dort die Abgrenzungskriterien besser „herausgeschält“ werden.

¹³ REHBINDER, N 20: Die materiellen Unterschiede sind selbstverständlich vielfältig. Es soll aber, wie eingangs erwähnt, beim Kerngehalt der Problematik der „unterschiedlichen“ Arbeitsleistungen verblieben werden. Vgl. auch die treffende Formulierung bei ZÖLLNER/LORITZ a.a.O., die vom *Erfolgsrisiko* sprechen und mit Hinweis auf ESSER/WEYERS, Schuldrecht II, 7.Aufl. (sic!) darin *das* entscheidende Abgrenzungskriterium sehen.

¹⁴ JAVILLIER, S. 51 f.: Als eines der ersten „critères du contrat de travail“ im französischen Recht wird die Subordination erwähnt („[...] si un individu travaille pour le compte et sous la subordination d'autrui“).

¹⁵ GAUCH, N 7.

¹⁶ FUNK, S. 250: Dieser geht hier auch von einem „verkörperten“ Werk aus, welches übergeben werden kann (und m.E. auch muss, folgt man der Gesetzssystematik (vgl. Art. 367 OR über die *Ablieferung* des Werkes)).

¹⁷ HAFNER, Kommentar zu Art. 350 aOR, S. 184, räumt ein, dass mit jeder Arbeitsleistung auch ein gewisses Produkt der Arbeit i.S. eines angestrebten Erfolges verbunden sei; vgl. auch FICK, Kommentar zu Art. 363, Anmerkung 9 ff.

3.2. Besondere Problemkreise des Werkvertragsrechts

3.2.1. Die Körperlichkeit des Werkes

Bei der Weiterentwicklung des nachklassischen römischen Rechts wurde bei der entgeltlichen Vergabe menschlicher Arbeit zwischen dem Dienst- und Werkvertrag nicht mehr deutlich unterschieden¹⁸. Die im gemeinen Recht entwickelte *locatio conductio operis* (Werkmiete bzw. Werkvertrag) als selbständiger Vertragstyp, sah im „Werk“ weitgehende Tätigkeiten, so u.a. neben der eigentlichen Bauausführung auch die Ausbesserung von Sachen bis hin zur Personen- oder Güterbeförderung¹⁹. Demgegenüber sah Art. 350 aOR nur körperliche Arbeitsprodukte als Werke²⁰. Bei der Revision des OR wurde allerdings der Werkbegriff – wie er bereits in Deutschland und Österreich galt – erweitert²¹. Diese Erweiterung scheint sich aber im Gesetzestext kaum durchgeschlagen zu haben. Anders ist es nämlich nicht erklärbar, wieso durch die marginale Änderung, die im Austausch des Wortes „Fertigstellung“ durch „Herstellung“ eines Werkes liegt, plötzlich auch *unkörperliche* Werke enthalten sein sollen, wie dies der Bundesrat in seinem ergänzenden Bericht zur Revisionsbotschaft festgehalten hatte. Diese „absolute“ Feststellung führte wohl dazu, dass die Rechtsprechung und ein Teil der Lehre an der Möglichkeit der *Unkörperlichkeit* eines Werkes bis zur Praxisänderung in BGE 98 II 311 festhielten²². Diese Praxisänderung wurde mit Hinweis auf GAUTSCHI wie folgt begründet: Der wesentliche Unterschied zum Auftrag besteht darin, dass „Gegenstand des Werkvertrages das Ergebnis von Arbeiten an körperlichen Sachen ist, weil nur für diese die Sachgewähr (Art. 365 und 367 ff. OR) besteht, während der Auftrag eine immaterielle (z.B. eine geistige oder künstlerische) Leistung betrifft, die der Sachgewähr entzogen ist“²³. Der Entscheid stiess auf derbe Kritik. So vertritt JÄGGI in SJZ 69, 1973, S. 301 ff., die Meinung, dass auch im schweizerischen Recht ein „Geist-Werkvertrag“ zu bejahen sei, wie das auch im deutschen Recht der Fall sei (vgl. oben Fn 20). So weit so gut – nur, und dies wird von GAUTSCHI in SJZ 70, 1974, S. 21, dahingehend „repliziert“, als es sich hier um eine deutsche Lösung handelt, für welche das schweizerische Recht explizit den Auftrag vorsieht, weil – so in Art. 394 Abs. 2 OR – jeder Arbeitsvertrag ein Auftrag ist, wenn er nicht einem anderen Vertragstyp des schweizerischen Rechts unterstellt werden kann. Und hier hängt das BGer. ein: Es stellt fest, dass auch der Beauftragte nach Art. 398 Abs. 1 OR gleich wie der Unternehmer im Werkvertrag gemäss Art. 364 Abs. 2 OR mit der gleichen Sorgfalt für den Erfolg haftet. Hier also das „geistige“ Wirken; dort das „körperliche“ Werken, wie der Wortlaut und auch die teleologische Auslegung von Art. 363 OR ergibt. Bei der Frage nach der

¹⁸ KASER, S. 292, insbesondere auch der Hinweis in Fn 5.

¹⁹ SEILER, N 1, mit dem Hinweis, dass dieser Rechtszustand vom BGB rezipiert wurde (§ 631 Abs. 2 BGB bezeichnet explizit neben der Herstellung oder Veränderung einer Sache auch andere durch Arbeit oder Dienstleistung herbeigeführte Erfolge als Gegenstand eines Werkvertrages). Er ist der Meinung, dass die werkvertraglichen Regelungen (besonders diejenigen der Abnahme, Gewährleistung und Gefahrtragung) auf Verträge über unkörperliche Erfolge schlecht passen.

²⁰ HAFNER, Kommentar zu Art. 350 aOR, S. 185: „Abweichend vom gemeinen Recht fällt nach unserem Gesetze (in Übereinstimmung übrigens mit anderen modernen Rechten, z.B. dem preuss. Rechte) weder der Transport von Sachen und Personen, noch die Überlassung eines künstlerischeren oder literarischen Werkes zum Zwecke der Herausgabe unter den Werkvertrag [...], sondern es bilden diese Leistungen den Gegenstand besonderer Vertragsarten“. Vgl. auch FICK, Kommentar zu Art. 363, Anmerkung 2: „Unter dem Werke ist jede körperliche Konstruktion [...] zu verstehen“.

²¹ KOLLER, BeKomm., Art. 363, N 1; BBl, 1909, Bd. III, S. 751 f. Auch KOLLER meint, dass die mehr oder weniger unveränderte Übernahme des „alten“ Werkvertragsrechts dazu führt, dass einzelne Bestimmungen für unkörperliche Werke nicht passen (a.a.O., N 3). Der blosse Verweis von GAUCH in N 36 (trotz nochmaliger Erwähnung in N 38) vermag auch nicht weiter zu helfen.

²² U.v. ENGEL, S. 434: Das Werk („l'objet“) kann „materiell“ oder „immateriell“ sein; KOLLER, a.a.O.; BGE 59 II 263: „Im weiteren Sinn ist `Werk` ein objektiver Leistungserfolg [...] und zwar kann dieser körperlich oder unkörperlich sein“. Damit ist aber eigentlich der Unterschied nicht erläutert, wie das auch in der Botschaft (a.a.O.) nicht ausgedrückt wurde.

²³ BGE 98 II 305 E. 3: Bis zu diesem Entscheid bejahte das BGer. in ständiger Praxis, dass der Architekt mit der Erstellung von Skizzen und Bauprojekten sowie von Ausführungs- und Detailplänen ein bestimmtes Arbeitsergebnis verspreche, das Gegenstand eines Werkvertrages bildet; vgl. GAUTSCHI, BeKomm., Vorbemerk. zu Art. 363-379 OR, N 1.

Unkörperlichkeit des Werkes gilt m.E. nämlich folgendes: Es ist schwer vorstellbar, warum der Gesetzgeber die Sachgewährleistung unverändert aus dem aOR übernommen hat, sollte sie auch für unkörperliche Werke Gültigkeit haben. Die geforderte *Körperlichkeit* kommt deutlich in Art. 371 OR – insbesondere in Abs. 1, der eine Verweisungsnorm ins Kaufvertragsrecht ist, bei welchem es ja bekanntlich um einen (sachenrechtlichen) Kaufsgegenstand geht – zum Ausdruck, worin die Verjährung für bewegliche und unbewegliche Werke geregelt ist²⁴. Die Kritik an der Kritik fruchtete indes nicht. In BGE 109 II 37 ff. erfolgte eine erneute Praxisänderung. Darin führte das BGer. aus, dass ein Werk i.S. von Art. 363 OR sowohl eine *körperliche* also auch eine *unkörperliche* Gestalt haben kann²⁵. Damit ist dem von JÄGGI totgeglaubten „Geist-Werkvertrag“ zu neuem Leben verholfen worden. „Der Geist-Werkvertrag ist wieder auferstanden“ war denn auch die Reaktion von GAUCH²⁶. Seine Kommentierung und insbesondere die Begründungen vermögen besser zu Gefallen, als die kurze und knappe „Irrtumsbekennung“ der höchstrichterlichen Instanz, die sich wiederum auf den Bericht des Bundesrates stützt²⁷. Trotzdem, die „Rechtsunsicherheit“ bleibt. Es trifft zwar zu, dass es Werkverträge über unkörperliche Werke in der Praxis tatsächlich gibt. Den aufgeführten Beispielen wie die Ausarbeitung von Plänen, die Ausgestaltung eines Verkaufsprospektes, die Landvermessung, Foto- oder Filmaufnahmen, Begleittexte komponieren usw.²⁸ „mangelt“ es jedoch eigentlich an den auf derartige (Geist)Werke unpassenden gesetzlichen Sachgewährleistungsregeln. Zum einen müsste der Besteller eines unkörperlichen Werkes wohl *immer* einen Sachverständigen beauftragen – und dies gemäss Art. 367 Abs. 2 OR erst noch auf seine Kosten – um der Obliegenheit von Art. 367 Abs. 1 (Prüfung der Beschaffenheit und (sofortige) Rüge des Mangels) nachzukommen, denn wie anders soll ein „Geist-Werk“ sich auf dessen Beschaffenheit prüfen lassen. Das entspricht aber kaum dem Zweck von Art. 367 Abs. 2 OR²⁹. Zum anderen ergibt sich daraus schon das Problem der Definition eines Mangels. Auch hier passt die Regel nach der Unterscheidung zwischen „erheblichen Mängeln“ und „minder erheblich(en)“ in Art. 368 Abs. 1 und 2 OR kaum auf unkörperliche Werke. Es gestaltet sich nämlich schon schwierig genug, diese Unterscheidung bei körperlichen Werken vorzunehmen³⁰. Nehmen wir das Beispiel der Baupläne: Hat ein Architekt für ein *bestehendes*

²⁴ Daran mag auch die so zu sagen im „dunkeln“ stehende Aussage im Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend die Revision des Obligationenrechts (Nachtrag zur Botschaft vom 3. März 1905, BBl, a.a.O) nichts zu ändern: „Der Entwurf von 1905 hat an dem Begriff des Werkvertrages (also die *Körperlichkeit* des Werkes), wie ihn Art. 350 des Obligationenrechtes aufstellt, festgehalten, und auch der neue Entwurf hat hierin nur insofern eine Änderung angebracht, als anstatt von der Fertigstellung eines Werkes von der Erstellung oder Umänderung eines solchen gesprochen wird, eine Veränderung, die insofern nicht ohne Bedeutung ist, als dadurch im Gegensatz zum Auftrag erkennbar gemacht wird, dass es sich beim Werkvertrag um ein körperliches oder unkörperliches Werk im Sinne eines bestimmten Rechtsgutes handeln soll“ (Klammerbemerkung hinzugefügt). M.E. lässt sich in dieser Aussage nichts „erkennen“, was für die *Unkörperlichkeit* des Werkes im Werkvertragsrecht sprechen soll (so auch GAUTSCHI, Kommentar zu Art. 363, N 2a: „Die daraus in der bundesrätlichen Ergänzungsbotschaft 1909 S. 27/8 gezogene Folgerung, auch ein „unkörperliches Werk im Sinne eines bestimmten Rechtsgutes“ könne ein Werk sein, ist irrtümlich“.

²⁵ Pra 1983, S. 399 ff., mit Hinweis auf den bereits zitierten ergänzenden Bericht des Bundesrates zur Botschaft.

²⁶ GAUCH, Geist-Werkvertrag, S. 133.

²⁷ BGE 109 II 34 E. 3b: „[...] peut au contraire revêtir une forme aussi bien matérielle qu'immatérielle (cf. à cet égard Rapport complémentaire du Conseil fédéral au Conseil fédéral au Message du 3.3.1905 concernant la revision du Code des obligations, du 1.6.1909, in FF 1909 vol. 3 p. 774)“. Zu beachten gilt es, dass das BGer. (bzw. wohl der Bundesgerichtsschreiber) eine falsche Angabe über die Fundstelle (S. 774 anstelle S. 752) gibt und zudem Ausführungen zum Auftragsrecht auf S. 753 negiert, worin zu lesen ist: „[...] dass ein Arbeitsvertrag, ob entgeltlich oder unentgeltlich, unter die Regeln des Auftrages fällt, sobald die Dienste nicht nach der Zeit geleistet werden oder (hier kommt die entscheidende Stelle) *es sich nicht um die Erstellung oder Umänderung eines Werkes handelt* (weil wenn dem so ist, es unter das Werkvertragsrecht fällt)“ (Klammerbemerkungen und Hervorhebung beigegefügt).

²⁸ GAUCH, Geist-Werkvertrag, a.a.O.

²⁹ GAUTSCHI, BeKomm., Kommentar zu Art. 367, N 23: Im praktischen geht es um die Prüfung komplexer Werke, wo das beidseitige Interesse an einer Beurkundung des Befundes besteht.

³⁰ HAGER, S. 36 f., definiert den Mangel als Fehler am Werk oder Fehlen der zugesicherten Eigenschaft. Ein Mangel kann auch gegeben sein, wenn eine behördliche Genehmigung fehlt (in casu ging es um eine fehlende Baubewilligung für einen Wohnraum in einem Untergeschoss eines Einfamilienhauses; allerdings handelt es sich hier um einen Fall aus der deutschen Rechtsprechung).

Gebäude neue Pläne zu erstellen, dann kann das Vorliegen eines Werkvertrages problemlos bejaht werden. Der Mangel kann z.B. entweder im falschen Ausmessen liegen oder in der Abgabe eines Planes in schwarzweiss. Ersterer Mangel „visualisiert“ sich dadurch, dass die Pläne eben falsche Massziffern aufweisen. Im zweiten Fall liegt der Mangel im Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft, weil gemäss Vertrag z.B. farbige Pläne zu liefern sind. Entgegen der Meinung von GAUTSCHI – der die Pläne des Architekten als werkvertragliche „Ausführungsmittel“ sieht, die nicht vom geistigen Inhalt getrennt werden können – handelt sich also schon deshalb klar um ein Werkvertragsverhältnis weil ein körperliches Werk geschuldet ist³¹. Zudem ist auch die auszurichtende Tätigkeit eine *körperliche*, denn wie der Handwerker, der zur Bohrmaschine greift, bedient sich der Architekt seines Mess-Lasers und schreitet von Zimmer zu Zimmer und misst. Hat der Architekt nun aber Projektpläne zu zeichnen, so liegt die unkörperliche, geistige Tätigkeit im Vordergrund und der dogmatische Streit über den „Geist-Werkvertrag“ ist entfacht. Hier sticht das (Contra-)Argument von GAUTSCHI wieder: Pläne sind wie die Aktenkopie des Anwalts werkvertragliche „Ausführungsmittel“, die nicht vom geistigen Inhalt getrennt werden können, aber als *Nebenleistungen* die Vertragsqualifikation nicht beeinflussen. Und sie (die Pläne) lassen sich nicht ohne weiteres – wie im ersten Fall – auf objektive Fehlerhaftigkeit überprüfen³².

3.2.2. Der Erfolg

Ein zweiter, eng an die Frage der Körperlichkeit und Unkörperlichkeit gebundener Problemkreis ergibt sich im *Leistungsbeschrieb* des Unternehmers. Grundsätzlich kommt bei einem Schuldverhältnis die geschuldete Leistung in verschiedenen Erscheinungsformen vor. Einmal kann sie in einem Tun, Unterlassen oder Dulden bestehen. Dann unterscheiden sie sich bei einem Tun dadurch, ob sie *erfolgsbezogen* sind oder nicht. Die geschuldete Tätigkeit hat zwar wie jede Leistungshandlung ein bestimmtes Ergebnis und damit verbundenen Erfolg zum Ziel, doch ist bei *erfolgsbezogenen* Schulden der Erfolg auch gleich mitgeschuldet, während er sich bei anderen Schulden allenfalls aus dem pflichtgemässen tätig werden ergeben kann, aber nicht muss³³. Als typisches Unterscheidungsmerkmal zum Auftrag wird denn auch der *geschuldete Erfolg* bezeichnet. Wichtigstes Merkmal dieser Obligation ist also das Resultat und zwar ein „erfolgreiches“³⁴. „Erfolgreich“ beinhaltet aber gleichzeitig auch die *Messbarkeit*. Oder anders gesagt, das Resultat muss messbar sein, damit auch dessen Erfolg beurteilt werden kann. Dies scheint mir ein nicht zu unterschätzendes Qualifikationsmerkmal und könnte zur Abgrenzungsfrage „Schützenhilfe“ leisten. Das BGer. sieht in der Gewährleistungsfähigkeit des Erfolges ein zentrales Element. Der Arbeitserfolg i.S. der objektiven Richtigkeit des Resultats muss sich demnach überprüfen lassen können, d.h. als richtig oder falsch qualifizierbar sein³⁵.

³¹ GAUTSCHI, S. 22: Aus den Ausführungen geht jedoch nicht hervor, ob es sich um die Erstellung von Plänen eines bestehenden Gebäudes handelt oder nicht.

³² GAUCH, Architekturvertrag, N 31: Hier wird plädiert, den entgeltlichen Planungsvertrag, der sich auf die Erstellung von Bauplänen (Skizzen und Bauprojekten, Ausführungs- und Detailpläne) beschränkt, als Werkvertrag zu qualifizieren. In der Tat können Fehler in der Planung bei der Erstellung des Bauwerkes zu Mängelfolgeschäden führen. Und dies (der Mangel am Planwerk) lässt sich auch objektiv im Folgeschaden feststellen. Dasselbe gilt aber auch beim Arzt, der unsorgfältig arbeitet und dessen „Dispositionen“ wie beim Architekten zu Folgeschäden beim Patienten führen können. Das BGer. hat diese Problematik auch erkannt, in dem es im besagten Entscheid (vgl. BGE 109 II 465) bei der Ausarbeitung von Bauprojekten mit der Zuweisung zum Werkvertragsrecht Zurückhaltung ausübt.

³³ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, N 90 f.: So schuldet eben der Werkunternehmer nicht nur ein Tätig werden, sondern im Ergebnis ein Werk, der Arzt dagegen, nur die Heiltätigkeit und nicht den Heilerfolg.

³⁴ TERCIER, CS, N 3838: „L'entrepreneur doit produire un certain résultat“ und „C'est là l'élément typique du contrat, qui en fait un contrat de résultat“.

³⁵ BGE 127 III 328 E. 2: In casu wird die Frage nach der Qualifikation des Gutachtervertrages behandelt. Zwei Aussagen zeigen die Abgrenzungsprobleme „Werkvertrag vs. Auftrag“ auf: a. Die eindeutige Haltung des BGer., dass der

4. Der Auftrag

4.1. Die Charakterisierung

Der Auftrag ist als *einfacher Auftrag* in Art. 394 – 406 OR geregelt. Der Beauftragte verpflichtet sich zur Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte und Dienste. Gegenstand des Auftrages ist daher eine Dienstleistung, d.h. ein Tätig werden im Interesse des Auftraggebers³⁶. Der Auftrag ist deshalb ein Arbeitsvertrag i.w.S., der sich sowohl auf entgeltliche wie auch auf unentgeltliche Arbeitsleistungen beziehen kann³⁷.

4.2. Abgrenzung

Im Gegensatz zur romanistischen Unentgeltlichkeit im deutschen Recht ist diese im schweizerischen Recht nicht Begriffsmerkmal. Die wichtigste Abgrenzung gegenüber dem Werkvertrag – nämlich ein bestimmter geschuldeter Erfolg – wurde bereits erläutert. Gegenüber dem Arbeitsvertrag kann neben den bereits bei diesem erläuterten Merkmalen (vgl. oben II 2.2.) kurz festgehalten werden, dass beim Auftrag im Gegensatz zum Arbeitsvertrag das *Unterordnungsverhältnis* und die organisatorische sowie örtliche Eingliederung in den Betrieb des Auftraggebers fehlt und auch kein eigentliches Weisungsrechts gegenüber dem Beauftragten besteht³⁸. Was die Dauer betrifft, unterscheiden sich Auftrag und Arbeitsvertrag nur – aber immerhin – darin, dass sich bei letzterem die Arbeitsleistung regelmässig auf eine bestimmte Zeit richtet (z.B. acht Stunden pro Tag). Von der Anlage her, ist der Auftrag aber eher „auf ein Ende“ hin angelegt, was sich u.a. aus dem jederzeitigen Kündigungsrecht gemäss Art. 404 Abs. 1 OR ergibt³⁹. Letztlich ist auch das bereits erwähnte Kriterium der zwingenden Entgeltlichkeit beim Arbeitsvertrag gegenüber der möglichen – i.d.R. aber nicht zutreffenden – Unentgeltlichkeit beim einfachen Auftrag zu erwähnen.

4.3. Die Beendigung des Auftragsverhältnisses nach Art. 404 OR

Eine Beendigung des Auftrags soll gemäss Art. 404 Abs. 1 OR jederzeit durch einseitige Willenserklärung einer Vertragspartei möglich sein. Einerseits besteht die Beendigungsmöglichkeit im Widerruf des Auftrages durch den Auftraggeber. Andererseits in der Kündigung durch den Beauftragten. Dieses jederzeitige Beendigungsrecht beruht historisch auf dem Gedanken, dem Wesen des Auftrages liege ein Vertrauensverhältnis zu Grunde, das eine solche Regelung rechtfertige⁴⁰. Die Rechtsnatur des Art. 404 Abs. 1 ist heute eine der umstrittensten Fragen des schweizerischen Auftragsrechts⁴¹. Es geht dabei – wohl auch im Hinblick auf die Rechtsfolge in Abs. 2 – um die Kontroverse, ob die Norm zwingend ist oder nicht. Entscheidend bei der Rechtsfolge ist, dass – im Gegensatz zum Werkvertragsrecht – eine Auflösung zur „Unzeit“ nur den Ausgleich des sog. *negativen Vertragsinteressens* zur Folge hat⁴². Bei näherer Betrachtung setzt genau dort das Qualifikationsproblem des Auftrages zum – insbesondere unkörperlichen – Werkvertrag ein. In ständiger Rechtsprechung wird das freie Widerrufs- und Kündigungsrechts vom BGer. als zwingende

Arbeitserfolg das Hauptabgrenzungskriterium bildet. b. Bei fehlender objektiver Überprüfbarkeit der „Richtigkeit des Resultats“ kein Werk versprochen werden kann und somit auch kein Werkvertragsverhältnis vorliegt.

³⁶ FELLMANN, BeKomm., Vorbemerk. zu den Art. 394 – 406, N 16.

³⁷ FELLMANN, BeKomm., Kommentar zu Art. 394, N 21.

³⁸ BUCHER, S. 225.

³⁹ HOFSTETTER, S. 17; vgl. auch BUCHER a.a.O.

⁴⁰ FELLMANN, Kommentar zu Art. 404, N 8, mit dem Hinweis, dass dieses Auflösungsrecht von der ursprünglichen Unentgeltlichkeit herrühre.

⁴¹ FELLMANN, a.a.O., N 104.

⁴² GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Art. 404, N 9: Die Bestimmung (Art. 404 Abs. 2 OR) gibt keinen Anspruch auf Ersatz des entgangenen Gewinns (u.a. mit Hinweis auf BGE 110 II 386 und 109 II 469).

Norm bezeichnet, welches auch nicht indirekt, z.B. mit einer Konventionalstrafe, unterlaufen werden darf⁴³. Das führt denn auch regelmässig zu einer Ungleichbehandlung des Beauftragten gegenüber dem Unternehmer. Letzterer soll ja gemäss der werkvertragsrechtlichen Regelung in Art. 377 OR beim Rücktritt des Bestellers voll schadlos gehalten werden⁴⁴. Im Zentrum des „Geist-Werkvertrages“ von GAUCH steht denn auch der Architekturvertrag und die damit verbundene Ablehnung des zwingenden Normcharakters von Art. 404 OR. Denn durch die Ablehnung von Innominatkontrakten im Gebiete der Arbeitsleistung durch die Anwendung von Art. 394 Abs. 2 (was keinem gesetzlich geregelten Vertragstypus entspricht, ist als Auftrag zu qualifizieren) und der vorbehaltlos zwingenden Anwendung des Art. 404 OR wird die Privatautonomie der Parteien unnötig beschränkt. Dass die zwingende Natur nur für *höchstpersönliche* Aufträge gelten soll, wie es ein Teil der Lehre vorziehen würde, vermag auch nicht zu befriedigen. Besser und der Privatautonomie entsprechend, müsste die Norm uneingeschränkt als dispositives Recht betrachtet werden⁴⁵.

III. DER GUTACHTERVERTRAG

1. Natur des Gutachtens

1.1. Im Allgemeinen

Einmal ist das Gutachten ein Vertrag zwischen einem Sachverständigen und seinem Vertragspartner, worin dieser die Ausarbeitung eines technischen, medizinischen oder anderen Gutachtens verspricht⁴⁶. Zum anderen soll ein Gutachten auf gestellte Fragen antworten und zwar in einer wissenschaftlich fundierten Art und Weise. Das Gutachten kann deshalb auch als eine „wissenschaftlich begründete Auswertung, Verarbeitung und kritische Beurteilung“ eines gegebenen Sachverhaltes durch einen hierzu bestellten Sachverständigen verstanden werden, der auf die ihm gestellten Sachfragen in der genannten Ausdrucksweise antwortet⁴⁷.

1.2. In der Praxis

Die Verwendung in der Praxis ist vielfältig. Möglich ist die Anwendung sowohl in streitigen als auch nicht streitigen Fällen. So können Gutachten in der Wissenschaft auch als Ergebnisbericht gewisser Forschungstätigkeiten dienen oder aber auch für forensische Zwecke in Streitfällen ihren Zweck erfüllen. Technische Gutachten geben z.B. Auskunft über den Zustand von Bauten, die Tragfähigkeit von Brücken oder beantworten Fragen zum Schadensverursachungsgrund infolge konkreter Ereignisse⁴⁸. Medizinische Gutachten geben z.B. Auskunft über einen bestimmten anatomischen Defekt oder über die Exaktheit der gemachten Diagnose⁴⁹. Psychologische Gutachten haben die Beschreibung, die Erklärung, die Vorhersage

⁴³ WEBER, BaKomm., N 9 ff.

⁴⁴ GAUCH/AEPLI/STÖCKLI, Art. 377, N 4: Die „volle Schadloshaltung“ besteht im Ersatz des sog. *positiven Vertragsinteresses*, also inklusive dem entgangenen Gewinn.

⁴⁵ GAUCH, Geist-Werkvertrag, S. 136; DERSELBE, N 64: Hier erstaunt die Erteilung der Zustimmung zur älteren Bundesgerichtspraxis in N 61 i.V.m. N 57, wo bei umfassenden Architekturleistungen (Projektierung und Ausführung) vorbehaltlos Auftragsrecht angenommen wurde, wogegen in der jüngeren Rechtsprechung die Theorie des Mischvertrages auch eine verschiedenartige Behandlung vorgeschlagen wurde (Spaltung der Rechtsfolgen je nach der Beurteilung der einzelnen Arbeitsleistungen; vgl. BGE 109 II 464). Vermutlich führt sie aber zu noch grösserer Unsicherheit und Undurchsichtigkeit.

⁴⁶ GAUCH, N 331.

⁴⁷ MERGEN, S. 15; vgl. auch ROMPE, S. 178, mit Hinweis auf die Definition im grossen Brockhaus, wonach ein Gutachten ein „mit Gründen versehenes Urteil eines Sachverständigen über eine zweifelhafte Frage“ ist.

⁴⁸ Weitere Möglichkeiten aus der Praxis in: HÜRLIMANN, N 1418 ff. (Schall- oder Immissionswertmessungen, Tragfestigkeit von Stahlkonstruktionen, Verkehrswertschätzungen von Gebäulichkeiten usw.).

⁴⁹ ROMPE, S. 181.

und die Beeinflussung individuellen Verhaltens im konkret zu behandelnden Fall als Ziel⁵⁰. Verkehrstechnische Gutachten sollen Aussagen über einen Unfallhergang oder das Kollisionsverhalten gewisser Materialien an Fahrzeugen gewähren⁵¹. Umweltgutachten beantworten Fragen zur Umweltbeeinträchtigung und juristische Gutachten nehmen Stellung zu Rechtsfragen⁵². Die Aufzählung der Gutachtertätigkeiten versteht sich selbstverständlich als nicht abschliessend. So gibt es noch viele Bereiche – wie z.B. auch die kommerziellen Bereiche von Finanz und Wirtschaft, Marketing, Kommunikation, Produktion usw. – die zur Untersuchung den Sachverständigen oder sog. Experten in „Auftrag“ gegeben werden können.

2. Das Ziel eines Gutachtens

2.1. Inhalt und Aussagen

Mit einem Gutachten soll i.d.R. die Entscheidungsfindung erleichtert werden. Am Anfang der Parameterkette steht meistens ein gegebener oder sich allenfalls ergebender Sachverhalt, zu dessen Klärung auf gewisse Fragen eine Antwort zu suchen ist. Also gehört zum Inhalt des Gutachtens immer der gestellte Fragen- bzw. Themenkatalog und dessen kurze Umschreibung. Nicht als Umschreibung, sondern als eigentliche Aussage mit „Ergebnis-Charakter“ muss in einem zweiten Teil des Gutachtens zu allen Fragen – evtl. auch zu denjenigen, die sich erst im Verlauf der Gutachtertätigkeit ergeben – Stellung genommen werden. Das Ziel des Gutachtens muss die Beantwortung der Fragen sein. Es ergibt sich demzufolge am Schluss ein eigentliches Resultat, ein Ergebnis, eine Folgerung; immer aber zumindest eine Empfehlung.

2.2. Die Überprüfbarkeit

Das Gutachten wird in der Literatur meistens als Gerichtsexpertise dargestellt, die inhaltlich den materiellen Instruktionen des Bestellers folgt und in der Form und dem Aufbau einer wissenschaftlichen Arbeit gleich zu stellen ist, in welcher die Arbeitsmethoden und Quellen anzugeben sind⁵³. Auf diese formale Anforderungen hin lässt sich das Gutachten denn auch überprüfen. Damit hat es sich aber; für den Rest bedarf es der gleichen Fachkompetenz wie derjenigen des Gutachters. Aber wurde dieser nicht gerade wegen seines Spezialwissens hinzugezogen? Und ergibt sich nicht gerade das Ergebnis zwar aufgrund einer objektiven Methodenwahl, jedoch mithin durch deren subjektive Interpretation des Experten? MERGEN bemerkt in seiner Analyse zu den Hauptfehlerquellen bei Gutachten, dass sich die objektiven Feststellungen, wenn diese durch „speziell-wissenschaftliche“ Methoden beobachtet wurden (z.B. aus der Chemie oder Physik und Medizin), vom Richter kaum überprüfbar sind und dieser deshalb das Schwergewicht auf die *kritische* Interpretation der Befunde zu legen habe⁵⁴. Subjektive Überprüfung subjektiver Gedanken des Gutachters? Und wie verhält es sich, wenn auch objektive Feststellungen, die sich von anderen Experten mit der gleichen Fachkompetenz

⁵⁰ WESTHOFF/KLUCK, S. 8.

⁵¹ HUBER, S. 23.

⁵² BELLANGER, S. 645, mit dem Beispiel der Umweltverträglichkeitsprüfung. Weitere Gutachten (Praxisbeispiel): Auftrags der Stadt Bern ist für den geplanten Entsorgungshof Bern-Nord ein geologisches Gutachten in Auftrag zu geben, welches über allfällig vorliegende „Altlasten“ Auskunft zu geben hat (es geht um die Einschätzung der Sanierungskosten an Gebäude und Boden für die Kaufpreisbeurteilung und die damit verbundene Aushandlung des nutzungsgerechten Baurechtszinses mit dem Grundeigentümer). Bei den juristischen Gutachten finden sich viele Beispiele; nachfolgend aus der vielfältigen Literatur: Ehelichkeitsanfechtung durch das Kind – zwei rechtsvergleichende Gutachten von Peter Dopffel; oder dann aktuell: Nichteintreten auf Asylgesuche bei fehlenden Ausweispapieren oder illegalem Aufenthalt, Gutachten zu Art. 31 Asylgesetz von Walter Kälin usw.

⁵³ HÜRLIMANN, N 1479 f.

⁵⁴ MERGEN, S. 17, der anfügt, dass auch in der Objektivität noch eine gewisse Relativität enthalten ist.

durchaus überprüfen lassen, von diesen als untauglich abgewiesen werden, weil sie nicht dem neusten Wissens- oder Technikstand entsprechen würden⁵⁵? Verfügt der Gutachter über die nötige Fachkompetenz? Mit dieser letzten Frage soll auch gleich die Problematik bei der Auswahl des Gutachters bzw. des Sachverständigen oder Experten beleuchtet werden. Er ist – neben all den wissenschaftlichen Indikatoren (Methodenwahl, Stand der Technik, empirische Grundlagen usw.) – wohl *der* entscheidende Faktor. ROMPE gibt den auch unumwunden zu, dass die Auswahl des Sachverständigen prozessentscheidend ist, weil im Ergebnis es auf dessen Begründung ankommt, die „einleuchtend, überzeugend und nachvollziehbar“ sein soll⁵⁶. Wenn das Ergebnis bzw. das

Resultat des Gutachtens jedoch eigentlich nur in der Begründung liegt, so muss die Möglichkeit einer objektiven Überprüfbarkeit klar abgewiesen werden. Die Qualität eines Gutachtens lässt sich dann nur durch ein geeignetes *Qualitätsmanagement* im Gutachterwesen sicherstellen. Der Überprüfung können damit aber nur vorgegebene *Qualitätsmerkmale* unterzogen werden, die hinsichtlich eines nach speziellen *Qualitätskriterien* erfassten Prüfverfahrens erfolgen⁵⁷.

3. Die Qualifikation

3.1. Lehre und Rechtsprechung

Die Lehre ist sich über die Qualifikation des Gutachtervertrages uneinig. Durch die bundesgerichtliche Auffassung, dass auch ein immaterieller Arbeitserfolg (vgl. oben II 3.2.1.) als Werk i.S. von Art. 363 OR in Betracht fällt, fühlen sich diejenigen Autoren bestätigt, welche das Gutachten dem Werkvertrag zuordnen. Dieser – der Meinung von GAUCH folgende Teil – darf denn auch als die herrschende Lehre betrachtet werden. Präzisiert wird, dass dem Gutachter eine gezielte Erfolgserwartung entgegengebracht wird, die sich insbesondere auf den Inhalt des Gutachtens bezieht⁵⁸. Klare ablehnende Haltung nimmt FELLMANN ein, der im Gutachten keine Körperlichkeit sieht, auch wenn es usanzgemäss in schriftlicher Form abgegeben wird und damit auch der von GAUCH geforderten „verkörperten“ Ablieferung entsprechen würde⁵⁹. Kaum von der Hand zu weisen ist, dass sich das Gutachten als „Schriftstück“ alleine nicht verkaufen lässt, wogegen z.B. ein Plansatz eines Architekten sich durchaus weiterverwenden lässt. Trotzdem, der dogmatische Streit liegt wohl eher in der generellen Anerkennung des „Geist-Werkvertrages“. Wer diesen ablehnt, sieht auch im

⁵⁵ HUBER, S. 23 mit dem Fazit: „Crashtests zeigen: Die heute gängigen verkehrstechnischen Gutachten können über die Schwere eines Unfalls kaum etwas aussagen“. Dem folgen Ausführungen über neuartige Versuchstechniken.

⁵⁶ ROMPE, S. 179.

⁵⁷ ROMPE, S. 188; vgl. auch die „Checklisten“ für die Erstellung psychologischer Gutachten bei WESTHOFF/KLUCK, S. 195 ff., die auch der Qualitätssicherung dienen sollen. Aus meiner Praxis soviel: Seit 1.1.2004 gibt es in der Schweiz eine Zertifizierstelle für Gerichtsgutachter im technischen Bereich (Architekten, Ingenieure und andere Gutachter wie auch Grundstücksbewertungsexperten). Zudem wird der Schweiz. Verband der Immobilienwirtschaft (SVIT Schweiz) dem europäischen Dachverband der Immobiliensachverständigen (TEGoVA) beitreten und damit eine Zertifizierstelle für Grundstücksbewertungsexperten schaffen (vgl. *Immobilien*, offizielles Verbandsorgan des SVIT, 71. Jahrgang, Mai 2004, S. 60).

⁵⁸ GAUCH, N 332: Hier wird m.E. sehr treffend der Inhalt beschrieben, nämlich, dass sich das Gutachten zu den gestellten Fragen äussern muss und diese auch beantwortet; dann die angewandten Arbeitsmethoden und Quellen angibt und – nicht unwichtig – dass allfällige Schätzungen im Gutachten im Rahmen der üblichen Schwankungsbreiten genau sind. Vgl. auch HÜRLIMANN, N 1531 ff., der das Gutachten des Architekten dem Werkvertragsrecht unterstellt (N 1538). So auch BRINER, N 15.32 und 15.130, jedoch ohne eigentliche Begründung, sondern mit Hinweis auf HÜRLIMANN.

⁵⁹ FELLMANN, N 330, mit der plausiblen Erklärung, dass das Gutachten auch dann brauchbar wäre, wenn es dem Auftraggeber in anderer Form als der Niederschrift (in der Praxis verbleibt hier wohl nur die mündliche Übermittlung) zukommen würde. Ob zustimmend oder nicht, lässt sich bei KOLLER, N 2 f., nicht festhalten (im Gegensatz zur 8. Aufl., S. 478: „Das setzt einen objektiven Wertmassstab voraus, weshalb [...] gutachtliche Tätigkeit nicht der Werkqualifikation zu unterstellen sind“). A.M.: GAUCH, N 45 (im Allgemeinen) und 331 (zum Gutachtervertrag).

Gutachtervertrag kein Werk i.S. des Gesetzes und umgekehrt⁶⁰. Was die Rechtsprechung anbelangt erstaunt, mit welcher Selbstverständlichkeit das BGer. schon in frühen Entscheiden, wie in BGE 70 II 218 sowie bestätigend in BGE 83 II 528 die Möglichkeit eines unkörperlichen Werkes als Gegenstand des Werkvertrages vorsieht, sofern denn zumindest ein gewisser „Leistungserfolg“ Inhalt ist (zur Unkörperlichkeit vgl. oben II 3.2.1.). Es ist möglich, aber nicht abschliessend beurteilbar, ob die vielschichtigen Fallsituationen in Zusammenhang mit *unkörperlichen* Werken zu dieser allgemeinen Unsicherheit in der Qualifikationsfrage von Verträgen mit immateriellen Leistungsinhalten und den damit verbundenen Praxisänderungen führte. Fest steht, dass seit BGE 109 II 37 der „Geist-Werkvertrag“ in der h.L. und der folgenden Rechtsprechung uneingeschränkte Zustimmung erhielt. Gutachten sind demzufolge als Gegenstand einer werkvertraglichen Unternehmerleistung zu anerkennen⁶¹. Weil ein eigentlicher Entscheid zur Qualifikation des Gutachtervertrages fehlte, durfte bisher davon ausgegangen werden, dass – je nach Fall – vom Bundesgericht der Gutachtervertrag durchaus i.S. der h.L. und der bisherigen (neuen) Rechtsprechung als Werkvertrag qualifiziert worden wäre. Dass dem aber nicht a priori so sein muss, zeigt nun ein neuer Entscheid, auf welchen nachfolgend näher eingetreten wird.

3.2. *Das Beispiel des Vertrages über die Schätzung einer Liegenschaft*

Im BGE 127 III 328 hat das BGer. zur Schadensersatzklage betreffend eines erstellten Schätzungsgutachtens Stellung genommen. Der Kläger machte dabei geltend, ihm sei durch eine zu hohe Verkehrswertschätzung einer Liegenschaft ein Schaden entstanden. Das BGer. hält bei der Qualifikation des Vertrages fest, dass gemäss ständiger Rechtsprechung sowohl „körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden“ können. Die Qualifikation hängt also nicht per se von dessen Gegenständlichkeit ab, sondern vielmehr von der Möglichkeit, die Richtigkeit des Ergebnisses objektiv garantieren zu können (E. 2 b). Objektiv überprüfbar ist das Resultat dann, wenn es sich nach *objektiven* Kriterien als richtig oder falsch qualifizieren lässt. Objektiv *nicht* überprüfbar ist das Resultat aber, wenn es an *objektiven* Kriterien zu dessen Beurteilung fehlt⁶². Das BGer. ist der Meinung, die Schätzung eines Wertes einer Sache sei „naturgemäss eine Ermessensfrage“. Demzufolge kann das Resultat einer Verkehrswertschätzung auch nicht nach objektiven Kriterien als richtig oder falsch bewertet werden. Ein derartiger Gutachtervertrag untersteht aus diesem Grund dem Auftragsrecht und nicht dem Werkvertragsrecht (E. 2 d). Dieser Entscheid wurde in der Folge von der Lehre kritisiert. Zum einen lassen sich die Gutachten nicht in zwei Kategorien (objektive und subjektive) unterteilen⁶³. Zum anderen ist nicht einzusehen, warum beim Schätzungsgutachten kein objektives Resultat möglich sein soll. Dies wäre nur dann zu verneinen, wenn das Resultat nicht „aleatorisch“ ist, d.h. von einem

⁶⁰ FELLMANN, a.a.O.; unmissverständlich auch GAUTSCHI, BeKomm., Vorbemerk. zu Art. 363-379 OR, N 2, der den „unkörperlichen Leistungserfolg“ als Gegenstand des Werkvertrages klar und umfassend begründet ablehnt. Allerdings hat das Gutachten in der jüngsten Praxis – insbesondere was dessen formellen Qualitätsansprüche anbelangt – auch eine Wandlung durchgemacht, so dass diese klare Ablehnung von diesem u.U. aus heutiger Sicht anders ausfallen oder abgeschwächt formuliert werden würde.

⁶¹ GAUCH, N 33, mit Beispielen aus der Rechtsprechung, so u.a.: BGE 109 II 34 (Landvermessung), BGE 115 II 50 (Mosaikkunstwerk), BGE 119 II 428 (Baupläne erstellen).

⁶² STÖCKLI, S. 234.

⁶³ TERCIER, S. 306: „La solution est insatisfaisante“ und weiter „Il faut d’abord bien déformer la réalité des choses pour imaginer qu’il soit possible dans ce domaine de clairement distinguer entre ce qui peut être objectivement constaté et ce qui ne le peut pas“.

„Zufall“ abhängig wäre⁶⁴. Bei Einhaltung der nötigen Sorgfalt und der Anwendung der geeigneten Methoden kann der Schätzungsexperte aber durchaus ein objektives Resultat liefern, denn der Verkehrswert einer Liegenschaft ist ein Mittelwert, welcher sich im gewöhnlichen Geschäftsverkehr auf dem Markt realisieren lassen sollte und somit als objektiver Wert betrachtet werden darf.

3.3. Die Konklusion

Dieser Entscheid zeigt deutlich, wie schwierig die beim Werkvertrag geforderte Gewährleistungs-fähigkeit sich in der Praxis auf *unkörperliche* Werke übertragen lässt. Zwar sind WERRO/HAAS der Meinung, das BGer. verkenne in casu die Möglichkeit, den Vertrag über eine Liegenschaftsschätzung dem Werkvertrag zu unterstellen, die Regeln der Gewährleistung aber bei der Haftungsfrage nicht beizuziehen, weil diese nicht zwingend seien⁶⁵. Aber damit stellt sich generell die Frage, ob das Vertragstypenrecht noch seinen Zweck erfüllt, wenn Rechtsprechung und Lehre sich gegenseitig mit „unorthodoxen“ Lösungen überbieten. Dabei ist DASSER zuzustimmen: Das neue OR von 1911 versetzte die freien Berufe wieder grundsätzlich ins Auftragsrecht und grenzte diese damit klar vom handwerklich orientierten Werkvertragsrecht ab, doch haben sich mit dem Gesellschaftswandel auch die Berufsbilder verändert, ganz zu schweigen von den vielen neuen Tätigkeitsfelder, mit dem Ziel, möglichst einen hohen Ertrag erwirtschaften zu können. Die Übergänge zwischen Werkvertrag und Auftrag sind fließend. Kaum schafft das BGer. klare Kriterien, werden diese in der Praxis unterlaufen. Der Arzt und Anwalt verspricht plötzlich einen Erfolg, um einen lukrativen Auftrag zu erhalten usw.⁶⁶ Die Problematik, dass der Erfolg objektiv garantiefähig sein müsste, würde m.M. nach gemäss dieser Rechtsprechung dazu führen, dass derartige „Erfolgsversprechen“ – also solche, die objektiv eben nicht garantiefähig sind – wegen Unmöglichkeit zur Teilnichtigkeit des Vertrages führen müssten. Im Ergebnis würde dann ein solcher Vertrag wohl dem Auftragsrecht unterstellt. Das alles führt bei näherer Betrachtung wieder an den Anfang, nämlich zur Frage der Objektivität! Eine sehr interessante und äusserst innovative Arbeit findet sich bei DESSEMONTET. Zur besseren Trennung von Werkvertrag und Auftrag hat dieser eine Tabelle erarbeitet, in welcher verschiedene Kriterien wie „obligations de moyens ou résultat, Objet matériel ou immatériel, impossibilité de juger la conformité du service, Garantie ou responsabilité uniquement pour faute“ usw. bewertet wurden. Die Auswertung zeigt, dass bei *typologischer* Betrachtung einzelne Verträge, bei denen auch ein Werk geschuldet sein könnte, klar unter die Aufträge fallen, wie z.B. das Gutachten oder die Software-Entwicklung oder der Personentransport, weil die Körperlichkeit in der Punkteskala relativ stark gewichtet wird. In einer zweiten Tabelle erfolgt dann eine Aufspaltung in eine primäre und eine sekundäre Wertskala. Das Kunstwerk ist damit plötzlich nicht mehr eher Werkvertrag, sondern klar ein Auftrag und der Zahnarztvertrag ist nicht in der Mitte, sondern klarer Auftrag. DESSEMONTET überlässt es dann noch dem Leser, eine eigene Punktwertung in einer leeren Tabelle vorzunehmen. Deutlich kommt darin zum Ausdruck, dass letztlich alles eine Ermessenssache ist⁶⁷. Damit ist auch gleich gesagt, dass der Gutachtervertrag in den

⁶⁴ WERRO/HAAS, S. 66: Das Kriterium des „Zufalls“ kommt vorab bei Verträgen im medizinischen Bereich zum Tragen. Derartige Verträge sind deshalb dem Auftragsrecht unterzuordnen („Dans ce domaine, le Tribunal fédéral soumet en général les relations entre médecin et patient, ou entre chirurgien et patient, aux règles du mandat“).

⁶⁵ WERRO/HAAS, a.a.O.

⁶⁶ DASSER, N 28: Interessant ist der Rechtsvergleich in Fn 39: Im angelsächsischen Recht, aber auch z.T. im deutschen Recht lassen sich solche „Erfolgsversprechen“ – sind sie denn einmal abgegeben – gerichtlich durchsetzen.

⁶⁷ DESSEMONTETS, S. 158: „Tableau I: Traits caractéristiques de quelques contrats de service“; vgl. Auch Kommentar auf S. 167: Am meisten „Qualifikations-Zuordnungs-Probleme“ ergeben sich in den „neuartigen“ Verträgen wie dem Werbevertrag, dem Factoring, allen eigentlichen *Geist-Werkverträgen* mit immateriellen Inhalten. Es scheint deshalb auch sinnvoll, diese als Verträge *sui generis* zu qualifizieren.

meisten Fällen wohl eher dem Auftragsrecht zuzuordnen ist und selten – so z.B. bei technischen Gutachten, deren Ergebnisse sich auch objektiv garantieren lassen – Werkvertragsrecht angenommen werden darf.

IV. ERGEBNIS

Zur Hauptsache sind es zwei Gründe, die eine Qualifikation des Gutachervertrages erschweren: Erstens liegt es in der Frage der Anerkennung eines *unkörperlichen* Werkes. Zweitens im *numerus clausus* nach Art. 394 Abs. 2 OR, wonach Verträge über eine Arbeitsleistung, die keiner besonderen gesetzlichen Vertragsart unterstehen, unter die Vorschriften über den Auftrag zu stehen kommen⁶⁸. Aber auch wenn der „Geist-Werkvertrag“ bejaht wird, stellt sich subsidiär die Frage, ob der geschuldete Erfolg objektiv garantiefähig ist oder nicht. Wenn nicht, dann ergibt sich die Frage, ob Art. 394 Abs. 2 OR tatsächlich als zwingend und somit als echten *numerus clausus* anzusehen ist, oder ob es dann nicht besser ist, auch Verträge *sui generis* zuzulassen⁶⁹.

Zum Gutachervertrag hat das BGer. erstmals in BGE 127 III 328 Stellung genommen (vgl. Regeste: Haftung des *Gutachters*). Es bestätigt, dass nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung sowohl körperliche wie auch unkörperliche Arbeitsergebnisse Gegenstand eines Werkvertrages bilden (E. 2 a). Den Vertrag über die Schätzung einer Liegenschaft qualifiziert es aber wegen der fehlenden objektiven Garantiefähigkeit trotzdem als Auftrag. Wieweit die Garantiefähigkeit des Arbeiterfolgs auch für die Qualifikation anderer als Gutacherverträge massgeblich sein könnte, lässt es mit dem Hinweis, dies sei nicht zu prüfen, offen (E. 2 c). Dies erweckt mit Hinblick auf die Anerkennung des „Geist-Werkvertrages“ irrtümlich den Eindruck, die Garantiefähigkeit sei nicht eines der wichtigsten Inhalte des Werkvertrages. Dem ist aber gar nicht so. Das BGer. hat auch in anderen „kritischen Fällen“ das Erfordernis der objektiven Garantiefähigkeit in den Vordergrund gesetzt, wenn denn dies auch nicht immer offensichtlich war. Bestes Beispiel dafür ist die Praxisänderung im Falle des Zahnbehandlungsvertrages in BGE 110 II 375. Wurde früher Werkvertrag angenommen, steht heute für das BGer. ausser Frage, dass dieser dem Auftragsrecht zu unterstellen sei. In E. 1 b hält das BGer. klar fest, dass wie bei anderen „Medizinern“ auch der Zahnarzt den Erfolg nicht versprechen und damit auch nicht garantieren kann („[...] sans cependant qu'un résultat précis puisse être exigé ou promis avec certitude“). Obwohl gerade dies das eigentliche Hauptargument für besagte Praxisänderung bildete, ist in den Regesten kein Wort darüber verloren. Überhaupt fällt auf, dass das BGer. auch bei der Rückkehr zum „Geist-Werkvertrag“ in BGE 109 II 34 nicht auf die Essentialie der Erfolgsgarantie eingeht.

⁶⁸ GAUTSCHI, BeKomm., Vorbemerk. zu Art. 363-379 OR, N 7.

⁶⁹SCHLUEP/AMSTUTZ, N 5 ff., stehen für eine allgemeine Lehre des Rechts der Innominatverträge ein (vgl. auch N 1: Anerkennung der Typenfreiheit). Im Fall von Art. 394 Abs. 2 OR klar ablehnend bei GAUCH, Geist-Werkvertrag, S. 134: „[...] es nicht Sinn und Zweck von Art. 394 Abs. 2 OR sein kann, Verträge unter das Auftragsrecht zu zwingen, für welche die Regeln des Auftragsrechts unangemessene Lösungen bringen“. Wohl eher gegen die Verbindlichkeit des gesetzlichen Vertragstypus ist BÜHLER, ZüKomm., Kommentar zu Art. 363, N 79 f. und 154 ff. Das BGer. indes, hält am *numerus clausus* der Dienstverträge fest (vgl. BGE 104 II 108 E. 1), lässt aber gemischte gesetzliche Vertragstypen zu (vgl. GAUCH, N 57 betr. den *Gesamtvertrag* des Architekten [Planung, Projektierung und Bauausführung], der aus Auftrags- und Werkvertragssteilen besteht).

Im Lichte dieses Entscheides und auch der zustimmenden Lehre zeigt sich deutlich, dass ein ganz anderes Problem – neben der irreführenden Aussage in den Materialien – den Dogmatikstreit beherrscht: Der jederzeit und grundsätzlich ohne Entschädigung widerrufliche Auftrag nach Art. 404 OR vs. die volle Schadloshaltung des Unternehmers beim Werkvertrag gemäss Art. 377 OR⁷⁰. Weil das BGer. den zwingenden Charakter von Art. 404 OR bejaht, führt dies damit regelmässig zu einer Schlechterstellung des Auftragnehmers gegenüber dem Unternehmer beim Werkvertrag. Dadurch gewinnt der dogmatische Streit an erheblicher praktischer Bedeutung. M.E. ist darin auch die Praxisänderung des Bundesgerichts zu begründen und weniger darin, dass dieses den „Geist-Werkvertrag“ als mit den werkvertraglichen Sachgewährleistungsregeln kompatibel hält.

Zur Qualifikation des Gutachtervertrages kann festgehalten werden, dass dieser – immer unter der Voraussetzung einer Anerkennung des „Geist-Werkvertrages“ – durchaus als Werkvertrag betrachtet werden kann. Versprochen wird nämlich ein Arbeitsergebnis, welches in einer unkörperlichen Leistung besteht und den gestellten Anforderungen (Antwort auf fachspezifische Fragen) des Bestellers genügen muss⁷¹. Aber dann stellt sich umgehend die Frage, ob eine objektive Garantiefähigkeit und damit auch eine objektive Überprüfung möglich ist. In dem das BGer. m.E. zu Unrecht die objektive Garantiefähigkeit einer Liegenschaftsschätzung verneinte, muss dasselbe wohl für alle übrigen *untechnischen* Gutachten um so mehr gelten, denn deren Subjektivität hat i.d.R. einen viel grösseren Gehalt, als bei der Schätzung einer Liegenschaft⁷². Immerhin könnten technische Gutachten, deren Resultate sich regelmässig nach objektiven Kriterien überprüfen lassen, als Verträge mit werkvertragstauglichen Leistungsinhalten bezeichnet werden⁷³.

Trotz dem gesagten, aber um der Rechtssicherheit zu genügen, ist im Resultat dem Bundesgericht zuzustimmen und der Gutachtervertrag als Auftrag zu qualifizieren, wie das – der Meinung GAUTSCHI folgend – auch für die meisten immateriellen Leistungsverträge gelten müsste. Entschärfen würde sich der ganze dogmatische Streit – der eigentlich gar keiner sein dürfte, weil bei sachgerechter Auslegung der Werkvertrag nur *körperliche* Werke beinhalten kann – wenn Art. 404 OR in einer Praxisänderung durch die höchstrichterliche Instanz als dispositives Recht charakterisiert würde. Dann sind die Unterschiede zwischen Auftrag und Werkvertrag wieder auf den Ursprung reduziert: Dort Haftung für Sorgfalt und zehnjährige Verjährung, weil eine engere Bindung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer anzunehmen ist. Hier Kausalhaftung für den Erfolg und kürzere Verjährung, weil ein eigentliches Vertrauensverhältnis zwischen dem Besteller und Unternehmer in aller Regel fehlt.

Freiburg i.Ue., 25. Mai 2004

Der Verfasser:



⁷⁰ Pra, 1983, S. 400; GAUCH, Geist-Werkvertrag, S. 136;

⁷¹ BÜHLER, a.a.O., N 175.

⁷² Hier ist klar zu stellen, dass es um den Wert und nicht um den Preis der Liegenschaft geht. Der Wert lässt sich erfahrungsgemäss objektiv beurteilen (muss er auch!). Welchen Preis die Liegenschaft bei einer Marktzuführung dann tatsächlich löst, ist etwas anderes. Hier gilt der ökonomische Grundsatz: Der Wert ist nicht der Preis!

⁷³ BGE 127 III 328 E. 2 c.